



**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**DOKTORA
TEZİ**

TÜRK İDARE HUKUKUNDA ETKİLİ BAŞVURU HAKKI

EMİNE BURCU GÜLERSOY

**KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
İDARE HUKUKU BİLİM DALI**

ŞUBAT 2024



TÜRK İDARE HUKUKUNDA ETKİLİ BAŞVURU HAKKI

Emine Burcu GÜLERSOY

DOKTORA TEZİ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

İDARE HUKUKU BİLİM DALI

GAZİ ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ŞUBAT 2024

ETİK BEYAN

Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada; tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi, kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı, bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu, bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Emine Burcu GÜLERSOY

23/02/2024

TEZ ONAY SAYFASI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuk Doktora Programı Emine Burcu Gülersoy öğrencisi tarafından hazırlanan “Türk İdare Hukukunda Etkili Başvuru Hakkı” Başlıklı tez çalışması 23/02/2024 tarih ve saatinde yapılan tez savunma sınavında aşağıdaki jüri tarafından OY BİRLİĞİ ile DOKTORA TEZİ olarak **KABUL** edilmiştir.

	Kabul	Ret
Başkan (Prof. Dr. /Ali AKYILDIZ / Başkent Üniv.):	☒	☐
Üye (Prof. Dr. / Murat SEZGİNER / TOBB ETÜ Üniv.):	☒	☐
Üye (Prof. Dr. /Cemil KAYA / İstanbul Üniv.):	☒	☐
Üye (Prof. Dr. /Bahtiyar AKYILMAZ / Hacı Bayram Veli. Üniv.):	☒	☐
Üye (Doç. Dr. / Çınar Can EVREN / Hacı Bayram Veli Üniv.):	☒	☐

TÜRK İDARE HUKUKUNDA ETKİLİ BAŞVURU HAKKI
(Doktora Tezi)

Emine Burcu GÜLERSOY

GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Şubat 2024

ÖZET

İnsan haklarını önceleyen demokratik bir hukuk devletinde, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine ilişkin ihlal iddialarının incelenebileceği mekanizmaların olması gerekmektedir. Etkili başvuru hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 13. maddesindeki anlamıyla, taraf devletlere, sözleşmedeki haklarının ihlal edildiğini ileri süren bireylerin başvurabileceği iç hukuk yollarını oluşturma yükümlülüğü öngörmektedir. Bu başvuru yollarının sadece varlığı yetmemekte, aynı zamanda teoride ve pratikte de etkili olması gerekmektedir. İhlale sebep olan işlem ya da eylemin resmî makamlar tarafından yerine getirilmiş olması da bu durumu değiştirmemektedir. Devlet faaliyetlerinin pek çoğu gündelik hayatta idarenin işlem ve eylemleriyle vücut bulduğundan ihlal iddiasının idareden kaynaklandığı durumlarda etkili başvuru hakkının işlevi daha da ön plana çıkmaktadır. İdari başvuru yollarının etkili olmadığı durumlarda yargısal aşamada da etkililik sorunu gündeme gelebilmektedir. Bu bağlamda idarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklanan ihlal iddiaları bakımından Türk İdare Hukukunda öngörülen idari ve yargısal başvuru yolları ve bu yolların etkililik açısından değerlendirilmesi ile çözüm önerileri sunulması çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Özellikle idari aşamada başvuru yollarının etkili olması devlet ile birey arasındaki ilişkileri güçlendirerek toplumdaki uzlaşî kültürünü artırabilecektir. Böylelikle sorunlar kaynağında çözümlenebilecek, bireyler zaman kaybetmeden ihlali giderebilme imkanına kavuşabilecek, yargının iş yükü de azalabilecektir. Bu sayede, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ihlal kararı verdiği uyuşmazlıkların sayısı azalabilecek, devletin itibarı yükselebilecek ve ödediği yüklü tazminatların da önüne geçilmiş olacaktır. Yine, Anayasa Mahkemesince bireysel başvurular üzerine alınan hak ihlali kararlarının da sayısı azalabilecektir. Bir başka deyişle idare hukukunda temel hak ihlallerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların giderilmesinde etkili başvuru hakkı önemli bir araç olarak kullanılabilecektir.

Bilim Kodu : 50701
Anahtar Kelimeler : Etkili başvuru hakkı, idari başvurular, etkili soruşturma yükümlülüğü, soğurma teorisi, iç hukuk yollarının tüketilmesi, makul başarı şansı
Sayfa Adedi : 341
Tez Danışmanı : Prof. Dr. Murat SEZGİNER

RIGHT TO HAVE AN EFFECTIVE REMEDY IN TURKISH ADMINISTRATIVE LAW

(Ph. D. Thesis)

Emine Burcu GULERSOY

GAZİ UNIVERSITY

GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES

February 2024

ABSTRACT

A democratic rule of law which prioritised human rights requires mechanisms that gives opportunities to examine alleged violations of individuals related to fundamental rights and freedoms. Right to have an effective remedy, with the meaning in European Convention of Human Rights, imposes contracting states to establish effective domestic remedies which individuals can apply when any of the rights of the convention has alleged to be violated. The existence of such remedies are not deemed enough, they also should be effective in teorical manner and in practice. It doesn't change the situation even the act or action which cause violation executed by state officials. Since most of the state actions are performed by administrative acts or actions in ordinary process, the function of right to have an effective remedy stands out when the alleged violation arises from administrative acts or actions. When the administrative domestic remedies are not effective, the problem related to effectiveness can also occur in judicial process. In this concept, main issue of this work to examine administrative and judicial remedies in Turkish Administrative Law, to discuss whether these remedies are effective or not and to offer some solutions where the alleged violations arises from administrative acts and actions. Especially when the remedies in administrative phase is effective, it can promote the comprimize in culture and the relations between individuals and the state. So, disputes could be solve in its origin, the indivials could have an opportunity to reach a solution for the violation without spending so much time and workload of the judiciary could be reduced. Then, the number of the decisions of European Court of Human Rights related to violations could be reduced and state's raputation could be increased and high compensations could be prevented. Also, the number of decisions of Court of Constitution related to violations of rights upon individual applications could be reduced. In other words, right to have an effective remedy can be used as an important tool in administrative law to dissolve disputes related to violations of fundamental rights arising from administrative acts and actions.

Science Code : 50701-Administrative Law

Key Words : Right to have an effective remedy, administrative applications, obligation of effective investigation, theory of absorbtion, exhausting of domestic remedies, reasonable chance of success

Page Number : 341

Supervisor : Prof. Dr. Murat Sezginer

İÇİNDEKİLER

ÖZET	iv
ABSTRACT.....	v
İÇİNDEKİLER	vi
ŞEKİLLERİN LİSTESİ.....	xii
KISALTMALAR.....	xiii
1. GİRİŞ.....	1
2. ETKİLİ BAŞVURU HAKKI	7
2.1. AİHS 13. Maddesinde Yer Alan Etkili Başvuru Hakkı.....	7
2.1.1. Tarihçe ve Terminoloji	7
2.1.2. Etkili Başvuru Hakkının Amacı ve İşlevi	11
2.1.3. Etkili Başvuru Hakkının Özellikleri	13
2.1.3.1. Herkese tanınmıştır	13
2.1.3.2. İhlal resmî görevlilerden kaynaklansa bile ileri sürülebilir	16
2.1.3.3. Tamamlayıcı ve koruyucu genel bir haktır.....	17
2.1.3.4. Tek başına ihlal edilebilir maddi bir haktır.....	18
2.1.3.5. Sağladığı güvence başvurunun sonucundan bağımsızdır	20
2.1.4. Etkili Başvuru Hakkının Kapsamı	21
2.1.5. Etkili Başvuru Hakkına Yönelik Olarak Devletin Genel Yükümlülükleri	24
2.2. AİHM’İN Etkili Başvuru Hakkını İnceleme Yöntemi	28
2.2.1. Etkili Başvuru Hakkının İleri Sürülebilmesi Koşulları.....	31
2.2.1.1. İç hukuk yollarının tüketilmesi koşulu	31
2.2.1.2. Diğer haklardan bağımsız olarak ileri sürülebilmesi sorunu ve soğurma teorisi	34
2.2.1.3. İhlal iddiası	39
2.2.1.4. Savunulabilirlik.....	41

Sayfa

2.2.2. Etkili Bir Hukuk Yolunun Gerekleri.....	46
2.2.2.1. Kurumsal gereklilikler	47
2.2.2.1.1. Ulusal makam olması	47
2.2.2.1.2. Yeterli bağımsızlığa ve tarafsızlığa sahip olması	49
2.2.2.1.3. Yetkilerinin geniş olması.....	51
2.2.2.1.4. Usuli güvenceleri sağlaması	54
2.2.2.1.5. Kararlarının hukuken bağlayıcı olması.....	56
2.2.2.2. Esasa ilişkin gereklilikler.....	58
2.2.2.2.1. Erişilebilirlik.....	59
2.2.2.2.2. Yeterlilik /elverişlilik/yeterli giderim sağlama.....	61
2.2.2.2.3. Etkililik/makul başarı şansı sunma	64
2.3. Özel Durumlar	67
2.3.1. Başvuru Yolu Olmaması.....	67
2.3.2. Sonradan Kurulan Başvuru Yolu	70
2.3.3. Birden Fazla Başvuru Yolunun Birleşmesi.....	74
2.3.4. Ulusal Güvenlik Bağlamı.....	76
2.4. Etkili Başvuru Hakkının Diğer Haklarla İlişkisi ve Etkili Soruşturma Yükümlülüğü	81
2.4.1. Yaşam Hakkı ile İlişkisi (2. Madde).....	83
2.4.2. İşkence ve Kötü Muamele Yasağı ile İlişkisi (3. Madde).....	86
2.4.3. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı ile ilişkisi (5. Madde).....	92
2.4.4. Adil Yargılanma Hakkı ile İlişkisi (6. Madde)	94
2.5. Etkili Başvuru Hakkının İhlalinin Sonuçları ve İç Hukuka Etkileri.....	105
3. TÜRK İDARE HUKUKUNDA İNSAN HAKLARINI KORUMADA BAŞVURU YOLLARI VE ETKİLİLİĞİ.....	117
3.1. Siyasi Başvurular	118
3.1.1. TBMM Dilekçe Komisyonuna Yapılan Başvurular	121

Sayfa

3.1.2. TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonuna Yapılan Başvurular	125
3.1.3. TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonuna Yapılan Başvurular.....	127
3.1.4. Kamu Denetçiliği Kurumuna Yapılan Başvurular.....	128
3.2. İdari Başvurular	133
3.2.1. Başvurma İradesi Bakımından İdari Başvurular.....	137
3.2.1.1. İsteğe bağlı idari başvurular.....	137
3.2.1.2. Zorunlu idari başvurular	140
3.2.2. Hukuki Sonuçları Açısından İdari Başvurular	143
3.2.2.1. Etkisiz idari başvurular	143
3.2.2.2. Etkili idari başvurular	146
3.2.2.3. Etkili başvuru hakkı ile etkili idari başvurular arasındaki farklar ...	149
3.2.3. Başvurulan Makama Göre İdari Başvurular	150
3.2.3.1. Düzenleyici ve denetleyici kurullara yapılan başvurular.....	151
3.2.3.2. Düzenleyici ve denetleyici kurul yapısında olmaksızın idare ile ilişkilendirilerek oluşturulan kurum/kurullara yapılan başvurular ..	158
3.2.3.2.1. Türkiye insan hakları ve eşitlik kurumu'na yapılan başvurular	159
3.2.3.2.2. Bilgi edinme ve değerlendirme kuruluna yapılan başvurular	164
3.2.3.2.3. Kamu görevlileri etik kuruluna yapılan başvurular	171
3.2.3.2.4. Adalet Bakanlığı insan hakları tazminat komisyonuna yapılan başvurular	173
3.2.3.2.5. Olağanüstü hal işlemleri inceleme komisyonuna yapılan başvurular	181
3.2.3.2.6. Taşınmaz mal komisyonuna yapılan başvurular	183
3.2.3.2.7. 27 Mayıs askeri darbe mağdurlarının zararının tazmini komisyonuna yapılan başvurular	185
3.2.3.2.8. Kolluk gözetim komisyonuna yapılan başvurular	187
3.2.3.3. İdare içinde oluşturulan komisyon/kurullara yapılan başvurular	190

Sayfa

3.2.3.3.1. 659 sayılı KHK'nın 12. maddesinde öngörülen sulh başvuruları	190
3.2.3.3.2. Terör tazminat komisyonlarına yapılan başvurular	194
3.2.3.3.3. İl ve ilçe insan hakları kurullarına yapılan başvurular	196
3.2.3.4. İlgili idareye yapılan başvurular	198
3.2.3.4.1. İYUK md.10 kapsamında yapılan başvurular	198
3.2.3.4.2. İYUK md.11 kapsamında yapılan başvurular	202
3.2.3.4.3. İYUK 12. ve 13. madde kapsamında yapılan başvurular	206
3.2.3.4.4. Dilekçe hakkı kapsamında yapılan idari başvurular ve CİMER başvuruları	210
3.3. Yargısal Başvurular	215
3.3.1. İdari Yargıda Etkili Başvuru Hakkı	217
3.3.1.1. İlk inceleme aşamasında etkili başvuru hakkı	218
3.3.1.1.1. Görev ve yetki	219
3.3.1.1.2. Ehliyet.....	221
3.3.1.1.3. Süre aşımı	222
3.3.1.1.4. Diğer ilk inceleme konuları	224
3.3.1.2. Esas aşamasında yapılan değerlendirme.....	227
3.3.2. Anayasa Yargısında Etkili Başvuru Hakkı	231
3.3.2.1. Kabul edilebilirlik aşamasında yapılan değerlendirme.....	234
3.3.2.1.1. İdari uyuşmazlıklarda aym'nin kurumsal açıdan etkili başvuru yolu kabul ettiği durumlar.....	236
3.3.2.1.2. İdari Uyuşmazlıklarda AYM'nin Kurumsal Açıdan Etkili Başvuru Yolu Olmadığını Belirttiği Durumlar.....	247
3.3.2.2. Esas aşamasında yapılan değerlendirme.....	250
4. TÜRKİYE'DE ETKİLİ BAŞVURU HAKKININ DURUMU VE GELECEĞİ.....	257

Sayfa

4.1. Türk İdare Hukukunda Etkili Başvuru Hakkının Önündeki Engeller	257
4.1.1. Mevzuattan Kaynaklı Engeller	257
4.1.1.1. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılamayan haller	257
4.1.1.2. İdari yargı yoluna başvurulamayan haller	260
4.1.1.2.1. Cumhurbaşkanlığı işlemleri.....	261
4.1.1.2.2. Olağanüstü hal ve savaş hali KHK'leri	262
4.1.1.2.3. Milletlerarası andlaşmalar	265
4.1.1.2.4. Yüksek seçim kurulu kararları.....	267
4.1.1.2.5. Kamu görevlileri hakem kurulu kararları	268
4.1.1.2.6. Yüksek askeri şura kararları	269
4.1.1.2.7. Hâkimler ve savcılar kurulu kararları	270
4.1.1.2.8. Uyarma ve kınama cezaları	272
4.1.1.2.9. Spor federasyonu kararları.....	273
4.1.1.3. İdareye başvuru yapılamayan haller	275
4.1.2. Uygulamadan Kaynaklı Engeller	277
4.1.2.1. Uzun süren idari süreçler	278
4.1.2.2. İdari makamların farklı usuller uygulamasından kaynaklı sorunlar	279
4.1.2.3. Olumsuz idari pratikler ve yerleşik idari kültür.....	283
4.1.2.4. Başvuru yollarının gösterilmemesi/yanlış gösterilmesi.....	286
4.1.2.5. Zorunlu İdari Başvurular ve Zımni Ret İşlemleri Yönünden Oluşan Hak Kayıpları	291
4.1.2.6. Harç, vekalet ücreti, adli yardım gibi konulardan kaynaklı sorunlar	295
4.1.2.7. Davanın ilk inceleme aşamasındaki sorunlar	296
4.1.2.8. Yürütmenin durdurulması aşamasındaki şekli incelemeler	298
4.1.2.9. Davanın Esasının Etkili İncelenmemesinden Kaynaklı Sorunlar	302

Sayfa

4.1.2.10. Uzun süren yargılamalar.....	304
4.1.2.11. Aleyhe yerleşik içtihatlar ve içtihat farklılıkları.....	308
4.1.2.12. İdari yargı kararlarının uygulanmamasından kaynaklı sorunlar....	310
4.1.2.13. Fiili engeller.....	313
4.1.2.14. Bütçe engelleri ve kamu görevlilerini koruyucu hükümlerin eksikliği	314
4.2. Etkili Başvuru Hakkının Korunması İçin Gerekli Şartlar ve Hakkın Gelecekteki Görünümü.....	317
5. SONUÇ.....	325
KAYNAKLAR.....	333
ÖZGEÇMİŞ.....	341

ŞEKİLLERİN LİSTESİ

Şekil	Sayfa
Şekil 2.1. AİHM’de görülmekte olan davaların ülkelere göre dağılımı.	108
Şekil 2.2. AİHM tarafından verilen ihlal kararlarının maddelere göre dağılımı.	112
Şekil 2.3. AİHM tarafından verilen ihlal kararlarının 1959 – 2021 arası dağılımı.....	113
Şekil 2.4. Anayasa Mahkemesince verilen ihlal kararlarının dağılımı	114
Şekil 3.1. Kişisel Verileri Koruma Kuruluna Yapılan Şikâyetlerin Dağılımı	156
Şekil 3.2. Bilgi Edinme Başvurularının Yıllara Göre Dağılımı.....	169
Şekil 3.3. Reddedilen Bilgi Edinme Başvurularına Karşı Kullanılan Kanun Yolları.....	170
Şekil 3.4. 27 Mayıs Mağdurlarına İlişkin Tazminat Komisyonu İstatistiği.....	187

KISALTMALAR

Bu çalışmada kullanılmış kısaltmalar, açıklamaları ile birlikte aşağıda sunulmuştur.

Kısaltmalar**Açıklamalar****a.g.e.**

Adı geçen eser

a.g.m.

Adı geçen makale

AİHM

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AYM

Anayasa Mahkemesi

BEDK

Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kurulu

EPDK

Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu

GGM

Geri Gönderme Merkezi

İİİK

İnsan Hakları İnceleme Komisyonu

İYUK

İdari Yargılama Usulü Kanunu

KDK

Kamu Denetçiliği Kurumu

KİK

Kamu İhale Kurulu

KVKK

Kişisel Verileri Koruma Kurumu

SPK

Sermaye Piyasası Kurulu

TBMM

Türkiye Büyük Millet Meclisi

TİHEK

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu

1. GİRİŞ

İnsan olarak varlığımızın dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez haklarla çevrili olduğu kabul edilen hukuk devletinde başlıca mesele, bu hakların tanınması, korunması ve geliştirilmesi olmuştur. İnsanın doğuştan var olan değerini, onurunu korumayı, maddi ve manevi varlığının gelişmesini amaçlayan insan hakları, bu yönüyle hukuk devletinin felsefi zeminini oluşturmakta, yazılı hukuk kurallarıyla sınırlı kalmayan bir ideali içermektedir.

İnsan haklarının fikrî olarak benimsenmesi ise hayata geçirilebilmesi için yeterli olmamakta, bu hakların devletler tarafından kabul edilip tanınması ve korunması gerekmektedir. Bu nedenle ilk olarak ulusal insan hakları belgeleri, beyanname ve bildirimleri ortaya çıkmış, öncelikle yaşam hakkını esas alan insan haklarına, zaman içerisinde yeni haklar da eklenmiştir. Hukuk devletinin gelişimine paralel olarak ulusal bildiriler, daha sonra ayrı metinler olmaktan çıkarak anayasalar içerisine dahil edilmiş, temel hak ve özgürlükler olarak kodifiye edilmiştir.

Ancak özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra insan hakları konularının ulusal sınırları aşan etkisi ve bu hakların korunmasında ulusal koruma mekanizmalarının yetersiz kalması nedeniyle, uluslararası ve bölgesel metinlerde de insan hakları listeleri ve koruma mekanizmaları yer almaya başlamıştır. Küresel salgın hastalıklar, uluslararası ekonomik değişkenler, savaşlar, göçler, iletişim teknolojilerinin gelişmesi gibi pek çok faktör insan haklarına uluslararası yaklaşımları zorunlu kılmış ve sorunlara çözüm arayışlarının önemini artırmıştır. 1948’de kabul edilen Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Bildirgesi ve 1950’de imzalanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bu alanda kilit taşı rolünü üstlenmişlerdir. Böylece insan hakları sorunları, sadece devletlerin değil, uluslararası toplumun yani tüm insanlığın meseleleri haline gelmiştir.

Günümüzde insan haklarının korunması öncelikle ulusal makamların sorumluluğunda olmakla birlikte, uluslararası mekanizmalar da, ek güvencelerle bireyler yönünden iç hukukta insan haklarının korunmasını teminat altına almakta ve bu süreçlerin etkililiğini sürekli olarak gözetmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin yargısal denetim içeren bir koruma mekanizması öngörmesi ve bireysel başvuruya olanak tanınması nedeniyle insan haklarının korunmasında benzersiz bir işleve sahip olduğu söylenebilir.

İşte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 13. Maddesinde öngörülen ve insan haklarının iç hukukta korunması için bireyler açısından ek teminat oluşturan haklardan biri de, etkili başvuru hakkıdır.

Etkili başvuru hakkı, AİHS ve eki protokollerde tanınan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğini ileri süren bireylerin başvuru yapabilecekleri ve çözüm sağlayabilecek yetkilerle donatılmış ulusal bir makamın bulunmasını öngörmektedir. Bu makam siyasi, idari veya yargısal olabilmektedir. Dolayısıyla bu makamların ihlali önleme, durdurma ya da ihlal gerçekleşmiş ise tazmin etmedeki kapasitesi, etkili başvuru hakkının gereklilikleri çerçevesinde somutlaşmaktadır.

Bu haliyle etkili başvuru hakkı, bireyin insan hakları ihlallerine karşı iç hukukta korunmasını etkinleştirerek, devlete ihlali gidermek bakımından etkili hukuk yolları oluşturma yükümlülüğü yüklemektedir. Böylece uluslararası koruma mekanizmalarının devreye girmesinden önce ilgili devletin ihlali gidermesi ve sorunların gecikmeksizin kaynağında çözülmesi amaçlanmaktadır. İç hukukta çözüm bulunamayan meseleler yönünden ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuru yapılabilmektedir.

Bireysel başvuruların muhatabının devletler olduğu ve günlük hayatta pek çok devlet işleminin idare eliyle yürütüldüğü düşünüldüğünde, idarenin işlem ya da eylemlerinden kaynaklanan insan hakkı ihlallerinin giderilmesi amacıyla yapılacak idari başvuruların etkili başvuru hakkının uygulama alanı açısından geniş bir kategoriye oluşturduğu söylenebilir.

Öte yandan, etkili başvuru hakkının AİHS'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı ile yargısal başvurular yönünden çakışan kapsamı, idare hukuku uyuşmazlıkları açısından 13. maddedeki etkili başvuru hakkını ön plana çıkaran bir özelliktedir. Medeni hak ve yükümlülükler ile suç isnatlarını kapsamına alan 6. maddenin (istisnalar dışında) özel hukuka ve ceza hukukuna öncelikle odaklanması, 13. Maddenin idari uyuşmazlıklardaki uygulanabilirliğini artırmaktadır.

Gerçekten de kamu gücünün kullanıldığı, tarafların eşit durumda bulunmadığı, idarenin re'sen harekete geçme ve tek taraflı işlemler tesis etme yetkisinin bulunduğu, kamu yararının üstün tutulduğu idare hukuku alanında bu hakkın önemi bir kat daha artmaktadır.

Zira etkili başvuru hakkı hem ortada henüz bir yargılama olmayan dolayısıyla 6. maddenin uygulama alanında bulunmayan idari başvuru süreçlerinde uygulanabilmekte, hem de yargısal süreçlerde 6. maddenin kapsamının dışında kalan ve çoğu kamu hukukuna dahil olan uyuşmazlıklar (Ör: Sınırdışı işlemleri, vergilendirmeye ilişkin bazı işlemler vb.) yönünden ileri sürülebilmektedir. Etkili başvuru hakkının idari uyuşmazlıklara ilişkin yargısal süreçlerde 6. maddeyle birlikte uygulanabilmesi de bazı hallerde mümkün bulunmaktadır (Ör: Uzun yargılama süreçleri bakımından). Yine diğer sözleşmesel haklarla birlikte (Ör: AİHS md. 2,3,5 ve 8. maddeler) idarenin etkili soruşturma yükümlülüğünün olduğu hallerde de etkili başvuru hakkı ihlalleri karşımıza çıkabilmektedir.

Ülkemizde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru olanağının tanınması, etkili başvuru hakkı yönünden dönüm noktası sayılabilecek niteliktedir. Zira bireysel başvuru yolunun varlığı dahi insan haklarının korunmasında etkili bir iç hukuk yolu olarak görülebilmektedir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin artan iş yükü ve özellikle makul sürede yargılanma hakkına yönelik yapılan başvuruların yoğunluğu, etkili başvuru hakkı ile ilgili tartışmaları bir kez daha gündeme getirmiştir.¹ Öte yandan bazı Anayasa Mahkemesi kararlarının uygulanması açısından ortaya çıkan gelişmeler, bu yolun etkililiği konusunu değerlendirmeye açmıştır.²

Bunun yanı sıra, son dönemlerde Türk idare hukukunda temel hak ve özgürlüklerin ihlali iddialarını incelemek üzere pek çok idari kurum, komisyon ve mekanizma oluşturulmuştur. Büyük bütçeler ayrılarak, köklü mevzuat değişikliklerine gidilerek yapılan bu düzenlemelerin çoğunun temelinde AİHM tarafından verilen etkili başvuru hakkının

¹ Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu 25.07.2023 tarihinde Keser Altıntaş (B.No:2023/18536) başvurusunda makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmediğinden düşmesine karar vermiştir. Bu karar, kamuoyunda tartışmalara sebep olmuştur. AİHM'in devletin etkili iç hukuk yolu oluşturması gerekliliğini belirttiği kararları üzerine uyuşmazlıktan el çekerek kararın icrasını takip etmek amacıyla konuyu Bakanlar Komitesi'ne gönderme yetkisinin olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu yetkinin uluslararası hukukun bir enstrümanı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin ise pilot kararın gereğinin yerine getirilmemesini gerekçe göstererek iç hukukta konuya bakmaktan imtina etmesi bireylerin hak kaybına uğraması sonucunu doğurabilecektir.

² Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu 25.10.2023 tarihli Şerafettin Can Atalay (B. No:2023/53898) kararında, milletvekili seçilerek yasama dokunulmazlığı kazanan başvurusunun yargılamada durma kararı verilmesi talebinin reddedilerek yargılamaya devam edilmesi nedeniyle seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararda, daha önce verilen Ömer Faruk Gergerlioğlu kararına atıf yapılarak benzer yöndeki ihlallerin Anayasa Mahkemesinin iş yükünü artırarak bireysel başvuru yolunu etkisiz hale getireceği, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olduğu, ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde mahkemelerin yeniden yargılama sebebi konusunda takdir yetkisinin bulunmadığı ve ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırma yükümlülüklerinin bulunduğu vurgulanmıştır.

ihlaline ilişkin kararlar yatmaktadır. Oluşturulan yeni mekanizmaların bir kısmı ihlali gerçekleştirdiği ileri sürülen idarenin dışında örgütlenmiştir. Ör: Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu, Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Tazminat Komisyonu gibi. Bir kısım mekanizma ise idare içinde hali hazırdaki başvuru yollarını etkinleştirmek amacıyla öngörülmüştür. Ör: Sulh müessesesinin düzenlenmesi. Ayrıca düzenleyici ve denetleyici kurumlara yapılan başvurular da etkinleştirilmeye çalışılmaktadır. Bu mekanizmaların insan hakları ihlallerini önleme, durdurma ve giderme açısından işlevleri artırılmaktadır. Diğer yandan geçmişte sıklıkla etkili başvuru hakkının ihlali kararlarına sebep olan uzun yargılamalar gibi yapısal sorunların çözümüne yönelik çalışmalar yapılmaya devam edilmekte, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri de desteklenmektedir. Tüm bu çabaların ana sebebi, Türkiye’de temel hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamak ve bunun için iç hukukta etkili başvuru yolları oluşturmaktır.

İnsan haklarına saygılı bir idare anlayışının yaygınlaştırılmasıyla, sorunların kaynağında çözümlenebilmesini sağlayabilme kapasitesi olan etkili başvuru hakkı, özellikle idari başvurular açısından işlevsel bir araç olarak kullanılabilir. Bunun için, AİHM ve AYM’nin içtihadı birikimi ışığında elde edilebilen kriterler ve etkililik testinin, insan haklarının ihlali iddiası taşıyan idari uyuşmazlıklardaki tüm başvuru yolları yönünden dikkate alınması ve etkili başvuru hakkının gereklilikleri doğrultusunda gözden geçirilmesi gereklidir. Aksi durumda, yargısal makamların da ihlali gideremediği hallerde, 13. Maddedeki kriterler uygulanarak uyuşmazlık çözümleneceğinden ihlal kararıyla karşılaşılabilir, bu durumu düzeltmek için ise her defasında yeni bir hukuk yolu oluşturmak gibi kısır döngüye girilebilecek bir süreç oluşabilecektir.

Oysa etkili başvuru hakkının geliştirilmesi ve özellikle idare hukuku bakımından yaygın şekilde benimsenmesi, idare ile birey arasındaki mesafeyi azaltacak, uzlaşılı kültürünü yaygınlaştıracak, insan haklarına ilişkin uyuşmazlıkların erken safhada çözümlenmesini sağlayabilecektir. İdari uyuşmazlıklara ilişkin başvuru yollarının etkili başvuru hakkının gerekleri doğrultusunda düzenlenmesi, yargı makamlarının da etkili başvuru hakkının gereklerini dikkate alması durumunda, idareden kaynaklı temel hak ihlallerinin sayısı azalabilecektir. Etkin işleyen bir başvuru süreci, uzun vadede uyuşmazlıkların yargı önüne iş yükü olarak gelmesini engelleyecek ve dolaylı olarak daha az uyuşmazlıkla ilgilenen hakimlerin kararlarının kalitesinin artmasıyla birlikte yargıya duyulan güven artabilecektir. AİHM ve AYM önündeki ihlallerin azalması, davaların gereksiz yere masraf ve zaman

kaybına yol açmasının önüne geçilmesi, devletin yüklendiği yüksek miktartlı tazminatların önüne geçilmesi ve itibar kaybına uğramaması sağlanabilecektir.

Sonuç olarak, etkili başvuru hakkının güçlendirilmesiyle, idarenin neden olduğu insan hakları ihlallerine karşı koruma ve düzeltme işlevi idari süreçlerden başlayarak artırılmış olacak ve birey için devlet anlayışı, insan haklarının korunmasında daha yaygın bir temel oluşturabilecektir.

Konunun çok boyutlu olması farklı disiplinlere ilişkin kavramların birlikte ele alınmasını gerektirmektedir. Bu durum, uluslararası insan hakları hukuku kavram ve uygulamaları ile ulusal temelde özellikle anayasa hukuku ve idare hukukuna ilişkin kavram ve uygulamaların analiz edilmesini zorunlu kılmaktadır.

Etkili başvuru hakkı yönünden idare hukuku bakış açısıyla yapılan çalışmalar nispeten az olup, idari yargı kararlarında nadiren bu hakka atıf yapılmaktadır. Anılan hak uyuşmazlığın niteliğine ve bireyler üzerindeki etkisine göre değişken bir içeriğe sahiptir. Öte yandan diğer hakların usul boyutuyla kesişen bir kapsamı bulunmaktadır. Bu konudaki içtihatlar zaman içerisinde farklılaşmıştır ve halen gelişme göstermektedir. Bu nedenlerle, son derece dinamik bir karaktere sahip olan söz konusu hakkın değerlendirilmesinde inceleme zorluğu oluşmaktadır.

Bununla birlikte, iç hukukumuzun bir parçası olarak uygulanan ve gerçekleştirme taahhüdü altında olduğumuz etkili başvuru hakkının, tüm uyuşmazlıklar yönünden temel hak ve özgürlüklere ilişkin taleplerin başlangıç noktasını teşkil ettiği ve hukuk devletinde emsalsiz bir işleve sahip olduğu unutulmamalıdır.

Çalışmamızın 1. bölümünde insan haklarının gelişimiyle birlikte etkili başvuru hakkının ortaya çıkışı, AİHS'nin 13. Maddesi bağlamındaki anlamı, bu hakkın temel gereklilikleri ve ileri sürülme koşulları, özellik arz eden yönleriyle sınırlı olarak diğer sözleşmesel haklarla ilişkisi ile ihlal edilmesinin iç hukuktaki anlamı üzerinde durulacaktır. İkinci bölümde, Türk İdare hukukundaki idari işlem ve eylemlerden kaynaklanan insan hakları ihlali iddialarıyla sınırlı olarak başvuru yolları ilk bölümdeki kriterler doğrultusunda incelenecek ve etkililiği değerlendirilecektir. Ayrıca idari yargı açısından etkili başvuru hakkının görünümü ile Anayasa Mahkemesinin idari yargıya ilişkin uyuşmazlıklardaki

kararlarında etkili başvuru hakkının nasıl ele alındığı irdelenecektir. Son bölümde ise, Türkiye’de idari uyuşmazlıklar yönünden etkili başvuru hakkının önündeki mevzuattan ve uygulamadan kaynaklı engeller, çözüm önerileri ve sonuç kısımlarına yer verilecektir.



2. ETKİLİ BAŞVURU HAKKI

2.1. AİHS 13. Maddesinde Yer Alan Etkili Başvuru Hakkı

2.1.1. Tarihçe ve Terminoloji

Etkili başvuru hakkı, bireylerin temel haklarının ihlali halinde kamusal makamlara başvurabilmesini ve sonuç alabilmesi olanağını sağlayan hukuki yollar bulunmasını öngörmektedir. Bu nedenle dilekçe hakkı, adil yargılanma hakkı, hak arama hürriyeti, bilgi edinme hakkı gibi birçok hakla yakın ilişkili olup bu haklarla aynı kaynaktan varlığını bulmaktadır.

Etkili başvuru hakkının uluslararası belgelerde ilk defa 1948 tarihli Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesinde yer aldığı belirtilmektedir.³ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinden 8 ay önce kabul edilen bu bildirgede etkili başvuru hakkı doğrudan bir terim olarak yer almayıp, dilekçe hakkına ve adil yargılanma hakkına ilişkin maddelerin muhtevassından ve bildirgenin giriş ve önsöz bölümlerinden varlığı anlaşılmaktadır.⁴ Ancak aynı yıl, 1948’de kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 8. Maddesinde etkili başvuru hakkına (adil yargılanma hakkından ayrı şekilde) yer verilmiştir. Buna göre “*Her şahsın kendine anayasa veya kanun ile tanınan ana haklara aykırı muamelelere karşı fiilli netice verecek şekilde milli mahkemelere müracaat hakkı vardır.*”⁵ Görüldüğü gibi bu madde, sadece yargı makamları önünde etkili başvuru hakkına atıf yapmaktadır.

1950 yılında imzalanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 13. Maddesinde de etkili başvuru hakkı benzer şekilde düzenlenmiştir. Ancak bu defa kapsamı daha geniş tutularak sadece yargı makamları yönünden değil, ulusal makamlara yapılacak başvurular

³ İNCEOĞLU Sibel, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2013, s. 439

⁴ Uluslararası alanda ilk insan hakları belgesi niteliğinde olan 1948 tarihli Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesinin giriş bölümünde insan haklarının sağlanabilmesi için gerekli hukuki ve sosyal ortamı oluşturma devletin görevi olduğu, 18. Maddesinde kişilerin temel haklarının ihlali halinde mahkemelere başvurma hakkı ile 24. Maddesinde yetkili makama sunulan dilekçelere ilişkin gecikmeksizin bir karar elde etme hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Diğer yandan bölgesel metinler arasında yer alan 1969 tarihli Amerikan İnsan Hakları Bildirgesinin 25. Maddesinde etkili başvuru hakkı açık bir biçimde yer almaktadır. (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/GL9/001/94/PDF/GL900194.pdf?OpenElement>) Erişim tarihi: 13.12.2021

⁵ https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/coktarafilsoz/bm/bm_03.pdf (Erişim tarihi: 13.12.2021)

yönünden öngörülmüştür. Ayrıca resmî görevlilerin fiilleri de kapsama alınmıştır. Buna göre:

*“Bu sözleşmede tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir.”*⁶

Maddenin bu yazılış biçimi, aradan geçen 70 yılı aşkın süredir, tüm yol gösterici içeriğiyle temel hakların koruyucusu olarak yerini ve önemini korumaktadır. Sözleşmenin 13. maddesinde anlamını bulan etkili başvuru hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin dinamik yorumuyla güncel değerini muhafaza etmekte ve diğer uluslararası, bölgesel ve ulusal belgelere kaynak olmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden sonra, 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi de etkili başvuru hakkına yer vermiştir. Anılan Sözleşmenin 2/3. Maddesine göre:

*“Sözleşmeye taraf olan her devlet bu sözleşme ile tanınan hak ve özgürlükleri ihlal edilmiş olan her bireyin, bu ihlal resmi sıfatla görev yapan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, etkili bir hukuk yoluna sahip olmasını güvence altına almakla ve bu tür hukuk yoluna başvuruda bulunan herkesin haklarının yetkili yargı, yürütme ya da yasama organlarınca ya da devletin yasal sisteminde öngörülen başka bir yetkili organ tarafından karara bağlanmasını ve yargısal yollara başvurma olanaklarının sağlanmasını güvence altına almakla yükümlüdür.”*⁷

Burada da yasama, yürütme ve yargı makamları ayrı ayrı belirtmek suretiyle başvuru yapılabilecek yetkili makamlar yargı organları ile sınırlı tutulmamıştır. Ayrıca hakkın kapsamında resmi görevliler tarafından gerçekleştirilen ihlaller ayrıca belirtilmiştir.

Bölgesel metinlerde de yer alan etkili başvuru hakkı 1969 tarihinde imzalanan Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 25. maddesinde şu şekilde belirtilmiştir:

“Herkesin, ilgili devletin Anayasasında veya yasalarında ya da bu sözleşmede tanınan temel haklarını ihlal eden tasarruflara karşı korunması için, bu tür ihlaller resmi görevlerini ifa ederken tasarrufta bulunan kişiler tarafından işlenmiş olsa bile, basit

⁶ https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/1312020085756Convention_TUR.pdf (Erişim tarihi: 13.12.2021)

⁷<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx> (Erişim tarihi: 13.12.2021)

ve hızlı biçimde bir yetkili mahkemeye ya da yargı yerine başvurmaya veya herhangi bir başka etkili başvuru yapmaya hakkı vardır.”⁸

Sözleşmeyi imzalayan Amerikan devletleri, etkili başvuru hakkını sağlamayı taahhüt etmişlerdir.

Etkili başvuru hakkı ayrıca 2000 yılında ilan edilen Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının 47/1. Maddesinde de yer bulmuştur. Buna göre;

“Birlik hukuku tarafından teminat altına alınan hakları ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, bu maddede düzenlenen koşullara uygun biçimde, mahkemeye başvurarak etkili bir hukuki çözümden yararlanma hakkına sahiptir.”

Hükümde yer alan “herkes” ibaresi Avrupa Birliği’ne üye devletlerin yargı yetkisine giren herkesi ifade etmektedir. Koruma altındaki haklar da Avrupa Birliği hukuku tarafından garanti edilmiş hak ve özgürlüklerdir. Bu maddenin koruduğu alan sadece mahkemeler önündeki etkili başvuru hakkıdır. Bu nedenle de AİHS md. 13’ün sağladığı koruma, AB Şartının sağladığı korumadan daha geniştir. Ancak bu temel fark dışında AB Temel Haklar Şartının 47. Maddesinde düzenlenen etkili bir hukuki yola başvurma hakkının AİHS’nin 13. Maddesindeki düzenleme ile uyumlu olduğu belirtilmektedir.⁹

Görüldüğü gibi zaman içerisinde etkili başvuru hakkının önce yargısal makamlar dışındaki ulusal makamları da kapsadığı, sonra resmi görevliler tarafından gerçekleştirilen ihlallerde de uygulanabileceği ve giderek sürecin hızlı ve basit olması gerektiği gibi unsurları da ihtiva ettiği madde metinlerinde belirtilmeye başlanmıştır. Kapsamları farklı olsa da, gerek Birleşmiş Milletler Sözleşmelerinde gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde “right to an effective remedy” terimiyle belirtilen etkili başvuru hakkı, özünde aynı içeriğe sahiptir. Hukuk devletinin bir yansıması olarak iç hukukta etkili hak arama yollarının oluşturulmasını öngörmektedir.

Her ne kadar “hak” olduğu ifade edilse de, etkili başvuru hakkı olarak kullandığımız terimin ayrı bir insan hakkı olup olmadığı dahi tartışılmıştır. Avrupa İnsan Hakları

⁸ GEMALMAZ Mehmet Semih; Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, I. Cilt Bölgesel Sistemler, İstanbul, Legal, 2010, s. 729-761 <https://burakgemalmaz.com/wp-content/uploads/2015/05/02.pdf> (Erişim tarihi:13.12.2021)

⁹ ÖZCAN Mehmet, Avrupa Birliğinde İnsan Hakları, Hayat Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 177

Sözleşmesinin hazırlık çalışmalarında bu hakkın kendisinin bizatihi bir insan hakkı olmadığı, fakat diğer hakları güvenceye alma durumu olduğu (This is not a Human Right in itself, but a mode to secure these rights) belirtilmiştir.¹⁰ Sözleşmedeki madde yerinin de buna göre değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüş ve böylece diğer haklardan sonra gelecek şekilde Sözleşmenin 13. Maddesindeki yerini almıştır. Ancak günümüzde 13. Maddenin ayrı bir insan hakkı olduğu kabul edilmektedir.¹¹

Yine ileride görüleceği gibi Sözleşmenin 13. Maddesiyle yakın ilişkili olan 35. Maddesinde iç hukuk yollarının tüketilmesinden söz edilirken “effective domestic remedies” terimi kullanılmaktadır. Anılan terimle, iç hukukta sonuç almaya elverişli yollar kastedilmektedir. Bu ifadede yer alan “domestic” sözcüğü ulusal hukuku yani iç hukuku işaret etmektedir.

“Right to an effective remedy”, dilimize çevrilirken etkili başvuru hakkı olarak yerleşmiştir. Bunun yanında “etkili hukuk yolu hakkı”, “etkili iç hukuk yoluna başvurma hakkı”, “etkili kanun yolu hakkı” gibi terimler de kullanılmakla birlikte yerleşik terimin etkili başvuru hakkı olduğu söylenebilir.

Terimin Türkçesinde “başvuru” sözcüğü kullanılmış olmasına rağmen bu ifadenin “remedy” nin tam karşılığı olup olmadığı değerlendirilebilir. “Remedy” daha ziyade sonuç elde etmeyi ve elde edilen sonuçları yani telafi gücünü de kapsamına alan geniş bir anlama sahiptir. Kimi zaman “etkin şekilde telafi etmeyi garanti altına alma”¹² şeklinde de çevrilmiş olan “remedy” sözcüğü aslında telafi sunma kapasitesine sahip olan hukuk yolunu ifade etmektedir. Bu nedenle literatürdeki “etkili başvuru hakkı” terimi, orijinal terminolojide yer almayan “başvuru” sözcüğünden dolayı farklı şekilde algılanabilmektedir. Zira bu sözcük, hukuk yolundan ziyade, talep içeren aktif iradeye vurgu yapmaktadır ve bu haliyle “etkili” sözcüğünün başvuruyu nitelediği algısı oluşmaktadır.

¹⁰ Preparatory Work on Article 13 of the European Convention on Human Rights Information Document, European Commission Of Human Rights, Strasbourg, 10.05.1957, [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART13-DH\(57\)5-BIL1675402.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART13-DH(57)5-BIL1675402.pdf), Erişim tarihi:25.12.2023

¹¹ KUIJER Martin, Effective Remedies As A Fundamental Right, Escuela Judicial Espanola &European Judicial Training Network, Barcelona, April 2014

¹² 1966 tarihli BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0589.pdf> (Erişim Tarihi:13.12.2021)

Bir diğerkonu da “etkili başvuru”nun etkisiz başvuru ile zıt anlamlı olduğunu çağrıştırmasıdır. Bu durum, yukarıda bahsedilen terimin orjinalinde “başvuru” sözcüğünü içermemesinden ötürü oluşmaktadır. “Etkili başvuru hakkı” iç hukukta sonuç almaya elverişli hukuki yollar olup olmamasına odaklanmaktadır. Yani kişinin başvurusu daha ikinci planda kalırken, başvuru yolunun özellikleri ve telafi sunma kapasitesi ön plana çıkmaktadır. Başvurunun fiilen olumlu sonuçlanması da dikkate alınmamaktadır.

“Etkili başvuru yolu” ve “etkili başvuru hakkı” da bu alanda karşımıza çıkan iki farklı terim olmasına rağmen zaman zaman birbirinin yerine kullanıldığı görülmektedir. “Etkili başvuru hakkı”, temel haklardan birinin ihlal edilmesi halinde ulusal bir makama başvuru yapabilme hakkını ifade ederken, “etkili başvuru yolu”, bu hakkın kullanılabilmesi için öngörülen sonuç almaya elverişli hukuki seçenekleri ifade etmektedir. Yani etkili başvuru yolu, etkili başvuru hakkının hayata geçirilebilmesi için hukuk düzeninde öngörülen etkin mekanizmaları işaret eder.

Diğeryandan “etkili iç hukuk yoluna başvurma hakkı” terimi tüm bu anlatılan konuların hepsinin belirttiği anlamı kapsamına almakta fakat uzun olması nedeniyle pek fazla tercih edilmemektedir. Biz de genel kullanım yaygınlığı nedeniyle “etkili başvuru hakkı” kavramını çalışmamızda kullanacağız. Etkili başvuru hakkını AİHS’nin 13. Maddesindeki anlamıyla incelemeye çalışacağız.

2.1.2. Etkili Başvuru Hakkının Amacı ve İşlevi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 13. Maddesi şu şekildedir:

“Madde 13

Etkili Başvuru Hakkı

Bu sözleşmede tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir.”

Etkili başvuru hakkının varlık sebebi ve amacı, uluslararası hukukta geçerli olan ikincillik prensibi gereği öncelikle bireylere iç hukukta insan haklarının korunduğu bir sistemi garanti etmektir.

Bu amaç, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin tümüne hakim olan hukuk devleti ilkesi ve demokratik toplumun gereklerinin bir sonucu olarak öngörülmüştür.¹³

Bireylerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve eki protokollerinde yer alan haklardan birinin ihlal edildiği iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuru yapmadan önce ulusal makamlar nezdinde çözüm bulabilmesi bu hak sayesinde temin edilmektedir. Bu suretle ihlal iddiasında bulunan bireylere sunulan korumayı artırmayı sağlayan etkili başvuru hakkı, etkin bir insan hakları politikası için vazgeçilmez bir ön şart olarak kabul edilmektedir.¹⁴

Bu nedenle 13. madde, uluslararası korumanın ikincilliği prensibinin bir başka görünümünü barındıran ve iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralını öngören Sözleşmenin 35. maddesiyle yakın ilişki içerisinde. 35. madde, ulusal hukuktaki etkili başvuru yollarından sonuç alınamaması halinde bireysel başvuru yapılabilmesi kuralını içermektedir.

Etkili başvuru hakkı bir yandan bireylerin insan haklarının daha etkin korunmasını sağlarken diğer yandan devletlere iç hukukta insan haklarını koruyan etkili mekanizmaların oluşturulması yükümlülüğünü yüklemektedir. Bu bağlamda Sözleşmenin 13. maddesi, Sözleşmenin 1. maddesinde öngörülmüş olan devletlerin genel yükümlülüğünü de tamamlayıcı niteliktedir.

Sözleşmenin 1. maddesi şu şekildedir:

*“Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşmenin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar.”*¹⁵

13. Madde bu yükümlülüğü, “bireylerin bu haklardan yararlanabilmeleri için ek güvenceler tesis edilmesi yoluyla” uluslararası düzeyde de desteklemektedir.

¹³ Guide on Article 13 of the European Convention on Human Rights, Right To An Effective Remedy, Council of Europe, 2021, s.8

¹⁴ KUIJER; a.g.m., s.1

¹⁵ https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/25032022152620Convention_TUR.pdf (Erişim tarihi:26.10.2023)

Diğer yandan, iç hukukta etkili başvuru yollarına sahip olunması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelen uyuşmazlıkların sayısını azaltabilecek ve Mahkeme bu suretle daha etkin bir denetim yapabilecektir. Bir anlamda etkili başvuru hakkı sayesinde, AİHM önündeki denetim de bir etkili başvuru yolu haline gelebilecektir.

Tüm bu sebeplerle, uluslararası düzeyde farklı arenalarda da hukuki mekanizmalar içerisinde etkili iç hukuk yollarının oluşturulması gerekliliği oldukça önemsenmektedir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin tavsiye kararlarında bu hakkın önemi vurgulanmaktadır.

12 Mayıs 2004 tarihinde Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen iç hukuk yollarının geliştirilmesi hakkındaki Rec (2004)6 sayılı Tavsiye Kararında¹⁶;

“...Sözleşmenin 13. Maddesi uyarınca Taraf Devletlerin, Sözleşmedeki temel hakların ihlaline ilişkin iddiası bulunan herkese bu iddialarını dile getirebilecekleri ulusal yargı makamları önünde etkili başvuru yollarının varlığını taahhüt ettiği...” nin altı çizilmektedir.

Bu tavsiye kararı, üye devletleri kendi hukuk sistemlerini Mahkemenin içtihadı ışığında incelemeye ve gerekirse 13. madde anlamında etkili hukuk yolları oluşturmak üzere mevzuat ya da içtihat değişikliği yoluyla gerekli ve uygun tedbirleri almaya teşvik etmektedir.

2.1.3. Etkili Başvuru Hakkının Özellikleri

2.1.3.1. Herkese tanınmıştır

Sözleşmenin 13. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkı, hakkın ifade ettiği anlam açısından, Sözleşmenin 1. maddesinde yer alan taraf devletlerin Sözleşme ile koruma altına alınmış maddi hakları, egemenlikleri altında bulunan herkese tanıma yükümlülüğünden ayrı düşünölemeyecek bir düzenlemedir.¹⁷

¹⁶ <https://rm.coe.int/16805dd18e> (Erişim tarihi:13.12.2021)

¹⁷ ŞENOL Cem, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü ve Etkili Başvuru Hakkı, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, S:1, Aralık 2011, s.6

Sözleşmenin hazırlık çalışmaları sırasında bu hakkın sağladığı güvenceden yalnızca üye devletlerde ikamet edenlerin yararlanabileceği öngörülmüştür.¹⁸ Ancak metnin yazımı sırasında ileri sürülen görüşler doğrultusunda sadece ikamet edenlerin değil, herkesin bu haktan yararlanması gerektiğinde karar kılınmıştır. Dolayısıyla üye devletlerden birinde ikamet etmeyen sığınmacılar veya üye devletin ülkesel sınırları dışındaki vatandaşları da bu haklardan yararlanabilecektir. 13. madde, tabii hukuk teorisine uygun olarak herkese bu hakkı tanımıştır.

Öte yandan 13. maddedeki “herkes” sözcüğünü değerlendirirken, Sözleşmenin 34. Maddesindeki;

“Bu Sözleşme veya protokollerinde tanınan haklarının Yüksek Sözleşmeci taraflardan biri tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu öne süren her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları Mahkemeye başvurabilir. Yüksek Sözleşmeci taraflar bu hakkın etkin kullanılmasına hiçbir şekilde engel olmamayı taahhüt ederler.”

Kuralı ve ileri sürülen temel hakkın niteliği de göz önünde bulundurulmalıdır. Yani AİHM’in kişi yönünden yetki kuralları etkili başvuru hakkı yönünden de dikkate alınmalıdır.

Buna göre, yalnız yurttaşlara değil, yabancılar ve vatansızlara da bu hak tanınmıştır. Sözleşmedeki haklardan yararlanmanın tek koşulu Sözleşmeye taraf bir devletin yargı yetkisi içinde bulunmaktır. Bir başka deyişle Sözleşmeye taraf bir devletin iktidar alanında bulunmak, Sözleşmenin getirdiği koruma sisteminden yararlanmak için yeterlidir.¹⁹

Tüzel kişiler de ileri sürülen temel hakkın uygun olması halinde 13. Maddedeki haktan yararlanabilmektedir. Örneğin B. Tagliaferro & Sons Limited ve Coleiro Brothers Limited / Malta davasında AİHM, söz konusu şirketlerin mülkiyet hakkının ve AİHS 13. Maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁰

¹⁸ Preparatory Work On Article 13 of The European Convention on Human Rights, European Commission of Human Rights, Strasbourg, 10.05.1957

¹⁹ ÖZDEK Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara, 2004, s.33

²⁰ B.Tagliaferro & Sons Limited ve Coleiro Brothers Limited/Malta, AİHM, Başvuru No: 75225/13 ve 77311/13, 11.12.2018

Bunun dışında hükümet dışı kuruluşlar ya da kişi grupları da etkili başvuru hakkından faydalanabilmektedir.²¹ Elbette mağdurluk ve potansiyel mağdurluk konusundaki yaklaşımlar da AİHM'in bakış açısı ve yorumunun etkili başvuru hakkı açısından dikkate alınması gerekecektir. AİHM, kamu gücünü kullanan kamu tüzel kişiliğinin bir başka kamu gücünü kullanan kamu tüzel kişiliğine aleyhine başvuruda bulunamayacağı konusunu ilke olarak benimsemiştir.²² Örneğin kamusal yetki kullanan belediyeler tarafından başvuru yapılarak etkili başvuru hakkının ihlal edildiği ileri sürülemeyecektir.

Bununla birlikte iç hukukta başvuru aşamasında kişi yönünden bazı kısıtlamalar öngörülmüş olması muhtemeldir. Özellikle adil yargılanma hakkının unsurlarından mahkemeye erişim hakkının incelenmesinde karşımıza çıkan bu tür kısıtlamalar yönünden devletin belli bir takdir yetkisinin var olduğu kabul edilmektedir. Ancak sınırlamaların hakkın özünü zedeleyecek şekilde ve ölçüde kısıtlanamaması gerekir.²³ Örneğin belli bir yaş koşulu aranması veya kısıtlı olmama koşulunun öngörülmesi gibi. Aynı yaklaşımın etkili başvuru hakkı yönünden de dikkate alınması mümkün olabilecektir. Yani, devletin meşru sebeplerle mevzuatla getirdiği sınırlamaların doğrudan etkili başvuru hakkını ihlal ettiği söylenemeyecektir. Ancak başvuranın özel koşulları dikkate alınarak farklı bir yoruma gidilmesine engel yoktur. Zira mağdur kavramını AİHM, iç hukuktaki usul normlarından ayrı ve bağımsız şekilde yorumlamaktadır.²⁴

34. maddenin, AİHM'e yapılan bireysel başvuru aşamasındaki bir usul kuralı olması nedeniyle bazı durumlarda kıyasen uygulanabileceği değerlendirilmekte ise de, bu hükmün iç hukuktaki idari ya da yargısal süreçlerdeki başvuru sınırlarından bağımsız olarak ele alınması gerektiği AİHM Zehentner/Avusturya kararında şu şekilde belirtilmiştir;

“...Mahkeme bireysel başvuruların yönetilmesine ilişkin koşulların, taraf ehliyetine ilişkin ulusal kriterlerle aynı olmasının gerekli olmadığını gözlemler. Bu bağlamda ulusal kurallar, Sözleşme madde 34’te tasarlananlardan farklı amaçlara hizmet eder.

²¹ Hukuki Kaynaklar Merkezi (Valentin Campeanu adına)/Romanya, AİHM Başvuru No:47848/08, 17.07.2014 tarihli kararda sivil toplum örgütünün vefat eden akıl hastası adına başvuru yapma hakkının olduğu kabul edilerek yaşam hakkıyla ilgili iddiaların bağımsız bir merci tarafından incelenmesini sağlayacak yasal çerçevenin sağlanıp uygulamaya konulmaması nedeniyle 2. Madde ile birlikte 13. Maddenin ihlaline karar verilmiştir.

²² DURMAZ Cüneyt, EKİNCİ Hüseyin, ÇINAR İbrahim, SAĞLAM Musa, BAYSAL Mustafa,; Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Avrupa Konseyi, 2013, s. 170

²³ ÇELİK Abdullah, Adil Yargılanma Hakkı Rehberi, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014, s. 32

²⁴ DURMAZ, EKİNCİ, ÇINAR, SAĞLAM, BAYSAL; a.g.e., s. 206

Bu amaçlar bazen kıyas edilebilir olsa da, bunun her zaman böyle olması gerekmez...”²⁵

Dolayısıyla iç hukuktaki başvuru süreçlerindeki kurallar Mahkemeyi bağlamamaktadır. Ancak ulusal makamların kısıtlayıcı hükümleri, başvuru hakkının kullanılmasını ortadan kaldıracak şekilde uygulaması da başvuruyu ilgilisi yönünden etkisiz hale getirebilecektir.

2.1.3.2. İhlal resmî görevlilerden kaynaklansa bile ileri sürülebilir

13. madde, ihlal “resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi” bir hukuk yolu sağlama yükümlülüğü getirmektedir. Söz konusu ihlal fiilinin resmi sıfatla hareket eden kişiler tarafından işlenmiş olup olmamasının bir önemi yoktur.²⁶ İhlalin resmi görevliler tarafından gerçekleştirilmesi durumunda dahi ilgililer koruma altında olacaktır. Maddede bu ifadenin açıkça yer alması, kamu gücü kullanan kişi ve makamlara herhangi bir dokunulmazlık verilemeyeceğini belirtmektedir.

13. maddedeki bu ifadenin, Sözleşme ihlallerinin özel kişilerce gerçekleştirilebileceğini ve böyle bir durumda, devletin 13. Madde uyarınca etkili bir hukuk yolu sağlama yükümlülüğü altında olduğunu tanıyan bir ifade olduğu ileri sürülmüştür.²⁷

Gerçekten de, AİHS’nin temel hakların korunmasına ilişkin genel yaklaşımına bakıldığında, devlete birtakım negatif ve pozitif yükümlülükler yüklendiği, devletin hem kendi fiillerinden sorumlu tutulduğu hem de 3. Kişiler tarafından gerçekleştirilen ihlalleri önleme, bu ihlallerin oluşmaması için mevzuatta ve uygulamada düzenlemeler yapma, bireylerin ihlale maruz kalmaması konusunda koruma, ihlal gerçekleşikten sonra halen devam eden ihlalleri durdurma, sona eren ihlallerde zararı tazmin etme gibi geniş yükümlülüklerinin bulunduğu gözlemlenmektedir. Bu anlamda özel kişilerce gerçekleştirilen ihlalleri önleyemeyen veya bu ihlaller bakımından bireyleri koruyamayan devletlerin sorumluluğunun doğacağı açıktır.

²⁵ Zehentner/AvusturyaBaşvurusu, AİHM, Başvuru No: 20082/02, 16.09.2009

²⁶ DOĞRU Osman, NALBANT Atilla; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Cilt 2, s. 559

²⁷ HARRIS D.J., O’BOYLE M., BATES E.P., BUCKLEY C.M., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, 2009, s. 587

Resmi görevliler tarafından meydana getirilen ihlaller yönünden ise, devletin bir mazerete sahip olmayacağı, hem özel kişilerce hem de resmi görevlilerce meydana getirilen ihlallerde etkili bir başvuru yolunun öngörülmesi gerektiği tereddütleri gidermek bakımından maddenin lafzında açıkça vurgulanmıştır.

13. maddenin hazırlık çalışmaları sırasında, bu hükmün katı uygulanması halinde iyi niyetli olarak hareket eden devlet görevlilerini ve hatta bütünüyle idareyi ve yargıyı engelleyebileceği dile getirilmiş, ancak resmi görevlilerin temel hakların ihlal edilmesi halinde daha üst bir otorite olarak hareket ettiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacağı vurgulanmıştır. Bununla birlikte, “özellikle kamu görevlileri tarafından ihlalin gerçekleştirildiği hallerde, ihlalcilerin hızlıca kanun önüne çıkarılmasının sağlanmasına” ilişkin öneri reddedilmiştir.²⁸ Bu da bize, özel kişilere göre devlet görevlilerince ihlalin gerçekleştirilmesi halinin daha ağır bir durum olarak değerlendirilmeyeceğini, AIHM’in incelemesini ihlali gerçekleştiren kişinin sıfatından bağımsız olarak yapacağını göstermektedir.

2.1.3.3. Tamamlayıcı ve koruyucu genel bir haktır

Etkili başvuru hakkı, diğer hakların tamamlayıcısı ve diğer hakları koruyucu özelliğe sahip genel nitelikte bir haktır. Bu husus Zavoloka/Latvia kararında etkili başvuru hakkının Sözleşme ve eki protokollerde yer alan diğer maddi hakların tamamlayıcısı olduğu şeklinde belirtilmiştir.²⁹

Etkili başvuru hakkının doğrudan ve tek başına ileri sürülebilmesi mümkün değildir. 13. Maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere Sözleşmedeki bir veya birden fazla temel hakkın ihlali iddiası ile birlikte ya da onunla bağlantılı şekilde ileri sürülebilir. Diğer hakları tamamlayıcı ve koruyucu özelliği bu nedenle ortaya çıkmaktadır.

²⁸ Preparatory Work On Article 13 of The European Convention on Human Rights, European Commission of Human Rights, Strasbourg, 10.05.1957

²⁹ Zavoloka/Latvia Davası, AIHM; Başvuru No:58447/00, 07.07.2009

13. maddenin birlikte ileri sürüldüğü hakka ilişkin ihlal iddiasının savunulabilir düzeyde olması gerekir. Ayrıca birlikte ileri sürüldüğü hakkın içeriğine göre 13. Maddenin kapsamının ve gerekliliklerinin değişebileceğini söylemek mümkündür.

Genel bir hak olduğundan, çakışma halinde ilgili özel alanı düzenleyen maddenin öncelikle uygulanacağı kabul edilmektedir. Örneğin, mahkemeye başvuruda engeller olması, etkili başvuru hakkı kapsamında değil, adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişme hakkı doğrultusunda incelenmektedir.³⁰

AİHM'in istisnaen doğrudan ve yalnızca 13. Maddeye dayalı şikayeti de kabul edilebilir bulduğu olmuştur. Ancak bu halde dahi, benzer davalardaki dayanakları kıyas yoluyla uygulamak suretiyle temel hakla bağlantı kurmuştur. Örneğin bir uyuşmazlıkta, AİHM, çalıştığı şirketin iflasından sonra alacağını temin eden bir iç hukuk yolu olmadığını ileri süren ve etkili başvuru hakkının ihlal edildiği iddiasıyla başvuran kişi hakkında, emsal davalar ışığında re'sen başvuruyu mülkiyet hakkı ihlali iddiası kapsamında inceleyerek 13. madde bakımından başvuruyu kabul edilebilir görmüştür.³¹

2.1.3.4. Tek başına ihlal edilebilir maddi bir haktır

Her ne kadar etkili başvuru hakkı tamamlayıcı ve koruyucu bir hak olup, ancak Sözleşmedeki diğer bir maddenin ihlali ile ileri sürülebiliyor ise de, birlikte ileri sürüldüğü diğer haktan bağımsız olarak ihlal edilebilir bir haktır. Bir başka deyişle, etkili başvuru hakkı, tek başına ihlal edilebilir bir hak olmasına rağmen ihlali tek başına ileri sürülemeyen bir haktır.³²

Sözleşmenin 13. Maddesinin uygulama açısından taşıdığı önem, bu hakkın usule ilişkin bir kural mı yoksa esasa ilişkin bir hak mı olduğunun tartışılmasına yol açmıştır.³³

Maddenin lafzından hareket eden bir görüş, maddede düzenlenen hakkın taraf devletlere usule yönelik bir yükümlülük getirdiğini, bu nedenle 13. Maddede düzenlenen

³⁰ Guide on Article 13 of the European Convention on Human Rights, Council of Europe, 2021, p.22

³¹ Chizzotti/İtalya Davası, AİHM, Başvuru No:15535/02, 02.02.2006

³² ŞENOL Cem, a.g.m., s.7

³³ AKSOY Emine Eylem; "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 13. Maddesi:Etkili Başvuru Hakkı", Çetin Özek Armağanı, 2004, s.21

hakkın tek başına ihlal edilebilir bir hak olmadığını ileri sürmüştür.³⁴ Mahkemenin uygulamasına da yön veren diğer görüş ise, 13. Maddede düzenlenen etkili başvuru hakkının usulî değil, maddi bir hak olduğu ve bu nedenle tek başına ihlal edilebilir nitelikte olduğunu savunmuştur.³⁵

Etkili başvuru hakkının devlete bir yandan ilgili başvuru yolunun kullanılmasını engellememe yükümlülüğü yüklerken bir yandan da hakkın kullanılmasını sağlamak için uygun mekanizmaların kurulması ve işletilmesi yükümlülüğünü yüklemesi nedeniyle karma bir hak olduğu da ileri sürülmüştür.³⁶

AİHM'e göre tek başına ihlal edilebilen nitelikte ve dolayısıyla maddi bir hak olduğu kabul edilen etkili başvuru hakkı Klass/Almanya kararında şu şekilde belirtilmiştir:

*“...madde lafzıyla okunduğunda bir kimsenin ancak bir ihlal meydana gelmişse iç hukuk yollarına başvurma hakkına sahip olduğu sanılır. Ancak bir kimse ulusal bir makama şikayette bulunmadıkça, bu makamın önünde ihlalin varlığını ortaya koyamaz. Sonuç olarak Komisyon azınlığının da ifade ettiği gibi Sözleşmenin gerçekten ihlal edilmiş olması, 13. Maddenin uygulanması için bir ön koşul olamaz...”*³⁷

Klass/Almanya kararına dayalı olarak bu hakkın koruma ve ödetme mekanizması olarak değil, başlı başına bir temel hak olarak kabul edildiği belirtilmektedir.³⁸

Yine AİHM, birlikte ileri sürüldüğü hakkın usule ilişkin yükümlülükleri kapsamında değerlendirmedeği hususlarda doğrudan etkili başvuru hakkını uygulayabilmekte³⁹, talepte bulunulmasa bile, re'sen etkili başvuru hakkının ihlal edilip edilmediğini inceleyebilmektedir.⁴⁰

Kanaatimizce, tek başına ileri sürülemeyen, ancak Sözleşmenin bir başka maddesinin ihlal edilmesi ön koşuluna bağlı olmaksızın ihlaline karar verilebilen, ileri sürülmese dahi

³⁴ AKSOY, s. 21; Ünal, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s.308

³⁵ ŞENOL, age, s. 108

³⁶ DEMİR Rıdvan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Etkili Başvuru Hakkı, Adalet Dergisi, Yıl:2015, Sayı:52, s. 131

³⁷ Klass/Almanya kararı, AİHM, Başvuru No:5029/71, 06.09.1978

³⁸ DEMİR Rıdvan, a.g.m. s.132

³⁹ Akkoç/Türkiye Başvurusu, AİHM, 22947/93 ve 22948/93, 10.10.2000

⁴⁰ ŞENOL Cem, a.g.m., s.7

re'sen incelenebilen etkili başvuru hakkı, başlangıçta usule ilişkin bir hak olarak görülmüş ise de, gelişim aşamalarının sonunda maddi bir hak hüviyetine kavuşmuştur.

2.1.3.5. Sağladığı güvence başvurunun sonucundan bağımsızdır

Sözleşmenin 13. Maddesi, ilgiliye ihlal iddiasını ulusal bir makam önünde dile getirme ve incelenmesini sağlama hakkı vermektedir. İç hukuk yolunun etkili olması ise, mutlaka ilgilinin bu yoldan olumlu sonuç alması anlamına gelmemektedir. Söz konusu iç hukuk yolunun olumlu sonuç almaya elverişli olması yani makul bir başarı şansı sunması aranmaktadır. Bu elverişliliği ispat etmek için ise, daha önce bu yolu denemiş olanların aldığı olumlu sonuçlar gösterilebilecektir.

İç hukuk yolunun başvuru yönünden fiilen olumlu sonuçlanmaması ilgili yolun etkisiz olduğu anlamına gelmemektedir. AİHM de, iç hukuk yolunun fiilen başvuru lehine sonuçlanmamasının tek başına iç hukuk yolunun etkisiz olduğu sonucunu doğurmayacağını belirtmektedir.⁴¹

Olumlu sonuçlara ilişkin olarak net bir referans bulunmamaktadır. Yani kaç tane başvurudan kaçının olumlu sonuçlandığı bize iç hukuk yolunun etkili olduğu fikrini verebilir? Bunu saptamak için doğrudan esas alınan bir yüzdelik oran veya sayısal gösterge bulunmamaktadır. Ancak, benzer olaylarda daha önce yapılmış hiçbir başvurudan olumlu sonuç alınamamış olması veya incelemenin esasında ciddi şekilde AİHS'in bakış açısının tersine bulgulara rastlanması sonuç alma kapasitesi yönünden AİHM'in yorumunu etkileyebilecektir. Daha önce emsal nitelikte olan tek bir mahkeme kararının bulunmasını AİHM, ilgili hukuk yolunun etkili olduğunu ispatlamaya yetmeyeceğini de belirtmiştir.⁴²

İlgili yolun makul başarı şansı sunması yönünden, birlikte ileri sürülen hakkın ve olayın özelliği, ilgili hukuk yolundan beklenen giderim şeklini belirleyecektir. Genel olarak devam eden ihlaller bakımından durdurucu veya ihlali giderici, sona ermiş ihlaller bakımından tazmin edici hukuk yollarının varlığı aranmaktadır.

⁴¹ Soering/Birleşik Krallık Başvurusu, AİHM, Başvuru No:14038/88, 07.07.1989

⁴² Guide on Article 13 of the European Convention on Human Rights, s.18

İç hukuktaki başvuru yolunun etkili olduğuna ilişkin ispat yükü, iç hukuk yollarının tüketilmediğini ileri süren devlete aittir.⁴³

2.1.4. Etkili Başvuru Hakkının Kapsamı

Etkili başvuru hakkının kapsamı, her somut olaya göre ve birlikte ileri sürüldüğü hakkın niteliğine göre değişim göstermektedir.⁴⁴

Bu hakkın konu bakımından kapsamını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve eki protokollerde belirtilen hakların korunması ve güvenceye alınması oluşturmaktadır. Bu nedenle AİHS'in diğer maddeleri ile yakın ilişki içerisinde olan bu hakkın, ancak belirtilen diğer maddelerin ihlal edildiği iddiasıyla birlikte ileri sürülebilmesi mümkündür. Bu haklar ise, yaşama hakkı, işkence yasağı, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, özgürlük ve güvenlik hakkı, adil yargılanma hakkı, kanunsuz suç ve ceza olmaması, özel ve aile yaşamına saygı hakkı, düşünce, din ve vicdan özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplantı ve dernek kurma özgürlüğü, evlenme hakkı, ayrımcılık yasağı, mülkiyet hakkı, eğitim özgürlüğü, serbest seçim hakkı ile 7 No'lu ek protokolde⁴⁵ tanınmış haklardır.

Birlikte ileri sürüldüğü hakkın niteliğine göre, ihlali önleyici, durdurucu ve giderici yollar farklı olabilecektir. Sağlanacak etkili başvuru yolunun sonucunda ihlale sebep olan işlemin iptal edilmesi, geri alınması, değiştirilmesi, ihlalin durdurulması, sorumluların tespiti amacıyla bir soruşturma yapılması, maddi- manevi tazminat ödenmesi ya da ilgililere yaptırım uygulanması öngörülebilir.⁴⁶

⁴³ ŞİRİN Tolga, Bireysel Başvuru Usul Hukuku, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, Ankara, 2018, s.146

⁴⁴ Aksoy/Türkiye Başvurusu, AİHM, Başvuru No:21987/93, 18.12.1996. Bu kararda AİHM, gözetiminde işkence nedeniyle 3. maddenin ihlaline, gözetim süresinin uzunluğu nedeniyle 5. maddenin ihlali ile birlikte 13. maddenin ihlaline karar vermiştir. Kararda işkence yasağının önemi ve mağdurun işkence fiili karşısındaki kırılgan durumu dikkate alındığında, 13. Madde doğrultusunda devlete yüklenen sorumluluğun arttığı belirtilmiştir. İşkence iddialarına ilişkin olarak savcılık tarafından soruşturma yapılmamış olmasının, tazminat talebi gibi diğer iç hukuk yollarının da etkili olmasının önüne geçeceği vurgulanmıştır.

⁴⁵ 7 No'lu ek protokol Türkiye yönünden 01.08.2016 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, yabancıların sınırdışı edilmesinde usulî güvence hakkı, cezai konularda temyiz hakkı, haksız mahkumiyet için temyiz hakkı, non bis in idem ve eşler arası eşitlik haklarını kapsamaktadır.

⁴⁶ Guide on Article 13 of the European Convention on Human Rights, Right To An Effective Remedy, Council of Europe, 2021, s. 20

İhlalden sorumluluk bakımından hakkın kapsamına hem yargı makamları hem de idari ve siyasi makamların fiilleri girmektedir. Ayrıca 3. Kişilerin fiilleri de belli durumlarda hakkın kapsamına girebilmektedir.

Mevzuattan kaynaklanan ihlallerin giderilmesi veya yapısal sorunların giderilmesi bakımından alınması gereken önlemler devletin yasama organının çözümlemesi gereken bir konu olabilmektedir. Yasaların Sözleşme hükümleriyle çatıştığı durumlarda AİHM konu bakımından yetkisizlik kararı vermeyi tercih etmemektedir. Bu tip uyuşmazlıklarda 13. Maddeden kaynaklanan yükümlülüklerin yorumlanmasının gerekli olmadığını, 13. Maddenin uygulanabilir olmadığını ya da ihlal edilmediğini belirtmektedir.⁴⁷

AİHM bazı durumlarda, mevzuattan kaynaklanan hak ihlali iddialarında olayın niteliğine göre konuyu etkili başvuru hakkı yönünden de inceleyebilmektedir. Örneğin Vrontou/Kıbrıs davasında, mülteci erkeklerin çocukları ile kadınların çocukları arasında ayrımcılık yapılarak mesken yardımından sadece babası mülteci olanların yararlandırıldığı olayda, mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine, bu mevzuatın ayrımcı niteliğine başvuranın itirazda bulunabilmesine olanak sağlayan etkili başvuru yollarının bulunmadığı gerekçesiyle de 13. Maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴⁸ Bazen de AİHM'in kararında yeni bir hukuk yolu oluşturulması hususunun değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin yer verdiği bölüm, doğrudan siyasi iradeye hitap edebilmektedir.

13. maddenin metnine göre (resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından ihlal), esas olarak yürütmenin eylemlerinden doğan ihlalleri hedeflediği ileri sürülmüştür. Ancak Mahkeme bu hükmü böyle kısıtlı bir bakış açısıyla değerlendirmemiştir.⁴⁹

AİHM, ihlalin hangi kaynakta gerçekleştiğini kararlarında belirtmektedir. İdarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklanan ihlaller yönünden etkili iç hukuk yollarının bulunmamasını 13. Maddeye aykırı görmektedir. Hatta, idarenin şikayet konusu uygulamalarının yaygın ve sistematik olması, bu uygulamalara resmi makamların tolerans göstermesi, bu durumun ülkede idari pratik haline geldiğini gösterdiğinden, başvuru yolunun

⁴⁷ Guide on Article 13, s. 23

⁴⁸ Vrontou/Kıbrıs Davası, AİHM, Başvuru No:33631/06, 13.10.2015

⁴⁹ HARRIS, BOYLE, BUCKLEY, age, s.578

etkisiz olduğu değerlendirilerek söz konusu iç hukuk yolunun tüketilmesi zorunluluğu dahi aranmamaktadır.⁵⁰ AİHM birçok kararında idarenin işlem ve eylemlerinden dolayı ortaya çıkan ihlalin yargı makamlarınca giderilemediğine işaret etmektedir. Bazen de yargı makamlarının işlemleri doğrudan 13. Maddenin ihlaline sebep olabilmektedir. Örneğin uzun yargılamalar dolayısıyla herhangi bir başvuru yolunun bulunmaması etkili başvuru hakkının ihlali olarak görülebilmektedir. Ancak bazen AİHM, olayın niteliğine göre uzun yargılamalara ilişkin oluşturulan yeni hukuk yolunun uygulamada etkin olmadığına da hükmedebilmektedir.⁵¹

AİHS ve eki protokollerde düzenlenen bir temel hakkın ihlaline 3. Kişilerin sebep olması halinde, devletin bunları önleme veya engelleme yükümlülüğünün olduğu durumlarda sorumlu tutulması söz konusu olabilmektedir. Yani 3. Kişilerin fiillerinden devletin sorumlu tutulabilmesi ancak devletin bu konuda özel bir yükümlülüğünün varlığı halinde gündeme gelmektedir. Bu şekilde Sözleşmenin kapsamının bireyler arasındaki özel ilişkileri kapsayacak şekilde genişletilmesi eğilimine “yatay” etki” adı verilmektedir.⁵²

3. Kişilerin fiillerinden doğan ihlallerde devletin yükümlülüğü konusunda, doğrudan devletin sebep olduğu ihlallere nazaran daha ılımlı yaklaşılmaktadır. Örneğin, bir mahkumun akli dengesi yerinde olmayan hücre arkadaşı tarafından öldürülmesi durumunda devletin ilgiliyi korumada yetersizliği nedeniyle sorumlu olduğu ve tazminat sunabilen etkili bir iç hukuk yolunun bulunmaması nedeniyle 13. Maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir.⁵³

Yükümlülüğün çeşidi yönünden hakkın kapsamına devletin hem pozitif yükümlülükleri hem de negatif yükümlülükleri girmektedir. Buna göre özellikle 2, 3 ve 5. maddelerdeki etkili soruşturma yükümlülüğü konusuna devletin pozitif yükümlülükleri açısından AİHM’in bakış açısı daha katıdır. Mahkeme, yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü ihlalinin yargısal olarak yaptırıma tabi tutulması gerektiği görüşünde iken, 2. Ve 3. Maddelerin ihmali ya da hatalı işlemler ile ihlal edildiği hallerde (Ör: tıbbi ihmal) tazminat

⁵⁰ DURMAZ, EKİNCİ, ÇINAR, SAĞLAM, BAYSAL; a.g.e., s. 121

⁵¹ Rutkowski ve Diğerleri/Polonya, AİHM Başvuru No:72287/10, 07.07.2015

⁵² KOMBE Jean François Akandji, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler (Çeviren: Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya), Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları Serisi No:7, Belçika, 2008, s.14

⁵³ Paul ve Audrey/Birleşik Krallık Davası, AİHM, Başvuru No:46477/99, 14.06.2002

sağlayan hukuk davasını yeterli görmektedir.⁵⁴ Başvuru yollarının engellenmemesi de devletin negatif yükümlülüklerine örnek olarak gösterilebilir.

Hakkın kapsamının net olarak tanımlanmaması bir yana, kapsamın zaman içerisinde de değiştiği söylenebilir. AİHM’in Sözleşmeyi dinamik şekilde yorumlanmasıyla Sözleşmenin koruma alanının genişlemesine bağlı olarak bazı alanlar da sonradan kapsama girebilmiştir. Örneğin etkin soruşturma yükümlülüğü de etkili başvuru hakkının kapsamında kabul edilmektedir.⁵⁵

Diğer yandan hakkın kapsamını sınırlandıran özel durumlar da olabilmektedir. Örneğin ulusal güvenlik gerekçesiyle yapılan işlemlerde 13. Maddeyle sağlanan koruma mutlak değildir. Mahkeme ulusal güvenlik bağlamının ilgili hukuk yolu üzerinde kendiliğinden sınırlama yapabileceğini kabul etmekte, başvuru yolunu mümkün olabildiğince “etkili hukuk yolu” olarak görülebilmektedir.⁵⁶

2.1.5. Etkili Başvuru Hakkına Yönelik Olarak Devletin Genel Yükümlülükleri

13. maddenin insan haklarının korunması sisteminde temel bir rolünün olmasına rağmen, Sözleşmedeki lafzı ve hedefinin açık olduğunu söylemek pek mümkün değildir. Öyle ki; iki yargıç bu maddenin sözleşmenin “en karanlık” maddesi olduğunu belirtmiştir.⁵⁷

Bu maddenin insan hakları denetim sistemi içindeki yeri konusu net olmaktan uzaktır. Geçmişte, AİHM organlarının 13. Madde ile ilgili yorumlarında belirsizlikler yaşanmıştır.⁵⁸ Bu maddenin Sözleşme sistemi içindeki yeri tartışılırken devletlerden beklenenler bazen daha çok bazen ise daha az olabilmektedir. Halen AİHM’in, ileri sürülen hakkın niteliğine ve olayın somut özelliklerine göre etkili başvuru hakkının gerekliliklerini daha yoğun veya daha az yoğun olarak aradığı görülmektedir.

⁵⁴ KOMBE, age, s. 36

⁵⁵ ŞENOL Cem, a.g.m. s. 2

⁵⁶ HARRIS, BOYLE, age, s.580

⁵⁷ Yargıç Matscher ve Yargıç Pinheiro Farinha Malone v Birleşik Krallık (A82 (1984);EHRR 14 PC) kararına kısmi karşı oy vermiştir.

⁵⁸ HARRIS D.J., O’BOYLE M., BATES E.P., BUCKLEY C.M., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, 2009

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmeyle devlete yüklenen yükümlülükleri iki kategoride değerlendirmektedir. Bunlar negatif ve pozitif yükümlülüklerdir. Pozitif yükümlülükler devletin pozitif müdahalesini gerektirirken, negatif yükümlülükler müdahaleden kaçınmayı gerektirmektedir. Pozitif yükümlülük kavramının, sözleşmenin 6. ve 13. Maddelerinde belirtilen genel usulî gereklerin dışında sözleşmedeki hakların esasa ilişkin gereklerini belirtmek için kullanıldığı ileri sürülmektedir.⁵⁹ Bu yönüyle devletin pozitif yükümlülükleriyle 13. Madde arasında birbirini tamamlayıcı nitelikte bir bağ vardır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi devletin Sözleşmesel bir hakkı koruma yükümlülüğünün yerine getirilmediği yönündeki şikâyeti karara bağlayacak bir mekanizmanın oluşturulmasını 13. Maddenin bir gereği olarak görmektedir. Bu çerçevede ortaya çıkacak bir hak veya özgürlük ihlalinin sona erdirilmesi ya da ortaya çıkmış olan bir ihlalin uygun bir biçimde giderilmesi anlamında iç hukukta etkili bir başvuru yolunun olup olmadığı AİHM tarafından denetlenmektedir.⁶⁰

Sözleşmeye taraf devletlerin söz konusu yükümlülüklerini nasıl yerine getirecekleri konusunda ise takdir yetkileri bulunmaktadır. 13. Madde, belli bir tür iç hukuk yolu oluşturulmasını öngörmemekte, bu hususu taraf devletlere bırakmaktadır.⁶¹

AİHM, Kaya/Türkiye davasında bu hususu şu şekilde ifade etmiştir:

*“...13. maddenin etkisi, Sözleşme’nin ihlaline ilişkin bir şikayetin yerel düzeyde dile getirilmesini ve yerel makamlarca düzeltilmesini sağlamaktır. Ancak bu düzeltmenin hangi yolla yapılacağına karar verme yetkisi Sözleşme’nin tarafı olan devletlere bırakılmıştır.”*⁶²

Yine 13. Madde, taraf devletlere Sözleşmeyi iç hukukun bir parçası haline getirme yükümlülüğü de yüklememektedir.⁶³ Bununla birlikte, bir devletin, Mahkeme önündeki bir

⁵⁹ KOMBE Jean François Akandji, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler (Çeviren: Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya), Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları Serisi No:7, Belçika, 2008,s.6, Bu anlayışta gerek 6. Maddenin gerekse 13. Maddenin devlete usulî yükümlülükler getiren haklar olduğu vurgulanmaktadır. Oysa 13. Maddenin başlangıçta usuli bir hak olarak görülse de, zaman içerisinde maddi bir hak hüviyeti kazandığı ve AİHM’in de uygulamasının bu yönde olduğu savunulmaktadır. Bknz.ŞENOL Cem, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü,s.108

⁶⁰ İNCEOĞLU, age, s.441

⁶¹ Budayeva ve Diğerleri/Rusya Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 15339/02, 21166/02, 20058/02, 15343/02, 20.03.2008

⁶² Kaya/Türkiye Başvurusu, AİHM, Başvuru No:158/1996/777/978, 19.02.1998

⁶³ Smith ve Grady/Birleşik Krallık Başvurusu, AİHM, Başvuru No:33985/96, 33986/96, 27.09.1999

davada 13. Maddeyi ihlal ettiğinin tespitinden korunmak için yapacağı en iyi şeyin, Sözleşmeyi ulusal hukukun bir parçası haline getirmek olduğu ileri sürülmektedir.⁶⁴

Gerçekten de hali hazırda bütün taraf devletler sözleşmeyi iç hukuklarının parçası haline getirmişlerdir ve Sözleşme hükümleri iç hukukta doğrudan uygulanabilir haldedir.⁶⁵

13. maddenin, bir kanunun Sözleşme hükümlerine aykırılığının incelenmesi için bir hukuk yolunun var olmasını da gerektirmediği ileri sürülmekte, bu durum eleştirilmekte ancak çoğu taraf devletin, kendi yüksek mahkemelerine bile mevzuatı iptal etme yetkisi tanımadığı hatırlatılmaktadır.⁶⁶

Ayrıca, 13. Madde, etkili soruşturma yükümlülüğüne ilişkin olarak, şüphelilerin cezalandırılması veya kişisel tazminat alınmasını garanti etmemektedir.⁶⁷ Yine 13. madde, devletten genel bir politikanın benimsenmesini isteme hakkını da kapsamamaktadır (Göçmenlikle ilgili kurallar hariç). Ayrıca Anayasa hükümlerine karşı gidilebilecek bir başvuru yolu öngörmemektedir.

Yargı organlarının işlemleri yönünden, 13. Madde farklı seviyelerde yargı yetkisinin varlığı koşulunu yüklememekte, 7. Protokolün 2. Maddesi uyarınca sınırlı birkaç uyuşmazlık dışında temyiz hakkını garanti etmemektedir. Ayrıca olağan mahkemeler önünde ileri sürülebilen haklar yönünden Anayasa şikayeti yolunun öngörülmesini garanti altına almamaktadır. En üst yargı makamının ise kendisinin 13. Maddeyi ihlal edemeyeceği varsayımıyla zımni olarak 13. Maddenin sınırını oluşturmaktadır (Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı yargı yoluna gidilememesi nedeniyle). Yine 13. Maddenin yargı makamlarının denetlenmesini sağlayacak bir komisyon oluşturulmasını öngörecektir şekilde yorumlanamayacağı da belirtilmektedir.⁶⁸

Diğer yandan Devletler, etkili başvuru hakkının sağlanması bakımından öngörülecek hukuk yolunun hem hukuken hem de pratikte etkili olmasını sağlamalıdır. Zira Avrupa

⁶⁴ HARRIS, BOYLE, age, s.579

⁶⁵ Guide on Article 13 of the European Convention on Human Rights, Right To An Effective Remedy, Council of Europe, 2021, s.8

⁶⁶ HARRIS, BOYLE, age, s.579

⁶⁷ Guide on Article 13 of the European Convention on Human Rights, Right To An Effective Remedy, Council of Europe, 2021, s. 8

⁶⁸ Guide on Article 13, s. 24

İnsan Hakları Mahkemesi teorik ya da hayali hakları değil, pratik ve etkili hakları garanti ettiğini kararlarında vurgulamaktadır.⁶⁹

Başvuru yolunun hukuken ve uygulamada etkili olması AİHM'in Mehmet Şirin Yılmaz/Türkiye kararında şu şekilde belirtilmiştir;

*“...Mahkeme Madde 13'ün, iç hukuk düzeninde ne şekilde güvence altına alınmış olursa olsun Sözleşmedeki hak ve özgürlüklerin özünün korunması için ulusal düzeyde başvuru yolu sağlanmasını güvence altına aldığını yinelemiştir. Bu madde, sözleşmeye taraf devletlerin söz konusu yükümlülüklerini nasıl yerine getirecekleri hakkında takdir yetkisi tanımış olmasına rağmen, “yetkili ulusal otoritelerin” hem Sözleşme bağlamındaki şikayetlerle ilgilenmelerine hem de uygun çözüm sağlayacak iç başvuru yolunu içeren bir hükmü gerektirmektedir. Söz konusu iç hukuk yolu hem uygulamada hem de hukuken etkili olmalı, başvuru yolu davalı devletin yetkililerinin fiilleri veya ihmalleriyle haksız biçimde engellenmemelidir...”*⁷⁰

Devletler, iç hukuk yollarının, şikayetin hukuka uygun olarak ele alınmasını ve tespit edilen tüm ihlallere ilişkin uygun çözümler bulunmasını sağlayacak şekilde düzenlemelidir.⁷¹ Bir başka deyişle ilgili hukuk yoluna ilişkin sürecin ve olayın niteliğine göre telafi sunma kapasitesinin de dikkate alınması gerekmektedir.

Bir hukuk yolunun etkili sayılabilmesi için iç hukukta iki tür çözümden söz edilebilmektedir. Önleyici ve tazmin edici çözümler. Önleyici mekanizmaların tercih edilmesi gerektiği, özellikle uzun süren yargılamalar için devletin önleyici mekanizmalar oluşturması gerektiği belirtilmektedir. Önleyici mekanizmaların olmaması halinde ve ihlal gerçekleşip bitmiş ise tazmin edici mekanizmalar devreye girmelidir.⁷²

Yargısal incelemenin ve diğer iç hukuk yollarının toplamda etkililiğine odaklanan AİHM, zaman zaman yargı kararlarının yeterli ve hassas bir inceleme yapmamış olmasını dahi etkili başvuru hakkının ihlaline gerekçe olarak kabul edebilmektedir.⁷³

⁶⁹ Scordino/İtalya Başvurusu, AİHM, Başvuru No:36813/97, 29.03.2006

⁷⁰ Mehmet Şirin YILMAZ/Türkiye, AİHM, Başvuru No: 35875/97, 29.07.2004-Özet Çeviri

⁷¹ Ümmühan Kaplan Davası/Türkiye, AİHM, 24240/07, 20.03.2012 kararında devletin ihlalin niteliğine göre değişen içerikteki yükümlülüklerine değinilmiştir.

⁷² KUIJER, a.g.m., s. 14

⁷³ Jabari-Türkiye, AİHM, Başvuru No: 40035/98, 11.07.2000; Kararda, 3. Maddeye atfedilen önem göz önünde bulundurulduğunda, 13. Madde uyarınca etkili bir iç hukuk yolu kavramının, 3. Maddeye aykırı bir muameleyle karşılaşma korkusuna ilişkin haklı gerekçeler mevcutsa, bağımsız ve kapsamlı bir incelemeyi gerekli kıldığı belirtilmiştir.

Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları gereğince etkili başvuru yollarının sağlanması zorunluluğunun ötesinde, devletlerin tespit edilen ihlallerin altında yatan problemlere ilişkin genel çareler getirmekle yükümlü oldukları belirtilmektedir.⁷⁴

Devletlerin ayrıca bireyler ile arasındaki ilişkileri koruma yükümlülüğünden de söz edilmekte, bunun bir tür “şizofrenlik görevi” olduğu (ihlalleri önlemek için tedbirler alma veya kendi görevlileri, temsilcileri veya eylemleri tarafından meydana gelen ihlalleri cezalandırma görevi içerdiğinden) ileri sürülmektedir.⁷⁵

Görüldüğü gibi AİHS md.13’ün uygulamasında taraf devletlerin yükümlülüklerinin kapsam ve sınırlılıkları, tahdidi olarak önceden belirlenmemiştir. Bununla birlikte AİHM’in etkili başvuru hakkına ilişkin içtihat birikimi, Mahkemece aranan etkili başvuru hakkına ilişkin temel esasların tespitini mümkün kılmaktadır.⁷⁶

Buna göre, geçmişten gelen içtihatları genel eğilim, özellikle 2, 3, 5. ve 6. Maddelerle ilgili olarak devlete daha fazla sorumluluk yüklemek olmuştur. En fazla uyuşmazlık doğuran bu maddeler yönünden etkili iç hukuk yollarının oluşturulması önemlidir. Elbette bu eğilimin sebeplerinden biri de, Mahkemenin karşı karşıya olduğu ve özellikle “tekrar eden davaları” içeren iş yüküdür.⁷⁷

2.2. AİHM’İN Etkili Başvuru Hakkını İnceleme Yöntemi

AİHM’in etkili başvuru hakkını inceleme yönteminde başlıca iki aşama karşımıza çıkmaktadır. İlk olarak kabul edilebilirlik incelemesi aşamasında, ikinci olarak ise esas incelemesi sırasında etkili başvuru hakkına ilişkin değerlendirmeler yapıldığını görmekteyiz.

⁷⁴ Ümmühan Kaplan Davası/Türkiye, AİHM, 24240/07, 20.03.2012 kararında yapısal sorunların çözümü için devletin yapması gerekenlere vurgu yapılmıştır.

⁷⁵ KOMBE Jean François Akandji, a.g.e.,s.15

⁷⁶ ŞENOL Cem, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, XII. Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.114

⁷⁷ HARRIS D.J., O’BOYLE M., BATES E.P., BUCKLEY C.M., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, 2009, s. 577

İlk aşamada yani kabul edilebilirlik aşamasında etkili başvuru hakkı açısından önemli olan husus, ikincilik ilkesi gereği iç hukuk yollarının tüketilmiş olmasının aranmasıdır.

AİHM, konuyu 35. madde çerçevesinde ele almakta, bireysel başvuru yapılmadan önce ulusal hukuktaki olağan kanun yollarının tüketilmiş olmasını aramaktadır. Eğer bu yollar tüketilmemiş ise kabul edilmezlik kararı vermekte ve esası incelememektedir.⁷⁸

Ancak bu kural keskin ve katı bir şekilde uygulanmamaktadır. Olayın niteliğine göre, makul bir başarı şansı sunmayan, erişilebilir olmayan, gerekli usuli teminatları öngörmeyen, başvurulsa dahi yeterli korumayı/giderimi sağlayamayacağı değerlendirilen yani etkisiz olan yolların tüketilmesi gerekmemektedir.⁷⁹

İşte iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle verilen kabul edilmezlik kararlarında esasen ilgili iç hukuk yolunun “etkili” bir yol olduğu varsayılmaktadır. Bu karar ilgili yolun “ilk bakışta” etkili görüldüğüne ilişkin bir belirlemedir.⁸⁰ Buradaki değerlendirmede AİHM, söz konusu iç hukuk yolunun kullanılması sonrasında bir olayda etkisiz olduğu sonucuna da varabilmektedir. Yani yolun etkili olmadığının varsayılmasını haklı gösterecek sebepler yoksa, baştan etkisiz olduğunu belirtmemektedir. Diğer yandan bu tür kararlarda ileride esas yönünden AİHM’in ilgili başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmasına da herhangi bir engel yoktur.

13. Maddenin doğrudan inceleme konusu yapıldığı ve yapılmadığı pek çok kabul edilebilirlik/kabul edilmezlik kararı iç hukuk yolunun etkililiği incelemesini içermektedir ve etkili başvuru hakkı açısından kaynak teşkil etmektedir. Nitekim, kabul edilmezlik kararlarında etkili olduğu kabul edilen iç hukuk yolunun tüketilmediğinin belirtildiği sayısız karar bulunmaktadır.⁸¹

İkinci olarak ise AİHM’in, esas incelemesinde 13. Maddenin ihlal edilip edilmediğine ilişkin değerlendirmeleri yol gösterici olmaktadır. AİHM, esas incelemesinde

⁷⁸ Vuckovic ve Diğerleri/Sırbistan, AİHM Başvuru No:17153/11, 25.03.2014; benzer yönde Sıddık Aslan ve Diğerleri/Türkiye, AİHM Başvuru No:75307/01, 18.10.2005

⁷⁹ Sejdovic/İtalya, AİHM Başvuru No:56581/00, 01.03.2006; benzer yönde Akdıvar ve Diğerleri/Türkiye, AİHM Başvuru No:21893/93, 16.09.1996

⁸⁰ Guide on Article 13 of European Convention on Human Rights

⁸¹ Z.K. ve Diğerleri/Türkiye, AİHM Başvuru No:60831/15, 07.11.2017; benzer yönde Sinan Tekpetek/Türkiye, AİHM Başvuru No:40314/08,25.11.2014

uyuşmazlığın somut koşullarına, birlikte ileri sürülen hakkın niteliğine, mağdurun özel durumuna, ilgili yolun somut olayda önleme/durdurma/giderme kapasitesine bakılarak detaylı şekilde değerlendirme yapmaktadır. İhlalin hangi aşamada gerçekleştiği, başvurulmuş ise iç hukuk yolunun ne açıdan yetersiz kaldığı gibi hususlar incelenmektedir.⁸²

Sözleşme organlarının önüne gelen ilk uyuşmazlıklarda 13. Madde pek fazla ilgi çekmemiştir. AİHM bu dönemde çoğunlukla başka bir madde yönünden konuyu incelemiş ve 13. Madde bakımından ayrı bir değerlendirme yapmamıştır.⁸³ Ancak gitgide 13. Madde yönünden özel değerlendirme yapılmaya başlanmış, özellikle 13. Maddenin 6. madde ile olan ilişkisi bakımından konu daha karmaşık bir hal almıştır.

Bazen Mahkeme, kabul edilebilirlik incelemesini esas incelemesiyle birlikte yapmaktadır. Özellikle 13. Maddedeki başvuru yolunun etkili olup olmamasının uyuşmazlığın esası ve birlikte ileri sürülen hak bakımından yapılan incelemeye bağlı olması halinde esasla birleştirme yapıldığı görülmektedir. Esasa ilişkin değerlendirmede ise önce 13. Madde ile birlikte ileri sürülen maddeye ilişkin ihlal iddiası incelenmekte, ardından buna bağlı olarak 13. Madde yönünden değerlendirme yapılmaktadır. Ancak ilgili diğer madde yönünden ihlal kararı verilmesi dahi 13. Madde bakımından ihlal kararı verilebilmektedir.

AİHM'in içtihadında da zaman içerisinde bazı değişimler olmuştur. Özellikle Mahkemenin iş yükündeki artış nedeniyle iç hukuk yollarının işaret edilmesi etkili başvuru hakkına yaklaşımı da değiştirmiştir. Bir yandan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Tavsiye kararlarında etkili iç hukuk yollarının oluşturulması vurgulanırken, Anayasa Mahkemelerine bireysel başvuru yolunun öngörülmesi çeşitli projelerle ülkelerde desteklenmiş, bir yandan da daha önce diğer haklar kapsamında incelenen 13. Madde, gitgide bağımsız olarak ele alınmaya başlanarak kabul edilebilirlik aşamasında ve esas aşamasında 13. Maddeye dayalı ihlal kararları artmıştır. Bu çabaların sonucu olarak, ülkeler iç hukukta yeni başvuru yolları öngörme eğilimine girmişler, bu yollar sayesinde de AİHM'in iş yükünde belli bir azalma kaydedilmiştir. İç hukukta kurulan yeni başvuru yolları AİHM bakımından bir ön bir aşama oluşturmuştur.

⁸² AİHM, iç hukuk yolunun özelliklerini her somut olay ve ihlali ileri sürülen maddenin niteliğine göre incelediğini Boyle ve Rice/Birleşik Krallık (AİHM Başvuru No:9658/82, 27.04.1988) kararında belirtmektedir.

⁸³ KUIJER, a.g.e, s.3

AIHM'in 13. Maddeyi ele alırken etkili başvuru hakkının ileri sürülme koşulları ve daha sonra esas yönünden etkili başvuru yolunun gereklerine ilişkin değerlendirmelerini inceleyelim.

2.2.1. Etkili Başvuru Hakkının İleri Sürülebilmesi Koşulları

Bu bölümde genel kabul edilebilirlik kriterlerine değinilmeyecek olup, sadece etkili başvuru hakkına özgü olarak kabul edilebilirlik aşamasında ne gibi yaklaşımlar sergilendiği incelenmeye çalışılacaktır.

2.2.1.1. İç hukuk yollarının tüketilmesi koşulu

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 13. maddesi ile 35. maddesinin 1. fıkrası adeta birbirini tamamlamaktadır. Zira, iç hukuk yollarının bulunmadığı ya da etkili olmadığı durumlarda 35. Maddedeki koşul devre dışı kalabilmektedir. İç hukuk yollarının etkili olduğunun varsayılması halinde ise, 35. Madde uyarınca kabul edilmezlik kararı verilebilmektedir.

Sözleşmenin “Kabul Edilebilirlik Koşulları” başlığını taşıyan 35. Maddesinin 1. Fıkrasında;

*“Mahkeme’ye ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren dört aylık bir süre içinde başvurulabilir.”*⁸⁴ kuralı bulunmaktadır.

Söz konusu hüküm, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi denetiminin ikincilliğini vurgulamaktadır. Buna göre mahkemeye başvurmadan önce, iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekmektedir. Esas olan iç hukukta hak ve özgürlüklerin yetkili makamlarca korunmasıdır. Sözleşmenin 35. Maddesinde yer alan Avrupa Mahkemesine başvuru için iç hukukta başvuru yollarının tüketilmesi koşulu da bu özelliğe vurgu yapmaktadır.⁸⁵

⁸⁴ https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/1312020085756Convention_TUR.pdf (Erişim tarihi: 13.12.2021)

⁸⁵ İNCEOĞLU, age, s. 439

35. Madde sayesinde birey ile devlet arasındaki uyuşmazlık doğrudan uluslararası makama taşınmayacak iç hukukta mesele halledilmiş olacaktır. Bu durum hem uzlaşma kültürünün yaygınlaşmasını, hem de daha kısa sürede ulusal makamlar eliyle uyuşmazlığın giderilmesini, yani temel hak ve özgürlüklerin korunmasının etkinleştirilmesini sağlamaya olanak tanıyacaktır.

Diğer yandan iç hukuk yollarının tüketilmesinin bir başka boyutu da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin iş yükünün azaltılmasını sağlamasıdır. AİHM önündeki çok sayıda davanın, bu başvuru yolunun etkililiğini tehdit etmeye devam ettiği belirtilmektedir.⁸⁶

Ulusal başvuru yolları daha geniş kapsamlı olursa, Mahkemeye gelen başvuruların sayısında azalma olacaktır. Böylece başvuruların Mahkeme üstünde yarattığı baskı azalacak ve Mahkeme de kendisine gelen başvuruları inceleme konusunda kolaylık yaşayacaktır. Bunun sonucu olarak da, Mahkemenin içtihadı daha nitelikli olacağı için, ulusal makamlardan beklenenler daha açık hale gelecektir. Dolayısıyla 13. Madde yoluyla devletlerin insan haklarına saygı gösterme yükümlülüğü gerçekleştirilebilecek ve Mahkemenin ikincil rolünün etkili bir biçimde hayata geçirilmesi mümkün olacaktır.⁸⁷

Bireysel başvuru yapılabilmesi için, iç hukuk yollarının tüketilmesinde olağan kanun yollarının, süresinde, yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletilmesi, ihlal iddiasının ulusal makam önünde dile getirilmiş olması ile dava ve başvurunun takibi için gerekli özenin gösterilmiş olması gerekmektedir.⁸⁸

İç hukuk yolunun pratikte etkili olmadığı değerlendirildiğinde, iç hukuk yollarının tüketilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu istisnalar arasında ise, değişken ve dayanağı olmayan kararların bulunması, yapılan soruşturmanın bağımsız olmaması, başvuru süresinin makul olmaktan çıkması (yargı makamları açısından uzun süren davalar), Sözleşmeye aykırı idari pratikler, telafisi imkansız zararların ortaya çıkması olasılığı bulunan durumlar,

⁸⁶ SPIELMANN Dean, Kabul Edilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2014, (önsöz)

⁸⁷ HARRIS, BOYLE, BATES, BUCKLEY; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Oxford University Press, 2019, çeviren Mehveş Bingöllü Kılıcı, s. 577

⁸⁸ İsmail Buğra İşlek Başvurusu, AYM Başvuru No: 2013/1177, 26.3.2013, 17. paragraf

başvuru yollarının hatalı gösterilmesi ya da hiç gösterilmemesi, tutukluluğun kanuni incelemesinin süratle yapılmaması gibi sebepler olarak belirtilebilir.⁸⁹

Bu çerçevede hiçbir başarı şansı göstermeyen bir yolu tüketmek gerekli değildir. Buna karşılık bir yolun etkili olduğuna dair basit bir şüphenin varlığı kişiyi o yolu tüketmek yükümlülüğünden kurtarmaz. Ancak, söz konusu ihlal iddiasına ilişkin çare sunmadığı yönünde genel kabul gören bir yolu tüketmek zorunluluğu kişilere yüklenemez.⁹⁰ Her ne kadar Mahkeme içtihadında, bir yolun “uygun olması”, ya da “etkili olması”, kavramları iç içe geçse de, bu kavramların içeriği “erişilebilirlik”, “yeterlilik” ve “etkililik” ölçütleri ışığında ortaya konulabilir.⁹¹

İç hukuk yollarının etkili olup olmadığına göre başvuruların süresi de etkilenecektir. Eğer iç hukuk yolu etkisiz görülürse bu yola başvurmak gerekmeceğinden daha erken bir aşamada bireysel başvuru yoluna gidilebilecektir.

Uygulamada AIHM, iç hukuk yollarının tüketilmediğine ilişkin itirazı sunan Hükümetin iç hukuk yolunun etkili olduğunu ispatlaması gerektiğini belirtmektedir. Bu bağlamda, detaylı gerekçeler içerse dahi tek bir nihai yargı kararının bulunması, ilgili yolun etkili iç hukuk yolu oluşturduğunu kanıtlamaya yetmemektedir.⁹² Örneğin; Sürmeli/Almanya davasında, idari yargıdaki uzun süren yargılamalar nedeniyle etkili iç hukuk yolunun varlığı tartışılırken davalı devlet Münih Bölge Mahkemesinin bir kararını sunarak kısmi tazminat ödemesi yapılmasıyla sonuçlanan yargı kararı nedeniyle iç hukukta etkili başvuru yolu olduğunu ileri sürmüş, AIHM, teoride ve pratikte etkili bir iç hukuk yolu olduğunun kanıtlanamadığını kararında belirtmiştir.⁹³

İç hukuk yollarının usulüne uygun şekilde tüketildiğinden söz edilebilmesi için ihlal iddiasının ulusal makamlar önünde dile getirilmiş olması gerekmektedir. Ancak bunun için iddianın özünün ulusal makamlara yansıtılmış olması yeterlidir. Sözleşmenin mutlaka ilgili

⁸⁹ ŞİRİN Tolga, a.g.e. ,s. 164-186

⁹⁰ Bu belirleme akla idare hukukumuzda var olan 659 sayılı KHK ile yürürlüğe giren sulh müessesesini getirmektedir. Bu kurum ile olumlu sonuçlanan uyuşmazlık olmadığı dile getirilmektedir. İYUK md. 13 uyarınca da ön karar prosedürü izlenirken bu yolun uygulamada çözüm sunmadığı konusunda genel bir kabul olduğu düşünülürse, yargı makamlarının bu yolun tüketilmesi zorunluluğunun aranmayacağı şeklinde bir içtihat geliştirmeleri olası görünmektedir.

⁹¹ DOĞAN, NALBANT, a.g.e, sy.562

⁹² Guide on Article 13 of the European Convention on Human Rights, s.18

⁹³ Sürmeli/Almanya Davası, AIHM, Başvuru No:75529/01, 08.06.2006

maddesine atıf yapılarak aynı biçimde sunulmuş olması gerekmemektedir. Ayrıca, başvurucunun Sözleşme kapsamındaki şikâyetinin özünü ulusal karar mercileri önünde dile getirebilmesi gerekse de, karar merciinin, Sözleşme kapsamına giren meseleyle ilgili doğru karar vermesi gibi bir zorunluluk yoktur.⁹⁴

13. Maddeye göre iç hukuk yollarının tüketilmesi yönünden kabul edilebilirlik açısından yapılan inceleme kimi zaman da esas hakkında inceleme ile birleştirilmektedir. Örneğin Ertaş Aydın/Türkiye kararında Mahkeme, başvuranın etkili başvuru yolu olmadığı yönündeki iddiası ile Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediği yönündeki itirazının, AİHS 11. ve 13. Maddeleri uyarınca yaptıkları şikâyetlere sıkı sıkıya bağlı olduğunu tespit ederek kabul edilebilirliğe ilişkin kararı esasla birleştirmeye karar vermiştir.⁹⁵

2.2.1.2. Diğer haklardan bağımsız olarak ileri sürülebilmesi sorunu ve soğurma teorisi

13. maddenin Sözleşmenin diğer maddelerinden ayrı olarak ileri sürülüp sürülemeyeceği, doğrudan 13. Maddenin ihlaline karar verilip verilemeyeceği gibi konuların farklı davalarda AİHM tarafından ele alındığını belirtmiştik. Buna göre başlangıçta usulî bir hak olarak görülmekte iken, zamanla maddi bir hak hüviyetine kavuştuğunu, ancak diğer haklardan bağımsız şekilde ileri sürülemediğini, bununla birlikte, beraber ileri sürüldüğü hak ihlal edilmese bile 13. Maddenin ihlalinin ileri sürülebileceğini ve tek başına 13. Maddenin ihlaline karar verilebileceğini açıklamıştık.

Gerçekten de bu maddenin hazırlık çalışmalarındaki etkili başvuru yolunun bağımsız bir hak değil Sözleşmedeki hakları güvence altına alma yöntemi olduğu İnsan Hakları Uzmanları Komitesi tarafından Bakanlar Komitesine sunulan raporda özellikle vurgulanmıştır. Fakat AİHM, 70'lerin sonlarından itibaren, Sözleşmenin 13. Maddesinin

⁹⁴ HARRIS, BOYLE, age, s.579

⁹⁵ Ertaş Aydın ve Diğerleri/Türkiye, AİHM, Başvuru No:43672/98, 20.09.2005; benzer yönde:Akat/Türkiye, AİHM, Başvuru No:45050/98, 20.09.2005; Bulğa ve Diğerleri/Türkiye, AİHM, Başvuru No: 43974/98, 20.09.2005, Ademyılmaz ve Diğerleri/Türkiye, AİHM Başvuru No:41496/98,41499/98, 41501/98, 41502/98, 41959/98, 41602/98, 43606/98, 03.07.2006, Soysal ve Diğerleri/Türkiye, AİHM, Başvuru No: 54461/00, 54579/00 ve 55922/00, 15.02.2007, Kazım Ünlü/Türkiye, AİHM, Başvuru No: 31918/02, 06.03.2007; Fahrettin Aydın/Türkiye, AİHM, Başvuru No:31695/02, 29.01.2008

ihlal edilmiş olması için diğer maddelerden birinin ihlal edilmiş olmasını aramayarak, özerk bir hak olma yönünü güçlendirme eğilimine girmiştir.⁹⁶

Yine de bu konuda AİHM içtihatlarının tutarlı olmadığı, ilk uyuşmazlıklarda hakkın usule ilişkin bağımlı bir hak olarak kabul edilmesine rağmen Klass kararından sonra bağımsız bir hak olarak görülmeye başlandığı, ancak bazı kararlarda geriye dönüşler sergilendiği de ifade edilmektedir.⁹⁷

AİHM'in bu konudaki içtihadının net olmadığı ve kendi içerisinde tutarlı olmadığı belirtilse dahi, etkili başvuru hakkı, bugün için temel bir insan hakkı olarak kabul görmektedir.⁹⁸ Diğer maddelerle yoğun ilişkisi nedeniyle diğer maddelerin ihlali iddiasıyla birlikte ileri sürülmekle birlikte, bizzatı etkili bir iç hukuk yolunun olmaması nedeniyle 13. Maddenin ihlaline karar verilebilmektedir.

13. maddenin tek başına ileri sürülememesinin gerekçesi olarak Sözleşmenin 13. Maddesinin “bu Sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlükler” diye başlaması ve maddenin kendisi ile Sözleşmedeki hak ve özgürlükler arasındaki bağlantıya işaret etmesi olduğu ileri sürülmüştür.⁹⁹ Ancak 6. Maddede düzenlenen adil yargılanma hakkı örnek gösterilerek bu gerekçe eleştirilmiştir.

Adil yargılanma hakkının da benzer şekilde doğrudan maddi bir hakkı¹⁰⁰ düzenlememekle birlikte sadece bu maddeye dayalı ihlal iddiasında bulunulabildiği, Sözleşmedeki diğer maddelerle bağlantısının olmasının, tek başına 13. Maddeye dayalı olarak ihlal başvurusu yapılamayacağı anlamına gelmediği, ayrıca 13. Maddenin Sözleşmedeki yerinin, diğer haklardan ayrı şekilde düzenlenmiş de olmadığı, haklar arasında hiyerarşiden de söz edilemeyeceğinden, açıkça düzenleyen bir hüküm olmadığından 13. Maddeye aykırılığın tek başına dava konusu edilebileceği savunulmuştur.¹⁰¹

⁹⁶ İNCEOĞLU, age, s. 440

⁹⁷ ÖZDEK Yasemin, a.g.e, s.283

⁹⁸ KUIJER, a.g.m.

⁹⁹ DOĞRU, NALBANT, a.g.e. s.559

¹⁰⁰ Görüş sahibinin etkili başvuru hakkının maddi hak olmayıp usul hakkı olduğunu savunduğu anlaşılmaktadır. Burada diğer maddelerle bağlantı kurularak 13. Maddenin metninin başlamasının, hakkın tek başına ileri sürülemeyeceği anlamına gelmediği anlatılmaktadır.

¹⁰¹ NALBANT; a.g.e,

Ancak 6. Maddenin tek başına ileri sürülebilmesinin mümkün olmasının, temelinde başka bir hak yatsa da yargısal süreçlerdeki ihlalleri odağına almasından kaynaklandığı kanaatindeyiz. Bu anlamda, 6. Maddenin temeldeki haktan ayrılabilmesi 13. Maddeye göre daha kolaydır. Üstelik 13. Maddenin yazım şeklinde Sözleşmedeki diğer haklara vurgu yapmak suretiyle bu bağ kuvvetlendirilmiştir. Bu nedenle yakın zamanda AİHM'in 13. Maddenin tek başına ileri sürülebileceği şeklinde bir içtihat oluşturması beklenmemektedir.

13. madde yönünden ayrı bir inceleme yapılmaması yaklaşımı Airey kararından sonra değişmeye başlamıştır. Söz konusu kararın azlık oyunda, 13. Madde yönünden de ayrı bir inceleme yapılması gerektiği vurgulanmış, 6. Maddenin 13. Maddeyi absorbe etmesinin söz konusu olmadığı belirtilmiştir.¹⁰² Daha sonra gündeme gelen W.B ve R./ Birleşik Krallık davasında ise, azlık oyunda daha az katı gereklilikleri içeren 13. Maddenin gerçekten 6. Madde içerisinde soğurulduğundan emin olunmadığı belirtilmiş, bir mahkeme önünde yargılanma hakkı ile iç hukukta etkili başvuru hakkının arasındaki ilişkinin daha yakından değerlendirilmesi gerektiği açıklanmıştır.¹⁰³

Bu konudaki çok sayıdaki tartışma devam ederken 2000'li yıllara kadar olan içtihadında AİHM, şu sonuçlara varmıştır: ilk olarak özel şekilde gerekçelendirilmedikçe başvuruçunun davasını iki ayrı madde altında incelemenin gerekmediğidir. İkincisi olarak ise, özel kuralın uygulanması yaklaşımı uyarınca (lex specialis), ancak iç hukuk yolunun bulunmadığı hallerde dolayısıyla 6. Maddenin uygulanmadığı hallerde 13. Madde açısından inceleme yapılmasıdır. Mahkeme bu çözümü uygulamakla beraber her zaman da bu şekilde davranmamıştır. 2000 yılında Kudla kararından sonra AİHM 13. Madde ile ilgili içtihadını gözden geçirmiş ve 13. Madde daha bağımsız bir karakter kazanmaya başlamıştır.¹⁰⁴ Hali hazırda, 6. Maddenin uygulanabilir olması 13. Maddenin uygulanmasını kendiliğinden engellememektedir. Nitekim uzun yargılamalara ilişkin hukuk yolunun bulunmadığını belirtirken AİHM hem 6. Maddenin hem de 13. Maddenin ihlaline karar verebilmektedir.¹⁰⁵

¹⁰² Airey/İrlanda, AİHM, Başvuru No:6289/73, 09.10.1979

¹⁰³ W.v./Birleşik Krallık, AİHM, Başvuru No:9749/82, 08.07.1987

¹⁰⁴ KUIJER, a.g.e.,s.4

¹⁰⁵ Vilho Eskelinen ve Diğerleri/Finlandiya, AİHM, Başvuru No: 63235/00, 19.04.2007

Sözleşmedeki diğer bir hakla birlikte ileri sürülen 13. Maddenin, ayrı olarak incelenmesinin gerekip gerekmediğini değerlendirirken AİHM, soğurma teorisini kullanmaktadır. Sözleşmenin bir başka maddesinde spesifik olarak garanti altına alınan hususlar varsa 13. Maddenin kapsamında ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek olmayabilir. Örneğin 3. Maddenin usulî yükümlülüklerinden olan etkili soruşturma yükümlülüğünün 13. Madde kapsamında ayrıca incelenmesine gerek olmamaktadır. Yine “lex specialis” kuralı uyarınca 13. Maddeye göre daha özel nitelikteki madde aynı korumayı sağlıyorsa ve uyumsuzluğun niteliğine göre 13. Madde yönünden özel bir inceleme yapılması gerekmiyorsa soğurma teorisi uygulanabilmektedir. Bu kuralın istisnasının ise 6. Maddede yer alan makul sürede yargılama hakkına ilişkin şikayetler olduğu belirtilmektedir.¹⁰⁶ Bir diğer istisna da uygulanmayan veya geç/eksik icra edilen yargı kararlarına ilişkindir. Bu durumda da AİHM’in adil yargılanma hakkı ile birlikte etkili başvuru hakkının ihlaline de karar verdiği durumlar vardır.¹⁰⁷

Nitekim Taş/Türkiye davasında da, başvuran sahibi olduğu yayınevi tarafından basılan kitabın toplatılmasının ve kitabın içeriği nedeniyle hakkında açılan ceza davalarının ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini, ayrıca ceza yargılamalarının makul sürede tamamlanmadığını ve buna karşı iç hukukta başvuru yolu bulunmadığını ileri sürerek, 10. 6 ve 13. Maddenin ihlal edildiğini ileri sürmüştü, AİHM, 10. Maddenin ihlal edilmediğine, 6 ve 13. Maddelerin ise ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁰⁸

Eğer Sözleşme maddesinin ihlali ile birlikte etkili bir yol olmadığı durumu da bulunuyorsa, AİHM aynı konuyu tekrar 13. Madde altında inceleme gereği duymayabilmektedir.¹⁰⁹ Soğurma teorisi uyarınca incelenen temel hakkın içinde zaten 13. Maddeye ilişkin özel gereklilik incelenmişse, yeniden bu konuda araştırma yapmaya gerek bulunmadığı varsayılmaktadır.

2. Madde ile birlikte 13. Maddenin de ihlal edildiği yönde karar verilen Akkoç/Türkiye davasında azlık oyu kullanan Yargıç Feyyaz Gölcüklü’nün görüşünde;

¹⁰⁶ Guide on Article 13, s. 22

¹⁰⁷ DEMİR Rıdvan, a.g.m. s. 138, (Taşkın ve Diğerleri/Türkiye, AİHM, Başvuru No. 46

¹⁰⁸ Taş/Türkiye, AİHM, Başvuru No:45281/08, 24.04.2018

¹⁰⁹ McDonnell/Birleşik Krallık Davası, AİHM, Başvuru No:19563/11, 09.03.2015

“...2. Madde ilgili olarak yapılan tespitler, etkili bir soruşturmanın yapılmadığını ve olaydan sonra yeterli işlemlerin yapılmadığını da içerdiğinden ayrıca bir ihlal konusu ortaya çıkmamaktadır...”¹¹⁰ demek suretiyle etkili soruşturma yükümlülüğünün 2. Maddenin usule ilişkin bir unsuru olduğunu vurgulamış ve çeşitli emsal davalara atıf yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi de etkili başvuru hakkını, bağımsız bir hak olarak görmemekte, ayrımcılık yasağındaki gibi, diğer haklarla birlikte ileri sürülebilen tamamlayıcı nitelikte bir hak olarak kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin bir kararında;

*“... Başvurucunun, Anayasanın 10. Maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı ile Anayasanın 40. Ve Sözleşmenin 13. Maddelerinde düzenlenen etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine yönelik iddialarının, bahsi geçen maddelerdeki ifadeler dikkate alındığında, soyut olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp, mutlaka Anayasa ve Sözleşme kapsamında yer alan diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınması gerekir.....ayrımcılık yasağı ve etkili başvuru hakkı, bağımsız nitelikte koruma işlevine sahip olmayıp, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını, korunmasını ve başvuru yollarını güvence altına alan tamamlayıcı nitelikte haklardandır...”*¹¹¹ şeklinde gerekçesini belirtmiştir.

Kanaatimizce bir hakkın bağımsız olmasını üç açıdan değerlendirebiliriz. Bunlardan ilki, ileri sürülme aşamasındaki bağımsızlıktır ki bu açıdan etkili başvuru hakkının sözleşmedeki yazım şeklinden de anlaşılabileceği gibi başka bir hakkın ihlali iddiası ile birlikte ileri sürülmesi gerekmektedir.¹¹² İkincisi, inceleme aşamasındaki bağımsızlıktır ki, bu yönden AİHM içtihatlarında net bir belirlilik olduğunu söyleyemiyoruz. İleri sürülen diğer temel hakkın niteliğine göre ayrı olarak incelendiği davalar olduğu gibi, soğurma teorisi gereği sadece temel hakkın incelendiği ve 13. Maddeye göre inceleme yapılmasına ayrıca gerek duyulmayan kararlar bulunmaktadır. Burada ayrı bir inceleme yapılmasına özel olarak gerek olup olmaması önemli olmaktadır. Ayrıca eğer birlikte ileri sürülen hakkın usul yükümlülüğü içerisinde yer alan nitelikteyse soğurma teorisi uygulanabilmektedir. Üçüncü ve son olarak ise, hakkın tek başına ihlaline karar verilip verilemeyeceği yönünden incelenmesidir. Buna göre 13. Maddenin tek başına ihlaline karar verilebildiğinden, karar aşamasında bağımsız bir hak olduğu söylenebilecektir.

¹¹⁰ Akkoç/Türkiye Başvurusu, AİHM, 22947/93 ve 22948/93, 10.10.2000

¹¹¹ Onurhan Solmaz Başvurusu, AYM Başvuru No:2012/1049, 26.03.2013

¹¹² Uygulamada da yalnızca 13. Maddeye aykırılık iddiasıyla yapılmış bir başvurularda rastlanmamaktadır. İstisnai olarak Chizzotti/İtalya Davasında doğrudan 13. Maddeye aykırılık iddiasıyla açılan davada Mahkeme re’sen mülkiyet hakkı ile bağlantı kurarak uyumsuzluğu ele almıştır.

Yukarıdaki açıklamalar uyarınca, etkili başvuru hakkının ileri sürülme aşamasında Sözleşmedeki diğer haklara bağımlı olan, inceleme aşamasında kısmen bağımsız nitelikte ve ihlale karar verme aşamasında uyuşmazlığın niteliğine göre tamamen bağımsız bir hüviyet kazanabilen yapıda olduğunu söyleyebiliriz.

2.2.1.3. İhlal iddiası

13. maddede yer alan “ihlal edilen” ifadesi, ilk bakışta Sözleşmede yer alan bir hakkın ihlal edildiğinin saptanmış olmasının, 13. Maddenin uygulanabilirliğinin ön koşulu olduğu izlenimini bırakabilmektedir. Oysa böyle bir yorum, 13. Maddeyi anlamsız hale getirebilecektir. Eğer bir hak ihlalini ileri sürebilecek bir merci yoksa, bu ihlal fiilen saptanamaz. AİHM, Klass ve Diğerleri/Almanya kararında bu hususu şöyle açıklamıştır:

“Sözleşmenin 13. Maddesi, Sözleşmedeki hak ve özgürlükleri “ihlal edilen” bir kimsenin, “ihlal fiili” resmi sıfatlarıyla hareket edenlerden başka kişiler tarafından işlenmiş olsa bile, ulusal bir makam önünde etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Bu hüküm lafzıyla okunduğunda, bir kimsenin ancak bir ihlal meydana gelmişse, iç hukuk yollarına başvurma hakkına sahip olduğu düşünülebilir. Ancak bir kimse ulusal bir makama şikâyetle bulunmadıkça, bu makam önünde ihlalin varlığını ortaya koyamaz. Sonuç olarak..., Sözleşmenin gerçekten ihlal edilmiş olması, 13. Maddenin uygulanması için bir ön koşul olamaz. Mahkemenin görüşüne göre 13. Madde Sözleşmeye aykırılığı iddia edilen bir tasarruftan kendisinin zarar gördüğünü ileri süren bir kişinin, hem iddiaları hakkında karar verilmesini ve hem de mümkünse bir karşılık ödenmesini sağlamak için ulusal bir makam önünde bir hukuk yoluna başvurma hakkını gerektirmektedir. Böylece 13. Madde, Sözleşmedeki hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini “iddia eden” herkesin, ulusal bir makam önünde etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkını güvence altına alacak biçimde yorumlanmalıdır.”¹¹³

İhlal iddiası Sözleşmede tanınan bir hakka ilişkin olmalıdır. Bir başvuruçunun örneğin pasaport alamadığına ilişkin iddiası Sözleşmedeki bir hakka dayanmadığından 13. Maddenin ihlali söz konusu olmayacaktır.

Silver / Birleşik Krallık davasında AİHM, “bir ihlal iddiası olan herkes” ifadesini makul olarak sınırlandırmış ve bu maddenin yalnızca Sözleşmenin ihlal edilmesi sonucu

¹¹³ DOĞRU, NALBANT, a.g.e. s.560 (Klass ve Diğerleri/Almanya, AİHM Başvuru No:5029/71, 06.09.1978)

mağdur olduğuna ilişkin savunulabilir bir iddia ileri sürebilen kişilere uygulanacağına karar vermiştir.¹¹⁴

Diğer yandan 13. Maddenin ihlaline karar verilebilmesi için birlikte ileri sürülen maddenin ihlaline karar verilmesi bir ön koşul değildir. 13. Madde diğer maddenin ihlali olmadan da ihlal edilmiş olabilir. Örneğin Valsamis/Yunanistan davasında, AİHM, 1 Nolu protokolün 2. Maddesi ve 9. Maddenin ihlal edilmediğine karar verilmiş olmasının, bu maddeler kapsamında savunulabilir bir şikayetin sunulmadığı anlamına gelmediğini ve bu nedenle 13. Madde kapsamında söz konusu şikayetlerin sunulabileceği etkili iç hukuk yolları olup olmadığının incelenmesi gerektiğini belirtmiştir.¹¹⁵

Yine, sendikal faaliyet nedeniyle Olağanüstü hal bölgesindeki Valiler tarafından tesis edilen işlemlerde 11. Maddenin ve 13. Maddenin ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü pek çok uyuşmazlıkta AİHM, 11. Madde yönünden ihlalin bulunmadığına karar vermiş ancak iddiayı savunulabilir bulduğu için 13. Maddeye ilişkin inceleme yaparak 13. Madde yönünden ihlal kararı vermiştir.¹¹⁶

AİHM, 13. Maddenin ihlali iddiasının ileri sürülmediği durumlarda da, iddiaların içeriğine göre re'sen 13. Madde açısından da inceleme yapabilmekte, bu incelemeyi yaparken Sözleşmenin ilgili maddesiyle “savunulabilirlik” ilişkisini kurduğunu belirtmektedir.

Özpınar/Türkiye davasında da AİHM, başvuranın hakimlik sıfatının 6. Maddenin uygulanmasına engel olduğunu belirtmiş, ancak olayların hukuki nitelendirmesini yapma hakkının kendisine ait olması nedeniyle disiplin soruşturmasına ilişkin 6/1. Madde kapsamında ileri sürülen HSYK kararına karşı iç hukukta itiraz edilebilecek bir hukuk yolunun bulunmadığına ilişkin konuyu AİHS md. 13 kapsamında incelemeye karar

¹¹⁴ Silver ve Diğerleri/ Birleşik Krallık, AİHM, Başvuru No:5947/72,25.03.1983

¹¹⁵ Valsamis/Yunanistan Davası, AİHM, 21787/93, 18.12.1996

¹¹⁶ Ertaş Aydın ve Diğerleri/Türkiye, AİHM, Başvuru No:43672/98, 20.09.2005; Akat/Türkiye, AİHM, Başvuru No:45050/98, 20.09.2005; Bulğa ve Diğerleri/Türkiye, AİHM, Başvuru No:43974/98, 20.09.2005; Kızılkaya/Türkiye, AİHM, Başvuru NO: 50690/99,20.11.2007; Ademyılmaz ve Diğerleri/Türkiye, AİHM Başvuru No:41496/98,41499/98, 41501/98, 41502/98, 41959/98, 41602/98, 43606/98, 03.07.2006; Soysal ve Diğerleri/Türkiye, AİHM, Başvuru No: 54461/00, 54579/00 ve 55922/00, 15.02.2007; Kazım Ünlü/Türkiye, AİHM, Başvuru No: 31918/02, 06.03.2007; Ürküt/Türkiye, AİHM, Başvuru No: 50290/99, 20.11.2007; Fahrettin Aydın/Türkiye, AİHM, Başvuru No:31695/02, 29.01.2008; Beyaz/Türkiye, AİHM, Başvuru No:16254/02, 01.07.2008

vermiştir. Bununla birlikte AİHM bu davada, 8. Madde yönünden ihlalin var olduğunu tespit ettikten sonra, bu nedenle 13. Madde yönünden “savunulabilir” bir şikayetin varlığına karar vermiş ve Sözleşmenin 13. Maddesinin 8. Madde ile bağlantılı olarak ihlal edildiğine karar vermiştir.¹¹⁷

Sonuç olarak, 13. Maddenin uygulanabilmesi için ihlal iddiasının sözleşmedeki bir temel hakka ilişkin olması, bu hakkın ihlal edilmiş olmasının 13. Maddenin ihlali iddiasının incelenebilmesi için ön koşul olmadığı, ancak ihlal edildiği ileri sürülen temel hak ile 13. Madde arasında savunulabilirlik ilişkisinin kurulması gerektiği, 13. Maddenin ihlaline ilişkin bir iddia olmasa dahi AİHM’in re’sen incelemeyi 13. Madde kapsamında yapabileceği söylenebilecektir.

2.2.1.4. Savunulabilirlik

13. madde kişilerin, Sözleşme’ye dayanan “savunulabilir iddia”larının esasını incelemeyi öngören ve gerektiğinde uygun bir giderim sunabilen etkili bir başvuru yolundan yararlanmalarını gerekli kılmaktadır.¹¹⁸

Savunulabilirlik testi, daha fazla araştırmayı gerektiren bir Sözleşme meselesini ortaya çıkaran bir iddianın varlığını zorunlu kılmaktadır.¹¹⁹ Mahkeme “savunulabilir iddia” kavramına bir tanım getirmemiştir. Her davada olayın özelliğine göre bir inceleme yapmayı tercih etmiştir. Mahkemeye göre, ileri sürülen hukuki sorunların özel şartları ve nitelikleri ışığında, Sözleşmeye dayanılarak yapılan bir iddianın temelini oluşturan her ihlal iddiasının savunulabilir olup olmadığı ve savunulabilir ise, 13. Maddedeki şartların karşılanıp karşılanmadığı belirlenmelidir.¹²⁰

Eğer başvuruya konu olan olayda savunulabilirlik konusu herhangi bir uyuşmazlık teşkil etmiyorsa AİHM 13. Maddeyi uygulanabilir görmektedir. Örneğin Camenzind/İsviçre davasında, evde arama yapılması olayında özel hayatın gizliliği ile birlikte etkili başvuru hakkının da ihlal edildiği ileri sürülmüş, AİHM, aramanın başvuruçunun 8. Madde kapsamındaki haklarına müdahale oluşturmaması nedeniyle savunulabilirlik unsurunu

¹¹⁷ Özpinar/Türkiye, AİHM, Başvuru No:20999/04, 19.10.2010

¹¹⁸ DOĞRU, NALBANT, a.g.e. s.559

¹¹⁹ İNCEOĞLU; age, s. 440

¹²⁰ Boyle ve Rice prg. 55, a.g.e, 561

incelemeye gerek olmadığını, iç hukukta etkili bir başvuru yolu olup olmadığının incelenmesi gerektiğini belirtmiştir.¹²¹

AİHM, bazı iddiaların ilk bakışta savunulabilir olduğunu da değerlendirebilmektedir. Örneğin uzun süren yargılamalar yönünden makul süreye ilişkin gerekliliklerin karşılanıp karşılanmadığına bakılmaksızın ceza davasının 11 yıldan uzun, hukuk davasının 16 yıldan uzun, idari süreçlerin 18 yıldan uzun sürdüğü davalarda ilk bakışta savunulabilir iddia olduğu değerlendirilmektedir.¹²²

AİHM'in 13. Maddeyle birlikte ileri sürülen hakka ilişkin olarak kabul edilebilirlik aşamasındaki yaklaşımı 13. Maddenin incelenmesine ilişkin süreci de etkileyebilmektedir. 13. madde ile birlikte ileri sürülen Sözleşme maddesine yönelik şikayetin kabul edilebilir bulunması, 13. Madde açısından savunulabilir bir iddianın varlığına işaret edebilir. Örneğin Hatton ve Diğerleri/Birleşik Krallık kararında AİHM Sözleşmenin 8. Maddesine yönelik iddiaların kabul edilebilirliğine karar verdikten sonra ihlal edilmediğine karar vermiştir ancak iddiaların savunulabilir olduğunu belirtmiştir.¹²³

Ayrıca bir şikayetin 35.maddenin (a) bendi uyarınca kabul edilemez bulunması da 13. Maddenin uygulanamayacağına veya ihlal edilmediğine ilişkin bir işaret olabilir.

Sözleşmenin 35. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendinde;

“Başvurunun konu bakımından Sözleşme veya Protokollerinin hükümleriyle bağdaşmaması, dayanaktan açıkça yoksun veya bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması niteliğinde olması” halinde başvuru kabul edilemez nitelikte görülecek ve reddedilecektir.

Burada belirtilen koşullar arasında “başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması” durumu 13. Maddenin savunulabilirliği bakımından özel bir anlam ifade etmektedir.

¹²¹ Camerzind/İsviçre, AİHM, 136/1996/755/654, 16.12.1997

¹²² Guide on Article 13 of the European convention on Human Rights, s.9

¹²³ Hatton ve Diğerleri/Birleşik Krallık Davası, AİHM; Başvuru No:36022/97, 08.07.2003

Bilindiği gibi açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez bulunan uyuşmazlıklar, kanun yolu incelemesine ilişkin başvurular, bir ihlalin olmadığına açık olduğu başvurular, karmaşık ve zorlama başvurular ve temellendirilmemiş başvurulardır.¹²⁴

Buna göre açıkça dayanaktan yoksun bulunan bir şikayetin savunulabilir olduğunu söylemek zordur.¹²⁵ Örneğin Gökçe ve Demirel/Türkiye kararında¹²⁶ başvuranın polis gözetimindeyken kötü muameleye maruz kaldığı şüpheden uzak şekilde anlaşılamadığından başvuru 3. Madde yönünden açıkça dayanaktan yoksun bulunması nedeniyle reddedilmiş, bu nedenle 13. Maddeye ilişkin de savunulabilir ihlal iddiasının bulunmadığına karar verilmiştir.

Kabul edilebilirlik aşamasındaki açıkça temelden yoksunluk, savunulabilirlik açısından bir sınır işlevi görebilmektedir. Boyle ve Rice / Birleşik Krallık davasında Mahkeme, “açıkça temelden yoksun” olan bir şikayetin aynı zamanda “savunulabilir” olduğunu ve tam tersinin düşünülmesinin zor olduğunu belirtmiştir. Daha sonra Powell ve Rayner / Birleşik Krallık kararında, aşağıdaki değerlendirmeyi yapmıştır:

“13. Madde ve 35(3) maddesi kendi ayrı alanları içinde, aynı Sözleşme hak ve özgürlüklerinin kullanılması için gerekli olan hukuk yollarının varlığını düzenler. 13. Maddenin 35(3) maddesine göre uluslararası düzeyde esastan incelemeyi gerektirmeyecek zayıflıkta görülen bir şikayet için, iç hukukta bir hukuk yolu öngörülmesini gerektirdiği yönünde yorumlanması halinde, bu ikili sistemin uyumunun ortadan kalkma tehlikesi oluşur.”¹²⁷

Bu iki kavramın birbirinden farklı olduğundan hareketle, bir hak ihlali iddiasının açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilmez bulunmasının, 13. Madde anlamında savunulabilir bir hak ihlali iddiası olduğunu kabul etmeye her durumda engel sayılmayacağı söylenebilir. Gerçekten de bir iddia detaylı bir incelemeden sonra açıkça dayanaktan yoksun görülebilir, fakat ilk inceleme aşamasında tartışılır bulunmuş olabilir. Ancak Mahkeme açıkça temelsiz bulduğu bir uyuşmazlıkta çoğunlukla hak ihlali iddiasını,

¹²⁴ DURMAZ, EKİNCİ, ÇINAR, SAĞLAM, BAYSAL; a.g.e., s.225-242

¹²⁵ Guide on Article 13 of the European Convention on Human Rights, s. 10

¹²⁶ Gökçe ve Demirel/Türkiye davası, AİHM, Başvuru No:51839/99, 22.06.2006

¹²⁷ Powell ve Rayner/Birleşik Krallık, AİHM Başvuru No:9310/81, 21.02.1990

savunulabilir bir hak ihlali olmadığı gerekçesiyle, 13. Madde bakımından değerlendirmemektedir.¹²⁸

Mahkeme Airey-İrlanda kararında, bir iddianın “açıkça temelsiz” görülerek reddedilmesinin “davalı devlet aleyhindeki şikâyetin haklılığına ilişkin bir belirtinin dahi bulunmadığı” anlamına geldiğini belirtmiştir.¹²⁹

13. maddeyle birlikte ileri sürülen hakkın ihlaline karar verilmesine sebep olan olgular, 13. Maddeye ilişkin savunulabilirliğini de etkileyebilmektedir. Örneğin Mustafa Sezgin Tanrıkulu/Türkiye davasında da 8. Maddeyle ilgili olarak ileri sürülen 13. Madde ihlali iddialarına ilişkin olarak Mahkeme, 8. Maddenin ihlal edildiğine karar verdikten sonra, 13. Maddenin kabul edilebilirliğine ilişkin şu şekilde açıklama yapmıştır;

*“...Mahkeme yukarıda Sözleşmenin 8. Maddesinin ihlal edildiği yönünde karar verdiğinden, 13. Maddenin amaçları bakımından bu hükme ilişkin şikayetin ileri sürülebilecek olduğuna dair bir şüphe yoktur. Mahkeme bu nedenle bu şikayetin kabul edilebilir bulunması gerektiği kanısına ulaşmıştır...”*¹³⁰

Başvurucunun maddi hak yönünden ihlal iddiasının reddedilmesine sebep olan olaylar da, 13. Madde yönünden de savunulabilir bulunmamaya sebep olabilir. 13. Madde kapsamındaki şikayetlerin savunulabilir bulunmadığını belirtmek için AİHM ana maddedeki ihlal bulunmama sebeplerini ya da kabul edilemezlik sebeplerini gösterebilir. Örneğin Rus Girişimciler Muhafazakar Partisi ve Diğerleri/Rusya davasında AİHM, başvuranlardan birinin oy verme hakkına ilişkin savunulabilir bir şikayetin bulunmaması nedeniyle 1 Nolu Protokolün 3. Maddesinin ihlal edilmediğine ve dolayısıyla 13. Maddenin bu başvuru açısından uygulanabilir olmadığına karar vermiştir.¹³¹

Bununla birlikte 13. Maddenin beraber ileri sürüldüğü temel hakkın ihlal edilmemiş olması 13. Maddeye ilişkin savunulabilir iddia olmadığı anlamına gelmemektedir. Leander / İsveç kararında¹³² Mahkeme, başka bir hakkın ihlal edilmemiş olduğuna karar vermiş,

¹²⁸ İNCEOĞLU; age, s.440

¹²⁹ Airey/İrlanda, AİHM, Başvuru No:6289/73, 09.10.1979

¹³⁰ Mustafa Sezgin Tanrıkulu/Türkiye, AİHM, Başvuru No: 27473/06, 18.07.2017

¹³¹ Rus Girişimciler Muhafazakar Partisi ve Diğerleri/Rusya, AİHM, Başvuru No:5506/00 ve 55638/00, 11.06.2007

¹³² Leander/İsveç, AİHM, Başvuru No: 9248/81, 26.03.1987

ancak başvurucunun 13. Madde anlamında savunulabilir bir iddiasının olduğuna hükmetmiştir.

Yine Bubbins / Birleşik Krallık kararında¹³³ Mahkeme, 21. Maddenin ihlal edilmediğine kanaat getirmiş ancak başvurucunun bu madde kapsamındaki iddialarının savunulabilir olduğuna karar vermiştir. Bu dava, başvurucunun kardeşinin polis tarafından vurularak öldürülmesiyle ilgilidir. Davayı 13. Madde çerçevesinde inceleyen Mahkeme, 2. Maddenin usuli yönüyle ilgili şikâyet bakımından etkili bir iç hukuk yolu olduğuna karar vermiştir. Ancak mahkeme tazminat yolu ile ilgili mevzuattaki boşluklar nedeniyle 13. Maddenin ihlaline hükmetmiştir.

AİHM bir kararında şu değerlendirmeyi yapmıştır;

“...Eldeki kanıtlardan yola çıkarak Mahkeme devlet görevlilerinin başvuranın eşinin ölümünden sorumlu olduğunun veya olaya karıştığıının ispatlanmadığını tespit etmiştir. Ancak bu durum Sözleşmenin 13. Maddesinin anlamı doğrultusunda 2. Madde bağlamındaki şikayetin tartışılabilirliğini engellemez. Mahkeme başvuranın eşinin yasalara aykırı olarak öldürüldüğünü ve dolayısıyla başvuranın 2. Maddenin ihlali ile ilgili savunulabilir iddiası olduğunu gözlemlemiştir.”¹³⁴

Benzer şekilde, Akkoç/Türkiye davasında, gazetede yayınlanan bir makalesinden ötürü kendisine disiplin cezası uygulanan başvuru, kocasının güvenlik güçlerince öldürüldüğünü ve bu konuda etkili başvuru hakkının olmadığını ileri sürmüş, Mahkeme;

“...davada öne sürülen kanıtların başvuranın kocasını kamu görevlilerinin öldürdüğünü ya da öldürme olayına karıştıklarını ispatlamada yetersiz olduğu sonucuna varmıştır. Bununla beraber, Mahkemenin daha önce verdiği kararlarda belirttiği gibi, bu, 2. Maddeyle ilgili olan şikayeti 13. Madde bağlamında “makul” olmaktan alıkoymaz....bu bağlamda Mahkeme, başvuranın kocasının kanuna aykırı bir şekilde öldürülmüş olduğunun şüphe götürmez olduğuna ve bundan dolayı, başvuranın “makul bir iddiaya” sahip olduğuna kanaat getirmiştir...”¹³⁵ şeklinde değerlendirme yapmıştır.

İrfan Güzel/Türkiye davasında başvuru telefon görüşmelerinin dinlemeye alındığını ve buna karşı başvurulabilecek etkili bir yol olmadığını ileri sürmüştür. AİHM, Sözleşmenin 5. Ve 6. Maddelerinin ihlal edildiğinin savunulamayacağını, bu durumda 13.

¹³³ Bubbins/Birleşik Krallık, AİHM Başvuru No:50196/99, 17.03.2005

¹³⁴ Mehmet Şirin YILMAZ/Türkiye, AİHM; 35875/97, 29.07.2004-Özet Çeviri

¹³⁵ Akkoç/Türkiye Başvurusu, AİHM, 22947/93 ve 22948/93, 10.10.2000

Madde bağlamında sunulan şikayetin açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiş, ancak 8. Madde kapsamında ise yine ihlalin bulunmadığını tespit ettikten sonra 8. Maddeyle birlikte ileri sürülen 13. Madde bakımından sunulan şikayetin savunulabilir olduğu tespit ederek 13. Maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹³⁶

AİHM istisnaen doğrudan 13. Maddeye dayalı şikayetleri de savunulabilir bulabilmektedir. Ancak benzer davalardaki dayanakları kıyas yoluyla uygulamak suretiyle olaya uygulamaktadır. Örneğin bir uyuşmazlıkta, AİHM, çalıştığı şirketin iflasından sonra alacağını temin eden bir iç hukuk yolu olmadığını ileri süren ve 13. Maddenin ihlal edildiğini belirten başvuranın iddiasını re'sen mülkiyet hakkına ilişkin olarak savunulabilir bulmuştur.¹³⁷

Sonuç olarak Mahkemenin, savunulabilirlik bakımından iki hususu göz önünde bulundurduğu söylenebilir. Bunlardan ilki, iddianın ilgili hakka yönelik hukuki ve fiili dayanağa sahip olup olmadığıdır. Dolayısıyla örneğin hiç gözaltına alınmamış bir kimsenin işkence iddiasında bulunması veya hukuken korunmayan bir hakka yönelik ihlal iddiaları, savunulabilir nitelikte iddialar olarak kabul edilmemektedir. İkinci olarak da, savunulabilirlik için ihlalin gerçekleşmiş olabileceğine ilişkin belirtilerin bulunmasının yeterli olduğudur. Somut bir olayda, iddianın savunulabilir nitelikte olduğunun kabul edilerek soruşturmaya başlanabilmesi için, ihlalin mutlaka vuku bulmuş olması gerekmez; ihlalin meydana geldiğine dair ilk bakışta haklı şüphe sebeplerinin ortaya çıkmış olması yeterlidir. Buna göre, Mahkemenin, mesnetsiz, açıkça bir dayanaktan yoksun olmayan iddiaları “savunulabilir iddia” olarak kabul ettiğini söylemek mümkündür.¹³⁸

2.2.2. Etkili Bir Hukuk Yolunun Gerekleri

AİHS md. 13'ün hazırlık çalışmalarında etkili başvuru hakkının gerçekleştirilmesi için devletlerin yükümlülükleri bakımından öngörülen üç temel unsur: bir hukuk yolunun varlığı, bu hukuk yolunun ulusal makamlarca sağlanması ve bulunan çözümün yetkili makamlarca uygulanabilmesidir.¹³⁹ Aradan geçen zaman içerisinde ise etkili başvuru

¹³⁶ İrfan Güzel/Türkiye, AİHM, Başvuru No:35285/08, 07.02.2017

¹³⁷ Chizzotti/İtalya Davası, AİHM, Başvuru No:15535/02, 02.02.2006

¹³⁸ ŞENOL Cem, a.g.m. s.8

¹³⁹ Preparatory Work on Article 13 of the European Convention on Human Rights Information Document, European Commission Of Human Rights, Strasbourg, 10.05.1957

hakkının gereklilikleri, birlikte ileri sürüldüğü hakkın niteliğine göre daha detaylı hale gelmiş ve pek çok unsur bu gerekliliklere dahil edilmiştir. Devletlerin 13. Maddeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirirken belli ölçüde takdir yetkileri olsa da, oluşturacakları hukuk yolunun gerekliliklerini, içtihatlardan yola çıkarak tespit etmek mümkündür.

2.2.2.1. Kurumsal gereklilikler

2.2.2.1.1. Ulusal makam olması

Sözleşmenin 13. Maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkının varlığını gerekli gördüğü makam, “ulusal bir makam”dır. Bu açıdan uluslararası makamlar nezdindeki başvuru yollarının bulunması etkili başvuru hakkının gereklerini karşılamış sayılmamaktadır. Hatta, uluslararası bir hukuk yoluna başvurulması, Sözleşmenin 34. Maddesi gereğince AİHM’e yapılan başvurunun reddedilmesine sebep olabilmektedir.¹⁴⁰

Bir hukuk yolunun ulusal mı yoksa uluslararası mı olduğuna AİHM bizzat karar vermektedir. Bu değerlendirmede organın hukuksal niteliği, kurucu belgesi, yetkileri, finansmanı ve uluslararası hukuk sistemindeki yeri gibi faktörler dikkate alınmaktadır.¹⁴¹

Ulusal makamın devletten aldığı yetkiyi kullanan bir makam olması gerekmektedir. Bu nedenle devlet dışı aktörlere karşı başvurulabilecek hukuk yolları 13. Madde anlamında etkili bir başvuru yolu oluşturmamaktadır. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, devlet okulunda cinsel istismara uğrayan kişinin okul yöneticisine veya Katolik okulu olması nedeniyle psikoposa karşı dava açması konusu gündeme gelmiş, AİHM, diğer bireylere ya da devlet dışı aktörlere başvurma şeklinde var olduğu düşünülen hukuk yollarını, sunduğu başarı şansına veya verilen zararı telafi edebilmesine bakmaksızın mevcut davada etkisiz kabul ederek, 13. Maddenin ihlaline karar vermiştir.¹⁴²

13. maddenin hazırlık çalışmalarına ilişkin metne göre, ulusal makam, politik, idari ya da yargısal makam olabilir. 13. maddede politik ve idari makamların ayrıca

¹⁴⁰ ŞİRİN Tolga, a.g.e, s. 145

¹⁴¹ ŞİRİN Tolga, a.g.e., s. 145 (412 no’lu dipnot)

¹⁴² O’Keeffe/İrlanda Davası, AİHM, Başvuru No: 35810/09,28.01.2014

belirlenmesinin sebebi, bu organların ihmal edilmesi halinde yasaların politik makamlar tarafından hazırlanması ve idari başvuru yolunun da bazen tek başvuru yolu olabilmesi durumlarının gözardı edilmesini önlemektir. Her ne kadar İngiltere temsilcisi tarafından özellikle kişi özgürlüğüne ilişkin konularda “ulusal makam” yerine “mahkemeye” başvurma hakkı tanınmasının metne yazılması gerektiği belirtilmiş ve mahkemenin bağımsız olması gerektiği dile getirilmiş ise de, ulusal makam ifadesinin daha geniş kapsamlı olması nedeniyle benimsendiği anlaşılmaktadır. Ulusal makamın yargı makamları olması tercih ve teşvik edilmekte ise de, taraf devletlere bu yönde bir yükümlülük yüklemenin de mümkün olmadığı belirtilmiştir.¹⁴³

Ulusal makamın 13. Maddenin aradığı özellikleri taşıyıp taşımadığını belirlemek için o makamın yetkilerine ve sunduğu güvencelere bakılmaktadır. Ayrıca bu makamın, sadece tek bir makam olması da gerekmez; bir ulusal sistemin sunduğu başvuru yollarının bütünü 13. Madde anlamında “etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı”nın gereklerini yerine getirebilir.¹⁴⁴

AİHM’e göre 13. Maddede yer alan başvuru makamının yargısal makam olma zorunluluğu bulunmadığından, 13. Madde bakımından başvuru olanağı tanınan makamın 6. Madde çerçevesinde yer alan bağımsızlık ve tarafsızlık güvencelerine tam olarak sahip olması aranmamaktadır.¹⁴⁵

Bu “ulusal makam”ın nitelikleri her maddenin güvence altına aldığı hakkın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmesi gereken bir konudur. Ancak her halükarda bu makam, şikayete konu olan eylemi yapan kişi ya da kurumlardan yeterince bağımsız olmalıdır.

Her ne kadar başvuru yolu yargısal bir makama başvuru zorunluluğunu öngörmese de bazı olaylarda, ihlal edilen hakkın niteliği ve başvurucu üzerinde yarattığı derin sonuçlar

¹⁴³ Preparatory Work on Article 13 of the European Convention on Human Rights Information Document, European Commission Of Human Rights, Strasbourg, 10.05.1957

¹⁴⁴ DOĞAN, NALBANT, a.g.e. s. 561

¹⁴⁵ İNCEOĞLU; age, s. 446; bu durumun istisnasının uzun süren yargılamalar olduğunu yukarıda belirtmiştik. Bknz. 91 no’lu dipnot

dikkate alınarak yargısal bir makama başvuru olanağının önemi AİHM tarafından vurgulanmıştır.

Örneğin Ramirez-Sanchez-Fransa kararında Mahkeme, bir hükümlünün uzun süre yalıtılmış koşullarda tutulmasına karşı yaptığı bir başvurunun, bu tür tutmanın önemi ve sonuçları dikkate alındığında, etkili bir incelemeye konu olması için bu incelemenin bir yargı yeri tarafından yapılmasının gerekli olduğunu belirtmiştir.¹⁴⁶

Yine AİHM bir uyuşmazlıkta, bir kişinin üçüncü bir ülkeye gönderilmesi halinde Sözleşmenin 2. veya 3. Maddelerinde yasaklanan muamelelere maruz kalacağına ilişkin şikayetin, “ulusal makam” tarafından dikkatli şekilde incelenmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁴⁷

AİHM tarafından Meclis içinden makamların ve yürütmeye ait yargı dışı bazı organların 13. Maddenin gereklerini yerine getirdiğinin saptandığı olmuştur. Ancak bunun için ulusal makamın diğer nitelikleri ve sağladığı teminatlar dikkate alınmakta, ileri sürülen hakkın niteliğine bakılmaktadır.¹⁴⁸

2.2.2.1.2. Yeterli bağımsızlığa ve tarafsızlığa sahip olması

Başvuru yolunun kurumsal anlamda etkili olarak kabul edilebilmesi için karar verecek ulusal makamın Sözleşmenin ihlalinden sorumlu olduğu iddia edilen makamdan “yeterli ölçüde” bağımsız olması gerekmektedir.

Ulusal makamın yargısal bir makam olması zorunluluğu bulunmadığından Sözleşmenin 6. Maddesinde aranan bağımsızlık ve tarafsızlık kriterlerinden daha az sıkı bir ölçütün 13. Madde için arandığını belirtmiştik. Bununla birlikte, 6. Maddedeki bağımsızlık şartını sağlayan yargısal makamların 13. Madde anlamında da bağımsız kabul edileceği açıktır.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Ramirez Sanchez/Fransa, AİHM Başvuru No:59450/00, 04.07.2006

¹⁴⁷ Chamaiev ve Diğerleri/Gürcistan ve Rusya, AİHM, Başvuru No:36378/02, 12.10.2005

¹⁴⁸ HARRIS, BOYLE, a.g.e., s.586

¹⁴⁹ ŞEN Ersan, Etkili Soruşturma Yükümlülüğünde Bağımsızlık ve Tarafsızlık, www.haber7.com. , erişim tarihi:15.08.2019, s.1

Yeterli bağımsızlık ve tarafsızlık şartının sağlanıp sağlanmadığını tespit ederken, ilgili hukuk yolunda görev alan yetkililerin seçilme, atanma, görevden alma ve diğer özlük haklarına ilişkin usuller, dış müdahalelere karşı koruyucu hükümlerin olup olmadığı, bu görevlilerin hiyerarşik bağları ve kararlarının onaya tabi olup olmaması, işlem ve kararlarından ötürü tabi oldukları sorumluluk hükümleri, ihlali gerçekleştiren merci ile ilişkileri gibi konuların değerlendirilmesi gerekmektedir.

Eğer ulusal otorite, belirli özelliklere sahip değilse, davanın sonucu da doğrudan doğruya şüpheli hale gelebilir. Ancak örneğin soruşturulan şahsın “bağlı olduğu kurumla/soruşturmayı yürütecek makamla” doğrudan fiili bir bağının varlığı, etkili başvuru hakkının sırf bu nedenle her ihtimalde ihlal edildiği anlamına gelmeyeabilir. Bu hususta M ve EF/İsviçre kararında AİHM, başvuru yolunun, salt itirazı inceleyecek memurun kendisine itiraz edilen otoriteye bağlı olduğu gerekçesiyle etkisiz olmayacağını belirtmiştir. Mahkemeye göre, başvuru hakkında karar veren memurun, karar verecek yapının otoritesine bağlı olması başvuru yolunu bizzat etkisiz hale getirmeyecektir.¹⁵⁰

Silver / Birleşik Krallık davasında AİHM hapisteki bir kişinin cezaevi yönetimince mektupların sansürlenmesi uygulamasına itiraz eden dilekçesini İçişleri Bakanına vermesinin etkili bir hukuk yolu olabileceğini belirtmiştir. Khan / Birleşik Krallık kararında ise AİHM, başvuru yolunun polise karşı başvurabileceği hukuk yollarının “gücün kötüye kullanılması ihtimaline karşı yeterli koruma sağlayacak derece bağımsızlık standartlarına uygun olmadığı” sonucuna varmıştır. Bu davada yerel emniyet müdürünün, şikayetleri Polis Şikayet Birimi’ne gönderme yetkisi vardır. Bu yapılmazsa Emniyet Müdürü, kendi biriminden birini soruşturma yapmak üzere görevlendirmek zorundadır. Ayrıca Polis Şikayet Biriminin kendi içindeki atamalar, maaşlar ve bazı durumlarda görevden almalar konusunda İçişleri Bakanı önemli bir role sahiptir. Bunun yanında Bakan’ın disiplin soruşturmalarını ve ceza davalarını geri çekme veya başlatma konularında etkili olması mümkündür.¹⁵¹

¹⁵⁰ ŞEN Ersan; a.g.m., s.4

¹⁵¹ HARRIS, BOYLE, age, s. 586

Diğer yandan bağımsız olmayan bir makamın kararına karşı yeterince bağımsız bir makama itiraz yolu var ise, başvuru tarafından 13. Maddenin koşullarını karşılayan bu olanağın kullanılması gerekmektedir.¹⁵²

Yeterli bağımsızlık unsurunu da yine her olayın kendi koşulları içinde ve birlikte ileri sürüldüğü hakkın niteliğine göre belirlemek gerekmektedir. Örneğin kötü muamele yasağının ihlal edildiğine yönelik iddialar içeren başvuruda, esasa ilişkin soruşturma işlemlerinin çoğunun, hakkında soruşturma yürütülen kamu görevlilerinin hiyerarşik olarak bağlı olduğu Emniyet mensupları tarafından yapılmasının “soruşturmanın bağımsız ve tarafsız ellerle yürütülmesi” ilkesiyle bağdaşmadığı söylenebilir.¹⁵³

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından kabul edilen (11.12.2010 tarihli ve 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu’na 6524 sayılı Kanunun 39. maddesi ile eklenen geçici 4. maddenin 6. fıkrası gereğince yürürlükten kaldırılan) 18.10.2011 tarihli ve 8 numaralı Genelgenin ilgili kısmında; “...2- İnsan hakları ihlali, işkence ve kötü muamele iddialarına ilişkin olarak yapılan soruşturmaların, kolluk kuvvetlerine bırakılmayarak bizzat Cumhuriyet başsavcısı ya da görevlendireceği bir Cumhuriyet savcısı tarafından etkili ve yeterli bir şekilde yürütülmesi...”¹⁵⁴ ifade edilerek, savcılarının iddialara ilişkin olarak faillerin belirlenip mahkemeler tarafından cezalandırılmasını sağlayacak şekilde zamanında ve etkili soruşturma yürütmelerinin sağlanması amaçlanmıştır.

Diğer yandan ulusal makamın önyargısız, tarafsız ve adilane şekilde olaya yaklaşması, pratikteki etkililiği açısından oldukça önemlidir.

2.2.2.1.3. Yetkilerinin geniş olması

İhlal iddiasını değerlendirecek olan makamın, iddiasının esasına dair inceleme yapabilecek, devam eden ihlali ortadan kaldıracabilecek, ihlal gerçekleşmişse uygun bir giderim sağlayabilecek geniş yetkilere sahip olması gereklidir. Bu yetkiler, ilgili hakkın niteliğine göre, bir idari işlemin iptal edilmesi ya da askıya alınması, ihlali gerçekleştirene

¹⁵² HARRIS, BOYLE, a.g.e

¹⁵³ Hidayet Enmek ve Eyüp Sabri Tinaş Başvurusu, AYM, Başvuru No:2013/7907, 21.04.2016

¹⁵⁴ Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu 2011 Yılı Faaliyet Raporu, www.hsk.gov.tr, Erişim tarihi:26.10.2023

yaptırım uygulanması, bir faaliyete son verilmesi, ilgiliye maddi veya manevi tazminat ödenmesi gibi yetkiler olabilir.

Bir hukuk yolunun etkili olması için, ilgili makam kendisine sunulan uyuşmazlıktaki maddi ve hukuki olayların bütününe inceleme ve yargılama yetkisine sahip olmalıdır. Mahkeme Stefanec-Çek Cumhuriyeti kararında, idari yaptırıma karşı başvuru Anayasa yargısı yolunu mahkemenin sadece Anayasaya uygunluk denetimi yaptığı ve uyuşmazlığı her yönüyle inceleme yetkisine sahip olmadığı gerekçesiyle yetersiz görmüş ve kişinin mahkemeye erişme hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.¹⁵⁵

Kural olarak yargısal bir makam tarafından hukuki denetim yapılıyor olması etkili bir başvuru yolu olduğuna karinedir. Bununla beraber yargısal makamın denetim alanının sınırlı olması onun etkili bir yol olmadığını gösterebilir. Örneğin bir mahkeme sözleşmedeki bir hakkın ihlal edildiğine dair dile getirilen iddianın temel dayanakları hakkında tam bir değerlendirme yapıp karar veremiyorsa etkili bir yol olarak görülmeyebilir. Chahal kararında AİHM sınırdışı edilen kişinin gönderildiği yerde 3. Maddeye aykırı bir muameleye tutulma riski iddiasını tartışmayan mahkemeyi de etkili bir yol olarak görmemiştir. İhlal edildiği iddia edilen hakkın özünü değerlendirmeye alacak bir makam olması gerekmektedir.¹⁵⁶

Smith ve Grady v Birleşik Krallık ile Hatton v Birleşik Krallık davalarında Mahkeme bu temelde, Sözleşmenin 8. Maddesine bağlı olarak 13. Maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bu davalarda İnsan Hakları Yasası yürürlüğe girmeden önce ulusal mahkemelerin yargısal denetim yaparken sahip oldukları zayıf yetkiler eleştiri konusu olmuştur. Murray v Birleşik Krallık davasında ise Mahkeme, “bir olayın özel koşulları dahilinde bir kişinin başvurduğu hukuk yolunun başarı şansının zayıf olmasının, aynı yol ile daha güçlü koşulların varlığında başvuru zararının telafi edilmesi mümkün ise, o hukuk yolunu 13. Madde anlamında etkisiz kılmayacağını belirtmiştir.¹⁵⁷

Başvuru yolunun etkili olup olmadığı test edilirken başvuru makamının yetkileri, getirdiği güvenceler, izlediği usul dikkate alınmaktadır. Örneğin siyasi bir takdir yetkisinin kullanımı ile sonuçlanabilen başvuru yolları 13. Maddenin gereklerini karşılayan yollar

¹⁵⁵ DOĞRU, NALBANT, age, s.563 (Stefanec/Çek Cumhuriyeti, AİHM Başvuru No:75615/01, 18.07.2006)

¹⁵⁶ Chahal /Birleşik Krallık, AİHM Başvuru No:22414/93, 15.11.1996

¹⁵⁷ HARRIS, BOYLE; age, s. 584

olarak görülmemiştir. Örneğin Birleşik Krallıktaki Parlamento Ombudsmanı milletvekilinin iradesi hilafına soruşturma yürütemediği ve yetkisi yaptığı soruşturmayı milletvekiline bildirmekle sınırlı olduğundan Parlamento Ombudsmanına başvuru yolu 13. Madde anlamında bir başvuru yolu olarak kabul edilmemiştir. Aynı davada Bakanlığa başvuru yolu da benzer şekilde değerlendirilmiştir.¹⁵⁸

Kişiler Mahkemeye başvurdıklarında bazen ulusal düzeyde kabul edilen bir tedbirin Mahkeme İçtüzüğü'nün 39. Maddesine dayanarak yürütülmesinin durdurulmasını talep edebilirler. Bu taleplerinin en önemli nedeni, eğer bu tedbir hayata geçirilecek olursa, telafisi güç veya mümkün olmayan bir zararın ortaya çıkacak olmasıdır. Bu “durdurma etkisi” veya benzeri bir yetki, ulusal düzeyde bu başvuruyu inceleyen makamda da bulunmalıdır. Başka bir anlatımla 13. Maddeye göre etkili bir ulusal makam, Sözleşmeye aykırılığı tartışmalı bir tedbirin uygulanmasının telafisi güç veya mümkün olmayan zararlar meydana getirmesi söz konusu olduğunda, bu tedbirin yürütülmesini durdurabilme yetkisine sahip olmalıdır.¹⁵⁹

Khlaifia ve Diğerleri/İtalya davasında Mahkeme, başvuranların topluca sınır dışı edilmesine karşı yapılan itirazın sulh hakimi tarafından incelenebileceğini, ancak itirazın sulh hakimine sunulmasının askıya alma etkisinin bulunmadığı, bu nedenle 13. Maddedeki gerekliliği karşılamadığı sonucuna varılmıştır.¹⁶⁰

Geri gönderme davalarında Mahkeme bu ilkeyi birçok kez tekrarlamıştır. Buna göre, 13. Madde anlamında etkili bir hukuk yolunun varlığı için, ilgili şikayetin “bağımsız ve dikkatli” bir inceleme konusu yapılması ve “ilgili tedbirin, icra edilmesinin ertelenmesi imkanı” olması gereklidir.¹⁶¹

İdari ve siyasi başvuru yollarında ise yine ihlalin esasına ilişkin iddiaların incelenebilmesi, bağlayıcı kararlar alınabilmesi, devam eden ihlallerin durdurulabilmesi, gerçekleşen ihlallerin giderilebilmesi için uygun tazminat ödenebilmesi gibi yetkilerinin

¹⁵⁸ İNCEOĞLU, age, s. 445

¹⁵⁸ HARRIS, BOYLE, age, 586

¹⁵⁹ DOĞAN, NALBANT, a.g.e, sy.562

¹⁶⁰ Khalifia ve Diğerleri/İtalya, 16483/12, 01.09.2015

¹⁶¹ Chamaiev ve Diğerleri/Gürcistan ve Rusya, AİHM, Başvuru No:36378/02, 12.10.2005

bulunması gerekmektedir. Bu kriterlerden bağlayıcı karar alabilme özelliği diğerleri arasında daha da öne çıkmaktadır.

AİHM, idari başvuru yollarından biri olan Olağanüstü Hal İnceleme Komisyonunun etkililiğini kabul edilebilirlik aşamasında incelediği Köksal/Türkiye kararında;

“...Mahkeme, 685 sayılı Kanun Hükmünde Kararname tarafından düzenlenen başvuru yolunun, a priori erişilebilir bir başvuru yolu oluşturduğunu tespit etmiştir. Bununla birlikte Mahkeme'nin elinde bu başvuru yolunun, başvuranın Sözleşme hükümleri bağlamındaki şikâyetlerine yeterli bir telafi sağlayamayacağının ve makul başarı beklentileri sunmadığının söylenmesine imkân sağlayacak herhangi bir unsur bulunmamaktadır. Aslında söz konusu komisyon her ne kadar yargı organı sıfatı taşımasa da, kararları yargı denetimine tabidir. Mahkeme, bununla birlikte bu sonucun, söz konusu komisyon ve ulusal yargı makamları tarafından alınan kararlar ve bu kararların etkili bir şekilde uygulanması ışığında, 685 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile hem teorik hem de pratik olarak düzenlenen başvuru yolunun gerektiğinde gerçeklik ve etkililik sorununun yeniden incelenmesi ihtimalini hiçbir biçimde etkilemediğini vurgulamaktadır...”¹⁶² gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.

13. Madde, başvurucunun doğrudan erişebileceği ve kendisine ya da yakınına verilen zararın sorumluluğunun tespit edilebileceği bir ulusal mekanizmanın var olmasını gerektirir. 2 veya 3. Maddenin söz konusu olduğu durumlarda, uğranılan manevi zarar için tazminat, sunulan hukuk yolları arasında bulunmalıdır. Bu bağlamda başvurucuya sunulan idari başvuru yolları hem hukuken hem de pratikte etkili olmalıdır.¹⁶³

2.2.2.1.4. Usuli güvenceleri sağlaması

13.madde çerçevesinde başvuru yapılan makam önündeki usuli güvenceler de önemlidir. Chahal davasında AİHM, Tavsiye Kurulu önünde başvurucunun avukatı ile temsil edilme hakkının olmamasını Kurulun kararının aleni olmamasını başvuru yolunun etkililiği bakımından önemli bir eksiklik olarak görmüştür.¹⁶⁴

13. Maddede atıf yapılan makam bir yargı makamı olmak zorunda olmasa da, bu merci önündeki hukuk yolunun etkili bir yol olup olmadığının belirlenmesinde, merciin

¹⁶² Köksal/Türkiye, AİHM Başvuru No:70478/16, 12.06.2017

¹⁶³ HARRIS, BOYLE, age, s. 594

¹⁶⁴ Chahal /Birleşik Krallık, AİHM Başvuru No:22414/93, 15.11.1996

yetkileri ve sağladığı güvenceler göz önüne alınabilecektir. Bir hukuk yolunun etkililiği konusunda Mahkeme, yargısal modelden etkilenmektedir.

Z ve Diğerleri / Birleşik Krallık davasında¹⁶⁵ Mahkeme, başvuruçuların, yalnızca bir mahkemenin yapacağı yargılamanın o davada etkili telafi sağlayabileceği yönündeki iddialarını incelememiş, ancak yargısal yolların 13. Madde uyarınca, bağımsızlığa, mağdur ve ailesinin etkili erişimine ve verilen tazminatın ödenmesine yönelik güçlü güvenceler içerdiğini teyit etmiştir. Başvurucunun uzun süreli olarak tecrit edilmesindeki sorumlulukla ilgili yakın tarihli bir davada Büyük Daire, olayın koşulları ışığında 13. Maddenin öngördüğü hukuk yolunun, bir “yargı organı” önündeki yol olması gerektiğini söylerken, başvuruçunun özel durumunu göz önüne almıştır.¹⁶⁶

İsmail Sezer/Türkiye kararında AİHM;

“...Yargısal olmayan makamlar söz konusu olduğunda mahkeme, bu makamların bağımsızlığını ve başvuruçulara sundukları usulî güvenceleri denetlemeye özen göstermektedir.

Somut davada, kınama disiplin cezasına karşı tek itiraz yolu, üst makamlar önünde yapılacak bir idari başvuruydu. Mahkeme mevcut davadakine benzer konuların ele alındığı başka bir şikayeti daha önce incelediğini ve kınama cezası gibi bir yaptırımla cezalandırılan bir memurun, olası istismarları engelleyecek ya da sadece bu tür bir disiplin cezasının yasal olup olmadığının incelenmesine yarayacak her türlü güvenceden mahrum kalması nedeniyle Sözleşmenin 13. Maddesinin ihlal edildiğine karar verdiğini hatırlatmaktadır.”¹⁶⁷

Görüldüğü gibi idari başvuru yolunun ihlal edildiği ileri sürülen hakkın niteliğine göre usulî güvenceleri sağlaması konusu özellikle önem arz etmektedir. Zira yargısal başvuru yolunda olduğu kabul edilen çelişmeli yargılama, silahların eşitliği, avukatla temsil, aleniyet, gerekçeli karar hakları gibi konuların başvuruçulara sunduğu teminatların, aynı sıkı kurallara tabi olmasa dahi idari başvuru yollarında da büyük ölçüde sağlanması gerekmektedir.

¹⁶⁵ Z ve Diğerleri/Birleşik Krallık, AİHM Başvuru No:29392/95, 10.05.2001

¹⁶⁶ HARRIS, BOYLE, age, s. 585

¹⁶⁷ İsmail Sezer/Türkiye, AİHM, Başvuru No: 36807/07, 24.03.2015; benzer yönde: Doğan Altun/Türkiye, AİHM; Başvuru No: 7152/08, 26.05.2015

Dolayısıyla 6. Maddede belirtilen adil yargılanma hakkında öngörülen usuli teminatların etkili başvuru hakkı bakımından da belli ölçüde ilgili olduğu ve uygulanabileceği belirtilebilecektir.¹⁶⁸

Nitekim yakın tarihli bir AİHM kararında da, hâkim olan başvurucunun HSK'nın atama işlemine karşı yaptığı başvurunun reddi üzerine yargısal incelemenin mümkün olmadığı iddiası üzerine yapılan incelemede, HSK'nın kararlarının gerekçeli olmaması, çelişmeli bir süreç sunmadığı, duruşma yapıp tanıkların dinlenmediği, yeniden inceleme ve itiraz aşamasında usul kurallarının belirlenmediğini tespit ederek bu kararların hukuki temeller ışığında oluşmadığına dikkat çekmiştir.¹⁶⁹ Bu olayda her ne kadar adil yargılama hakkının ihlaline karar verilmiş ise de, AİHM'in idari süreçteki usuli teminatlara ilişkin irdelemesini göstermesi bakımından bu karar önemlidir. Zira söz konusu usuli teminatların gerçekleşmesi halinde diğer koşulları da varsa etkili bir başvuru yolunun varlığı kabul edilebilecek ve yargısal denetim koşulu aranmayabilecekti.

2.2.2.1.5. Kararlarının hukuken bağlayıcı olması

İhlal iddiasını inceleyecek olan ulusal makam hukuken bağlayıcı kararlar verebilmelidir. Dolayısıyla böyle bir kararı veremeyecek olan makamlara başvuru yolu yeterli olmayacaktır.¹⁷⁰

Leander davasında İsveç'teki ombudsmanlık kurumunun kararlarının hukuken bağlayıcı olmamasının sadece tavsiyede bulunma yetkisine sahip olmasının doğurduğu zayıflığa dikkat çekilmiştir. Bu davada ombudsmanlık kurumunun uygulamada sahip olduğu toplumsal itibar, kararlarına genellikle uyulması dikkate değer bulunmakla birlikte esas olarak diğer başka başvuru yollarının da bulunmasıyla birleştiği için kümülatif bir yaklaşımla 13. Madde bakımından değerlendirmeye alınmıştır.¹⁷¹

Terörist olduğu iddia edilen bir kişinin ulusal güvenlik gerekçesiyle sınır dışı edilmesini konu alan Chahal / Birleşik Krallık davasında Mahkeme, başvurucu hakkındaki sınırdışı kararını itiraz üzerine inceleyen kurulun kararlarının bağlayıcı olamamasını

¹⁶⁸ Guide on Article 13 of European Convention on Human Rights

¹⁶⁹ Bilgen/Türkiye Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 1571/07, 09.03.2021

¹⁷⁰ HARRIS; BOYLE, a.g.e, s. 586

¹⁷¹ İNCEOĞLU, age, s. 445 (Leander/İsveç, AİHM Başvuru No:9248/81, 26.03.1987)

eleştirmiştir. Ayrıca bu kurul önündeki usulün, yeterli usuli güvenceleri sağlamadığı görülmüştür. Başka hususların yanı sıra, başvuruçunun yasal temsilciyle temsil edilme hakkı yoktur; sınır dışı etme kararının sebepleri hakkında kendisine yalnızca bir özet verilmiş ve ayrıca kurulun kararının ayrıntıları başvuruçuya bildirilmemiştir.¹⁷²

Bağlayıcı karar alınabilmesinin bir sonucu da alınan kararların uygulanmasının sağlanmasıdır. Bu anlamda yargı kararlarında dahi kimi zaman uygulanmasıyla ilgili problemler yaşanabilmektedir. Verdiği bağlayıcı kararları uygulanmayan/yerine getirilmeyen idari veya yargısal makamlara başvurunun ise etkili başvuru yolunu oluşturmayacağı açıktır.

13. maddenin hazırlık çalışmalarına ilişkin metinde, etkililiği açıklarken bulunan çözümün yetkili otoritelerce yerine getirilmesinden söz edilmiştir. Burada “yetkili otorite” kavramının, “polis” ya da “yürütme otoritesi” kavramından daha geniş olduğu belirtilmiştir.¹⁷³

O halde, ister idari makamlarca ister yargı organlarınca verilmiş olsun, ihlal iddiası üzerine verilen bağlayıcı kararların yetkili otoritelerce yerine getirilmesini sağlamak da devletin yükümlülüğüdür.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşıldığı üzere AİHM, kurumsal olarak etkili başvuru yolu olmadığını değerlendirdiği uyuşmazlıklarda iç hukuk yolunun tüketilmesini aramamakta ve işi esastan incelemeye geçmektedir. Etkisiz olarak değerlendirilen iç hukuk yolu her olay özelinde, birlikte ileri sürülen temel hakkın niteliğine göre değişebilmektedir.

Bununla birlikte, AİHM genel olarak yargı makamlarına yapılan başvuruları kurumsal açıdan etkili kabul etmektedir. İdari makamlara yapılan başvurular yönünden ise yeterli bağımsızlık ve tarafsızlık unsuruna, sağladığı usuli teminatlara, yetkilerinin genişliğine ve kararlarının bağlayıcılığına yönelik incelemenin ardından kurumsal etkililik konusunda bir karar vermektedir. Diğer yandan, uluslararası kurum ve kuruluşlara yapılan başvuruları, siyasi bir takdir hakkının kullanımına bağlı olan başvuru yollarını, idari

¹⁷² HARRIS, BOYLE, age, 586 (Chahal/Birleşik Krallık, AİHM Başvuru No:22414/93, 15.11.1996)

¹⁷³ Preparatory Work on Article 13 of the European Convention on Human Rights Information Document, European Commission Of Human Rights, Strasbourg, 10.05.1957

makamlara yapılan hiyerarşik başvuruları, özel kişi ve kuruluşlara yapılan başvuruları, istişari kurullara yapılan başvuruları kurumsal açıdan etkisiz kabul etmektedir.

2.2.2.2. Esasa ilişkin gereklilikler

Etkili bir başvurudan söz edebilmek için iç hukukta bir başvuru yolunun sadece hukuken mevcut bulunması yeterli değildir. Başvurunun uygulamada fiilen de etkili olması gerekmektedir. Başvurulan makamın ihlal iddiasının özünü ele alma yetkisine sahip olması gereklidir. Başvuru yolunun bir hak ihlali iddiasını önleyebilme, devam etmekteyse sonlandırabilme veya sona ermiş bir hak ihlali kararına bağlayabilme ve bunun için uygun bir giderim (tazminat) sunabilmesi halinde etkililiğinden söz etmek mümkün olabilmektedir. Yine vuku bulmuş bir hak ihlali iddiası söz konusu olduğunda tazminat ödenmesinin yanı sıra sorumluların ortaya çıkarılması bakımından da yeterli usuli güvencelerin sağlanması gerekmektedir.¹⁷⁴

AIHM 13. Maddenin maddi gereklerine ilişkin olarak Aksoy kararında şöyle demektedir:

“...13. Maddedeki yükümlülüğün kapsamı başvurucunun yaptığı Sözleşme çerçevesindeki şikayetin niteliğine göre değişebilir. Bununla beraber, 13. Maddenin zorunlu kıldığı başvuru yolu hukuken olduğu kadar uygulamada da “etkili” olmalıdır, bu çerçevede etkili olması için başvuru yolunun kullanımının özellikle devlet makamlarının eylemleri veya ihmalleriyle haksız yere engellenmemesi gerekir.” Bu davada işkence yapıldığına dair gözle görülebilir delillerin savcılık tarafından görmezden gelinerek soruşturma yapılmadığı sonucuna varılarak 13. Maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir.¹⁷⁵

Uygulamada bir hukuk yolunun etkili olabilmesi açısından erişilebilirlik, yeterlilik/elverişlilik ve makul başarı şansı sunma özelliklerinin bulunması gerekmektedir.

¹⁷⁴ İNCEOĞLU, age, s. 443

¹⁷⁵ Aksoy/Türkiye Başvurusu, AIHM, Başvuru No:21987/93, 18.12.1996

2.2.2.2.1. Erişilebilirlik

Erişilebilirlik, bir muhakemenin, bir kamu makamının veya organının takdirine bağlı ve güç koşullara tabi olmaksızın, başvuruçular tarafından doğrudan başlatılabilmesi niteliğini ifade eder.¹⁷⁶

Bir hukuk yolunun erişilebilir olması, öncelikle kişilere açık, pratik ve somut bir başvurma yolunun tanınması anlamına gelmektedir. İlgili herkes doğrudan bu yola başvurabilmelidir. Başka bir anlatımla bu yola başvurmak, bir kamu makamının takdirine bırakılmış ise ya da gerçekleştirilmesi güç koşullara bağlanmış ise, bu yol kişiler için erişilebilir bir yol değildir.¹⁷⁷

Bir yolun erişilebilir olması ölçütünü, Sözleşmenin 6. Maddesinin güvence altına aldığı “mahkemeye erişme hakkı” ile birlikte ele almak gerekmektedir. Mahkemenin içtihadına göre, devletler Mahkemeye erişme hakkının düzenlenmesi konusunda belirli bir takdir alanına sahiptirler. Başka bir anlatımla, adalet sistemin sağlıklı işlemlerini sağlamak amacıyla devletler bu hakkı süre veya biçim, hatta harç gibi bazı koşullara bağlayabilirler. Ancak bu hakkın kullanılmasına sınırlama getiren bu koşullar, meşru bir amaç gütmeli, ulaşılmak istenen amaçla orantılı olmalı ve hakkın özüne dokunmamalıdır.¹⁷⁸

Belirtilen hususları idari başvurular açısından değerlendirdiğimizde, 6. Maddedeki mahkemeye erişim hakkına getirilebilecek meşru sınırlandırma sebeplerinin kıyasen idari başvurular yönünden de asgari şekilde geçerli olabileceği sonucuna varabiliriz. Bu bağlamda, iç hukuk yollarına erişime getirilen sınırlamaların 13. Maddenin “ulusal makam”lara başvuruya ilişkin olmasından dolayı daha geniş bir alanı kapsamına aldığı söylenebilir. İdari başvurular yönünden de, başvuruların belli şartlara bağlı tutulması halinde, bu şartların söz konusu yola başvurmayı engelleyecek şekilde olması halinde hakkın özüne dokunduğu kabul edilebilecek ve etkili başvuru hakkı ihlal edilmiş sayılabilecektir.

Erişilebilirlik konusunda değerlendirme yapılırken, örneğin yargılamanın hangi aşamada olduğu ya da kişinin maddi imkanlara sahip olup olmadığı gibi konular ele

¹⁷⁶ Akçiçek/Türkiye, AİHM, 40965/10, 18.10.2011 (Aktaran ŞİRİN, s. 146)

¹⁷⁷ DOĞAN, NALBANT, a.g.e, sy.562

¹⁷⁸ DOĞAN, NALBANT, a.g.e, sy.562

alınırken, her olay kendi koşulları içinde incelenmeli, ayrıca yargı masrafları da kişiye aşırı yük getirmemelidir. Yine devletler mahkemeye erişim hakkını güçlendirecek tedbirleri de almakla yükümlüdürler.

Bir başvuru yolunun aşırı maliyetli veya karmaşık olması durumunda da eğer maddi durumu kötü olan başvuruçulara adli yardım sunulmazsa erişilebilirlik sorunu gündeme gelebilir. Yine avukatı olmayan bir başvuruçuya, hukuk yollarına ilişkin bilgilendirmenin sadece bilmediği dilde yapılmasında da erişilebilirlik sorunu oluşabilir.¹⁷⁹ Ayrıca, bir hukuk yolunun yorum yoluyla açıldığı durumlarda, kamuoyunun bu karardan haberdar olması da erişilebilirlik ile ilgili görülebilir. Böyle durumlarda hukuk yolunun erişilebilir olması için, yani söz konusu karardan haberdar olunması için somut olayın koşullarına göre değişen makul bir sürenin geçmesi gerekebilir.¹⁸⁰

Türk hukukunda erişilebilirlik konusunda olumsuz örnek, ceza yargılamasında eski karar düzeltme yeni itiraz yoludur. Bu hukuk yolu kişiler bakımından erişilebilir değildir; çünkü bu yolun kullanılabilmesi, Cumhuriyet Savcısının bu yöndeki talebi kabul etmesine bağlıdır.¹⁸¹

Türkiye aleyhine memurlar hakkında soruşturma izni verilmemesi nedeniyle ve sorumlular hakkında etkili bir soruşturma yürütülememesi nedeniyle de ihlal kararları çıkmıştır.¹⁸² Örneğin, Saya ve Diğerleri/Türkiye davasında Mahkeme, soruşturma açılması için bir idari makamdan izin alınmasının doğurduğu sıkıntıların yanı sıra, emri altındakiler için vali veya il idare kurulundan izin istenmesinin ve bu makamların yapacağı araştırmaların bağımsızlık ve tarafsızlık yönünden etkili başvuruyu engelleyeceği kanaatine varmıştır.¹⁸³

Mahkeme tarafından, Slovakya, Hırvatistan ve Azerbaycan hukuk sistemlerinde anayasa şikâyeti yolu, etkili bir iç hukuk yolu olarak kabul edilmemiştir; çünkü kişiler bu yola doğrudan erişememektedir. Bu yolun kullanılıp kullanılamayacağına ilişkin bir ön incelemenin ardından, Anayasa Mahkemesi/Yüksek mahkeme bu konuda karar vermektedir.

¹⁷⁹ Kujik/Yunanistan, AİHM, 14986/89, 03.07.1991 (Aktaran ŞİRİN, s.147)

¹⁸⁰ Depauw/Belçika, AİHM 2115/04, 15.05.2007 (Aktaran ŞİRİN)

¹⁸¹ DOĞAN, NALBANT, a.g.e, sy.562

¹⁸² İNCEOĞLU; age, s. 445

¹⁸³ DEMİR Rıdvan, a.g.m. s.138 (Saya ve Diğerleri/Türkiye, AİHM, Başvuru No:4327/02, 07.10.2008)

Azerbaycan’da anayasa şikayeti yolu olağanüstü bir yol olarak nitelendirilerek tüketilmesi gerekli bir yol olarak görülmemiştir. Ayrıca Slovakya ve Hırvatistan’da Anayasa Mahkemesi’nin ihlal kararının doğrudan bir sonucu yoktur. Tazminat verilmemekte ve doğrudan yeniden yargılama imkanı sağlamamaktadır.¹⁸⁴

Erişilebilirliğin bir başka görünümü de, öngörülen yolların basit ve kolay kullanılabilir olmasıdır. V.M. ve Diğerleri/Belçika kararında bu durum şu şekilde belirtilmiştir;

“...Belçika kanunları kapsamındaki düzenlemelerin teoride pratik görünmesine rağmen, pratikte çok karmaşık ve uygulanması zor olduğunun ortaya konması gerekti. Mevcut davada, olağan usul kapsamında yürütmeyi durdurma talebinin askıya alma etkisinin olmamasının, başvuranlara sağlanan maddi yardımın kesilmesine ve Belçikalı veya Fransız yetkililerin başvuranların korkularının dayanağı olup olmadığını araştırmaksızın, başvuranları kaçtıkları ülkeye geri dönmeye “zorlamalarına” yol açmıştır... Bu doğrultuda, Belçika sistemi, hem kanun hem de uygulamadaki hukuk yollarının bulunabilirliği ve erişilebilirliği açısından Sözleşmenin 3. Maddesiyle birlikte ele alındığında 13. Maddedeki zorunlu güvenceleri sağlamamıştır.”¹⁸⁵

Öngörülen başvuru yolları, ister yargısal ister idari nitelikte yollar olsun, sözleşmecî devlet tarafından kullanımlarının kolaylaştırılması gerekmektedir. Var olan yolların, başvurmak isteyen vatandaşa çok ağır yükümlülükler getirmesi veya fiilen kullanımının imkansızlığı, öngörülen yolun etkili olmadığı anlamına gelmektedir.¹⁸⁶

Ayrıca başvuru aşamalarının çok ve çeşitli olmasının da (hem yargıda hem de idare içinde) idari uyuşmazlıkların çözümünde etkinliği olumsuz yönde etkilediği belirtilmektedir. Örneğin Kosova’da bir idari uyuşmazlıkla ilgili idari yargı mercilerinden nihai kararın verilmesinden önce 6 aşama olması, çözüme ulaşma açısından olumsuz bulunmuştur.¹⁸⁷

2.2.2.2.2. Yeterlilik /elverişlilik/yeterli giderim sağlama

Bir yolun belirli bir şikâyetin çözümü konusunda yeterli olup olmadığını belirleyen iki temel ölçüt bulunmaktadır. İlk olarak o çözüm yolunu inceleyen makamın ihtilafın her alanını çözebilme yetkisinin olması gerekir. İkinci olarak giderim sisteminin yeterli ölçüde

¹⁸⁴ DOĞRU, NALBANT, age, s.563

¹⁸⁵ V.M. ve Diğerleri/Belçika, AİHM, Başvuru No: 60125/11, 07.07.2015

¹⁸⁶ DEMİR Rıdvan, a.g.m, s. 136

¹⁸⁷ MIFTARAJ Ehat and MUSLIU Betim, Effective Legal Remedies In Administrative Justice, National Center for State Courts, Prishtina, 2017, p.6

tatmin edici olması gerekir.¹⁸⁸ İhtilafın her alanını çözme yetkisi, ilgili ulusal makamın mevzuatta kendisine tanınan görev ve yetki alanıyla ilgilidir. Giderim sisteminin tatmin ediciliği ise pratikteki etkililiğin bir unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır ve yalnızca tazminat hakkı ile sınırlı olduğu düşünülmemelidir.

Scordino-İtalya kararında Mahkeme, dava süresinin uzunluğuna ilişkin davalarda ulusal makamların, kendi içtihadında benzer durumlar için verdiği tazminatın sadece yüzde 10'una tekabül eden bir tazminat verebildikleri bir hukuk yolunu yetersiz görmüş ve iç hukuk yolunun etkisiz olduğu sonucuna varmıştır.¹⁸⁹

Yine Kuppinge-Almanya kararında Mahkeme;

“...bir hukuk yolunun normalde, davayı gören mahkemelerin karar verme sürecini hızlandırması veya hali hazırda meydana gelmiş olan gecikmeler için davacıya yeterli tazmin sağlamak için kullanılabilmesi halinde Sözleşmenin 13.maddesi anlamında “etkin” bir hukuk yolu olacağını vurgulamıştır. Ancak, yargılamaların uzunluğunun başvuranın aile hayatında açık bir etkisinin bulunduğu yargılamalarda, Devletleri aynı zamanda önleyici ve tazminat sağlayıcı bir hukuk yolu tesis etme yükümlülüğü altına sokan daha katı bir yaklaşım gerekmektedir. Devletin aile hayatına saygı gösterilmesini sağlamak üzere uygun adımları atma konusundaki pozitif yükümlülüğü, mevcut olan tek hukuk yolunun sadece sonradan (a posteriori) parasal tazminat ödenmesine hükmedilmesiyle sonuçlanan bir hukuk yolu olması halinde, anlamsız olma riski altına girebilecektir.”¹⁹⁰ demektedir.

Elbette maddi ve manevi tazminat, devletin hak ihlali iddiasını dile getiren başvuru için uygun giderim sağlama yükümlülüğünün en önemli unsurlarından birisidir. Tazminatın miktarı konusunda milli makamların takdir yetkisi olmakla birlikte, tazminatın belirleniş tarzı, tazminatın belirlenmesindeki gecikmeler ya da tazminata hükmedildiği halde ödenmemesi 13. Madde bakımından etkili bir başvuru yolu olmadığını göstermektedir. Örneğin; Öneriyıldız-Türkiye davasında İdare Mahkemesince tazminatın karara bağlanmasının beş yıla yakın bir süre alması, üstelik karar kesinleştikten sonra dava AİHM önündeyken dahi ödenmemiş olması ihlale neden olmuştur. Bu davada tazminat talebinin

¹⁸⁸ DOĞRU, NALBANT, age, s.563

¹⁸⁹ Scordino/İtalya Başvurusu, AİHM, Başvuru No:36813/97, 29.03.2006

¹⁹⁰ Kuppinge/Almanya, AİHM, 62198/11,15.01.2015

karara bağlanmasının uzunluğunun yanı sıra manevi tazminat için faiz uygulanmaması, olayın vahametini derinleştirmiştir.¹⁹¹

Tazminat ödenmesini önleyen yasal engeller olması durumunda da 13. Maddenin ihlal edilmiş olacağı açıktır. Yine hükmedilen bir tazminatın zamanında ödenmesi de 13. Maddede öngörülen hukuk yolunun en önemli unsurlarından biridir.¹⁹²

Jabari-Türkiye kararına konu olan olay, İran vatandaşı bir kadının evli bir erkekle cinsel ilişkide bulunduğu için kendi ülkesinde kovuşturulması nedeniyle Türkiye'ye sığınmasına rağmen, Türkiye'nin kendisini geri göndermeye karar vermesiyle ilgilidir. Başvurucu 1997 yılında yasadışı yollardan Türkiye'ye girmiş ve sahte pasaportla yurda girmesi nedeniyle sınırdışı edilmek üzereyken sığınma talebinde bulunmuştur. Sığınma talebi beş günlük yasal süre içinde yapılmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvurucu 26 Mart 1998 tarihine kadar Emniyet Müdürlüğü Yabancılar Şubesinde tutulmuştur. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliğinin (UNHCR) Ankara'daki bürosunun devreye girmesiyle İstanbul'da bir otele yerleştirilmiştir. UNHCR yetkilileri başvurucuya, İran'a geri gönderilmesi halinde taşlanma suretiyle öldürülme veya kırbaçlanma cezası gibi insanlık dışı bir cezayla karşılaşma riski bulunduğu gerekçesiyle 16 Şubat'ta sığınmacı statüsü vermiştir. Ancak başvurucunun sınırdışı edilme tedbirinin yürütülmesinin durdurulması ve iptali talepleri Ankara İdare Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.¹⁹³

Bu olay üzerinden yapılan tartışma uyarınca AİHM'e göre, Sözleşmenin 13. maddesi açısından, Sözleşmenin 3. maddesine aykırı muameleler konusunda gerçek bir risk içeren bir şikayet söz konusu olduğunda, sadece mevcut hukuki işlemin yargı makamınca mevzuata uygunluğunun irdelenmesinin yeterli olmayacağı, verilecek karar sonrasında ilgilinin uğraması muhtemel kötü muamale riskinin de göz önünde bulundurulması, bu şikayetin "bağımsız ve dikkatli" bir biçimde incelenmesi ve gerekiyorsa bu "tedbirin yürütülmesinin durdurulması" gerekmektedir. Ankara İdare Mahkemesi bu güvenceyi sağlayamadığından, Mahkeme etkili hukuk yoluna başvurma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.¹⁹⁴ Bir başka deyişle iç hukuk yolu ihlali gidermede yeterli ve elverişli bulunmamıştır.

¹⁹¹ Öneriyıldız/Türkiye Davası, AİHM, Başvuru No:48939/99, 30.11.2004

¹⁹² HARRIS, BOYLE, age, s. 583

¹⁹³ Jabari-Türkiye, AİHM, 40035/98, 11.07.2000

¹⁹⁴ DOĞAN, NALBANT, a.g.e, sy.562

2.2.2.2.3. Etkililik/makul başarı şansı sunma

Bir iç hukuk yolunun etkili olması, teorik bir sorun olmanın ötesinde uygulama ile ilgili bir sorundur. Teorik olarak var olan bir hukuk yolunun uygulamada etkili işlememesi halinde etkili başvuru hakkı ihlal edilebilir. İncelemenin titiz yapılmaması, uzun süreçler, belli bir zamanda karar verilmesi gerekirken verilmediği haller, askıya alma tedbirinin etkin kullanılmaması, verilen kararın uygulanmaması gibi konular, hukuk yolunun makul başarı şansını azaltarak pratikte ilgili yolun etkisiz olması sonucunu doğurabilmektedir.

Etkili hukuk yolu kavramı, her madde açısından ayrı değerlendirilmesi gereken bir konu olmakla birlikte iç hukukta başvurulacak yolun makul bir başarı şansı sunması gerekmektedir. İlgili hukuk yolunun hem teoride hem de pratikte etkili olması gerekmektedir.¹⁹⁵ Bu anlamda hiçbir sonuç alma kapasitesi olmayan, sadece formaliteden ibaret ve olumlu sonuç almış örneklerin olmadığı yolların etkili olmadığı kabul edilmektedir.

Bu hususa ilişkin olarak Sargsyan/Azerbaycan davasında, Dağlık Karabağ Bölgesindeki Ermeni vatandaşların mülkiyet hakkının ve Sözleşmenin 8. Maddesinin ihlali ile birlikte 13. Maddenin ihlalini ileri sürmüş, Mahkeme ise;

*“...davalı Hükümet, başvurunun Sözleşme’ye dayanan şikayetlerine çözüm getirebilecek ve makul başarı beklentileri sunabilecek bir yolun mevcut olduğunu kanıtlamakta başarısız olmuştur. Ek olarak, Mahkemenin Ek Protokol No:1 madde 1 ve Sözleşme madde 8 uyarınca elde ettiği bulgular, başvurunun mülkiyet ve konut haklarını geri almasını ve kayıplarının telafi edilmesini sağlayacak yöntemler yaratmakta devletin başarısızlığı ile ilgilidir. Bu sebeple de Ek Protokol No1 madde 1 ve Sözleşme madde 8 uyarınca bulunan ihlaller ile madde 13’te talep edilenler arasında yakın bağlantı vardır. Buna bağlı olarak Sözleşme Madde 13’ün ihlali söz konusudur.”*¹⁹⁶ gerekçesiyle 13. Maddenin ihlaline karar vermiştir.

Chagirov ve Diğerleri/Ermenistan davasında da, başvuranlar mülkiyet hakkıyla birlikte işgal altındaki topraklardan sürülen kişilere iç hukukta hiçbir etkili yol öngörülmediğini ileri sürmüşler, Hükümet ise etkili idari ve hukuki yolların olduğunu savunmuştur. Mahkeme, başvuru sahiplerinin Sözleşme altındaki şikayetleri için çare sağlayabilecek bir yolun halihazırda mevcut olduğunu ve bu yolun makul surette başarı olasılığı vadettiğini ispat etme yükünü yerine getirmediğini tekrar etmiş, başvuru sahiplerinin

¹⁹⁵ Guide on Article 13 of European Convention on Human Rights

¹⁹⁶ Sargsyan/Azerbaycan, AİHM, Başvuru No: 40167/06, 16.06.2015

Laçın bölgesindeki mal/mülk ve evlerine erişimlerinin reddi için mevcut etkili bir yolun bulunmadığını tespit etmiştir.¹⁹⁷

Batı ve Diğerleri-Türkiye davasında, başvuru, kendilerine işkence yapmakla suçladıkları sanık polis memurlarının yargılanması henüz sonuçlanmadan Mahkemeye başvurmuşlardır. Mahkeme, söz konusu ceza yargılamasının sekiz yıl gibi uzun bir süre devam etmiş olmasını ve soruşturma ile kovuşturma bakımından bazı önemli adımların atılmasını göz önünde tutarak, makul başarı şansı bulunmadığını değerlendirerek başvurucuların iç hukuk yollarını tüketme koşulunu yerine getirmiş sayılmalarına ve söz konusu ceza yargılamasının sonucunu beklemek zorunda olmadıklarına karar vermiştir.¹⁹⁸

Bazen teorik olarak etkili kabul edilen makamlar da (Ör: yargısal makamlar) pratikte somut olay bakımından etkili olmaktan uzaklaşabilmektedir. Eğer bir mahkeme bir idari işlemi incelerken olayın temeline ilişkin konuları irdelememişse, bu durum yargısal takdir yetkisi içinde görülebilse dahi, etkili başvuru yolu olarak kabul edilemeyecektir.¹⁹⁹

Örneğin Amerkhanov/Türkiye davasında, başvuranın sınır dışı edilmesiyle ilgili talebine ilişkin olarak Ankara İdare Mahkemesince yürütmeyi durdurma istemi reddedilmiştir. Mahkeme, yabancı uyruklu vatandaşların sınır dışı edilmelerinde yalnızca sınır dışı edilmenin engellendiği bir yargı denetiminin etkili bir hukuk yolu olarak görülebileceğini belirtmiş, başvuranın Kazakistan'a sınır dışı edilmesi durumunda karşı karşıya kalabileceği kötü muamele riskine ilişkin iddiaların ciddi bir şekilde gözden geçirilmesi ve titiz bir incelemeye tabi tutulması gerektiğini tespit ederek, bu riske ilişkin iddiaların yeterince incelendiğinin kanıtlanamadığı sonucuna varmıştır.²⁰⁰

Sınır dışı davalarıyla ilgili diğer bir mesele de, Sözleşmenin ihlal edilmesinin geriye çevrilemez sonuçlar doğurabilmesidir. Bu bağlamda başvuruların ulusal makam tarafından sınır dışı kararının infazından önce incelenip karara bağlandığı (sınır dışı kararının pratikte askıya alındığı) açık bir yasal uygulamanın bulunmadığı hallerde ya da yürütmenin

¹⁹⁷ Chagirov ve Diğerleri/Ermenistan, AİHM, Başvuru No: 13216/05, 16.06.2015

¹⁹⁸ Batı ve Diğerleri/Türkiye Davası, AİHM, Başvuru No:33097/96, 57834/00,03.06.2004

¹⁹⁹ MIFTARAJ-MUSLIU, a.g.e, s.10

²⁰⁰ Amerkhanov/Türkiye, AİHM, Başvuru No:16026/12, 05.06.2018

durdurulması talebinin incelenmesi sırasında sınır dışı kararının otomatik olarak askıya alınmadığı hallerde 13. Maddenin ihlali söz konusu olacaktır.²⁰¹

Mahkemenin 13. Maddede öngörülen hukuk yolunun uygulanabilir ve etkili olması gerektiğine ilişkin vurgusu, gösterilerle ilgili yakın tarihli bir davanın konusu olmuştur. Mahkeme toplanma özgürlüğünden etkili bir biçimde yararlanmanın, gösterinin ilgili olduğu konunun ortaya çıktığı tarihte ya da yakın tarihlerde gösteriye izin verilmesini gerektirdiğini, uzak bir tarihte yapılan gösterinin etkisinin ciddi şekilde azalabileceğini belirtmiştir.²⁰²

Akkoç/Türkiye davasında 13. Maddenin gerektirdiği “etkililik” şöyle açıklanmıştır;

“...13.maddeye göre zorunluluk kapsamı, başvuranın Sözleşme uyarınca şikayetine bağlı olarak değişmektedir. Bununla birlikte, 13. Maddenin gerektirdiği iç hukuk yolu, uygulamada “kanun kadar etkili” olmalı, özellikle uygulanması, muhatap Devlet yetkililerinin eylemleriyle veya ihmalleriyle haksız bir şekilde engellenmemelidir....”²⁰³

Yine Güneri ve Diğerleri/Türkiye davasında DBP İl Başkanı olan başvuranın çeşitli illerde halkla buluşmak amacıyla planladığı ziyaretin Olağanüstü Hal Bölgesine ilişkin kanun uyarınca Van Valiliği tarafından yasaklanmasının AİHS’nin 11. Maddesini ve buna karşı etkili iç hukuk yolu olmaması nedeniyle de 13. Maddesinin ihlal edildiği ileri sürülmüş, hükümet tarafından ulusal makamlar tarafından alınan tüm tedbirlerin ve yapılan işlemlerin kamu yararına dayandığını ve bunun denetiminin idari yargı mahkemelerinin takdirine sunulduğunu, ancak başvuranlarca idare mahkemelerine başvuru yapılmadığını savunmuşlardır. Mahkeme ise, 285 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Valilere kanun kuvvetinde kararlar alma yetkisini tanıdığını, bu kanunun 7. Maddesine göre söz konusu bölgenin valisi tarafından alınan idari kararlara karşı itiraz yolunun kapalı olduğu, söz konusu başvuru yollarının 13. Maddede öngörülen “etkililik” gereğini yerine getirmediği çünkü maddenin gerektirdiği başvuru yolunun hukuken olduğu kadar pratikte de etkili olması gerektiği belirtilmiştir.²⁰⁴

²⁰¹ HARRIS, BOYLE, age, s. 584

²⁰² HARRIS; BOYLE; age, s.584

²⁰³ Akkoç/Türkiye , AİHM Başvuru No: 22947/93 ve 22948/93, 10.10.2000

²⁰⁴ Güneri ve Diğerleri/Türkiye, AİHM, Başvuru No:42853/98, 43406/98, 44291/98, 12.07.2005

Yargı makamlarından hangisinin şikayeti ele almakta yetkili olacağının belirlenmesinde belirsizlik varsa bunu giderecek hızlı bir mekanizma olmaması da yine iç hukuk yolunu etkisiz hale getirebilmektedir. Örneğin Mosendz/Ukrayna davasında askerlik görevi sırasında oğlunun kötü muameleye maruz kalması nedeniyle başvuran önce adli yargıda tazminat davası açmış, üst mahkeme usulden bozarak idari mahkemelerin görevli olduğunu belirtmiş ve nihayetinde görev konusunun çözümlenmesi için 5 yıl beklenmek zorunda kalınmasının etkili başvuru hakkının ihlaline sebep olduğu sonucuna varılmıştır.²⁰⁵

AİHM, göz önüne alınmayan veya uygulanmayan mahkeme kararlarının varlığı halinde de etkililiğin olmadığı ve başvuru hakkının ihlal edildiği sonucuna varmaktadır. Örneğin Taşkın ve diğerleri/Türkiye kararında, Danıştay'ın iptal veya yürütmeyi durdurma kararlarını uygulamayan idarece, hem 6. hem de 13. Maddenin ihlal edildiğine ve bu durumda etkili bir başvurudan söz edilemeyeceğine hükmetmiştir.²⁰⁶

Öte yandan, 6.maddedeki gerekliliklerin etkili başvuru açısından da ilgili sayılabileceği, yani başvuru yolunun etkili sayılabilmesi için adil olması ve silahların eşitliği prensibine dayanması gerektiği de ileri sürülmektedir.²⁰⁷

2.3. Özel Durumlar

2.3.1. Başvuru Yolu Olmaması

Eğer temel hakkın ihlaline ilişkin iddianın iç hukukta ileri sürülebileceği bir hukuk yolu mevcut değilse, bu durum 13. maddenin ihlaline sebep olabilir. Hiçbir başvuru yolunun bulunmadığı bir durumda etkililik incelemesi de yapılamayacaktır. Bu durumda yalnızca ihlale sebep olan olayın koşulları, başvuru yolu olmasının gerekliliği gibi durumlar incelenebilmektedir.

²⁰⁵ Mosendz/Ukrayna Davası, AİHM, Başvuru No:52013/08, 17.06.2013

²⁰⁶ DEMİR Rıdvan, a.g.m. s. 138, (Taşkın ve Diğerleri/Türkiye, AİHM, Başvuru No. 46)

²⁰⁷ Guide on Article 13 of European Convention on Human Rights, s. 15

Rotaru-Romanya davasında gizli bilgilerin kaydedilmesi ve kullanılmasına karşı herhangi bir itiraz yolu öngörülmemiş olması 13. maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir.²⁰⁸

Şikâyetin özünü karara bağlayacak bir başvuru yolu olup olmadığı geçmişte Türkiye'ye yönelik makul süreyi aşan yargılamalar için gündeme gelmiştir. Türkiye'de yargılamanın uzunluğuna ilişkin şikâyetin dile getirilebileceği bir makamın olmaması diğer bir deyişle yargılama sürecini hızlandırmayı sağlayacak bir başvuru yolunun noksanlığı 13. maddenin ihlaline neden olmuştur.²⁰⁹

Ümmühan Kaplan/Türkiye kararında AİHM, Türkiye'ye karşı yürütülen yargılama süresinin uzunluğuna ve bu hususta şikâyetlerin dile getirilebileceği etkin başvuru yollarının yokluğuna ilişkin 233 dosyanın bulunduğunu tespit etmiştir. Kararda;

“...davalı devlet, Sözleşme'nin 6 § 1 ve 13. maddeleri anlamında, kararın kesinleştiği tarihten başlamak üzere en geç bir yıl içerisinde, söz konusu anayasal başvurunun (yukarıda geçen 74.paragraf) yürürlüğe girmesi tarihinden önce incelenecek olan mahkeme önündeki derdest başvurularla ilgili olarak – özellikle yargılama süresi benzer tekrarlanan davalarda, dava konusunun mahkeme önüne taşınmaması amacıyla iç hukuk düzeninde uygun ve yeterli bir düzeltme sağlamaya imkan verecek etkili bir hukuk yolu düzenlemelidir...” şeklinde bu konuda iç hukuk yolu oluşturma yükümlülüğü belirtilmiştir.²¹⁰

Anayasa Mahkemesi de bir kararında milletvekili olan başvurucuya verilen disiplin cezasına karşı Meclis İçtüzüğünde herhangi bir itiraz mekanizması öngörülmediğini, Anayasa Mahkemesine bu amaçla yapılan başvurunun olağan bir hukuki çare olmadığını, ne Anayasa'nın 85. Maddesindeki kararlardan olduğu ne de davacının İç tüzüğe karşı dava açma hakkının bulunduğunu, ayrıca Anayasa Mahkemesi kararlarının da bireysel başvurunun konusu olamayacağını belirtmiştir. Kararda:

“...Başvurucunun disiplin cezası ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesine yaptığı başvurusunun somut olay şartlarında makul bir başarı şansı sunabilecek ve bir çözüm sağlayabilecek nitelikte, kullanılabilir ve etkili bir yol olduğu söylenemez..” denilmiştir.²¹¹

²⁰⁸ Rotaru/Romanya Davası, AİHM, Başvuru No:28341/95, 04.05.2000

²⁰⁹ İNCEOĞLU; age, s. 445

²¹⁰ Ümmühan Kaplan/Türkiye, AİHM Başvuru No:24240/17, 20.03.2012

²¹¹ Garo Paylan Başvurusu, AYM, 2017/19699, 13.10.2020

Görüldüğü gibi hiçbir başvuru yolu olmaması halinde 13. Maddenin diğer gereklilikleri incelenememektedir. Ancak bazen de yargı yolu olmamakla birlikte, idari bir yol öngörülmüş olabilir.

Türkiye hakkında 13. Maddenin ihlalinden ötürü verilen kararların yargı yolunun kapalı olduğu konularda yoğunlaştığı görülmektedir. Bunun sebeplerinden biri de, yargısal denetimden mahrum kalınan alanlarda idari başvuru yollarının da çoğunlukla etkili olmamasıdır.

Sadrettin Güler/Türkiye davasında AİHM, 1 Mayıs'ta işe gelmemesi nedeniyle verilen uyarma cezasının sendikal faaliyet nedeniyle verildiğini tespit ederek 11. Maddenin ihlaline karar verdikten sonra, uyarma cezasına karşı o tarihte yürürlükte olan mevzuata göre idare mahkemelerine başvuru yolunun kapalı olduğunu belirterek 13. Maddenin de ihlal edildiğine hükmetmiştir.²¹² Bu olayda başvuran verilen disiplin cezasına karşı idari başvuru yoluna gitmiş olmasına rağmen başvurusu Disiplin Kurulunca reddedilmiş ve AİHM Türk hukukunda disiplin cezasına karşı gidilebilecek etkili bir hukuk yolunun bulunmadığına işaret etmiştir.

Örneğin Hâkimler ve Savcılar (Yüksek) Kurulu kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olması 13. Madde bakımından ele alınmıştır. Buna göre, hakkında disiplin cezası verilen savcının başvurabileceği itiraz makamı o tarihteki mevzuata göre İtirazları İnceleme Kuruludur. AİHM İtirazları İnceleme Kurulunun etkililiğini araştırarak, İtirazları İnceleme Kurulunun Adalet Bakanlığı Müsteşarının da katılımı ile asıl ve yedek üyelerin birlikte toplanmasıyla karar aldığını tespit etmiştir. Disiplin yaptırımını uygulanmasına karar veren kurulda yer alan üyelerin itiraz kurulunda da yer alması ve üyelerin tarafsızlığını sağlayacak herhangi bir güvence öngörülmemesini 13. Maddenin ihlali olarak kabul etmiş, bu koşullarda başvuranın itirazını inceleyen HSYK'nın oluşumu itibarıyla tarafsızlığının ciddi şekilde tartışmaya açık olduğunu belirtmiştir.²¹³

Yine benzer şekilde hâkim olan başvuru hakkında Özpınar/Türkiye davasında AİHM, görevden alma kararı verildikten sonra bu kararın HSYK'da 9 kişilik bir heyet tarafından incelendiği ve heyette bulunan 4 üyenin daha önce bu kararı vermiş yargıçlar

²¹² Sadrettin Güler/Türkiye, AİHM, Başvuru No:56237/08, 24.07.2018

²¹³ Kayasu/Türkiye Davası, AİHM, Başvuru No. 64119/00 ve 76292/01, 13.11.2008

olduğu, bu yargıçların da bağımsızlığını garantiye alan hiçbir tedbir öngörülmediğini belirterek AIHS md. 13'ün ihlal edildiğine hükmetmiştir.²¹⁴

İç hukukta başvuru yolu olmamasını genel anlamda giderebilecek potansiyele sahip olan önemli bir değişim bireysel başvuru hakkının tanınmasıdır. Türkiye'de insan hakları ihlallerinin iç hukukta etkili incelenmesi bakımından devrim niteliğindeki Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu, etkili başvuru hakkının sağlanması bakımından şimdiye kadar atılmış en önemli adımdır.

Zira, özellikle spesifik bir başvuru yolunun olmadığı durumlarda genel başvuru yollarından olarak kabul edilen Anayasal şikâyet yolu, Sözleşmenin 13. Maddesi kapsamındaki gerekliliği karşılayacak olarak nitelendirilebilmektedir.²¹⁵

Öte yandan Anayasamızın 125. Maddesinde yer alan idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğuna ilişkin hüküm, istisnalar dışında idari uyuşmazlıklar yönünden yargısal başvuru yolunu zorunlu tuttuğundan etkili başvuru hakkını güçlendiren genel bir koruma sağlamaktadır.

2.3.2. Sonradan Kurulan Başvuru Yolu

AIHM'e göre, etkili bir hukuk yolunun var olup olmadığı konusu, kural olarak söz konusu başvurunun yapıldığı tarihteki hukuk yolları bakımından incelenir. Ancak Mahkeme, ikincil karakterine dayanarak, bir başvuru yapıldıktan sonra kurulan bir yolun da bazı durumlarda dikkate alınabileceğini kabul etmiştir. Özellikle başvurunun Mahkemeye sunulduğu tarihten sonra, fakat başvurunun kabul edilebilir olup olmadığına ilişkin karar verilmeden önce başvurucunun kullanabileceği yeni bir iç hukuk yolunun oluşturulmuş olması durumunda, başvurucunun söz konusu yeni hukuk yolunu tüketmesi gerekebilir. Ancak, bu yol iç hukukta gerçek bir giderim sunmalı ve etkililik ölçütünü de karşılamalıdır. Bu çerçevede, bu yolun etkili olduğunu kanıtlamak ilgili devlete düşmektedir.²¹⁶

²¹⁴ Özpınar/Türkiye, AIHM, Başvuru No: 20999/04, 19.10.2010

²¹⁵ Guide to Good Practice In Respect Of Domestic Remedies, Council of Europe, 2013, s.46

²¹⁶ DOĞRU, NALBANT, age, s.568

Mahkeme bir başvuruyu iç hukuka geri gönderme uygulamasını genellikle yerleşik bir içtihadına dayanan ve çok sayıda sunulan başvuru tiplerinde yapmaktadır. Türkiye'ye karşı bu uygulamanın birçok örneği vardır. İçyer-Türkiye davasında Mahkeme, terörle mücadele alanında kurulan tazminat komisyonlarını, başvurular yapıldıktan sonra kurulmuş olmalarına karşın, etkili ve tüketilmesi gereken bir hukuk yolu olarak nitelendirmiş ve önündeki 1500'e yakın davayı tazminat komisyonlarına göndermiştir. Aynı şekilde Aydemir ve Diğerleri-Türkiye kararında Mahkeme, cezaevi disiplin uygulamalarında duruşma imkanı veren ve bu imkanı 6 ay süreyle daha önce kabul edilmiş disiplin cezalarına da tanıyan yasanın çıkmasının ardından, önünde görülmekte olan davaları iç hukuka geri göndermiştir. Buna karşılık Samatya Sırp Kevork Ermeni Kilisesi, Mektebi ve Mezarlığı Vakfı Yönetim Kurulu-Türkiye davasında Mahkeme aynı yolu izlememiş ve iç hukuk yolunun etkinliğinin henüz kanıtlanmadığını saptamıştır.²¹⁷

Mahkeme, Müdür Turgut ve Diğerleri-Türkiye kabul edilebilirlik kararında, 6384 sayılı Kanun ile davanın uzun sürmesi ve mahkeme kararlarının geç icrası ya da icra edilmemesi hakkındaki şikayetleri belirli koşullarda incelemekle yetkilendirilen yeni yolu “erişilebilir” ve eldeki bilgilere göre “yeterli” ve “elverişli” bir yol olarak değerlendirmiştir.²¹⁸

20 Mart 2012 tarihli Ümmühan Kaplan-Türkiye pilot kararından sonra, yargılama süreleriyle ilgili olarak 23 Eylül 2012 öncesinde Mahkemeye yapılmış başvuruların tazminat ödenmesi suretiyle çözülmesine dair 6384 sayılı Kanun'un Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edildiğini tespit etmiştir. Mahkeme başvurunun, bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce, başvuruçuların Türk hukukunda yargılama süresinden şikâyet edebilecekleri etkili bir hukuk yolu bulunmadığı bir dönemde kendi önüne getirildiğini kaydetmiştir. Bununla birlikte Mahkemeye göre, 6384 sayılı Kanunla kurulan yol, Türkiye'ye karşı açılan yargılama süresiyle ilgili tekrar eden davalara çözüm bulma amacı taşıyan pilot karar usulünün doğrudan ve somut bir sonucudur. Mahkeme, ulusal makamların bir iç hukuk yolu kurarak, davalı devletin, Bakanlar Komitesi tavsiye kararlarına ve Interlaken, İzmir ve Brighton konferanslarının sonuç bildirgelerine uygun olarak, iç hukuktaki yapısal bir sorunu çözerek üzerine düşen sorumluluğu yerine getirdiği

²¹⁷ İçyer/Türkiye Davası, AİHM, Başvuru No:18888/02, 12.01.2006

²¹⁸ DOĞRU, NALBANT, age, s 569 (Müdür Turgut ve Diğerleri/Türkiye, AİHM Başvuru No:1411/03, 08.07.2008)

değerlendirmesinde bulunmuştur. Mahkemeye göre 6384 sayılı Kanun, temel olarak, Türkiye'nin makul sürede yargılama yükümlülüğüne aykırılıkları telafi etmesine ve Mahkeme önündeki başvuruları azaltmasına ve hatta tamamen sonuçlandırmasına imkan tanıma amacı taşımaktadır. Mahkeme 6384 sayılı Kanunun niteliğini ve kabul edilişi sırasında içinde bulunan bağlamı dikkate alarak, iç hukuk yollarının tüketilmesi şartının başvurunun yapıldığı anda değerlendirilmesi genel kuralına bir istisna yapılmasının haklı görülebileceğini belirtmiştir. Mahkeme, bu kararında henüz bu yolu “etkili” olarak nitelendirmemiştir; çünkü bu yol çok yenidir ve uygulamada etkili olduğunu ortaya koyacak veriler mevcut değildir. Bu yolun çok yeni olmasına karşın, Mahkeme önündeki bu şikâyeti içeren başvuruları yeni yola başvurulmasını sağlamak amacıyla kabul edilemez bulmuştur.

219

Yine Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun tanınması da yeni kurulan hukuk yolu niteliğindedir. Anayasa Mahkemesi bireysel başvurunun esastan incelenmesi, insan hakları ve temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesi ve eğer ihlal söz konusu ise, ihlale son verecek nitelikte bir telafi doğrultusunda hüküm verilmesi imkanına sahiptir. İhlal bir yargı kararından kaynaklanmakta ise, dava dosyası, ihlale son verilmesi ve ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması amacıyla yargılamanın yenilenmesi için yetkili mahkemeye iade edilebilmektedir. Yargılamanın yenilenmesi konusunda ilgilinin menfaati olmadığı takdirde, başvuru sahibine uygun bir tazminat ödenmesine karar verilebilir veya kendisine yetkili mahkemelere başvurarak yeni bir dava açması yolunda çağrı yapılabilir. Mahkeme, Hasan Uzun'un başvurusuna ilişkin iç hukuk yolunun 25 Eylül 2012 tarihinde tüketilmiş olduğu ve Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun 23 Eylül 2012 tarihinden sonra kesinleşen kararlar için açık olduğu hususlarını dikkate alarak, başvuru Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunması gerektiğine karar vermiştir. Bu nedenle, iç hukuk yolları tüketilmediği gerekçesiyle bu başvuru hakkında kabul edilmezlik kararı verilmiştir.²²⁰

Mahkeme Hasan Uzun-Türkiye kararında, Müdür Turgut ve Diğerleri-Türkiye kabul edilebilirlik hakkında kararında olduğu gibi, henüz bireysel başvuru yolunu “etkili” bir yol olarak nitelendirmemiştir; çünkü bu yolun uygulamada etkili olduğunu ortaya koyacak

²¹⁹ DOĞRU, NALBANT, age, s 569

²²⁰ DOĞRU, NALBANT, age, s. 569 (Hasan Uzun/Türkiye, AİHM Başvuru No:10755/13, 30.04.2013)

veriler mevcut değildir. Mahkeme bu yolun teoride olduğu kadar uygulamada da etkin olduğunu ispat yükümlülüğünün Taraf Devlete ait olduğunun altını çizmektedir.²²¹

Belirli bir hukuk yolunun 13. Maddedeki koşulları yerine getirdiğini iddia eden bir devletin, hukuk yolunun etkili olduğunu ispat edebilmesi için, o yolun kullanılmasının örneklerini sunması gerekli olabilir. Mahkeme bu anlamda yeni yürürlüğe giren bir yasayla ilgili yargısal uygulamaya sonuç bağlamayacak, o hukuk yolunun yeterli derecede kesinlik kazandığını görmek isteyecektir.²²²

Valada Matos das Neves/Portekiz davasında, başvuranın idare mahkemesi nezdindeki hukuk yargılamalarının uzunluğuna ilişkin şikayeti, yargılamaların 9 yıldan fazla sürdüğü göz önünde bulundurulduğunda Sözleşmenin 6/1. Maddesinin ihlal edilmesi sonucuna yol açmıştır. Burada AİHM, 13. Madde yönünden konuyu incelemiş, Yüksek İdare Mahkemesinin 27.11.2013 tarihli içtihadından sonra iç hukukta etkili başvuru yolu oluştuğunu kabul ederek, kararın verildiği tarihten 6 ay sonra iç hukukta yasal kesinliğin oluşacağını belirtmiş ve görülen davada iç hukuk yollarının tüketilmesinin zorunlu olmadığına karar vermiştir.²²³

Bu kararda üç husus göze çarpmaktadır. Birincisi yargı kararlarındaki değişim (içtihat değişikliği), bir iç hukuk yolunu etkili hale getirebilmektedir. İkincisi, yargı kararlarındaki değişimin iç hukukta aleniyet kazanmasının 6 aylık bir süre sonunda olacağını kabul edilmesidir. Üçüncü husus ise, etkili başvuru hakkının incelendiği bu davada AİHM, 13. Maddenin ihlal edildiğine veya edilmediğine karar vermeyip, konuyu iç hukuk yollarının tüketilmesi konusyla ilgili olarak incelemesi ve sadece 6. Maddenin ihlal edildiğine karar vermesidir.

Bazen de sonradan oluşturulan hukuk yolu etkisiz hale gelebilmektedir. Rutkowski ve Diğerleri/Polonya davasında²²⁴, uzun yargılamalar için oluşturulan hukuk yolunun etkisiz olduğu tespit edilmiştir. Kararda;

²²¹ DOĞRU, NALBANT, age, s. 570

²²² HARRIS, BOYLE, age, s. 584

²²³ Valada Matos Davası, AİHM, Başvuru No:73798/13, 29.10.2015

²²⁴ Rutkowski ve Diğerleri/Polonya, AİHM Başvuru No:72287/10, 07.07.2015

“....Polonya yargılamaların uzunluğuna ilişkin davalarla ilgili olarak iç hukuk kapsamında bir yol sunmak amacıyla 17.06.2004 tarihli kanunu yürürlüğe koymuştur. Mahkeme sonrasında 2005 yılında karara bağlanan davalarda bu hukuk yollarının Sözleşmenin 35/1 ve 13. Maddeleri anlamında etkin olduklarını tespit etmiştir. Ancak bazı başvuruların iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle 2005 yılında reddedilmesine rağmen, zamanla uygulamada söz konusu hukuk yollarının yetersiz olduğu ve 2004 Kanunu kapsamındaki hukuk yollarını tüketmiş olan kişiler tarafından Mahkeme önünde yargılamaların uzunluğuna ilişkin olarak sağlam temelli çok sayıda başvuru yapılmış olduğu görülmüştür.... Başvurucuların 11 ve 13 yıl süren hukuk yargılamalarına ilişkin şikayetleri reddedilmiştir...başvurana verilen tazminat miktarı, herhangi bir hukuk yolu bulunmaması durumunda Mahkemenin hükmedeceği miktarın yalnızca %5.5'ine eşdeğerdir. Bu nedenle bu miktarın, Mahkeme tarafından belirlenen standartlar ışığında açıkça makul olmadığı değerlendirilmelidir.” gerekçesiyle 6/1 madde ile birlikte 13. Maddenin ihlaline karar vermiştir.

Amerkhanov/Türkiye davasında başvuranın Kazakistan'a sınır dışı edilmesi olayına ilişkin olarak Hükümet, Anayasa değişikliği uyarınca yeni hukuk yolunun yürürlüğe girdiği ve bu sebeple Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılmadan iç hukuk yollarının tüketilmiş sayılmayacağı itirazında bulunmuştur. Ancak Mahkeme, başvurunun sınır dışı edildiği tarihte (19.03.2012) bireysel başvuru yolunun henüz getirilmemiş olduğunu, bu nedenle de sınır dışı edilmeden önce bu yola başvurulmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. Ayrıca, yabancı uyruklu vatandaşların sınır dışı edilmesi bağlamında yalnızca sınır dışı edilmenin engellendiği bir yargı denetiminin etkili bir hukuk yolu olarak görülebileceği, hükümetin iddia ettiği gibi 23.09.2012 tarihinde bu hukuk yolunun yürürlüğe girmesinin ardından başvuranın bu hukuk yolunu kullanma mecburiyetinin de bulunmadığı sonucuna varmıştır.²²⁵

2.3.3. Birden Fazla Başvuru Yolunun Birleşmesi

İç hukuktaki yollar tek tek değerlendirildiğinde tek bir yolun kendi başına 13. maddede aranan koşulları taşımadığı durumlar olabilmektedir. Ancak 13. Madde bakımından o hukuk sistemindeki yolların bütünü dikkate alınarak bir inceleme yapmak gereklidir.²²⁶

13. Madde Sözleşmesel hak ve özgürlükleri güvence altına almak için Sözleşmeye aykırılığın iddia edilebileceği tek bir başvuru yolunun oluşturulmasını zorunlu

²²⁵ Amerkhanov/Türkiye, AİHM, Başvuru No: 16026/12, 05.06.2017

²²⁶ Kudla/Polonya, AİHM Başvuru No: 30210/96, 26.10.2000

kılmamaktadır. Burada önemli olan somut davada ortaya çıkan ihlal iddialarını karşılayacak başvuru yollarının toplamının tatmin ediciliğidir.²²⁷

Leander kararında Mahkeme, tek bir hukuk yolunun 13. Maddenin gerekliliklerini karşılayamadığı, ama birden fazla yolun bir arada bunu başardığı durumlarda 13. Maddeye uygunluğun sağlanmasının mümkün olduğunu belirtmiştir. İsveç hükümeti İsveç'teki dört hukuk yolundan söz etmiştir: atama yapmama kararına karşı hükümete itiraz, Ulusal Polis Kurulu'na bu kurulun gizli kayıtlarına erişim için yapılan başvuru, bu başvurunun reddedilmesi halinde mahkemeye başvuru, adalet müsteşarına şikâyet ve ombudsmana şikâyet. Ne müsteşar ne de ombudsman hukuken bağlayıcı kararlar alamamasına rağmen, çoğunluk, bu sayılanlardan son iki hukuk yolunun etkili yollar olabileceğini; hükümete itiraz yolunun ise her koşulda etkili olduğunu düşünmüştür. Mahkeme şöyle demiştir:

“...hükümete yapılacak itiraz başvurusunun tek başına 13. Madde kriterlerini yerine getirmede düşünülse bile, Mahkeme bu hukuk yollarının birleşiminin (...) olayın özel koşullarında 13. Maddeye uygunluk sağladığını düşünür (...).”²²⁸

Bu hukuk yollarından her birinin diğerini nasıl güçlendirdiği kararda açık bir biçimde belirtilmemiştir. Eğer bu yollardan her biri tek başına 13. Maddeye uygunluk sağlıyorsa, diğerlerine atıf yapılması gerekmezdi. Diğer yandan, eğer her biri tek tek yeterli değilse –ki muhalif kalan yargıçlar bu görüştedirler-ve hiç biri diğerinin itiraz usulünü oluşturmuyorsa, yetersiz bir dizi işlem bir araya geldiğinde tatmin edici bir sonuç veremeyecektir. Üstelik Mahkeme, her bir hukuk yolundaki eksikliklerin diğerlerince nasıl giderildiğini açıklamamıştır. Mahkemenin bu birden fazla hukuk yolunun birleşerek etkili biçimde işlediğini kabul ettiği yaklaşımını başka bir davada açıklayana kadar, hükümetlerin bu konudaki iddialarına tedbirli yaklaşmanın uygun olacağı ileri sürülmektedir.²²⁹

Hukuk yollarının birleşmesine dayanan bu yaklaşımın, tüm taraf devletlerin Sözleşme'yi iç hukuklarının bir parçası haline henüz getirmediikleri eski dönemde, Leander gibi hassas davalarda uygun bir yaklaşım olarak görülebilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir. Ancak bu yaklaşımı meşru görmek bugün daha zor olduğu; bu nedenle

²²⁷ İNCEOĞLU, age, s.441

²²⁸ HARRIS BOYLE, age, s.587 (Leander/İsveç, AİHM Başvuru No:9248/81,26.03.1987)

²²⁹ HARRIS, BOYLE, age, s. 587

Mahkemenin bu yaklaşımı uygularken daha dikkatli davranması gerektiği belirtilmektedir. Edwards (Paul ve Audrey) v Birleşik Krallık davasında Mahkeme, davalı devletin ileri sürdüğü, hukuk yollarının birleşiminin 13. Madde bakımından yeterli olduğu iddiasını kabul etmemiştir. Bu davada başvuruçuların oğlu cezaevinde başka bir mahpus tarafından öldürülmüş ve hükümet ölen kişinin yaşam hakkını korumadığı için, 2. Maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir.²³⁰

Sürmeli/Almanya davasında, 6(1) maddesine göre, davanın uzun sürdüğü şikâyeti bakımından etkili hukuk yolları meselesi gündeme gelmiş ve Mahkeme davalı devlet tarafından öne sürülen dört ayrı hukuk yolunu tek tek inceleyerek hükümetin savunmasını reddetmiştir. Mahkeme, hukuk yollarının birleşiminin 13. Madde bakımından yeterli bir hukuki yol yaratıp yaratmayacağı hususunu incelemeye değer bulmamıştır çünkü davalı hükümet bu iddiayı ileri sürmemiştir.²³¹

Kanaatimizce özellikle sözleşmenin 2, 3 ve 5. Maddelerinde yer alan ve kritik öneme sahip haklar bakımından başvuru yollarının toplamdaki etkililiği yaklaşımı uygun görülmemektedir. Ayrı ayrı incelendiğinde etkili bulunmayan hukuk yollarının birlikte ele alındığında etkili olma vasfı kazanacağını söylemek gerçekçi olmayacaktır.

2.3.4. Ulusal Güvenlik Bağlamı

13. maddeyle ilgili en ilginç kararlar, ulusal güvenlik nedeniyle yürütmenin eylemlerinin sınırlı denetime tabi tutulduğu durumlarla ilgili olarak verilmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, gizli izleme ve hassas işlere başvuru yapan adayların gizli güvenlik kontrolüne tabi tutulması gibi alanlarda ve 8. Ve 10. Madde ile ilgili şikâyetlere bağlı olarak, 13. Maddedeki hukuk yoluna önemli kısıtlamalar getirilmesine izin vermektedir. Ancak bir devletin yalnızca “ulusal güvenlik” gerekçesine dayanarak, 13. Madde kapsamında ileri sürülen bir şikâyeti çürütemeyeceği de ortaya koyulmuştur.²³²

Klass v Federal Almanya davasında Mahkeme, bireylerin devlet tarafından doğal olarak önceden bildirim yapılmaksızın ve hatta bazen sonra da bildirilmeksizin gizli olarak

²³⁰ Paul and Audrey Edwards/Birleşik Krallık; AİHM, Başvuru No:46477/99, 14.03.2002

²³¹ Sürmeli/Almanya, AİHM, Başvuru No:75529/01, 08.06.2006

²³² HARRIS, BOYLE, age, s. 588

izlenmesinin 8. Maddeye aykırı olmadığına karar vermiştir. Başvurucular kişilerin telefonlarının dinlendiğinden haberdar olmadıkları hallerde, bu dinlemenin Sözleşmeye aykırı olduğu iddiasıyla hukuk yollarına başvuramayacaklarını ve bu nedenle de 13. Maddenin ihlal edileceğini ileri sürmüşlerdir. Başvuruculara göre ortada kullanılabilecek bir hukuk yolu olmayacağı için, etkili bir yoldan bahsetmek de mümkün değildir. Başvurucuların bu savı kabul görmüş olsaydı, Mahkemenin 8. Madde bakımından verdiği kararlar (ihlal olmadığı yönündeki karar) uyumsuzluk baş gösterirdi. Mahkeme bu durumdan şunları söyleyerek kaçınmıştır:

*“13. Madde anlamında etkili bir hukuk yolu, gizli izleme sistemi içinde var olan bir yolun kısıtlı kapsamı göz önüne alındığında etkili olan bir hukuk yoludur.”*²³³

Mahkeme, olayın koşullarında 13. Maddenin gereğinin yerine getirildiğine karar vermiştir. Daha sonra bildirimin yapıldığı hallerde bireyler olağan yollardan mahkemelere başvurabilmektedirler. Bildirimin olmadığı durumlarda ise usul, bağımsız bir komite tarafından gözetime tabidir. Söz konusu komitenin varlığı, olayın özel koşullarında olabilecek en iyi çözümdür. Mahkemenin daha sonra Klass kararına atıfla belirttiği gibi, “gizli izlemenin söz konusu olduğu hallerde, tedbirlerin gizli kalması koşuluyla nesnel bir denetim mekanizması yeterli olacaktır. Eğer ilgili tedbirler ortaya çıkmışsa, bireylerin bu tedbirlere karşı yasal yollara başvurabilmesi sağlanmalıdır.”²³⁴

Mahkeme dört oya karşı üç oyla, Leander v İsveç kararındaki gerekçeyle benzer bir gerekçeyi kullanarak davalı devleti haklı bulmuştur. Leander davasında başvuru güvenlik bakımından hassas olan bir işte çalışmak üzere başvurmuş ve başvurusu reddedilmiştir. (Personel güvenlik kontrolü sonucu askeri yasak bölgeye bitişik bir müzeye yaptığı iş başvurusu reddedilen Leander’in söz konusu güvenlik bilgisine ulaşamaması konu edilmiştir.)²³⁵ Başvurucu, hakkında toplanan gizli bilgilerin kayıtlarına ulaşmak istemiş ancak başarılı olamamıştır. Bu davada da, ulusal güvenliğin korunması söz konusu olduğu için Mahkeme 13. Maddenin, Sözleşmenin başka bir yerinde devletlere tanınmış bir hakkın kullanılmasını engelleyebilecek bir hukuk yolunun varlığını gerektirmediğini söylemiştir. Klass davasındaki kararlar benzer olarak mahkeme, Leander davasının koşullarında, 13.

²³³ Klass/Almanya kararı, AİHM, Başvuru No:5029/71, 06.09.1978

²³⁴ HARRIS, BOYLE, age, s. 588

²³⁵ İNCEOĞLU; age, s. 447 (Leander/İsveç, AİHM Başvuru No:9248(81, 26.03.1987)

Madde anlamında etkili bir hukuk yolunun, ulusal güvenlik bakımından önemli makamlarda istihdam edilecek adaylara ilişkin gizli bilgi toplama sistemi içindeki başvuru imkanının kapsamının kısıtlılığı göz önüne alındığında, mümkün olabildiğince etkili hukuk yolu olarak anlaşılması gerektiğini söylemiştir. Hem Klass hem de Leander kararlarında, sınırlı olsa da usul güvencelerinin ve bağımsız denetim sistemleri bulunmaktadır. Bu iki davada benimsenen yaklaşımın etkisi kısıtlıdır çünkü tamamiyle gizli usullere dayanma ihtiyacı çok dar bir alanda ortaya çıkacaktır.²³⁶

Benzer şekilde İrfan Güzel/Türkiye davasında da, AİHM, 8. Maddeye aykırılığı ulusal güvenlik bağlamında inceleyerek 8. Madde yönünden gizli dinlemenin ihlal oluşturmadığını tespit ettikten sonra, buna karşı başvurulabilecek etkili bir iç hukuk yolu olmaması nedeniyle 8. Maddeyle birlikte bağlantılı olarak 13. Maddenin ihlaline karar vermiştir.²³⁷ Kararda;

“... Mevcut ihtilaf bağlamında, 13. Maddeye göre “etkin bir başvuru” her türlü izleme tedbirine bağlı, sınırlı kapsamı bakımından olabileceği kadar etkin bir başvuru olarak görülmelidir... Mahkemeye göre özel yaşam hakkının kullanılmasına müdahale edilmesine ilişkin sürecin denetlenmesi hakkının başvurana verilmesi için başvuranın itiraz edebileceği karardaki minimum bilgilerin örneğin hangi mahkemeden verildiği ve kabul edildiği tarihin kendisine ilke olarak sağlanması gerekmektedir... Mahkeme ayrıca Hükümetin benzer durumlarda, ilgiliye gerektiğinde uygun telafinin sağlanması için Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan kıstaslarla izleme tedbirlerinin uyumlu olduğunu geriye dönük olarak incelemek üzere bir merciin yetkilendirildiğini gösteren herhangi bir örnek sunmadığını da dikkate almaktadır... Mahkeme, yukarıda ifade edilen uygulamanın, başvuranı, hakkında verilen telefonlarının dinlenmesine yönelik kararların, Sözleşme'nin 8. maddesi açısından denetlenmesi imkanını sağlayan bir iç hukuk başvuru yoluna erişimden yoksun bıraktığı sonucuna varmıştır... ” gerekçelerine yer verilmiştir.

Bununla beraber AİHM'in bu yaklaşımı, devletlerin milli güvenlik söz konusu olduğunda başvuru yolunu güvence altına almaktan kaçınabileceği anlamına gelmemektedir. Milli güvenlik savunması pek çok davada yeterli bir savunma olarak kabul edilmemektedir. Örneğin 6. Madde bakımından da milli güvenlik gerekçesi ile bazı bilgilerin gizli tutulması gündeme gelmiştir. Dava sırasında bazı bilgilerin gizli tutulması nedeniyle etkin bir savunma yapılamaması mahkemeye başvuru hakkının ihlali olarak görülmüştür.²³⁸

²³⁶ HARRIS, BOYLE, age, s. 589

²³⁷ İrfan Güzel/Türkiye, AİHM, Başvuru No:35285/08, 07.02.2017

²³⁸ İNCEOĞLU; age, s. 447

Ayrıca yalnızca davalı devlet ulusal güvenliği öne sürdüğü için, Mahkemenin 13. Maddedeki yükümlülüğü hafiflettiği izlenimi de oluşmamalıdır. Smith ve Grady v Birleşik Krallık davasında davalı devlet, söz konusu davanın koşullarında 8. Maddeyi ihlal ettiğine karar verilen, eşcinsellerin silahlı kuvvetlerde yer almasının yasaklanmasına yönelik mevzuatın ulusal güvenlik gerekçesiyle meşru olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme, ulusal mahkemelerin yaptığı yargısal denetimin standardının düşük olması nedeniyle 13. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bu denetim sırasında kullanılan yöntem nedeniyle ulusal mahkemeler, başvuruçuların 8. madde kapsamındaki şikayetlerinin önemli noktalarını dahi incelemekten “etkili olarak men edilmişlerdir”.²³⁹

Rotaru-Romanya davasında gizli bilgilerin kaydedilmesi ve kullanılmasına karşı herhangi bir itiraz yolu öngörülmemiş olması 13. Maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir.²⁴⁰

2. Madde kapsamındaki sınır dışı davalarında da ulusal güvenlik temelinde ileri sürülen endişeler ortaya çıkmıştır. Ancak bu bağlamda da ulusal güvenlik temelindeki endişelerin bir şey ifade etmeyeceğine karar verilmiştir. Bu nedenle de 2. ve 3. Madde iddialarının inceleneceği hukuk yolunun mümkün olabildiğince “etkili yol” olması gerektiği doktrini bu davalarda uygulanmamaktadır. Chahal v Birleşik Krallık davasında başvuruçunun iddiası, İngiliz hukukundaki yargısal denetimin de başvuruçunun 3. Madde iddialarını incelemek üzere kurulan özel danışma kurulunun da etkili hukuk yolu olmadığı yönündedir. Ulusal güvenlik temelindeki endişeler yüzünden 3. Madde kapsamına giren iddiaya ilişkin yargısal değerlendirmenin kapsamı sınırlıdır ve yukarıda bahsedilen kurul önündeki usulde çok sayıda eksiklik bulunmaktadır. Mahkeme, 3. Maddenin önemini altını çizmiş ve “kötü muamele riskinin gerçeğe dönüşmesi” durumunda ortaya çıkacak zararın geri dönülmez niteliğine atıf yapmıştır. Bu nedenlerle Mahkeme, 13. Maddenin “3. Maddeye aykırı şekilde kötü muameleyle uğrama tehlikesinden korkmak için gerçek nedenler olup olmadığının bağımsız bir incelemeye tabi tutulmasını gerektirdiğine hükmetmiştir. Bu incelemeyi yapacak olan makam da, ulusal güvenliğin korunmasına ilişkin endişelerden etkilenmemeli ve yalnızca tehlikeyle ilgili hususları incelemelidir.”²⁴¹

²³⁹ HARRIS, BOYLE, age, s. 589 (Smith ve Grady/Birleşik Krallık, AİHM Başvuru No:33985/96, 27.09.1999)

²⁴⁰ İNCEOĞLU; age, s. 448 (Rotaru/Romanya, AİHM Başvuru No:28341/95, 04.05.2000)

²⁴¹ HARRIS, BOYLE, age, s. 589 (Chahal/Birleşik Krallık, AİHM Başvuru No:22414/93, 15.11.1996)

Al-Nashif /Bulgaristan davası da ulusal güvenlik nedeniyle başvurunun sınır dışı edilmesini konu almaktadır. Ancak 13. Madde şikâyeti, başvurunun sınır dışı edilmesinin aile hayatına saygı hakkına müdahale ettiği yönündeki şikâyeti ile bağlantılıdır. Bu olayda Filistin kökenli başvurunun Bulgaristan'daki dini faaliyetleri radikal İslamcı bir niteliğe sahip olduğu gerekçesiyle milli güvenliğe tehdit olarak görülmüş ve sınır dışı edilmesine karar verilmiştir.²⁴²Başvurunun hakkında verilen sınır dışı kararına karşı yaptığı tüm itirazlar ulusal güvenlik sebebiyle otomatik olarak reddedilmiştir. Hükümet de bu kişinin sınır dışı edilmesinin nedeninin ulusal güvenlik olduğunu belirtmiştir. Bu durumda söz konusu sınır dışı etme kararına karşı, “olayın esasını yeterli usul güvenceleri çerçevesinde ve detaylı olarak inceleyecek, bağımsız ve tarafsız bir organ önünde” inceleyecek etkili bir iç hukuk yolu olmadığına karar verilmiştir. Mahkeme Klass ve Leander kararlarına kıyasla bu davada, hassas nitelikteki bilgilerin korunmasındaki menfaat ile bireyin etkili bir hukuk yoluna başvuru hakkının uzlaşmasının daha kolay olduğunu belirtmiştir. Mahkeme bu konuda bahsi geçen iki davadaki gizli izleme ve gizli bilgi toplama sistemlerinin, kişi ancak yapılan işlemlerden habersiz ise yerine getirilebileceğinin altını çizmiştir. Sınır dışı/ulusal güvenlik bağlamında ise, konuyla ilgili belgelerin hassas niteliğinin, bu belgelerin 13. Maddeye uygun bir hukuk yolu sağlayan bağımsız makama sunulması ile ilgili usul kısıtlamalarını meşru kılabileceği kabul edilmiştir. Ayrıca bu makamın, yürütmeye ulusal güvenliği ilgilendiren konularda geniş bir takdir alanı tanınmasının da gerekli olabileceği belirtilmiş, fakat hukuk yollarının toptan kapatılmasının hiçbir şekilde meşru gösterilemeyeceği sonucuna varılmıştır. Mahkeme, en azından sınır dışı kararlarının nedenlerini (bu nedenler kamuya açıklanmasa bile) inceleyecek yetkili ve bağımsız bir itiraz makamının bulunması gerektiğini söylemiştir. Mahkemeye göre bu makam, yapacağı incelemenin ardından yürütmenin ulusal güvenlikle ilgili bir mesele olduğu iddiasını reddedebilme yetkisine sahip olmalı ve bu organ önündeki usul bir çeşit çelişmeli usul olmalıdır. Bu usul çerçevesinde gerekirse kişiye, güvenlik kontrolünü geçebilmiş özel bir yasal temsilci atanmalıdır. Bundan başka ilgili makamın, sınır dışı kararının başvurunun 8. Maddede düzenlenen haklarını ihlal edip etmediğini incelemesi gerekmektedir.²⁴³

²⁴² İNCEOĞLU; age, s. 448 (Al-Nasif/Bulgaristan, AİHM Başvuru No:33234/12,08.10.2018)

²⁴³ HARRIS, BOYLE, age, s. 590 (Klass ve Diğerleri/Almanya, AİHM Başvuru No:5029/71, 06.09.1978; Leander/İsveç, AİHM Başvuru No:9248/81, 26.03.1987)

Mahkeme, Al-Nasif v. Bulgaristan kararında;

“Milli güvenlik nedeniyle yabancıların sınır dışı edilmeleri bakımından hassas bilgilerin korunması menfaati ile bireylerin etkili başvuru yolu hakkının dengelenmesinin, yukarıda belirtilen davaların konusu olan ve sadece ilgisinin habersiz olması durumunda işlevsel olabilecek gizli izleme ve gizli kontrol sistemleri bakımından bu dengelemenin yapılmasından daha az zor olduğu açıktır.” gerekçesine yer vermiştir.²⁴⁴

O halde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin her davada milli güvenlik gerekçesi çerçevesinde öne sürülen somut menfaatin korunması için daha az sınırlayıcı yöntemin seçilme olanağı olup olmadığını denetlediğini söylemek mümkündür.²⁴⁵

2.4. Etkili Başvuru Hakkının Diğer Haklarla İlişkisi ve Etkili Soruşturma Yükümlülüğü

Etkili başvuru hakkı, Sözleşmenin neredeyse diğer tüm maddelerinde düzenlenen haklarla ilişki içerisindedir. Bu anlamda ifade özgürlüğünden, mülkiyet hakkına, özel hayatın gizliliğinden, ayrımcılık yasağına kadar pek çok hakla birlikte ileri sürülebilmektedir.

Bununla birlikte 13. maddenin, bazı haklar ile olan ilişkisi daha yoğun şekilde göze çarpmaktadır. Gerçekten gerek AİHM kararlarında gerekse AİHM içtihatlarını büyük oranda takip eden Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruya ilişkin kararlarında belli haklar yönünden 13. Maddenin karakteristik özelliklerinin ön plana çıktığı görülmektedir.

Sözleşmenin 13. maddesinde güvence altına alınan “etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı”nın kimi zaman Sözleşmenin diğer bazı maddelerinde ayrıca düzenlendiği göze çarpmaktadır. Bu düzenlemeye örnek, Sözleşmenin 5. maddesinin 4. fıkrasında güvence altına alınan “mahkemeye başvurma hakkı”dır.

Yine 13. maddenin en yoğun ilişkili olduğu haklardan biri de 6. maddede düzenlenen adil yargılanma hakkıdır. Bu iki maddedeki ilişki çok boyutludur. Bu iki hakkın uygulama

²⁴⁴ İNCEOĞLU, age, s. 448 (Al-Nasif/Bulgaristan, AİHM Başvuru No:33234/12, 08.10.2018)

²⁴⁵ İNCEOĞLU, age, s. 448

alanları, kapsamaları, sağladıkları güvenceler ve kıyasen uygulanabildikleri durumlar açısından ilişkisi özel olarak ele alınmalıdır.

Sözleşmenin 2. Veya 3. Maddelerinin ihlaline ilişkin bir iddia olması halinde devreye giren etkili soruşturma yükümlülüğünün de ana hukuki dayanaklarından birisi de Sözleşmenin 13. Maddesidir. Yaşam hakkı, işkence yasağı, kişi özgürlüğü gibi önemli hakların ihlalinin söz konusu olduğu davalarda AİHM, 13. Madde bakımından “etkili bir soruşturma” yapıp yapılmadığını da incelemektedir.²⁴⁶ Bu nedenle etkili soruşturma yükümlülüğünün incelendiği bu tür durumlarda 13. Maddenin söz konusu haklarla ilişkisinin daha yoğun olduğu söylenebilir. Bu tür durumlarda AİHM’in yaklaşımı bazen ilgili hakkın kapsamında yer alan özel yükümlülüğün incelenmesi ve ayrıca 13. Madde bakımından bir inceleme yoluna gidilmemesi, bazen de ayrıca 13. Maddenin de incelenerek her iki madde bakımından da ihlal bulunmasıdır.

Etkili soruşturma yükümlülüğünün hukuki dayanağını 2.ve 3. Maddeler ile birlikte 1. Maddeden doğmuş olan “pozitif yükümlülükler teorisi”nin oluşturduğu, Sözleşmenin “insan haklarına saygı yükümlülüğü” üst başlığını taşıyan 1. Maddesini AİHM’in bir nevi destek ölçü norm olarak kullandığı belirtilmektedir.²⁴⁷

Soğurma teorisi gereği 2. Ve 3. Maddelerin usul yükümlülüğü kapsamında olması halinde etkili soruşturma yükümlülüğünün 13. Madde altında ayrıca incelenmediği durumlar olsa dahi, Mahkemenin verdiği kimi kararlarda etkin soruşturma yükümlülüğünü hukuken Sözleşmenin 2, 3, ve 13. Maddelerine dayandırmaya devam ettiği, bu nedenle söz konusu maddeler yönünden 13. Maddenin aktüel değerini koruduğu ifade edilmektedir. Ayrıca Mahkemenin örneğin 8. Madde yönünden de etkin soruşturma yükümlülüğünü araması nedeniyle özel bir usul yükümlülüğü öngörülme 8. Maddeyle birlikte 13. Maddenin etkin soruşturma yükümlülüğü açısından hukuki dayanak olma temelini koruduğu söylenebilir.²⁴⁸

AİHM, etkili soruşturma yükümlülüğünün bir tanımını bugüne kadar vermemiş ve buna ilişkin mükellefiyetleri de tahdidi olarak saymamıştır. Yine de yükümlülüğe ilişkin bazı temel ilkelerin istikrarlı şekilde uygulandığı söylenebilir. Buna göre; “Ana ilkeler itibariyle

²⁴⁶ İNCEOĞLU, a.g. e, s.451

²⁴⁷ ŞENOL Cem, a.g.m. s.2

²⁴⁸ ŞENOL Cem, a.g.e. s.116

etkili ve eksiksiz bir soruşturmada söz edilebilmesi için soruşturmanın suça karışanlardan bağımsız bir organ tarafından, başvuranların katılımı sağlanarak yürütülmesi, eksiksiz ve titiz bir şekilde yapılması, kamu denetimine açık olması, ihlalden sorumlu olanların belirlenmesi ve cezalandırılması konularında sonuca götürebilecek nitelikte olması gereklidir. Ayrıca kamuoyunun güvenini koruma ve yasadışı eylemlere göre her türlü hoşgörü ya da suç ortaklığı izleniminden kaçınmak amacıyla soruşturmada gerekli olan ivedilik ve özen gösterilmelidir.²⁴⁹

13. madde kapsamındaki etkili soruşturma yükümlülüğünün idare hukukunu ilgilendiren yanı, memur yargılamasında öngörülen mecburi idari soruşturmanın etkili, sonuç alınabilir, işi uzatma ya da özgürlükler aleyhine kullanma amacı taşımayan bir yol olmasıdır.²⁵⁰

Ayrıca 4483 sayılı Kanun uyarınca soruşturma izni verilmemesi kararlarının da titizlikle değerlendirilmesi gerekmektedir. Aksi durumda 13. Madde kapsamındaki etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlali ihtimali gündeme gelebilir.

2.4.1. Yaşam Hakkı ile İlişkisi (2. Madde)

AİHM, yaşama hakkıyla ilgili ilk kararlarında devletin meydana gelen bir ölüm olayını etkili bir şekilde soruşturmakla yükümlü olduğunu, bunun pozitif nitelikte bir usul yükümlülüğü olduğunu ve hukuki dayanağının, Sözleşmenin 1. Maddesiyle birlikte yorumlanan “herkesin yaşama hakkı hukuk tarafından korunur” kuralını içeren Sözleşmenin 2. Maddesinin (1). Fıkrası olduğunu belirtmiştir.²⁵¹

Mahkemeye göre 2. ve 13. Madde arasındaki bağlantı “ceza soruşturması ile başvurunun hukuk sistemi içinde başvurabileceği yollar arasındaki yakın usuli ve pratik ilişkiden” kaynaklanmaktadır. Bir ölüm ya da kötü muamele vakıası hakkında eksik soruşturma yürütülmesi, kişinin 13. Madde kapsamında tazminat gibi başka hukuk yollarına erişimi üzerinde zincirleme bir etkiye sahiptir. Ölüm nedeniyle sorumluluğun belirlenmesine yönelik bir ceza soruşturması yürütülmeksizin, başvurunun etkili bir yola

²⁴⁹ ŞENOL Cem, a.g.m. s.4

²⁵⁰ ÇOLAK Mehmet, Etkili Bir İç Hukuk Yoluna Başvurma Hakkı, www.turkhukuk sitesi.com/makale_186.Htm, Erişim tarihi:15.08.2019

²⁵¹ DOĞRU, NALBANT, age, s.565

başvuramayacağı belirtilebilir. Ancak her davanın kendi koşulları içinde incelenmesi gerekmektedir.²⁵²

Mahkemeye göre 13. Madde kapsamındaki bir şikayetin kapsamı, 2,3 ve 5. Maddeler bakımından öngörülen soruşturma yapma ödevine nazaran daha “geniş”tir. Mahkeme bu görüşünün temelinde yatan nedeni hiçbir zaman tam olarak açıklamamış ve 13. Madde anlamında hukuk yolunun hangi pratik nedenlerle 2,3 ve 5. maddelerdeki usul yükümlülüklerinden daha geniş olduğunu belirtmemiştir. Bunun tek istisnası, 13. Madde uyarınca tazminat talep edebilme imkanının bulunmasıdır. Mahkemenin genel yaklaşımının, 2 veya 3. Maddedeki usul yükümlülüğü ile ilgili bir değerlendirme yaptıktan sonra, 13. Maddeyi ayrıca incelememek yönünde olduğu görülmektedir. Mahkeme yine de, Rusya’nın Çeçenistan bölgesinde sebep olduğu ağır 2 ve 3. Madde ihlalleri gibi istisnai durumları göz önüne almıştır. Genel politika 13. Maddenin 2. Madde şikayetleri bakımından ölüme ilişkin yapılan soruşturmanın ya da diğer muhtemel hukuk yollarının etkisiz kaldığı durumlarda incelenmesi yönündedir.²⁵³

2. Maddeyle birlikte 13. Maddenin de ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü Aksoy kararında Mahkeme 13. Maddenin de ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme yerel savcının ulusal hukuktaki mecburiyetine rağmen, dikkatine sunulan çok ciddi kötü muamele iddialarını soruşturmaması nedeniyle 13. Maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkemenin ifade ettiği gibi, “suçları soruşturmakla görevli bir devlet memurunun böyle bir tavır takınması, var olması mümkün olan diğer bütün hukuk yollarının etkililiğini ortadan kaldırmakla eşdeğerdir.” Dolayısıyla, 13. Madde anlamında etkili bir hukuk yolu var olsa bile, eğer bu yolun kullanılması davalı devletin işlem veya eylemleri nedeniyle engelleniyorsa ya da soruşturma genel olarak yetersiz ve hatalı ise, 13. Maddenin ihlal edilmesi söz konusu olacaktır.²⁵⁴

Kaya davasında, öldürülen başvuruçunun yakınları olaydaki gerçeği açığa çıkarmak için kendilerine etkili bir hukuk yolunun tanınmadığını ileri sürmüştür. AİHM bu davada 2. Madde bakımından usuli güvencelerin yerine getirilmediğini belirterek 2. Madde

²⁵² HARRIS, BOYLE, age, s. 593

²⁵³ HARRIS, BOYLE, age, s. 593

²⁵⁴ Aksoy/Türkiye, AİHM Başvuru No:21987/93, 18.12.1996

bakımından ihlal bulduktan sonra 13. Madde değerlendirmesini yaparken şunları belirtmiştir:

“sözleşmeye taraf devletlerin etkili bir soruşturma yürütmesi bakımından sözleşmenin 13. Maddesindeki yükümlülükleri 2. Maddeye göre üstlendikleri usul yükümlülüklerinden daha geniştir... Öldürme olayının nasıl meydana geldiği hakkında etkili bir soruşturma yapılmadığı dikkate alındığında Abdülmenaf Kaya'nın öldürülmesi konusunda Sözleşmenin 13. Maddesine aykırı olarak başvuru yollarına ve yakınlarına etkili bir başvuru yolu sağlanmamış olduğu, böylelikle tazminat davası dahil olmak üzere kendileri için mevcut olan diğer herhangi bir hukuk yoluna ulaşma olanaklarının bulunmadığı sonucuna varılmıştır.”²⁵⁵

Guiliani ve Gaggio-İtalya kararında Mahkeme, güvenlik güçleri tarafından öldürülen bir kişi ile ilgili davada 2. Madde yönünden ihlal bulmamıştır. Bu davada başvuru yollarının yetersizliği nedeniyle Sözleşmenin 6. Ve 13. Maddelerinin de ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme bu davada İtalyan hukukuna göre başvuru yollarının mevcut olayda ilgili polis aleyhindeki ceza yargılamasına müdahil olarak katılma imkanlarının bulunmadığını tespit etmiştir. Mahkeme başvuru yollarının şikayetini, Sözleşme ihlalleri konusunda etkili bir hukuk yolu öngören Sözleşmenin 13. Maddesindeki Sözleşmeciler devletlerin daha genel yükümlülüğü açısından incelenmesini gerekli görmüştür. Dava konusu olayda Mahkeme, Carla Giuliani'nin ölümünü çevreleyen koşullarla ilgili yürütülen ulusal düzeydeki soruşturmanın, Sözleşmenin 2. Maddesi bakımından çabukluk ve tarafsızlık gereklerini karşıladığını belirtmiştir. Mahkemeye göre, bu soruşturma, sorumluların belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına yol açabilecek nitelikte bir soruşturmadır. Başvuru yollarının soruşturmaya müdahil olarak katılamadıkları doğrudur. Bununla birlikte başvuru yolları, İtalyan hukukuna göre zarar gören tarafa tanınan yetkileri kullanabilmektedirler. Ayrıca başvuru yolları ceza kovuşturmasına paralel olarak bir tazminat davası açmaktan alıkoyacak herhangi bir engel yoktur. Bu gerekçelerle Mahkeme, başvuru yollarının Sözleşmenin 2. Maddesi bakımından şikayetleri için kullanmalarına elverişli etkili başvuru yollarına sahip olduklarına ve 13. Maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.²⁵⁶

Sözleşmenin 13. Maddesi, sadece devlet görevlilerinin eylemleri sonucu Sözleşmedeki hakları ihlal edilen kişiler bakımından değil, yatay etki söz konusu olduğunda

²⁵⁵ Kaya/Türkiye Başvurusu, AİHM, Başvuru No:158/1996/777/978, 19.02.1998

²⁵⁶ Giuliani ve Gaggio/İtalya Davası, AİHM, Başvuru No:23458/02, 24.03.2011

3. Kişilerin eylemleri bakımından da etkili soruşturma yükümlülüğünü devlete yüklemektedir. Dink kararında AİHM şöyle demektedir:

“Başvuranlar, teoride ve pratikte etkili başvuru imkanından, başka bir deyişle Hrant Dink’in yaşamının korunmasında ihmali ve hatası görülen sorumluların belirlenmesi ve fiillerinin yaptırım altına alınması ile, tazminata hükmedilmesi imkanlarından yararlanabilmeliydiler. Yukarıda anılan olaylar kapsamında etkili bir ceza soruşturmasının yokluğu ve bu surette başvuruların teorik olarak mevcut olan tazminat davası gibi imkanları kullanamamaları karşısında Mahkeme, Sözleşmenin 13. Maddesinin 2. Maddeyle beraber ihlal edildiği sonucuna varmıştır.”²⁵⁷

Öte yandan, devlet görevlilerinin soruşturma sürecindeki keyfi tutumları ya da isteksizliği de 13. Maddenin ihlaline sebep olabilmektedir. Abakarova /Rusya davasında AİHM, Rus ordusunca gerçekleştirilen operasyon sırasında öldürülen yakınına ilişkin olarak başvurunun etkili başvuru hakkının 2. Maddeyle birlikte ihlal edildiğine karar vermiş, soruşturmanın yetersizliğinin sürenin uzunluğuna veya kanıtların kaybolmasına mal edilebilecek nesnel zorluklar nedeniyle değil, soruşturmacı makamların gerçeği tespit etme ve sorumluları cezalandırma isteksizliği nedeniyle ortaya çıktığını belirtmiştir.²⁵⁸

AİHM, bir kimsenin 2 veya 3. Maddedeki şikayetleri konusunda esastan ve usulden ihlal bulmasa dahi, tazminat hakkı bakımından 13. Madde ihlali bulabilmektedir. Bubbins-Birleşik Krallık kararında Mahkeme, başvurunun kardeşinin polis tarafından açılan ateş sonucu öldürülmesiyle ilgili başvuruda Sözleşmenin 2. Maddesi kapsamında ihlal olmadığı sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre, polisin bu eylemi 2. Maddedeki koşullara uygundur ve ayrıca bu ölüm olayı 2. Maddenin usul güvencelerini taşıyan etkili bir soruşturmaya konu olmuştur. Ancak Mahkeme bu davada, 13. Maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Buna neden olan temel unsur ise başvurunun tazminat almamış olması değildir, Birleşik Krallık hukuk sisteminin özellikleri nedeniyle başvurunun böyle bir durumda bir ulusal Mahkemeye başvurup tazminat elde etme imkanının bulunmamasıdır.²⁵⁹

2.4.2. İşkence ve Kötü Muamele Yasağı ile İlişkisi (3. Madde)

AİHM’in işkence ve kötü muamele iddialarına ilişkin uyuşmazlıklarda 13. Maddeyi değerlendirdiği konular arasında ilk olarak; kötü muamele iddialarının etkin soruşturulması

²⁵⁷ Dink/Türkiye Davası, AİHM, Başvuru No:2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09, 14.09.2010

²⁵⁸ Abakarova/Rusya, AİHM, Başvuru No:16664/07, 15.10.2015

²⁵⁹ Bubbins/Birleşik Krallık Davası, AİHM, Başvuru No:50197/99, 17.06.2005

konusu, gözaltında tutma koşullarına ilişkin olarak başvuru yollarına yönelik değerlendirmeler ve sınır dışı işlemlerinde kötü muamele iddiasının yargısal denetiminde uyumsuzluğun detaylı şekilde ele alınıp alınmadığıyla ilgili konular karşımıza çıkmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmenin 3. Maddesi kapsamında taraf devletlerin etkili soruşturma yükümlülüğünün bulunduğu ilk olarak Aksoy/Türkiye ve Assenov/Bulgaristan davalarında karar vermiştir.²⁶⁰ Aksoy/Türkiye davasında etkili soruşturma yükümlülüğünün hukuki dayanağı olarak müstakilen Sözleşmenin 13. Maddesinde yer alan etkili başvuru hakkına dayanmıştır. AİHM, bu kararında, yükümlülüğün maddede düzenlenen hakkın içinde zımnen yer aldığını belirtmiştir.²⁶¹

Aksoy-Türkiye kararında Sözleşmenin 3. Ve 13. Maddeleri arasındaki ilişkiyi Mahkeme şöyle ifade etmiştir:

“...bir kimsenin devlet görevlileri tarafından kendine işkence yapıldığına dair savunulabilir bir iddiası varsa, Sözleşmenin 13. Madde bakımından “etkili hukuk yolu” kavramı, uygun bir tazminatın ödenmesinin yanı sıra, işkenceden sorumlu olanların belirlenmesini ve cezalandırılmalarını sağlayabilen ve şikayetçinin etkili bir biçimde katılmasını içeren bir usulle, tam ve etkili bir soruşturma yapılmasını gerektirir. Bir işkence fiilinin işlendiğine inanmak için makul nedenler bulunduğu takdirde, “derhal ve tarafsız” bir soruşturma yapma yükümlülüğü yükleyen İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı veya Onur Kırıcı Muamele ve Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin 12. Maddesindeki gibi bir hükmün, bu Sözleşmede bulunmadığı açıktır. Ancak Mahkemenin görüşüne göre böyle bir gereklilik, Sözleşmenin 13. Maddesindeki “etkili hukuk yolu” kavramının içinde zımnen yer alır...”²⁶²

Mahkeme Aksoy-Türkiye kararında geliştirdiği devletin etkili soruşturma yükümlülüğünü 13. Madde altında inceleme içtihadını uzun yıllar sürdürmüştür. Ancak belirli bir süre boyunca Mahkeme, etkili soruşturma ihlali şikayetlerini, bazen 2. Maddede olduğu gibi 3. Maddenin usul yükümlülüğü, bazen de Sözleşmenin 13. Maddesi kapsamında incelemiştir. Günümüzde Mahkeme içtihadındaki bu gelgitin sona erdiği ve Mahkeme tarafından 3. Maddeyle bağlantılı etkili soruşturma şikayetlerinin tamamen 3. Maddenin usul yükümlülüğü kapsamında incelenmeye başlandığı belirtilmektedir. Mahkemenin, 13.

²⁶⁰ ŞENOL Cem, a.g.m. s.1

²⁶¹ HARRIS, BOYLE, a.g.e. s. 592

²⁶² Aksoy/Türkiye Başvurusu, AİHM, Başvuru No:21987/93, 18.12.1996

Maddeyi artık ilke olarak sadece “tazminat hakkı” kapsamında incelediği ileri sürülmüştür.²⁶³

Ancak farklı bir görüşe göre ise, AİHM’in, daha sonra verdiği bazı kararlarında (Örneğin Assenov/Bulgaristan ve Kurt/Türkiye davalarında) yükümlülüğün 13. Maddeden değil, 2. Veya 3. Maddeden kaynaklanan pozitif bir yükümlülük olduğu belirtmesi nedeniyle, Mahkemenin etkin soruşturma yükümlülüğünün hukuki dayanağına ilişkin içtihatlarının tam olarak istikrar kazanmadığı ve henüz oluşum aşamasında olduğu, ve dinamik bir yaklaşım sergilendiği de ileri sürülmektedir.²⁶⁴

Kanaatimizce AİHM’in son dönem içtihatlarına bakıldığında etkili soruşturma yükümlülüğünün yalnızca 2. Ve 3. Maddenin usuli gerekliliklerine indirgenecek şekilde sınırlı bir yaklaşımın kabul edilmediği, olayın niteliğine uygun olarak yaklaşımın değişebileceği gözlemlenmektedir. Nitekim 30.04.2021 tarihinde güncellenen 13. Maddenin uygulanma rehberinde de bu konuda içtihadi yönden değişime gidildiğinden bahsedilmeyerek Aksoy kararına yine atıf yapılmakta ve artık etkin soruşturmaya ilişkin 3. Maddenin ihlal edildiği tüm olaylarda 3. Maddenin usuli yükümlülüğü içinde 13. maddenin kaybolduğu gibi bir husus belirtilmemektedir.²⁶⁵

Mahkemenin Akdivar ve Diğerleri-Türkiye kararında açıkça belirttiği üzere, Sözleşmeci devletlerin 3. Maddeye göre mevcut soruşturma yükümlülüğü ile 13. Maddeye göre mevcut etkili hukuk yolu sağlama yükümlülüğü birbirine sıkı sıkıya bağlıdır. Sözleşmenin 2 ve 3. Maddelerinin ihlaline ilişkin şikâyetler konusunda yeterli hukuki giderimden söz edebilmek için, sorumluların tespit edilmelerini ve cezalandırılmalarını sağlayan etkili bir resmi soruşturma gerekmektedir.²⁶⁶

Aydın davasında gözaltında taciz, dövülme ve tecavüz iddialarına ilişkin olarak AİHM 3. Madde bakımından ihlal kararı vermiştir. Fakat bu olaylar karşısında yetkili savcının yeterli soruşturma yapmayarak başvuruçuların tazminat hakları dahil olmak üzere

²⁶³ DOĞRU, NALBANT; age, s. 566 (Aksoy/Türkiye, AİHM Başvuru No:21987/93, 18.12.1996)

²⁶⁴ ŞENOL Cem, a.g.m. s.7

²⁶⁵ Guide on Article 13 of European Convention on Human Rights

²⁶⁶ DOĞRU, NALBANT, age, s.565 Akdivar ve Diğerleri/Türkiye, AİHM Başvuru No:21893/93, 18.09.1996)

diğer giderim imkanlarını zayıflattığı belirlenerek 13. Madde bakımından da ihlal kararı verilmiştir.²⁶⁷

Mahkeme, devletin gözetiminde tutulan kişilerin tutma koşullarının olumsuz şartlarından dolayı kötü muamale yasağına aykırılık iddialarında da, etkili başvuru yolu bulunması konusunu inceleyebilmektedir.

Sergey Antonov/Türkiye davasında, tutuklunun yeterli tıbbi tedavi alamaması ve buna ilişkin şikayetçi olmaması konusunda tehdit edildiğine yönelik olaylar karşısında Mahkeme, cezaevi yetkililerinin başvuranın durumunu ivedilikle tespit etmemeleri, acil ve kapsamlı tıbbi yardım sağlayamamalarının insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele teşkil ettiği gerekçesiyle 3. Maddenin, başvuranın uygun tıbbi yardım alamadığına yönelik şikayetine ilişkin, iç hukukta etkili ve erişilebilir bir başvuru yolunun olmaması nedeniyle 13. Maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁶⁸

Benzer şekilde Ivko/Rusya davasında tutuklu iken tıbbi tedaviden faydalanamayan başvurucu bakımından bu durum insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele teşkil ettiğinden 3. Maddenin ihlaline, ayrıca yetersiz tıbbi bakım sağlandığı yönünden şikayetlerin ele alınması bakımından etkili bir iç hukuk yolu bulunmaması nedeniyle de 13. Maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir.²⁶⁹

HIV virüsü taşıyan başvurucuların cezaevinde tecrit edilmesi ve kötü tutulma şartlarına maruz bırakıldığı iddiasıyla açılan davada AİHM, tutukluluk koşulları ve cezaevi hastanesinde sağlanan tıbbi tedavi bağlamında etkili iç hukuk yolu bulunmaması nedeniyle 3. Madde ile birlikte 13. Maddenin de ihlaline karar vermiştir.²⁷⁰

Olumsuz tutukluluk koşulları bakımından ise önleyici tedbirlerin olup olmaması bakımından 13. Madde kapsamındaki incelemeler dikkat çekicidir.

²⁶⁷ Aydın/Türkiye Davası, AİHM, Başvuru No:57/1996/676/866, 25.09.1997

²⁶⁸ Sergey Antonov/Ukrayna, AİHM, Başvuru No: 40512/13, 22.10.2015; benzer yönde Ivko/Rusya, AİHM, Başvuru No: 30575/08, 15.12.2015

²⁶⁹ Ivko/Rusya Davası, AİHM, Başvuru No:30575/08, 15.12.2015

²⁷⁰ Martzaklis ve Diğerleri/Yunanistan, AİHM, 20378/13, 09.07.2015

Neshkov ve Diğerleri/Bulgaristan kararında AİHM, ıslahevlerindeki tutukluluk koşullarından ötürü 3. Maddenin ihlal edildiği iddiasıyla birlikte 13. Maddenin de ihlal edildiği davalarla ilgili olarak tutukluluğun sona erdiği hallerde tazminat sağlayıcı hukuk yolunun etkili sayılabileceği, ancak tutukluluğun devam ettiği hallerde önleyici bir hukuk yolunun bulunmayışının 13. Maddenin ihlaline yol açtığına karar vermiştir. Kararda teorik olarak Bulgaristan İdari Yargılama Usul Kanunu uyarınca ihtiyati tedbir kararı verilebileceği, ancak söz konusu maddelerin idare mahkemeleri tarafından mahpusların tutukluluk koşullarının genel anlamda iyileştirilmesini sağlayabilecek bir şekilde yorumlanmadığı, tesisi denetlemekle sorumlu savcıya şikayette bulunmak veya kamu denetçisine şikayette bulunmak gibi diğer tedbir biçimlerinin de etkin olmadığı değerlendirilmiştir. Kararda ayrıca kurulacak önleyici hukuk yolu için ıslahevlerini denetleyen özel bir makam kurulması gerektiği, bu makamın mahpusların haklarının ihlallerini gözlemleme yetkisinin bulunması, cezaevi sisteminden sorumlu makamlardan bağımsız olması, şikâyet sahibinin katılımıyla şikâyetleri soruşturma yetki ve görevinin bulunması ve infaz kaabiliyeti bulunan kararlar verebilecek nitelikte olması gerekmektedir.²⁷¹

Olumsuz tutukluluk koşullarıyla ilgili bir başka davada da, AİHM, Macaristan'da başvuru tarafından kişisel hakların ihlaline ilişkin olarak açılan tazminat davası ve cezaevi yöneticisine ve Cumhuriyet Savcısına yapılan şikayetin, etkili iç hukuk yolunun gerekliliklerini karşılamadığını, tazminat davasının erişilebilir olmasına rağmen uygulamada etkili olmadığını, çünkü davacılara kötü tutukluluk koşulları yaşadıkları süre için yeterli tazmini sağlayamadıkları, ikinci hukuk yolunun ise önleyici bir etkiye sahip olduğunun tatmin edici bir şekilde gösterilemediğini belirtmiştir.²⁷²

Stanev-Bulgaristan davasında Mahkeme, Sözleşmenin 3. Maddesinin ihlalini tespit ettiği durumlarda, bu ihlal nedeniyle ortaya çıkan manevi zararın iç hukukta tazmin edilmesinin mümkün olması gerektiğini belirtmiştir. Bu davada Mahkeme, ulusal mahkemeler tarafından tazminatla ilgili yasanın, cezaevinde kötü tutulma koşulları nedeniyle gördükleri zararla sınırlı bir yol olarak yorumlanıp uygulandığını hatırlatmıştır. Oysa mevcut davada 3. Madde ihlali, bir bakımevindeki kötü yaşam koşullarıyla ilgilidir;

²⁷¹ Neshkov ve Diğerleri/Bulgaristan , AİHM, 36925/10, 27.01.2015

²⁷² Varga ve Diğerleri/Macaristan, AİHM, Başvuru No: 14097/12, 10.03.2015

tazminat konusundaki maddenin sosyal bakımevlerindeki kötü yaşam koşullarına ilişkin iddialara uygulanabilir olduğu yönünde bir yargı kararı bulunmamaktadır. Bu durumu dikkate alan Mahkeme, Bulgaristan hukuk sisteminde var olan başvuru yollarının, sosyal bakımevlerindeki kötü yaşam koşulları bakımından ihlal sonucuna vardığı şikayetler bakımından 13. Madde anlamında etkili olmadıkları sonucuna varmıştır.²⁷³

Sınır dışı işlemleri ve geri gönderme merkezlerindeki olumsuz tutma koşullarıyla ilgili olarak verilen kararlarda da 13. Madde yönünden önleyici ve giderici tedbirler incelenmektedir.

Jabari-Türkiye kararında Mahkemece, 3. Maddeye atfedilen önem göz önünde bulundurulduğunda, 13. Madde uyarınca etkili bir iç hukuk yolu kavramının, 3. Maddeye aykırı bir muameleyle karşılaşma korkusuna ilişkin haklı gerekçeler mevcutsa, bağımsız ve kapsamlı bir incelemeyi gerekli kıldığı belirtilmiştir.²⁷⁴

Geri gönderme merkezindeki olumsuz tutulma koşullarının kötü muamele oluşturduğu ve buna karşı etkili iç hukuk yolunun olmadığı iddiasıyla açılan Alimov/Türkiye davasında, sözleşmenin 3. Maddesiyle birlikte 13. Maddesinin ihlali de ileri sürülürken, Mahkeme, Hükümetin idari ya da adli bir makama yapılan başvurunun tutulma koşullarının iyileşmesiyle ve/veya olumsuz maddi koşullar nedeniyle yaşanan ıstırap karşılığında tazminata hükmedilmesiyle sonuçlandığını gösteren herhangi bir adli veya idari karar örneği ibraz etmemiş olması nedeniyle, başvuru yollarının tüketilmediği itirazını reddetmiştir. Ayrıca kararda, başvuranın havalimanı alıkoyma merkezinde tutulduğu süre boyunca avukat yardımına erişiminin bulunmadığını ve bu durumun her halükarda başvuranın mevcut hukuk yollarından yararlanmasına engel teşkil edeceği vurgulanmış, geri gönderme merkezindeki yetersiz tutulma koşulları hakkında şikayette bulunmak için etkili bir hukuk yolunun bulunmayışı nedeniyle, Sözleşmenin 3. Maddesiyle bağlantılı olarak 13. Maddesinin ihlal edildiği belirtilmiştir.²⁷⁵

Amerkhanov/Türkiye davasında Mahkeme, başvurucunun Kazakistan'a sınırdışı edilmesiyle ilgili olarak 3. Madde ile birlikte 13. Maddenin de ihlal edildiğini ileri sürmüştü,

²⁷³ Stanev/Bulgaristan Davası; AİHM, Başvuru No:36760/06, 17.01.2012

²⁷⁴ Jabari-Türkiye, AİHM, 40035/98, 11.07.2000

²⁷⁵ Alimov/Türkiye, AİHM, Başvuru No: 14344/13, 06.09.2016

Mahkeme ise, 3. Maddenin ihlal edildiğine ilişkin gerekçeleri göz önünde bulundurarak, Sözleşmenin 13. Maddesi açısından aynı dava gerekçesinin ayrı ayrı incelenmesini gerektirecek bir şey olmadığını belirterek, başvuranın bu başlık altındaki şikayetlerinin kabul edilebilirliği veya esasları hakkında ayrı ayrı karar vermeyi gerekli görmemiştir. Kumkapı Geri Gönderme Merkezindeki tutulma koşulları nedeniyle iddialarını dile getirebileceği etkili iç hukuk yollarının bulunmayışına ilişkin olarak ise 3.maddenin ve 13. Maddenin ihlaline karar vermiştir.²⁷⁶

Aynı şekilde Batyrkhairov/Türkiye davasında da, Kazakistan vatandaşı olan başvurucunun sınırdışı edilmesi ve kötü koşullarda Geri Gönderme Merkezinde tutulması nedeniyle 3. Maddenin ve 13. Maddenin ihlal edildiği ileri sürülmüş, Mahkeme sınırdışı edilme olayıyla ilgili olarak 3. Maddenin ihlal edildiğine ancak Sözleşmenin 3. Maddesinin mevcut davada ihlal edildiği sonucuna varılmasına yol açan muhakeme göz önüne alındığında, Mahkeme Sözleşmenin 13. Maddesi açısından bakıldığında aynı olguların ayrı bir incelemeye tabi tutulması için hiçbir gerekçe bulunmadığı sonucuna varmıştır. Geri Gönderme Merkezindeki tutulma koşulları nedeniyle ise 3. ve 13. Maddelerin ihlaline karar vermiştir.²⁷⁷

2.4.3. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı ile ilişkisi (5. Madde)

13. maddenin hazırlık çalışmaları sırasında özellikle özgürlükten yoksun kalma durumunun önemi de göz önüne alınarak “mahkemelere başvuru hakkı” şeklinde bir düzenlemenin gerektiği ileri sürülmüşse de, bu güvencenin konuya ilişkin özel hükümlerde (5. maddede olduğu gibi) sağlandığı belirtilerek “ulusal makam” ibaresi tercih edilmiştir. Ancak taraf devletlerin etkili başvuru hakkını mümkün olduğunca yargı denetimi ile gerçekleştirmeleri de teşvik edilmiştir.²⁷⁸

Sözleşmenin 5. Maddesinin 4. Fıkrası, gözaltına alınma veya tutulma nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kimseye, tutulmasının hukukiliği hakkında süratle karar verebilecek ve bu tutma işlemi hukuki değilse salıverilmesine hükmedebilecek bir mahkemeye başvurma hakkı tanımaktadır. Bu fıkra kişinin salıverilmesini sağlayabilecek

²⁷⁶ Amerkhanov/Türkiye, AİHM, Başvuru No:16026/12, 05.06.2018

²⁷⁷ Batyrkhairov/Türkiye, AİHM, Başvuru No: 69929/12, 05.06.2018

²⁷⁸ Preparatory Work on Article 13 of European Convention on Human Rights, European Commission of Human Rights, Strasbourg, 10.05.1957

bir mahkemeye başvurabilmesini öngören bir iç hukuk yolunun varlığını güvence altına almaktadır.

Sözleşmenin 5. Maddesi kapsamında etkili başvuru hakkı, etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkını düzenleyen 13. Maddeye göre özel hükümdür. Başka bir ifadeyle 5(4) hükmü, “lex specialis”tir ve özgürlükten yoksun bırakmaya karşı başvuru hakkına dayanarak başvuru hangi maddeyi ileri sürerse sürsün, Sözleşmenin 5(4) hükmü uygulanır. Bu nedenle Sözleşmenin 5(4). Fıkrasının uygulanabilir olduğu olaylarda 13. Madde çoğunlukla uygulanmamaktadır.

Alimov /Türkiye davasında AİHM, bu durumu kararda şu şekilde belirtmiştir;

“...Mahkeme ilk olarak, Sözleşmenin 13. Maddesi kapsamındaki şikayetin sadece, 13. Maddenin daha genel koşullarıyla ilgili olarak özel hüküm ifade eden (lex specialis) 5/4. Maddesi kapsamında incelenmesi gerektiğini değerlendirmektedir... Mahkeme ilgili zamanda, Türk hukuk sisteminin başvuranın konumundaki kişilere Sözleşmenin 5/4. Maddesi anlamında tutulmalarının hukuka uygunluğunun yargı denetimine tabi tutulmasını sağlayabilecekleri ve Sözleşmenin 5/5. Maddesinin gerektirdiği üzere hukuka aykırı tutulmaları için tazminat elde edebilecekleri bir hukuk yolu sunmadığına hükmettiği geçmiş tarihli birtakım davalarda Sözleşmenin 5. Maddesinin 4. ve 5. Fıkralarının ihlal edildiğini tespit ettiğini belirtmektedir. İdare Mahkemelerinin sığınma talebinde bulunan bir kişinin taleplerini hızlı bir şekilde incelediği ve tutulmasının hukuka uygun olmaması nedeniyle serbest bırakılmasına ve kendisine tazminat ödenmesine hükmettiği dava örnekleri Hükümet tarafından ibraz edilmediğinden, Mahkeme yukarıda belirtilen kararlarda ulaştığı sonuçlardan farklı bir sonuca varmak için herhangi bir neden görmemektedir...”²⁷⁹

Benzer şekilde Amerkhanov/Türkiye davasında, Mahkeme aynı ilkeyi yinelemiştir. Buna göre 13. Maddeye göre yapılan şikayetin Sözleşmenin sadece 5/4. Maddesine göre incelenmesi gerektiğini, bunun da 13. Maddenin daha genel şartlarına göre bir üst kanun oluşturduğunu belirtmektedir.²⁸⁰

Bir kişinin gözaltına alındığına ilişkin Mahkemeyi ikna edici deliller olduğunda, bu kişiden bir daha haber alınamamışsa, yetkili makamın etkili bir soruşturma yapma

²⁷⁹ Alimov/Türkiye, AİHM, Başvuru No: 14344/13, 06.09.2016

²⁸⁰ Amerkhanov/Türkiye, AİHM, 16026/12, 05.06.2018, benzer yönde batyrkhairov/Türkiye, AİHM, Başvuru No: 69929/12, 05.06.2018

yükümlülüğü doğmaktadır. Kurt-Türkiye davasında AİHM, Aksoy, Aydın ve Kaya kararlarına atıfla kararda aşağıdaki gerekçeleri belirtmiştir:

“13. Maddenin gerekleri kendi kontrolleri altında olduğu anlaşılan ve selametinden sorumlu oldukları kişinin kaybolmasına yönelik etkin bir soruşturma yürütmeye yönelik sözleşmecî devletin 5. Madde kapsamındaki yükümlülüğünden daha geniş kapsamlıdır... Cumhuriyet Savcısı Türk hukuku kapsamında yasadışı olarak özgürlükten mahrum edilme iddialarına ilişkin soruşturma yürütme görevine sahiptir. Başvuranın oğlunun gözaltına alınmasından itibaren görülmediğine yönelik ısrarı karşısındaki yüzeysel yaklaşımının bu görev ile bağdaştığı söylenemez ve bu yaklaşım mevcut olabilecek diğer her türlü iç hukuk yollarının etkililiğine zarar vermekle eşdeğerdedir.”²⁸¹

Yine Çatal/Türkiye davasında AİHM, ceza yargılamasının uzunluğu nedeniyle etkili iç hukuk yolunun bulunmamasından ötürü Sözleşmenin 5/3. Maddesiyle birlikte 13. Maddesinin ihlaline karar vermiştir. Bu davada Hükümet idare hukuku çerçevesinde sağlanan iç hukuk yollarından yararlanılabileceğini savunmuşsa da, AİHM, Sözleşmenin 13. Maddesinin amacına uygun olarak bunun etkin bir yol olarak görmemiştir.²⁸²

2.4.4. Adil Yargılanma Hakkı ile İlişkisi (6. Madde)

6. maddenin ve 13. Maddenin uygulama alanları kimi zaman ortak hale gelmekte, kimi zaman ayrılmaktadır. Ancak diğer tüm haklarla olan ilişkisine göre bu hakkın ilişkisi daha detaylı tahlil edilmelidir. Bu ilişkinin değişimi zaman içerisinde hakların kapsamlarının farklı şekillerde yorumlanmasına bağlı olarak da değişmiştir. Bu noktada her iki hakkın uygulama alanını net şekilde tespit etmek zor olmakla birlikte, genel belirlemeler yapmak mümkündür.

Sözleşmenin 6. Maddesi medeni hak ve yükümlülükler ile suç isnadını kapsamaktadır. Bu bağlamda özel hukuk ve ceza hukuku içerisindeki uyumsuzlukları öncelikle konu edildiği söylenebilir. Bu durumda bizim hukukumuzda geniş yer tutan idari uyumsuzlukların ilk etapta 6. Madde kapsamına girmediği anlamı çıkabilecektir. Ancak AİHM’in yorumu çerçevesinde özellikle medeni haklara dahil olan hususlar geniş bir şekilde yorumlanmıştır.

²⁸¹ Kurt/Türkiye Davası, AİHM, Başvuru No: 15/1997/799/1002, 25.05.1998

²⁸² Çatal/Türkiye, AİHM, Başvuru No:26808/08, 17.04.2012

13. Madde, Sözleşmede tanınan tüm haklara ilişkin olarak etkili başvuru hakkını garanti etmektedir. Bu anlamda 6. Maddenin kapsamı daha dar gözüktüğü de, bazı durumlarda, 13. Maddeden farklı olarak medeni hak tanımı sadece sözleşmede tanınan haklarla sınırlı olmadığı için md.6/1'in koruma alanı daha geniş hale gelebilmektedir.²⁸³

AİHM uygulamasında kamusal yönü ağır basarak medeni hak ve yükümlülük kapsamı dışında kalan hakların; siyasi haklar, vergilendirmeden kaynaklı uyuşmazlıklar, kişi özgürlüğünün sınırlandırılması, yabancıların ülkeye kabulü ve sınır dışı edilmeleri ve devlet memurluğu statüsüne ilişkin haklar olduğu belirtilmektedir.²⁸⁴

Ancak 6. Maddeye ilişkin AİHM içtihatlarının hakkın kapsamını genişletme yönünde olması 13. Madde alanının özellikle kamu görevlileri yönüyle daralmasına sebep olmuştur. Örneğin hakimlerin atama işlemlerinden kaynaklı ihlal iddiaları önceleri 6. Madde kapsamında görülmezken, son dönemde 6. Maddenin kapsamı içinde görülmeye başlandığından, burada uygulanan kural da 13. Madde değil 6. Madde olmaya başlamıştır.

6. Maddenin kamu görevlilerine uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin olarak yaşanan tartışmalar sonucu Mahkeme, 6/1. Maddenin kapsamına kamu görevlilerinin de girdiğini belirtmektedir. Oysa geçmişte, sendikal faaliyet nedeniyle olağanüstü hal valiliklerince tesis edilen atama işlemlerinde 6. Maddeye aykırılık iddiasını AİHM, 13. Madde kapsamında incelemiştir.²⁸⁵

AİHM Vilho Eskelinen/Finlandiya davasında, kamu görevlilerinin 6. Madde kapsamına girmediğine ilişkin önceki Pellegrin kararındaki içtihadını değiştirerek, memurun 6. Maddeden yararlanamaması için Hükümetlerin iki konuyu ispatlaması gerektiği, birincisi ilgili devletin sözkonusu görev veya memur kategorisi için mahkemeye başvurulmayacağını açıkça belirtmiş olmasının gerektiği, ikincisi ise, mahkemeye ulaşma hakkına getirilen bu istisnanın devlet çıkarlarıyla ilgili makul nedenlere dayanmasıdır. Buna göre, hükümetlerin devletle memur arasında özel bir güven ve sadakat ilişkisinin varlığını göstermesi yetmemektedir. Devletin aynı zamanda uyuşmazlığın kamu gücünün kullanımıyla ilgili

²⁸³ İNCEOĞLU, a.g.e, s. 449

²⁸⁴ ÇIRAK Ezgi; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.21, Özel S., 2019, s. 997-1028

²⁸⁵ Kızılkaya/Türkiye, AİHM, Başvuru No:50690/99, 20.11.2007; Beyaz/türkiye, AİHM, Başvuru No: 16254/02, 01.07.2008

olduğunu da göstermesi gerekir. Vilho Eskelinen davasında AİHM, bu gerekçelerle 6/1. Maddenin memurlara da uygulanabileceğini kabul ederek, uzun yargılamalar nedeniyle iç hukukta bir başvuru yolunun öngörülmemesinden ötürü 13. Maddenin de ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁸⁶

Öte yandan, 6. madde yargısal makamları ve süreçleri kapsarken 13. Maddede daha geniş şekilde siyasi, idari ve yargısal makamlar kapsam dahilindedir. Dolayısıyla yargı makamları dışındaki başvuru yollarına ilişkin inceleme söz konusu olduğunda olayın özelliğine göre 6. Maddenin değil, 13. Maddenin uygulanabilmesi daha olasıdır.

Sözleşmenin 6. Maddesinin bir yargısal makama başvurma ve sonraki süreci belirlemesi nedeniyle, daha sıkı koşullarının bulunduğu görülmektedir. Örneğin bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesi 6. Maddede 13. Maddeye nazaran daha sıkı koşullara tabidir. Bu nedenle 13. Maddenin daha az güvenceli bir sistem getirdiği açıktır. Bu nedenle Mahkeme 6. Maddenin 1. Fıkrasında öngörülen mahkemeye başvurma hakkını, 13. Maddeye göre daha kapsamlı ve güvenceli *lex specialis* sayarak md.6/1'e aykırılığın saptanması halinde, ilke olarak şikayeti ayrıca 13. Madde açısından incelemeye gerek görmediğini belirtmektedir.²⁸⁷

6. Maddeye göre ön şart ve asgari olarak yargılamanın kanunla kurulan bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde, makul sürede, açık ve aleni bir şekilde ve hakkaniyete uygun olarak yapılması gereklidir. Hakkaniyete uygun yargılama bakımından da silahların eşitliği, çelişmeli yargılama, duruşma, savunma ve gerekçeli karar hakları başlıca ilke ve haklardır.²⁸⁸

Ancak taraflara tanınan bir yargı yerine başvurma hakkının etkili bir başvuru hakkı olmaması halinde de AİHS md. 13'te düzenlenen etkili başvuru hakkı ihlal edilmiş olur. Bu nedenle 6. Madde ile 13. Madde arasında organik bir bağ bulunduğu ileri sürülmektedir.²⁸⁹

Diğer yandan, 13. Maddenin lafzında zikredilmemekle beraber AİHM'in yorum yoluyla zımnî unsurlar olarak kabul ettiği mahkemeye erişim hakkının da 13. Maddenin

²⁸⁶ Vilho Eskelinen ve Diğerleri/Finlandiya, AİHM, Başvuru No: 63235/00, 19.04.2007

²⁸⁷ İNCEOĞLU; a.g.e, s.450

²⁸⁸ BAŞPINAR Ahmet, Adil Yargılanma Hakkı, Danıştay Dergisi, Yıl:40, Sayı:124, 2010

²⁸⁹ TEZCAN Durmuş, Adil Yargılanma Hakkı ve Etkili Başvuru Hakkı Açısından Büyük Dairenin Pellegrin ve Vilho Eskelinen ve Diğerleri Kararları Işığında, 27 Mart 2007 Tarihli Karaçay-Türkiye Kararı ve T.C. Anayasa Mahkemesinin Konuya Yaklaşımı, Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, Aralık 2009, s.93-94

muhtevasında bulunduğu kabul edilmektedir.²⁹⁰ Dolayısıyla özellikle 6. Maddenin uygulama alanına dahil olmayan durumlarda veya 6. Maddenin ihlal edilmediğine karar verilen bazı hallerde de 13. Maddenin ihlaline karar verilebilecektir.²⁹¹

İç hukukta mahkemeye erişim hakkına kısıtlama getiren bazı durumlar bazen adil yargılanma hakkını ihlal etmezken ve meşru kabul edilebilirken, 13. Madde bakımından ihlale yol açabilir. Mahkemeye erişim hakkına ilişkin sınırlamalar; dava açma hakkına veya mahkemenin yargı yetkisine ilişkin olabileceği gibi, kamu makamlarına karşı dava açılmasını önleyen kimi muafiyetler, idarenin bazı eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun kapatılması, küçüklere ve akıl hastalarına yönelik getirilen sınırlamaların 6. Madde bakımından meşru görülebilmesi, aynı durumun 13. Madde yönünden ihlali ile sonuçlanmayacağını garantilemeyecektir.²⁹²

Diğer yandan iç hukukun yorumlanması sonucu başvuru yolunun engellenmesi, mahkemeye başvuru hakkını ihlal etmemesine karşın, 13. Maddeyi ihlal edebilmektedir. Örneğin AİHM Z ve Diğerleri-Birleşik Krallık kararında sorumluluk hukukunun ilkeleri doğrultusunda ihmal nedeniyle ortaya çıkabilecek sorumluluğun belirli koşulların mevcudiyetine bağlanmasını, dokunulmazlık ve muafiyetten ayırmıştır. Olayda, ebeveynleri tarafından gayri insani koşullarda (Mahkeme md.3'e aykırılık bulmuştur) bakılan çocukların aileden alınıp, koruma altına alınmaları konusunda ihmalkar davranan yerel makama karşı iç hukukta açılan davada, davalının ihmalden sorumlu tutulabilmesi için gerekli şartlar olmadığı için dava sebebinin mevcut olmadığı sonucuna varılarak reddedilmiştir. İhmalden dolayı sorumluluğuna gidilebilmesi için davalının davacıya özen gösterme ödevi olmalıdır (duty of care), yerel makamın özen gösterme ödevi olmadığı House of Lords tarafından tespit edilmiştir. Ancak bu durum 13. Maddenin ihlaline sebep olmuştur.²⁹³

Mahkemeye erişim hakkı bağımsız nitelikte kullanılabilen bir hak iken etkili başvuru hakkının kapsamının sözleşmede düzenlenen hakların ihlaline bağlı olarak ileri

²⁹⁰ DEMİRKİRAN Eyüp Kaan, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve 1982 Anayasası bağlamında Etkili Başvuru Hakkı ve Adil Yargılanma Hakkının Kapsam Alanlarının Karşılaştırılması, TAÜHFD, 2020, 2(1), s.67

²⁹¹ Z ve Diğerleri davasında, AİHM, ebeveynleri tarafından kötü muameleye tabi tutulan çocukların ebeveynlerinden alınması konusunda ihmali bulunan devletin sorumluluğuna ilişkin olarak herhangi bir mevzuat hükmü bulunmaması nedeniyle 6. maddedeki mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmediğine, ancak iç hukukta etkili bir başvuru yolu bulunmamasından dolayı 13. Maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

²⁹² DEMİRKİRAN, a.g.m., s. 64

²⁹³ Z ve Diğerleri/Birleşik Krallık Davası, AİHM, Başvuru No:29392/95, 10.05.2001

sürülebilir tek başına bir hak iddiası içermeyen bir yapısı olduğundan bahsedilebilir. Bu yönüyle de mahkemeye erişim hakkı, etkili başvuru hakkından daha kuşatıcı bir görünüm arz etmektedir.²⁹⁴

6. madde bir mahkeme hakkını ve bu mahkemeye erişim hakkını somutlaştırır. Bu şekilde yapılan bir yorum, mahkemeye erişim hakkının etkili başvuru hakkının sağlamayı amaçladığı teminatı bir dizi noktada genişletmektedir. Bu yönüyle meseleyi ele alan AİHM, birçok davada 6. Madde ve 13. Maddeyi birbiriyle harmanlayan bir yorum yapmıştır.

Yine idari aşamalarda da 6. Maddede öngörülen bazı gerekliliklerin 13. Madde açısından uygulanabilmesi gereken durumlar olabilmektedir. Örneğin AİHM, bir disiplin cezası karşısında kısa sürede sonuç alınacak bir hukuk yolunun öngörülmemiş olmasını 6. Madde ile bağlantılı olarak 13. Madde bakımından ihlal olarak değerlendirmiştir.²⁹⁵ Yine, genel bir hüküm olarak ilgili yolun adalete uygun şekilde kurgulanması, silahların eşitliği ilkesini uygulaması etkili başvuru hakkı için önemli unsurlardır. Bu husus Csüllög/Macaristan kararında vurgulanmıştır.²⁹⁶

AİHM önünde, etkili bir ceza soruşturması yapılmadığı için ilgililerden tazminat elde etme şansının ortadan kaldırıldığı böylece 6. madde çerçevesinde mahkemeye başvurma hakkının ihlal edildiği yönünde iddialar da tartışılmıştır. AİHM, bu tür başvuruları md. 6 değil, md. 13 çerçevesinde değerlendirme eğilimindedir.²⁹⁷

AİHM güvenlik güçleri tarafından açılan ateş sonucu eşinin öldüğünü ileri süren bir başvuruçunun açtığı davada, olay hakkında etkili ve yeterli soruşturma yapılmadığına karar verilmiş, ancak başvuruçunun etkili soruşturma yapılmaması nedeniyle hukuk mahkemelerine başvurmak suretiyle tazminat talebinde bulunamadığını belirterek, 6. Ve 13. Maddenin ihlal edildiği iddiası hakkında şu şekilde tespitte bulunmuştur;

“...Mahkeme başvuranın Sözleşmenin 6/1 maddesi bağlamındaki şikayetinin soruşturma makamlarının eşinin ölümü konusundaki tutumları ile yakından ilişkili olduğunu gözlemlemiştir. Başvuranın 6. Madde bağlamındaki şikayetinin Sözleşmeciler devletlere daha

²⁹⁴ EKİNCİ Ahmet, Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVIII, Y.2014 (Alıntı TÜRMEYEN s.41, ayrıca İnceoğlu Adil Yargılanma, s. 109)

²⁹⁵ EKİNCİ Ahmet; a.g.m., s.3-4

²⁹⁶ Csüllög/Macaristan Başvurusu, AİHM, Başvuru No:30042/08, 07.09.2011

²⁹⁷ İNCEOĞLU, a.g.e.s.450

genel bir sorumluluk yükleyen 13. Madde kapsamında değerlendirilmesinin daha doğru olacağını düşünmektedir...”²⁹⁸

Airey-İrlanda davasında başvuru, dava masraflarının dava açmayı engelleyici miktarda olması ve maddi imkansızlık nedeniyle avukat tarafından temsil edilememesi ve adli yardımdan yararlanamaması nedeniyle Yüksek Mahkeme önünde eşinden boşanma davası açmadığını, bu nedenle 6(1). Fıkranın ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme bu davada önce, Sözleşmenin 6(1). Fıkrasının uygulanabilir olduğunu belirtmiş ve şikayet hakkında bu düzenlemenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Mahkeme bu sonuca varırken, İrlanda’da bir yargısal ayrılık kararının sadece Yüksek Mahkemeden alınabileceğini ve bu mahkeme önünde usulün karmaşık olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, Airey’in konumundaki bir davacının davasını etkili bir şekilde ancak bir avukat yardımıyla savunabileceği değerlendirmesini yapmıştır. Bu nedenle Mahkeme, başvuru, yargısal ayrılık kararı almak için Yüksek Mahkemeye dava açmak üzere etkili bir biçimde mahkemeye başvurma hakkını kullanamadığı ve olayda mahkemeye başvurma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Başvuru ayrıca 13. Maddenin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Bu iddia hakkında ise Mahkeme şu hususu belirtmiştir;

“Mahkemeye göre, bu olayda Sözleşmenin 13. Maddesi ile 6(1). Fıkrasındaki haklar örtüşmektedir. Sözleşmenin 13. Maddesinin şartları 6(1). Fıkrasının şartlarına göre daha hafiftir; bu olayda 13. Maddedeki şartların tümü, 6(1). Fıkranın şartları içinde yer almaktadır... Bu nedenle Mahkeme olayda, etkili bir hukuki yola başvurma hakkı bakımından incelemenin gerekli olmadığı sonucuna varmıştır.”²⁹⁹

Bununla birlikte md. 6 bakımından ihlal kararı verilmesi her zaman 13. Md. bakımından inceleme yapılmayacağı anlamına gelmemektedir. Adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. Maddenin bazı yönleri ihlal kararı verilse dahi etkili başvuru yolu bakımından da ayrıca bir inceleme yapılmasını gerektirebilir. Adil yargılanma hakkı makul sürede yargılanma hakkını da içerir. Yargılamanın uzunluğundan dolayı ihlal kararı verilmesi ayrıca 13. Md. bakımından da inceleme yapılmasına engel değildir.³⁰⁰

AİHM Kudla kararı ile içtihat değişikliğine giderek makul süreyi aşan yargılamalarda 6. ve 13. Maddenin birlikte ihlaline karar vermiş, makul sürede yargılanma

²⁹⁸ Mehmet Şirin Yılmaz/Türkiye Kararı, AİHM, 35875/97,29.07,2004-Özet Çeviri

²⁹⁹ Airey/İrlanda, AİHM, Başvuru No:6289/73, 09.10.1979

³⁰⁰ İNCEOĞLU, a.g.e, s.450

hakkına ilişkin ihlallerin hukuk devleti bakımından tehlikeli düzeye varacak ölçüde yoğunlaşmış olduğunu tespit etmiştir.³⁰¹ Kararda:

*“Bir kişinin medeni hak ve yükümlülüklerinin esasının ya da hakkındaki bir suç isnadının karara bağlanması için yapılan bir yargılamanın makul sürede sonlandırılması meselesi ile o kişinin ulusal hukukta bu konuyla ilgili şikayetini dile getirebileceği bir hukuk yolunun bulunup bulunmadığı meselesi birbirinden farklıdır.”*³⁰²

şeklinde gerekçeyle yer verilmiştir.

Kudla davasında başvuru, hakkında yolsuzluk suçlamasıyla açılan davanın on yıldan fazla bir süre boyunca devam etmiş ve davanın aşırı uzun sürmüş olmasıyla ilgili şikayetini yalnızca Mahkemeye iletebilmesinden yakınmaktadır. Mahkeme Kudla kararında, başvuru davasının aşırı derecede uzun sürdüğü şikayetini yalnızca 6(1) maddesi kapsamında değil, 13. Madde kapsamında da incelemiş ve her iki hükmün ihlal edildiğine karar vermiştir. Polonya hükümeti iç hukukta makul sürede yargılanma ile ilgili şikayetlerin iletebileceği bir hukuk yolu öngörülmesi halinde bunun, ulusal usulleri daha da külfetli hale getireceğini ileri sürmüştür. Mahkeme bu iddiayı reddetmiş ve 13. Maddeyle ilişkin yeni yaklaşımın 6(1) maddesinin gerekliliklerini güçlendirdiğini belirtmiştir.

6(1) maddesine aykırı biçimde makul olmayan bir süre boyunca devam eden yargılamaya ilişkin olarak 13. Madde iddia edilen ihlalin gerçekleşmesini ya da sürmesini engelleyen (yani yargılamayı hızlandırabilen) veya hali hazırda gerçekleşmiş bir ihlalin tazmin edilmesini sağlayan bir hukuk yolunun var olmasını gerektirir. Zararların tazmin edildiği bir yol yeterli olacaktır ancak Mahkeme, sınırlayıcı olmaksızın, önleyici bir hukuk yolunu tercih ettiğini, çünkü bu tür bir yolun sorunun kökenini hedefleyerek aynı dava için birbiri ardına ihlal kararları alınmasını engelleyeceğini ve bu nedenle, tazminat yolu gibi yalnızca ihlal olup bittikten sonra ihlali telafi edici türden bir yol olmayacağını belirtmiştir.³⁰³

Kudla kararından sonra, Polonya’da davasının makul sürede görülmediğinden şikayet eden kişilerin başvurup, uğradıkları zararları tazmin ettirebilecekleri yeni bir yasal

³⁰¹ HARRIS, BOYLE, age, s.590

³⁰² Kudla/Polonya, AİHM Başvuru No: 30210/96, 26.10.2000

³⁰³ HARRIS, BOYLE, age, s.591

yol kurulmuştur. Bu yeni yasa daha sonra Krasuski v Polonya davasının konusu olmuştur. Bu kararda Mahkeme, yasanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, Polonya hukukunda 6(1) maddesine aykırı biçimde uzun süren davalar bakımından etkili bir hukuk yolunun var olduğunu belirtmiştir. Ancak, Mahkeme aynı zamanda, bu hukuk yolunun etkili, yeterli ve erişilebilir olmadığına kanıtlanması halinde varlığı bu sonucu değiştirebileceğini de belirtmiştir. Bu noktada Mahkeme, özellikle tazminat miktarının yeterliliğine ve Polonya hukuk mahkemelerinin, bu yeni yasa kapsamındaki davalara “karara kadar geçen süre başta olmak üzere” özel özen ve dikkat gösterip göstermediklerine” atıfta bulunmuştur.³⁰⁴

Sürmeli-Almanya kararında Mahkeme, Alman hukuku bakımından Sözleşme’nin 6. Maddesi anlamında dava süresinin uzunluğu şikayetini ele alabilecek en etkili hukuk yolunun, önleyici yol olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre bir hukuk sistemi dava süresi konusunda sorunlarını çözemiyorsa, en uygun yol davaları hızlandıran yoldur. Böyle bir yol, tazminat veren bir yola göre açıkça daha üstündür. Çünkü bu yol sayesinde, hem aynı dava için birden çok dava süresi sorununun ortaya çıkması engellenir, hem de denetim ihlalden sonraya kalmaz. Alman hukuk sisteminde Anayasa Mahkemesinin anayasa şikayeti yolunda bu tarz önleyici tedbir alma yetkisinin olmadığı ya da çok sınırlı kaldığı gerekçesiyle Mahkeme, bu yolu etkili bir hukuk yolu olarak değerlendirmemiştir.³⁰⁵

Mahkeme Hartman-Çek Cumhuriyeti kararında, Çek Anayasa Mahkemesinin dava süresi uzunluğu şikayetlerinde, ilgili mahkemelere davaları çabuk bitirme talimatı vermesini zayıf da olsa önleyici bir tedbir olarak görmüştür. Buna karşılık, böyle bir gecikme durumunda herhangi bir yaptırımın olmamasını dikkate alarak, bu yolun etkili olmadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre:

“...İsviçre Federal Mahkemesi veya İspanyol Anayasa Mahkemesinin aksine Çek Anayasa Mahkemesi, uyuşmazlık konusu sürecin hızlanması için somut bir tedbir alma yetkisine sahip değildir.”

³⁰⁴ Krasuski/Polonya Davası, AİHM, Başvuru No:61444/00, 14.09.2005

³⁰⁵ Sürmeli/Almanya Davası, AİHM, Başvuru No:75529/01, 08.06.2006

Ayrıca Çek Anayasa Mahkemesi dava süresinden şikayet eden ilgililere tazminat verme yetkisine de sahip değildir. Bu iki nedenle Anayasa şikayeti yolu etkili bir yol olarak nitelendirilmemiştir.³⁰⁶

Mahkeme, Gonzalez Marin-İspanya adlı kabul edilebilirlik kararında, İspanyol Anayasal sisteminde dava süresinin uzun olduğundan şikayet eden bir kimsenin ilgili mahkemeye şikayetini sunmasına karşın sonuç almamış ise, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru (amparo) yapma hakkı olduğunu belirtmiştir. Ayrıca kişilerin Adalet Bakanlığına başvurarak tazminat hakkı olduğu da saptanmıştır.³⁰⁷

Zavodnik-Slovenya davasında da Mahkeme, duruşmaya kusuru olmaksızın katılamayan başvuru yönünden Sözleşmenin 6/1. Maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiş, ayrıca yargılamanın uzunluğu ve bu bakımdan hukuk yolunun etkili olmaması nedeniyle Sözleşmenin 13. Maddesinin de ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁰⁸ Yine Gazso/Macaristan davasında da AİHM, iç hukukta gerçekleşen yargılamaların uzunluğu ve bu hususta etkin bir hukuk yolunun olmaması sebebiyle Sözleşmenin 6/1 ve 13. Maddelerinin ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁰⁹

Kapetanios ve Diğerleri/Yunanistan davasında da, idare mahkemelerinin ceza mahkemelerinde verilen beraat kararını dikkate almaksızın kaçakçılık suçunu işlediklerini belirterek çok yüksek miktarda idari para cezasını uygun bulmuşlar, AİHM ise bu durumda masumiyet karinesinin ihlal edildiğine, ayrıca yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle etkili iç hukuk yolu bulunmayışından ötürü AİHS 13. Maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.³¹⁰

Danespayeh/Türkiye davasında da Mahkeme, yargılama süresinin uzunluğundan dolayı 6/1. Maddenin ihlaline karar verirken ayrıca uzun yargılamalar bakımından iç hukukta etkili bir hukuk yolu olmadığını da belirterek 13. Maddenin de ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bu kararda yer verilen belirlemelere göre, makul süreyi aşan yargılamalar konusundaki bir başvuru yolunun etkili olabilmesi için başvurulacak mahkemelerce daha hızlı

³⁰⁶ Hartman/Çek Cumhuriyeti Davası, AİHM, Başvuru No:53341/99, 03.12.2003

³⁰⁷ DOĞRU, NALBANT; age, s.568 (Gonzales Marin/İspanya, AİHM Başvuru No:39521/98, 05.10.1999)

³⁰⁸ Zavodnik/Slovenya, AİHM Başvuru No: 53723/13, 21.05.2015

³⁰⁹ Gazso/Macaristan, AİHM Başvuru No: 48322/12, 16.07.2015

³¹⁰ Kapetanios ve Diğerleri/Türkiye, AİHM, Başvuru No: 3453/12, 42941/12, 9028/13, 30.04.2015

karar verilebilmesini ve söz konusu gecikmelerden dolayı yargılanabilir kişilere makul bir tazminatın öngörülmesini sağlaması gerekmektedir.³¹¹

Ruşen Bayar/Türkiye davasında da, ceza yargılamasının uzun sürmesine karşı iç hukukta etkili bir başvuru yolu öngörülmediği ileri sürülmüş; Hükümet, Ceza Muhakemesi Kanununun 141. Maddesinin makul bir süre zarfında yasal makamlar karşısına çıkarılmayan ve makul bir süre zarfında yargılanmayan tutukluların olduğu davalarda söz konusu şahıslara maddi ve manevi tazmin alma imkanı sağladığını belirtmiştir. Mahkeme, Ceza Muhakemesi Kanununun 141. Maddesinin başlığının “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat” olduğunu not etmiş, bu bakımdan söz konusu madde tutukluluk ile alakalı olup Sözleşmenin 6/1. Maddesinde belirtilen yargılamaların uzunluğu ile ilgili olmadığını belirterek, 13. Maddenin ihlaline karar vermiştir.³¹²

Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunca Nevriye Kuruç başvurusu³¹³ üzerine verilen pilot kararda; makul süreyle bağlantılı olarak etkili başvuru yolu oluşturma gerekliliğine şu şekilde değinilmiştir:

“...69. Yapısal sorunlar ve organizasyon eksikliklerinin yol açtığı gecikmeler nedeniyle yargılama sisteminde çözüm bekleyen uyuşmazlıkların uzun bir süre içinde artması ve birikmesi sonucu yargılamalarda makul sürenin aşılması Anayasa’nın 36. Maddesinin ihlaline yol açmaktadır. Anayasanın 36. Maddesi gereğince, yargılama sisteminin mahkemelerin davaları makul bir süre içinde karara bağlama yükümlülüğünü yerine getirebilecek biçimde düzenlenmesi zorunludur. Hukuk sisteminde var olan yapısal ve organizasyona ilişkin eksikliklerin yargılama faaliyetinin makul sürede sonuçlandırılmamasını izah edemeyeceği açıktır...

70. Bu kapsamda Anayasa’nın 36. Maddesinde koruma altına alınan makul sürede yargılanma hakkının korunmasının sağlanabilmesi, kamu makamlarının kişilerin bu haklarını ihlal etmelerinin önüne geçilebilmesi için makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddialarına yönelik başvuruda bulunabilecek etkili hukuk yollarının bulunması gerektiği açıktır. Bu yolun şikayet konusu yargılamanın veya davanın uzun sürmesi nedeniyle ortaya çıkacak zararları giderecek çözümler sunabilmesi gerekir...”

Nitekim bu karardan sonra Anayasa Mahkemesi TBMM tarafından yapısal sorunun giderilmesi amacıyla elindeki 55.000 dosya ile ilgili bekletme kararı almış, ancak yapılan yeni düzenlemede bu konuda belli tarihten sonraki uyuşmazlıkların yine Anayasa

³¹¹ Danespayeh/Türkiye Başvurusu, AİHM; 21086/04, 16.07.2009

³¹² Ruşen Bayar/Türkiye, AİHM, Başvuru No: 25253/08, 19.02.2019

³¹³ Nevriye Kuruç Başvurusu, AYM, Başvuru No:2021/58970, 05.07.2022 (Pilot Karar)

Mahkemesince görüşülmesi öngörüldüğünden, bireysel başvuru incelemesinin anlamsız kalacağını vurgulayarak düşme kararı vermiştir.³¹⁴

Bazı durumlarda masumiyet karinesine uyulmaması durumunda da 6/2. Maddeyle birlikte, buna karşı iç hukukta etkili başvuru yolu bulunmaması nedeniyle 13. Maddenin ihlali söz konusu olabilmektedir.³¹⁵

Khan /Birleşik Krallık davasında da, Sözleşmenin 8. Maddesiyle birlikte 13. Maddesinin ve 6. Maddesinin ihlali ileri sürülmüş, özel hayatın gizliliğini ihlal eden şekilde elde edilen bir delilin ceza yargılamasında kullanılmasının her zaman adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna yol açmayacağı vurgulanmıştır.³¹⁶ 13. Maddeye ilişkin olarak ise kararda;

“... Somut olayda, 13. Maddeye aykırılık iddiası başvuranın Sözleşmenin 8. Maddesine dayalı iddialarına ilişkin etkili bir yolu olmadığı iddiası olarak dikkate alınmalıdır. Mahkemenin bunlardan çıkardığı sonuç, ceza yargılaması mahkemelerinin, şikayetle ilgili bir telafi verme ihtimaline açık olmamaları şöyle dursun, başvuranın özel hayatına müdahale edilmesinin “yasada öngörülmüş” olmaması sebebiyle Sözleşmenin esasından kaynaklanan bu konuda bir çözüme gitmeye dahi açık olmadıklarından, delilin ceza yargılamasında kullanılmasının adilliği ile ilgili soruları göz önüne almalarına rağmen etkili bir yol temin etmekten uzak olduklarıdır... Mahkeme şikayet soruşturmaları sisteminin yetkinin kötüye kullanılmasına karşı yeterli koruma sağlamak için gerekli bağımsızlık standartlarını

³¹⁴ Nevriye Kuruç pilot kararı (AYM Başvuru No:25253/08, 19.02.2019) üzerine 6384 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesinde 7445 sayılı Kanun'un 40. maddesi ile değişiklik yapılmıştır. Yapılan değişiklikle 9/3/2023 tarihi itibarıyla Anayasa Mahkemesi önünde derdest olan başvurulara ilişkin Tazminat Komisyonuna başvuru imkânı getirilmiştir. 9/3/2023 tarihinden sonra yapılan başvurular yönünden ise herhangi bir mekanizma öngörülmemiştir. Öte yandan yapılan değişiklikle Anayasa Mahkemesine başvuru yapılmadan önce müracaat edilebilecek idari veya yargısal bir mekanizma kurulmamış, makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiası kapsamındaki başvuruların doğrudan Anayasa Mahkemesine yapılmasına devam edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, pilot kararın gereğinin tam olarak yerine getirilmediğini, yalnızca belli bir tarihe kadar derdest başvurular yönünden Tazminat Komisyonuna başvuru imkânı getirildiğini kararında belirterek 25.07.2023 tarihinde Keser Altıntaş (AYM Başvuru No:2023/18536) başvurusunda makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmediğinden düşmesine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin pilot kararın gereğinin yerine getirilmemesini gerekçe göstererek iç hukukta konuya bakmaktan imtina etmesi bireylerin hak kaybına uğraması sonucunu doğurabilecektir. TBMM'nin etkili bir iç hukuk yolu oluşturmaması halinde, makul sürede yargılanma hakkına ilişkin olarak bireyler teminatsız hale gelmiş olacaktır. Anayasa Mahkemesinin AİHM gibi hareket etmesi, görevli ve yetkili olduğu halde davaya bakmaması hukuk devletinin zarar görmesine neden olabilecektir. AİHM'in ise, devletin etkili iç hukuk yolu oluşturmaması gerekliliğini belirttiği kararları üzerine uyuşmazlıktan el çekerek kararın icrasını takip etmek amacıyla konuyu Bakanlar Komitesi'ne gönderme yetkisinin olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu yetkinin uluslararası hukukun bir enstrümanı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

³¹⁵ Konostas/Yunanistan, AİHM, Başvuru No:53466/07, 28.11.2011

³¹⁶ GÜLER İbrahim; Adil Yargılanma; Özel Hayat ve Aile Hayatına Saygı ile Etkili Başvuru Hakları Arasındaki İlişkinin Ayrıntılı Değerlendirilmesi Bakımından Önemli Bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Khan Birleşik Krallık'a Karşı Davası, TBB Dergisi, 2016, s. 26

haiz olmadığına ve dolayısıyla 13. Madde anlamında etkili bir yol teşkil etmediğine hükmetmiştir. Bu sebeplerle, Sözleşmenin 13. Maddesi ihlal edilmiştir...”

Sonuç olarak, 13. Maddenin 6. Maddeyle olan ilişkisinde ilgili hakların kapsam alanı, her iki maddenin de uygulanmasını gerektirecek özel bir durum olup olmadığı ve olayın niteliği göz önünde bulundurularak bir çözüm benimsendiği söylenebilir. Buna göre; yargısal aşamalara ilişkin iddialar yönünden 6. Maddenin öncelikle uygulandığı, her iki maddenin de uygulanmasını gerektirecek özel bir durum olmadığına ve 6. Maddenin uygulanabileceği alanlarda yalnızca 6. Maddenin uygulandığı, 6. Maddenin uygulama alanı dışında kalan konularda etkili hukuk yolu olmadığının iddia edilmesi halinde 13. Maddenin uygulama alanı bulunduğu, istisnai olarak uzun yargılamalar ve yerine getirilmeyen mahkeme kararları hakkında her iki maddenin birlikte uygulandığı, her iki hakkın çakışma noktasını mahkemeye erişim hakkının oluşturduğu, somut uyuşmazlığın niteliğine göre dinamik bir yorum tarzının benimsendiği belirtilebilir.

2.5. Etkili Başvuru Hakkının İhlalinin Sonuçları ve İç Hukuka Etkileri

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 13. Maddesinin ihlal edildiğine karar verilmesi halinde ilgili devletin ihlali ortadan kaldırma yükümlülüğü ortaya çıkabileceği gibi tazminat sorumluluğu da doğabilir.

Bununla birlikte AİHM’in ihlale sebep olan eğer bir mahkeme kararı ise veya ihlal bir idari işlemde kaynaklanıyorsa bunların iptaline karar verme yetkisi yoktur. AİHM ulusal mahkemelerin yerine geçerek onlar adına karar vermemekte ya da onları denetlememektedir. AİHM’in yaptığı yargısal denetim, bireysel başvuru davalarında, Sözleşmede öngörülen temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğini saptamaya yöneliktir. AİHM, Sözleşme hükümlerinin yorumlanmasında asli yetkiye sahiptir.

AİHM’in yorumu iç hukukta kurumlara verilen anlamlardan bağımsızdır. Örneğin AİHM, bir ulusal makamın yargı makamı olup olmadığını değerlendirirken, tarafsızlık – bağımsızlık, bağlayıcı karar alabilme, uyuşmazlığı tüm yönleriyle inceleyebilme yetkisinin olması gibi kriterleri değerlendirmektedir. Buna göre iç hukukta idari bir makam olarak örgütlenmiş bir kurumun, işlevinin yargısal olduğunu belirtebilmektedir.

Dolayısıyla, iç hukukta verilen anlamın ötesinde yorumlanarak Sözleşmeye aykırılıkların ve ihlallerin tespit edilmesi AIHM'in insan haklarının korunmasındaki en önemli işlevidir.

Taraf devletlerin kendi taahhüt ettikleri insan hakları sözleşmesine uymadığının tespit edilmesi, bu devletler bakımından itibarın kaybına yol açmaktadır. Zira kendi ülkesinde temel insan haklarını etkili şekilde koruyamayan bir devletin hukuk alanında geride olduğu şeklinde bir intiba oluşmaktadır. Hukuk alanındaki bir gerileme ise hem siyasi hem de ekonomik yönden ülkeyi güçsüz duruma düşürmektedir.

Öte yandan ihlal kararı ile birlikte tazminata hükmedilmesi halinde devletin mali yönden de sorumluluğu oluşmaktadır. Devletin mali ödeme yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği de kararların icrası yönünden takip edilmektedir.

İhlal kararının ardından, bu kararın uygulanmasını Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi takip etmektedir. İhlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması, gerekiyorsa tazminat ödenmesi şeklindeki kararların yerine getirilip getirilmediğinin takibi, uluslararası arenada Sözleşmenin etkin kılınmasının da bir göstergesi olmaktadır.

Özellikle sıklıkla tekrar eden ihlal konularında devletlerin hukuk düzenlerinden kaynaklanan sistematik sorunların çözümü yönünde adımlar atması beklenmektedir. Bu durum yalnızca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önündeki somut uyuşmazlık yönünden değil, genel olarak temel hakların korunması bakımından devletlerin duyarlılıklarının yüksek olmasıyla ilgilidir. Bu konuda Avrupa Konseyi zaman zaman tavsiye kararları yayınlamaktadır.

Bununla birlikte benzer nitelikte ihlallerin oluşmasının engellenmesi bakımından ilgili devlet, etkili bir başvuru yolu oluşturma hususunu değerlendirebilir. Bu konuda devletlere mahkeme kararıyla bir yükümlülük yüklenemese bile, ilgili devlet aynı konuda ortaya çıkabilecek ihlalleri önleyebilmek ve insan haklarını daha teminatlı hale getirebilmek amacıyla bu hususta adım atarak yeni bir başvuru yolu oluşturabilir. Örneğin Ümmühan Kaplan/Türkiye kararında uzun yargılamalar bakımından etkili bir iç hukuk yolu getirilmesi konusunun davalı devletçe değerlendirilmesi gerektiği hususuna dikkat çekilmiştir.

Benzer yaklaşımı Anayasa Mahkemesi de uygulamakta, özellikle mevzuattan kaynaklanan hak ihlallerinde sıkça tekrar eden ihlal iddialarının yapısal sorunlardan kaynaklandığını değerlendirdiğinde pilot karar usulünün uygulanmasına karar vererek yapısal sorunun çözümü için keyfiyeti TBMM'ye bildirmekte ve aynı konuda yapılan başvuruların incelenmesini erteleyebilmektedir.³¹⁷

Anayasamızın 40. Maddesinde etkili başvuru hakkına tekabül eden düzenlemeden ziyade AİHM'in etkili başvuru hakkının ihlaline ilişkin kararlarından sonra, devlet kurumlarında ve işleyişinde bazı değişiklikler ve yenilikler yapılması ihtiyacı hasıl olmuştur. Yine AB-Türkiye İlerleme Raporlarında, çeşitli uluslararası kuruluşların Türkiye ile ilgili raporlarında yer verilen hususlar değişime zemin hazırlamıştır. Bu değişim ve gelişim sonra da sürecektir, zira insan hakları alanı dinamik bir alandır.

Bu kapsamda, son dönemde etkili başvuru hakkının sağlanabilmesi amacıyla hukukumuzda pek çok yasal ve idari değişiklik yapılmıştır.

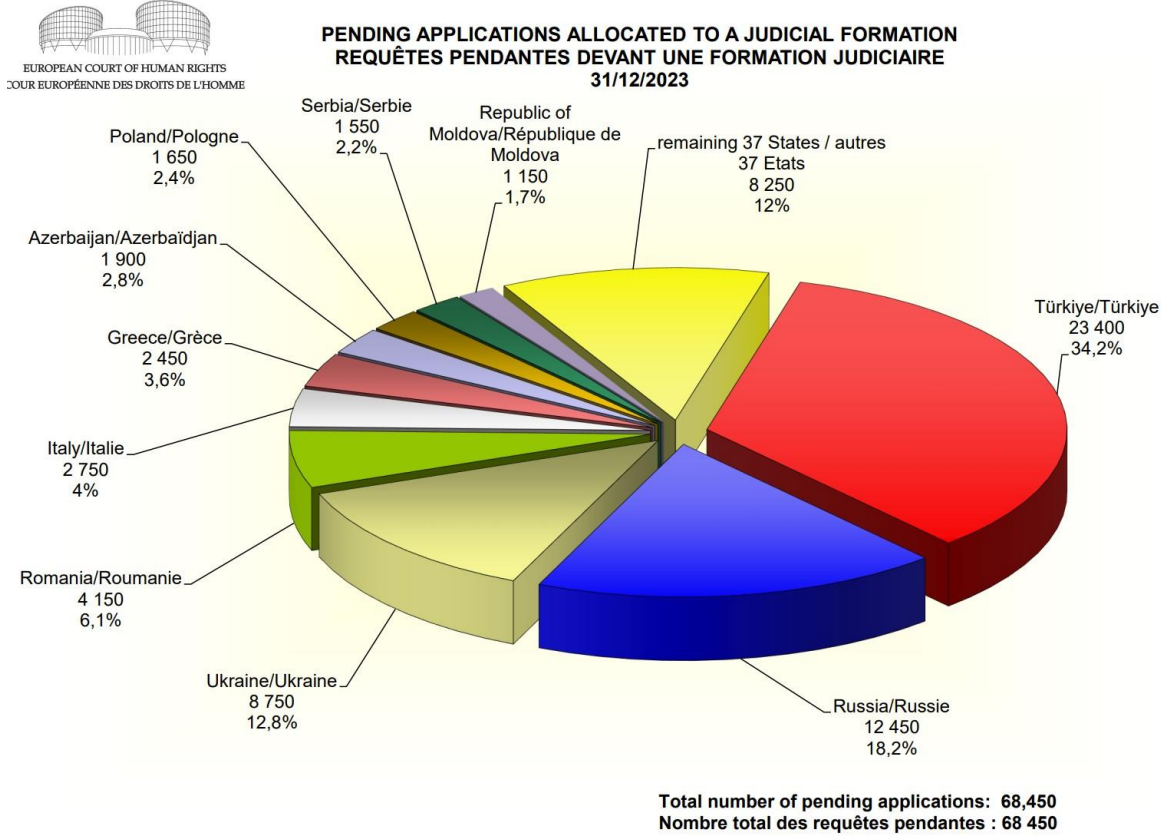
AİHM'in 1959-2021 yılları arasında verdiği kararların toplam sayısının 24511 olduğu gözetildiğinde, 13. Maddeye ilişkin ihlal kararı toplam sayısı aynı dönemde 2878 olduğundan, kararların % 11'inin etkili başvuru hakkının ihlali ile sonuçlandığı anlaşılmaktadır.

Etkili iç hukuk yollarının olmayışı AİHM'in iş yükünü artırdığı gibi, ülkemiz hakkında verilen ihlal kararlarının da çok olmasına sebep olmaktadır. 1959-2021 arasında verilen ihlal kararların (en az bir maddeye ilişkin) toplam sayısı 20725 iken, bunlar içinde Türkiye aleyhine verilen ihlal kararlarının sayısı 3385'tir. Yani yaklaşık olarak AİHM'in verdiği ihlal kararlarının %16'sı Türkiye'den gelen başvurular üzerine olmaktadır. Bu dönemde Türkiye'ye ilişkin ihlal kararlarının etkili başvuru hakkına ilişkin olanlarının sayısı 281'dir. İhlal kararı verilmeyen ancak etkili başvuru hakkının ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü dosyalar da düşünüldüğünde konunun önemi daha da fazla ön plana çıkmaktadır.³¹⁸

³¹⁷ Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri Başvurusu, AYM Başvuru No. 2018/14884, 27.10.2021 (Pilot Karar)

³¹⁸ https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2021_ENG.pdf, Erişim tarihi:05.02.2023

Diğer yandan 2023 yılı istatistiklerine göre ihlal kararları bakımından Türkiye, Rusya ve Ukrayna'dan sonra üçüncü sırada yer almaktadır. AİHM önünde görülmekte olan davaların toplam sayısına bakıldığında da Türkiye'nin ilk sırada olduğu görülmektedir. Görülmekte olan dosyaların %34,2'si Türkiye hakkındadır.³¹⁹



Şekil 2.1. AİHM’de görülmekte olan davaların ülkelere göre dağılımı.

İhlal kararından pek çoğu tazminat ödenmesini de içerdiğinden Türkiye etkili başvuru hakkının ihlali nedeniyle yoğun bir mali yüke de katlanmak durumunda kalmaktadır. Ayrıca uluslararası arenada temel hak ve özgürlüklerin yoğun şekilde ihlal edildiği bir ülke görünümü verildiğinden prestij kaybı yaşanmaktadır. AB ve diğer uluslararası kurumlar mali yardımlar ve üyelik sürecinde Türkiye’den olumlu adımlar beklediklerini dile getirmekte ve somut ilerlemeler görmek istemektedirler.

³¹⁹ file:///C:/Users/User/Downloads/stats-pending-2024-bil.pdf, Erişim Tarihi:20.02.2024

Somut adımların bir kısmı mevzuat değişikliği ile gerçekleştirilmekte, bir kısmı yeni iç hukuk yolları oluşturulması ve bir kısmı da var olan hukuk yollarının etkinleştirilmesiyle olabilecektir.

Bu bağlamda Türkiye etkili başvuru hakkını güçlendirmek ve temel hak ihlallerini iç hukukta çözümleyebilmek adına pek çok somut adım atmıştır ve atmaya da devam etmektedir. Bununla birlikte, kurumsal mekanizmaların varlığının yanı sıra pratikte etkinliğinin sağlanması konusunda da sürekli bir test halinde olunması gerekmektedir. Zira etkili bir başvuru yolu öngörülerek getirilen yeni bir müessese, zaman içerisinde işlevini yitirebilmektedir.

Dış motivasyonla gelmiş de olsa, amaç Türkiye’de yaşayan bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin etkili ve etkin korunması ve güçlendirilmesinin sağlanması olduğundan, yapılan çalışmaların anlamı büyüktür.

Türkiye’de etkili başvuru hakkını güçlendirmek amacıyla yapılanlardan bazıları;

-Yargı yolu kapalı olan uyarma ve kınama cezalarına karşı idari yargıya başvurma imkanı getirilmiştir. (07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanun’un 13. Maddesi ile değiştirilen Anayasanın 129. Maddesinin 3. Fıkrası uyarınca)

-Hâkimler ve Savcılar Kurulunun tüm kararlarına karşı yargı yolu kapalı iken, meslekten çıkarma işlemlerine karşı yargı yolu açılmıştır. (07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanun’un 22. Maddesi ile değiştirilen Anayasanın 159. Maddesinin 10. Fıkrası uyarınca)

-Anayasanın Geçici 15. Maddesi uyarınca olağanüstü hal döneminde yapılan işlem ve eylemlere karşı kapalı olan yargı yolu açılmıştır. (Anayasanın Geçici 15. Maddesini yürürlükten kaldıran 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanun’un 24. Maddesi uyarınca)

-Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu getirilmiştir. (07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanun’un 25. Maddesi ile eklenen Anayasanın Geçici 18. Maddesinin son fıkrası uyarınca)

-Uzun yargılamalar nedeniyle Adalet Bakanlığı içinde İnsan Hakları Tazminat Komisyonuna başvurma imkanı getirilmiştir. Diğer yandan uzun yargılamaları sistemselsel

olarak çözebilmek amacıyla pek çok yapısal değişikliğe gidilmiştir. (19.01.2013 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Olan Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun uyarınca)

-Kişisel Verileri Koruma Kurulu’na başvurma imkanı getirilerek, özel hayatın gizliliğiyle ilgili ihlal iddialarının iletilebileceği iç hukuk yolu oluşturulmuştur. (07.04.2016 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu uyarınca)

-Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu oluşturularak, insan hakları ihlallerine ilişkin başvuruların iletilebileceği idari bir kurum ihdas edilmiştir. (20.04.2016 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 6701 sayılı Kanun uyarınca)

-Kamu Denetçiliği Kurumu oluşturularak, idarenin TBMM adına denetimini üstlenecek bir iç hukuk yolu oluşturularak kişilerin başvuru yapabilmesi sağlanmıştır. (29.06.2012 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 6328 sayılı Kanun uyarınca)

-TBMM bünyesinde var olan Dilekçe Komisyonunun yanı sıra TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu kurulmuş ve kişilerin başvuru yapabilmesini sağlayan bir iç hukuk yolu oluşturulmuştur. (08.12.1990 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 3686 sayılı Kanun uyarınca)

-TBMM bünyesinde Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu oluşturularak, kişilerin özellikle ayrımcılık yasağı ile ilgili konularda başvuru yapabileceği iç hukuk yolu oluşturulmuştur. (24.03.2009 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 5840 sayılı Kanun uyarınca)

-CİMER başvuruları yoluyla bireylerin idareye daha kolay ve pratik şekilde başvurabilmesi sağlanmıştır. (Dilekçe hakkının güçlendirilmesini teminen 2015 yılında uygulamaya konulmuştur)

-Olağanüstü Hal Komisyonu ihdas edilerek, Olağanüstü hal KHK’ları nedeniyle kamu görevinden ihraç edilenlerin başvurabileceği bir iç hukuk mekanizması oluşturulmuştur. (23.01.2017 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 685 sayılı Kanun Hükmünde Kararname uyarınca)

-Mülkiyet hakkına dayalı iddialar yönünden iç hukuk yolu oluşturması bakımından Taşınmaz Mal Komisyonu oluşturularak başvuru imkanı getirilmiştir. (Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Meclisince çıkarılan 67/2005 sayılı Kanun uyarınca)

-Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu ihdas edilerek ifade özgürlüğü ve özel hayatın gizliliğine ilişkin ihlal iddiaları yönünden bilgi ve belgeye erişebilmek amacıyla iç hukuk yolu oluşturulmuştur. (24.10.2003 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu uyarınca)

-Kolluk Gözetim Komisyonu ihdas edilerek, kolluk işlemleri nedeniyle temel haklarının ihlal edildiğini ileri süren bireylerin başvurabileceği bir iç hukuk yolu oluşturulmuştur. (22.05.2016 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 6713 sayılı Kolluk Gözetim Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun uyarınca)

-İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları oluşturularak ihlal iddiasında bulunan bireylerin tazminat talep edebilmesine olanak sağlayan bir iç hukuk yolu öngörülmüştür. (02.11.2000 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik uyarınca)

-Terör Tazminat Komisyonlarının oluşturulmasıyla terör eylemlerinden dolayı zarar gördüğünü ileri süren bireylerin tazminat taleplerini iletebileceği bir iç hukuk yolu oluşturulmuştur.(27.07.2004 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 5233 sayılı Kanun uyarınca)

Görüldüğü gibi, etkili başvuru hakkının ihlaline ilişkin kararlar iç hukukumuzda, hem yasal, hem idari hem de yargısal değişikliklere yol açmıştır. Bunlardan bazıları Anayasa değişikliği ile gerçekleşen, birçoğu devrim niteliğinde değişikliklerdir.

Tüm bu değişikliklerin etkisiyle olsa gerek, 2023 yılı istatistiklerinde 13. Maddeden dolayı Türkiye aleyhine ihlal kararı verilmediği görülmektedir.³²⁰

³²⁰ https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_2023_ENG.pdf, Erişim tarihi:20.02.2024

2023		Other Articles of the Convention																			
Total number of judgments		Other Articles of the Convention																			
Judgments finding at least one violation		Other Articles of the Convention																			
Judgments finding no violation		Other Articles of the Convention																			
Friendly settlements/Striking-out judgments		Other Articles of the Convention																			
Other judgments ¹		Other Articles of the Convention																			
Total	Total	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20
Lithuania	13	5	8																		
Luxembourg	2	1	1																		
Moldova	14	14																			
Republic of Moldova	24	24																			
Monaco	1	1																			
Montenegro																					
Netherlands	9	5	4																		
North Macedonia	11	10	1																		
Norway	3	3																			
Poland	33	31	1	1																	
Portugal	6	6																			
Romania	74	58	7	8	1																
Russian Federation	217	216	1	3	6	16	140	22	1	168	138										
San Marino	1	1																			
Serbia	9	9																			
Slovak Republic	18	17	1																		
Slovenia	2	2																			
Spain	7	6	1																		
Sweden	2	2																			
Switzerland	9	7	1	1																	
Türkiye	78	72	3	3																	
Ukraine	130	123	2	1	4																
United Kingdom	3	1	2																		
Sub-total	892	92	17	15	34	17	270	56	2	1	348	256	94	22	2	160	3	75	130	87	22
TOTAL ⁴																					

Şekil 2.2. AIHM tarafından verilen ihlal kararlarının maddelere göre dağılımı.

baktığımızda 73.700 ihlal kararı içinde 344 kararın etkili başvuru hakkına ilişkin olduğu görülmektedir. Bu da oransal olarak %0,5'e tekabül etmektedir.³²²



Şekil 2.4. Anayasa Mahkemesince verilen ihlal kararlarının dağılımı (23.09.2012-31.12.2023).

İdari yapıdaki etkileri açısından oldukça kapsamlı olan bu değişiklikler, bize uluslararası sözleşmelerle taahhüt ettiğimiz hususların devleti ne kadar büyük bir oranda değiştirmeye doğru yönelttiğini göstermektedir.

Esasen etkili başvuru hakkı, iç hukukta temel hak ve özgürlüklerin ihlali iddialarına çözüm bulabilecek etkili yollar olmasını öngördüğünden, yapılan tüm bu değişikliklerin temelinde yer alan oldukça özgün bir haktır.

Uluslararası etkinin devleti ve kurumlarını değişime ittiği gerçeği karşısında, iç hukuktaki bakış açılarımızın da değişmesi kaçınılmazdır.

³²² https://www.anayasa.gov.tr/media/9152/bb_2023_tr_son.pdf, Erişim tarihi:20.02.2024

Yeni kurulan tüm bu başvuru yollarının fiilen de etkili olması, etkili başvuru hakkının gerekliliklerini sağlayıp sağlamaması hem mevzuata hem uygulamaya bağlıdır.

Bu hakkın önemi idarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklanan temel hak ve özgürlüklere ilişkin ihlal iddialarında bir kat daha artmaktadır. Bireyin güçlü olan idare karşısında korunmasında, etkili başvuru hakkı spesifik özel bir yere sahiptir.

Ülkemize özellikle yasa dışı yollardan göçlerin artması, küresel pandeminin etkileri, teknolojinin yoğun şekilde kullanılmaya devam etmesi, yakın coğrafyamızdaki savaş riskleri, terör olayları, doğal afetlerin yol açtığı zararlar gibi konular özellikle idare hukuku açısından insan hakkı ihlalleri iddialarına dayalı yoğun bir uyuşmazlık yüküyle karşı karşıya olduğumuzu göstermektedir. Bu nedenle hem idari kurumların hem de yargısal kurumların incelemelerinde etkili başvuru hakkının gerekliliklerini dikkate almaları gerekmektedir.

Birçok AİHM kararında etkili başvuru yolunun ihlaline karar verilmesi üzerine son dönemde idare hukukumuzda söz konusu konulara münhasır yeni başvuru yolları tesis edilmiştir. Bununla birlikte mevcut idari başvuru yollarının da etkinleştirilmesi etkili başvuru hakkını güçlendirecek bir etki doğurabilecektir. Çalışmamızın ikinci bölümünde Türk İdare hukukundaki mevcut ve yeni kurulan başvuru yollarını, AİHM kararları çerçevesinde etkili başvuru hakkı için aranan kriterler esas alınarak inceleyeceğiz.



3. TÜRK İDARE HUKUKUNDA İNSAN HAKLARINI KORUMADA BAŞVURU YOLLARI VE ETKİLİLİĞİ

“Başvurmak” sözcüğü “bir isteği, dileği belirtmek için herhangi bir işlem başlatmak”³²³ olarak tarif edilmektedir. Hukuki anlamda başvuru ise, en geniş anlamda, bir hukuk öznesinin diğer hukuk öznesine dilek, talep, arz, rica, itiraz veya şikayetlerini iletmesidir.³²⁴ Bir başka deyişle hukuk düzeninde tanınan haklar çerçevesinde devletin korumasını sağlamak amacıyla ilgili mercie müracaat edilmesidir.

Kamusal başvurular, kamusal makamlara yapılan başvuruyu ifade etmektedir. Kamu hukukunu ilgilendiren ve kamu idarelerinin belli bir yönde işlem tesis etmesini amaçlayan ilişkilerin birçoğu, ilgili hukuk öznesinin yapacağı dilek veya şikayet içeren kamusal başvuru yoluyla gerçekleşmektedir.³²⁵ Kamusal başvuruların konusunu, kişilerin şikayet, itiraz, istek ile devletin üç önemli erki olan yasama, yürütme ve yargı organlarından birine yapılan başvurular oluşturmaktadır.³²⁶

1789 Fransız İhtilalinden sonra devletlerin gösterdiği gelişim çizgisi içerisinde kişilerin devletten talep edebilecekleri isteklerin gerçekleşebilmesi için ilgililere geniş ve mutlak bir başvuru hakkının tanınmasının gerektiği, ancak bu hakkın soyut olarak tanınmasının yeterli olmayıp, birtakım etkili tedbirlerle de garanti edilmesinin zorunlu olduğu belirtilmektedir.³²⁷

Kamusal başvuruların sınıflandırılmasında iki ölçüt bulunmaktadır. Maddi (fonksiyonel) yönden yapılan ayırım başvurunun içeriği ile ilgilenmekte olup bu ayrıma göre yargısal ve idari başvurular şeklinde iki kategori oluşmaktadır. Ancak bu halde siyasi başvurular idari başvuruların içerisinde ele alınmak durumunda kalmaktadır. Bu nedenle

³²³ www.tdk.gov.tr/guncelsozluk, Erişim tarihi:20.4.2020

³²⁴ KURTARAN Ceren, Dava Açma Süresi Bağlamında İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 10. Ve 11. Maddesinde Yer Alan İdari Başvurular, Yüksek Lisans Tezi, Ankara-2019

³²⁵ SEZER Yasin, BİLGİN Hüseyin, Danıştay Kararlarında İdari Başvurular, AÜHFD, Yıl:2008, C.57, Sa.4, Syf.339

³²⁶ YILDIRIM Ramazan, İdari Başvurular, 2. Bası, Mimoza Yayınları, Konya, 2006, s.3

³²⁷ DURAN Lütfi, “İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükutu Meselesi”, İÜHFD, Y:1946, Cilt:12, S.!, s.130; DURAN bu durumu şu sözlerle ifade etmiştir: “..Şu da var ki, bu gibi bir hakkın mücerret teslim edilmesi kafi olmayıp, dilde veya kağıt üzerinde boş bir laftan ibaret kalmaması için , birtakım müessir müeyyidelerle de garanti edilmesi zaruridir.”

elverişli bir ölçüt olmadığı değerlendirilmektedir.³²⁸ Bir diğer ölçüt ise organik ölçüttür ki, başvurunun hangi makama yapıldığına göre bir ayrımı benimsemektedir. Buna göre yargısal başvurular, idari başvurular ve siyasi başvurular şeklinde bir ayrım genel olarak kabul görmektedir.³²⁹

Organik anlamda siyasi başvurular, Anayasalarca parlamentolara yapılması kabul edilmiş olan başvurulardır. Kamusal hak olan siyasi başvurular, vatandaşların kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında yasama organına yaptıkları başvurulardır.³³⁰ İdari başvurular, kişilerin kamu ile ilgili dileklerini yetkili idari makamlardan talep etmelerine ilişkindir.³³¹ Organik anlamda yargısal başvurular ise devletin yargı organı içinde bulunan bir kamusal makama yapılan başvurular olarak kabul edilir.³³²

İdareyi tanımlarken de yararlanılan organik ve işlevsel ölçütlerin uygulamada birlikte kullanılmasının daha doğru bir yaklaşım olduğu savunulmaktadır.³³³ Benzer şekilde kamusal başvuruları da sınıflandırırken organik ve işlevsel ölçütleri birlikte değerlendirmek mümkündür. Buna göre yasama organına hitaben genel, soyut kurallar koymaya dayalı yasama işlevinden kaynaklı olarak yapılan başvurular siyasi başvuru; bir kamu hizmetinin yürütülmesine, idari bir işlemin ya da eylemin değiştirilmesine, kaldırılmasına ya da yeni bir işlem tesisine yönelik ya da tazminat istemine yönelik idari makamlara yapılan başvurular idari başvuru; bir uyuşmazlığın çözümlenmesine yönelik yargı makamlarına yapılan başvurular ise yargısal başvuru olarak nitelendirilebilecektir. Yani başvurunun hangi makama yöneldiği ve başvurunun nihai olarak ulaşmak istediği amaç birlikte dikkate alındığında, başvurunun türü de ortaya çıkabilecektir.

3.1. Siyasi Başvurular

Anayasanın 74. maddesinde yer alan dilekçe hakkı hukukumuzda siyasi başvuruların kaynağı olmaktadır. Ancak söz konusu hüküm, hem TBMM'ye hem de yetkili kamusal makamlara başvuru yapılabilmesini içerdiğinden salt siyasi başvuruların kaynağı olarak

³²⁸ YILDIRIM Ramazan, a.g.e., s.17

³²⁹ ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. Bası, İstanbul 1967, s. 1813-4

³³⁰ GİRİTLİ İsmet, BİLGİN Pertev, İdari Kaza Ders Notları, İstanbul, 1966, s.81

³³¹ AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, a.g.e., s.552

³³² YILDIRIM Ramazan, a.g.e. s.18

³³³ GİRİTLİ İsmet, BİLGİN Pertev, AKGÜNER Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınevi, İstanbul, 2001, s.7

nitelendirilemeyecektir. Dilekçe hakkının kullanımı suretiyle idari işleyişe ilişkin olarak yetkili idari makamlara yapılan başvurular idari başvurulara da vücut verebilecektir.

Gerçekten Anayasamızın 2. Kısımının 4. Bölümünde yer alan “Siyasal Hak ve Ödevler” arasında 74. Maddesinde dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı düzenlenmiştir. Bu maddeye göre;

*“VII. Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı
Madde 74 – Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir. Kendileriyle ilgili başvuruların sonucu gecikmeksizin, dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir.
(Mülga üçüncü fıkra: 7/5/2010-5982/8 md.)
(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/8 md.) Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir.
(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/8 md.) Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler....”*

Kuralı bulunmaktadır.

TBMM’ye yapılan başvurunun içeriği yasama faaliyetlerine yönelik (örneğin kanun değişikliği istemlerine ilişkin) olduğunda siyasi başvuru niteliği belirginlik kazanmaktadır. Bilindiği gibi Anayasa’nın 88. Maddesi uyarınca kanun tekliflerinin mecliste görüşülmesini isteme yetkisi yine Anayasa’da tanımlanan belli organlara mahsus bir yetkidir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin yürürlüğe girmesiyle birlikte Bakanlar Kurulu kaldırıldığından, kanun teklif etmeye yetkili olanlar sadece milletvekilleri olmaktadır.³³⁴

Bu yeni sistemde, milletvekillerinin yasama tekliflerinin dayanaklarının neler olacağının önem arz ettiği, sivil toplum ve yürütme ile kanun ihtiyaçları konusunda diyalog halinde olunması gerektiği, ayrıca vatandaşların taleplerine karşı duyarlılığın daha da önem kazandığı ileri sürülmektedir.³³⁵

³³⁴ DEMİRBAĞ Cengiz, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yasama Organı, Yasama Süreci ve Yasama Sürecinde Yasama_Yürütme İlişkisi, Yasama Dergisi, Yıl:2019, S.39, s. 17

³³⁵ DEMİRBAĞ, age

Ancak, dilekçe hakkı, mevzuat yapımına katkı sunmak, bunların değiştirilebilmesini istemek amacıyla vatandaşların da yasama sürecine dolaylı olarak katılmasına olanak sağlamaktadır.

Hak arama özgürlüğü ve siyasi başvuru hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) gibi temel uluslararası insan hakları sözleşmelerinde yer almaktadır. AİHS'nin 13. maddesi etkili başvuru hakkını, “Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin ulusal düzeyde etkili bir yola başvurma hakkına sahip olması” şeklinde düzenlemektedir.³³⁶

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mevzuattan kaynaklanan hak ihlali iddialarında olayın niteliğine göre konuyu etkili başvuru hakkı yönünden de inceleyebilmektedir. Örneğin Vrontou/Kıbrıs davasında, mülteci erkeklerin çocukları ile kadınların çocukları arasında ayrımcılık yapılarak mesken yardımından sadece babası mülteci olanların yararlandığı olayda, mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine, bu mevzuatın ayrımcı niteliğine başvuranın itirazda bulunabilmesine olanak sağlayan etkili başvuru yollarının bulunmadığı gerekçesiyle de 13. Maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.³³⁷

Bununla birlikte 13. Madde, Sözleşmeyle uyumsuz olan iç hukuktaki yasa maddelerinin incelenmesine olanak sağlayan bir iç hukuk yolunu garanti etmemektedir. Anayasa Mahkemelerinin dahi pek çok ülkede mevzuatı iptal etme yetkisinin olmadığı değerlendirildiğinde bu yaklaşım makul görünmektedir.

13. madde, herhangi bir bireysel hak ihlali iddiası olmaksızın mevzuatın Sözleşmeye aykırılığının ileri sürülebildiği potansiyel mağdurluk gibi özel durumlar dışında genel bir mevzuat hükmünün iptalini sağlayan iç hukuk yolu oluşturma yükümlülüğünü devletlere yüklememektedir. Yine iç hukukta kanunların Anayasaya aykırılığını bireysel olarak talep edebilmelerine yönelik bir hak sunmamaktadır. Mevzuata dayalı olarak tesis edilen bireysel

³³⁶ STK’ların Dilekçe Hakkı Başvurularının İzlenmesi Raporu, STK’ların Yasama Sürecine Etkin Katılımı Projesi, Etkiniz AB Programı Yayını, 2020, s. 7

³³⁷ Vrontou/Kıbrıs Davası, AİHM, Başvuru No:33631/06, 13.10.2015

işlemlerin ise Sözleşmedeki temel haklardan birini ihlal etmesi halinde etkili iç hukuk yollarının varlığı gerekecektir.

3.1.1. TBMM Dilekçe Komisyonuna Yapılan Başvurular

TBMM Dilekçe Komisyonunun, yapılan başvuruların içeriğine göre toplumun istek ve taleplerini, eğilimlerini, uyuşmazlıklarını, uğranılan haksızlıkları, beklentilerini yani toplumun ne düşündüğünü ne yaptığını görebilmeye olanak sağlayan bir sosyal laboratuvar olduğu ileri sürülmektedir.³³⁸

Dilekçe hakkının, toplumsal talepleri öngörebilme, ulusal politikalara yön verebilme, birey iradelerinin doğrudan meclise yansımaları sağlayacak bir araç olma, devletle birey arasındaki mesafeyi azaltma, devletin işleyişiyle ilgili sorunları tespit edip giderebilme, uğranılan haksızlıklardan haberdar olunabilmesini sağlama gibi işlevleri vardır.

Asıl olarak siyasi başvurular parlamento hukukuna ilişkin konularda tanınan haklara ilişkin TBMM'ye yapılan başvuruları içermektedir. Bizim hukuk sistemimizde de TBMM'ye bireylerin başvurmasına olanak veren düzenleme dilekçe hakkına ilişkindir. Nitekim dilekçe hakkı da Anayasamızda siyasi haklar ve ödevler kısmında düzenlenmiştir.

Ayrıca 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'da, Türk vatandaşlarının ve Türkiye'de ikamet eden yabancıların kendileriyle ve kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında TBMM'ye ve yetkili makamlara başvurabileceği belirtilmiştir.

Buna göre dilekçelerin Türkçe yazılması gerekmekte olup, dilekçe sahibinin adı-soyadı, imzası ile adresinin dilekçede bulunması zorunludur. Yanlış makama gönderilen dilekçeler, yetkili idari makama gönderilerek dilekçe sahibine bilgi verilir. Belli bir konuyu içermeyen veya yargı mercilerinin görevine giren konularla ilgili olan dilekçeler incelenmez. Dilekçelerin sonucu ya da safahatı hakkında 30 gün içinde gerekçeli olarak cevap verilir. TBMM'ye gönderilen dilekçeler 60 gün içinde karara bağlanır.

³³⁸ AKMAN Yahya, Dilekçe Komisyonunun Misyonu, Etkinliği, Deneyimler, Beklentiler, Bir Parlamenter Denetim Yolu Dilekçe Komisyonu Çalıştayı, TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, Ankara 2017, s.19

Buna göre TBMM'nin dilekçeler hakkındaki inceleme ve karar alma usulü üç aşamalı olarak düzenlenmiştir: 1) Başkanlık Divanı tarafından yapılan ilk inceleme aşaması, 2) TBMM Dilekçe Komisyonunca yapılan inceleme aşaması ve 3) Meclis Genel Kurulu tarafından yapılan inceleme aşamasıdır.³³⁹

Görüldüğü gibi gerek Anayasanın 74. Maddesinde, gerekse 3071 sayılı Kanunda, dilekçe hakkı yargısal başvuruları kapsamamakta, idari ve siyasi başvuruları kapsamaktadır.

Siyasi faaliyete ilişkin olarak Dilekçe Komisyonuna başvurulması etkili bir iç hukuk yolu oluşturmakta mıdır? Örneğin mevzuatın uygulanmasından ötürü bir temel hakkının ihlal edildiğini ileri süren kimse mevzuatın değişmesi ve ihlalin giderilmesi amacıyla meclise başvuru yaparsa etkili başvuru hakkı yönünden durum nasıl değerlendirilmelidir?

Bu sorunun cevabı etkili başvuru hakkının kapsamında gizlidir. Zira etkili başvuru hakkı, mevzuat değişiklikleri taleplerine ilişkin olarak bir iç hukuk yolunun olmasını gerektirmemektedir. Diğer yandan gerektirseydi dahi, mevcut uygulamada bu yolun birçok yönden etkili olmadığını belirtmek mümkündür.

Şöyle ki; Meclisin harekete geçebilmesini sağlayacak yollardan biri de Dilekçe Komisyonuna gelen ve meclis gündemine alınması uygun görülen dilekçelerdir. Ancak temel hakkın yasal düzenlemelerden dolayı ihlal edildiğini ileri sürerek mevzuatın değiştirilmesi istemiyle Dilekçe Komisyonuna yapılan başvurular üzerine bu yolla sonuç alınabilmesi uygulamada istisnai kalmaktadır. Dilekçe komisyonunun kararları bağlayıcı da değildir. İhlalin mevzuattan kaynaklandığının ileri sürüldüğü durumlarda ihlali gerçekleştiren makamdan yeterince bağımsız olduğunu söylemek de güçtür. İhlali ne durdurma ne de iptal etme yetkisi bulunmaktadır. Ayrıca tazminata da hükmedememektedir. Uygulamada bir dilek, istek ya da temenni olarak kabul edilen bu tür başvurular, meclis gündemine gelememekte ve bu konuda sonuç alma kapasitesi de oldukça düşük kalmaktadır. Bu bağlamda Dilekçe Komisyonuna yapılan siyasi başvuruların etkili bir başvuru yolu oluşturmayacağı söylenebilir.

³³⁹ AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil; Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021, s. 7

Öte yandan AİHM, pek çok kararında ihlalin dayanağının mevzuat olduğunu belirtmektedir. Bu tür kararlarda mevzuattan kaynaklanan ihlalin giderilmesi veya AB mevzuatına uyum açısından yapılması gerekli yasal değişikliklerin yapılabilmesi için devletin harekete geçmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu bağlamda AİHM kararı üzerine mevzuat değişikliğine gidilen pek çok örnek bulunmaktadır. Ör: Uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yoluna gidilebilmesinin sağlanması gibi.³⁴⁰

Peki idarenin bir eylem veya işlemi sebebiyle temel hakkının ihlal edildiğini ileri süren kişilerin Dilekçe Komisyonuna yaptığı başvuru etkili sayılabilecek midir?

Bilindiği gibi idarenin denetim usulleri arasında idari, siyasi, yargısal denetim ve kamuoyu denetimi bulunmaktadır. İşte TBMM'ye idarenin işlem ve eylemleriyle ilgili olarak dilekçe hakkı kapsamında yapılan bir başvuru, idarenin siyasi denetim araçlarından biridir. Bu nedenle TBMM komisyonları aracılığıyla yapılan başvurular idarenin hukuka uygun işlemesinin de garantörü olmakta, bireylerin doğrudan meclise ulaşması ile idarenin işleyişi üzerinde meclisin dikkatini çekmenin aracı olmaktadır.

Ancak uygulamadaki durumu değerlendirmek için, söz konusu başvuruların hangi şekilde yapıldığı, nasıl ele alındığı, idare üzerinde etkili olup olmadığı ve pratikte ihlali gidermede veya önlemede başarı şansı olup olmadığını incelemek gerekmektedir. Bunun için temel hak ve özgürlüğün ihlali iddiası olmalı, bu ihlal idarenin işlem veya eyleminden kaynaklanmalı, başvurulacak merci ulusal bir makam olmalı, yeterli ölçüde bağımsız olmalı, geniş yetkileri olmalı, usuli güvenceleri sağlamalı, kararları bağlayıcı olmalı, pratikte ise somut olay açısından erişilebilir, yeterli ve etkili olmalıdır.

Uygulamada TBMM Dilekçe Komisyonu, insan haklarına ilişkin olarak ulusal önleme mekanizması olarak sonradan kurulan TBMM İnsan Hakları Komisyonuna bu yöndeki başvuruların çoğunu yönlendirmektedir. İnsan hakları geniş bir alanı kapsamakta ve idarenin işleyişine ilişkin pek çok konunun dolaylı olarak insan haklarına bağlanan bir

³⁴⁰ Karaçay/Türkiye Davasında (AİHM Başvuru No:6615/03) disiplin cezası alan memurun yargı yoluna gidememesinin etkili başvuru hakkını da ihlal ettiğine karar verilmiştir. Daha sonra 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolu açılmıştır.

yönü bulunmaktadır. Bu durum Dilekçe Komisyonunun ele alabileceği bazı konuların İnsan Hakları Komisyonunun görev alanında değerlendirilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Dilekçe Komisyonu tarafından ele alınan başvurular yönünden ise yukarıdaki kriterlere göre, idarenin işlem ve eylemlerinden dolayı bir hak ihlaline uğradığını ileri süren kişi TBMM Meclis Komisyonuna başvurduğunda, idareden bağımsız bir ulusal makam olduğunu söyleyebiliriz. Meclis Dilekçe Komisyonunun konuyu araştırabilme, kamu kurum ve kuruluşlarından bilgi belge isteme, yerinde ziyaret, bilirkişi incelemesi yaptırma gibi yetkileri bulunmakla beraber, ihlali ortadan kaldırma, durdurma, önleme ya da ihlal son bulduysa tazminat hakkı tanıma gibi yetkileri bulunmamaktadır. Diğer yandan kararları veya tespitleri idare açısından bağlayıcı nitelikte değildir. Zira hazırlanan raporlar Meclis Genel Kuruluna sunulmakta ve kamuoyu/basın ile paylaşılabilir. Dolayısıyla idarelere doğrudan emir/talimat gönderme vs. gibi yetkileri yoktur. Uygulamada da meclis gündeminin yoğunluğu sebebiyle başvuru dilekçelerindeki hususların TBMM Genel Kurulunun gündemine alınabilmesi oldukça sınırlıdır.

Bu nedenlerle TBMM Dilekçe Komisyonunun, idarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklı hak ihlali iddiaları yönünden de AİHS md. 13 anlamında etkili bir iç hukuk yolu olduğunu söyleyememekteyiz.

Nitekim, doktrinde de TBMM Dilekçe Komisyonuna yapılan başvurular sonucunda Komisyonca alınan kararların icrai olmayıp, uygulanma niteliğini haiz olmadığı ifade edilmektedir. Komisyonun başvuru konusu hakkında, başvuru yapan kimsenin ya da başvuruya konu olan nesnenin hukuki durumunda değişiklik yaratacak bir karar alma yetkisine sahip olmaması nedeniyle etkili bir yol olmadığı belirtilmektedir.³⁴¹

Yine de, idarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğunun ve yerindeliğinin siyasi denetimine olanak sağlayan bu kurumun çok verimli işletilmesi dolaylı olarak temel hak ve özgürlüklerin sağlanmasını güçlendirecektir. Uygulamada çoğu dilekçenin hem idareye, hem kamu denetçiliği kurumuna, hem CİMER'e başvurularak talepte bulunulduğu,

³⁴¹ YILMAZ Dilşat; İdari İşlemin İcraîlik Özelliği, Astana Yayınları Tez Serisi-3, Ankara 2014, s. 39

dolayısıyla aynı içerikteki taleplere ilişkin olarak farklı kurumların birbirinden habersiz şekilde emek ve zaman sarf ettikleri görülmektedir.

Başvuruların entegrasyonunun sağlanması, sonuçlarının birbiriyle çelişmeyecek şekilde gözetilmesi, benzer usul kurallarının uygulanması ve özellikle başvuru sürelerinin uyumlaştırılması, başvuruyu ele alacak uzman kadrosunun yetiştirilmesi önemlidir.

Bir diğer mesele dilekçe içeriğindeki başvuru konusunun ilgili idarenin genel politikalarıyla örtüşmemesi durumunda, baştan değerlendirmeye alınmaması durumu oluşabilecektir. Bu durum meclis uzmanlarının, konuyu üst makamlara iletmesinin önünde isteksizlik oluşturmakta³⁴², bu da Dilekçe komisyonunun işlevini azaltmaktadır.

Komisyonun bir artısı yargısal denetimde olmayan yerindelik denetimi yapılmasına da olanak sağlamasıdır. Yine zorunlu idari başvuru yolu öngörülmuş olsa dahi bu yolun tüketilmesine gerek olmadan dilekçe komisyonuna başvuru yapılabilmesidir. Medyanın etkisinden yararlanmak ve TBMM gücünü arkasına almak da bu yolun diğer üstün yönleridir.

3.1.2. TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonuna Yapılan Başvurular

TBMM'ye bağlı İnsan Hakları İnceleme Komisyonu, 3686 sayılı Kanun ile 1990 yılında kurulmuştur. 3686 sayılı Kanun'da Komisyon'un görevleri uluslararası alanda genel kabul gören insan hakları konusundaki gelişmeleri izlemek; Türkiye'nin insan hakları alanında taraf olduğu uluslararası anlaşmalarla T.C. Anayasası ve diğer milli mevzuat ve uygulamalar arasında uyum sağlamak amacıyla yapılması gereken değişiklikleri tespit etmek ve bu amaçla yasal düzenlemeler önermek; TBMM komisyonlarının gündemindeki konular hakkında, istem üzerine görüş ve öneri bildirmek; Türkiye'nin insan hakları uygulamalarının, taraf olduğu uluslararası anlaşmalara, Anayasa ve Kanunlara uygunluğunu incelemek ve bu amaçla, araştırmalar yapmak, bu konularda iyileştirmeler, çözümler önermek; insan haklarının ihlale uğradığına dair iddialar ile ilgili başvuruları incelemek ve gerekli gördüğü hallerde ilgili mercilere iletmek; gerektiğinde dış ülkelerdeki insan hakları ihlallerini incelemek ve bu ihlalleri o ülke parlamenterlerinin dikkatlerine doğrudan veya

³⁴² AKTAŞ Kadir; Dilekçe Komisyonunun Misyonu, Etkinliği, Deneyimler, Beklentiler, Bir Parlamenter Denetim Yolu Dilekçe Komisyonu Çalıştayı, TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, Ankara 2017, s.33

mevcut parlamenter forumlar aracılığıyla sunmak; her yıl yapılan çalışmaları, elde edilen sonuçları, yurt içi ve dışında insan haklarına saygı ve uygulamaları kapsayan bir rapor hazırlamak olarak sayılmıştır.

Komisyon, bakanlıklardan, genel ve katma bütçeli dairelerden, mahalli idarelerden, muhtarlıklardan, üniversitelerden ve diğer kamu kurum ve kuruluşları ile özel kuruluşlardan bilgi isteme ve buralarda inceleme yapma, ilgililerini çağırıp bilgi alma, gerekli gördüğünde uygun bulacağı uzmanların bilgilerine başvurabilme ve Ankara dışında da çalışabilme yetkisine sahiptir.

Komisyona temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasıyla bireyler tarafından başvuru yapılabilmektedir. Komisyon, insan hakları ihlallerine ilişkin başvuruları Dilekçe Hakkı Kanunu çerçevesinde kabul etmekte ve inceleme sonucunda rapor hazırlayarak TBMM'ye sunmaktadır. Aynı şekilde idareden kaynaklı temel hak ve özgürlüklerin ihlali iddialarında gerekli gördüğünde durumu ilgili mercilere iletebilmektedir. Ancak, Dilekçe Komisyonunun etkililiği konusunda geçerli olan hususlar burada da geçerlidir. Kararlarının bağlayıcılığı olmaması, ihlali önleme, durdurma veya giderme yetkisinin bulunmaması nedeniyle AIHS madde 13 anlamında etkili bir başvuru yolu sağladığını söylemek mümkün değildir.

2020 Türkiye-AB İlerleme raporunda:

“...Olağanüstü hâl sırasında ve sonrasında getirilen mevzuat değişiklikleri ve hemen sonrasında yetkili makamlar tarafından bu değişikliklerin uygulanma biçimleri, uluslararası standartlar ve Avrupa standartları ile uyumlu değildir ve başta ifade özgürlüğü, toplanma, adil yargılanma, etkili başvuru ve mülkiyetin korunması hakları olmak üzere temel hakları engellemeye devam etmektedir. Rapor döneminde, cezaevlerini ziyaret etme ve gözlem yapmaya yetkili TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu, beş cezaevini ziyaret etmiş ve beş adet rapor yayımlamıştır. TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu Nisan 2019'dan bu yana dört toplantı düzenlemiştir. Komisyona Nisan 2019'dan Aralık 2019'a kadar toplam 1.829 başvuru yapılmış, başvuruların %50'sinden fazlası ceza infaz kurumlarından yapılmıştır.”

Görüldüğü gibi, AB İlerleme raporuna göre TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonuna yapılan temel hak ihlali iddialarını içeren başvuruların büyük çoğunluğunu ceza infaz kurumlarında bulunan tutuklu ve yükümlüler tarafından yapılmaktadır.

İHK'in kurulduğu 1990 tarihinde bireysel başvuru alması etkili bir yol olarak görülmüş olsa da bugün yeni kurulan insan haklarını koruma mekanizmaları karşısında (Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı, Kamu Denetçiliği Kurumu, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu gibi), İHK'in bu yetkisinin etkili olmaktan uzak kaldığı belirtilmektedir. Bu nedenle TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonunun doğrudan bireysel başvuru alması uygulamasına son verilebileceği ileri sürülmektedir. Avrupa Birliği ülkelerinde kurulmuş olan muadil komisyonların da bireysel başvuru inceleme görevlerinin bulunmadığı ifade edilmektedir.³⁴³

Paris Prensipleri yönünden de incelendiğinde komisyonun çoğulcu yapıya sahip olmadığı, toplumun farklı kesimlerini temsil etmediği, meclisten ayrı bir varlığının, bütçesinin ve personelinin bulunmadığı, uygulamada da komisyonun genel insan hakları sorunlarını araştırdığı ve soruşturduğu, bireysel başvuruları daha çok ilgili kurumlara havale ettiği ve bu yüzden bireysel başvuru inceleme açısından etkili ve verimli bir mekanizma olmadığı belirtilmektedir.³⁴⁴

3.1.3. TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonuna Yapılan Başvurular

5840 sayılı Kanun ile 2009 yılında kurulmuştur. Komisyon'un görevleri ve yetkilerinden bazıları: Kendisine esas veya tali olarak havale edilen işleri görüşmek, Başkanlığın talebi üzerine ya da istenildiğinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına sunulan kanun tasarı ve teklifleri ile kanun hükmünde kararnamelerin kadın erkek eşitliği konusunda T.C. Anayasasına, uluslararası gelişmelere ve yükümlülöklere uygunluğunu inceleyerek ihtisas komisyonlarına görüş sunmak, her yasama yılının sonunda Türkiye'deki kadın erkek eşitliğinin sağlanmasına yönelik gelişmelere ve Komisyonun o yılki faaliyetlerine ilişkin bir değerlendirme raporu hazırlamak ve bunu Türkiye Büyük Millet Meclisine sunmak; Kadın hakları ile kadın erkek eşitliğini sağlamaya yönelik olarak diğer ölkelerdeki ve uluslararası kuruluşlardaki gelişmeleri takip etmek, gerektiğinde yurt dışında incelemelerde bulunmak ve bu gelişmeler konusunda Türkiye Büyük Millet Meclisini bilgilendirmek, kadın erkek eşitliği konusunda Türkiye Büyük Millet Meclisinin çalışmalarına ilişkin gerekli bilgi ve dokümanları temin etmek, Türkiye Büyük Millet

³⁴³ ATLAY Kamil; Dilekçe Komisyonunun Diğer Meclis Komisyonları İle İlişkileri, Bir Parlamenter Denetim Yolu Dilekçe Komisyonu Çalıştayı, TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, Ankara 2017, s. 103

³⁴⁴ EREN Abdurrahman, Türkiye İnsan Haklarının Korunması, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara 2007

Meclisi Başkanlığınca havale edilen kadın erkek eşitliğinin ihlaline ve toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılığa dair iddialar ile ilgili başvuruları incelemek ve gerekli gördüğü hallerde ilgili mercilere iletmek, Kadın-Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu görevlerini yerine getirmek üzere, Komisyon görevleri ile ilgili olarak genel yönetim kapsamındaki kamu idareleri ile gerçek ve tüzel kişilerden kanunlarda öngörülen usullere uyarak bilgi istemek ve ilgililerini çağırarak bilgi almaktır.

Komisyon, görev alanıyla ilgili faaliyet gösteren kamu kurum ve kuruluşları, üniversiteler, sivil toplum örgütleri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının çalışmalarından yararlanabilmekte ve gerekli gördüğünde uygun bulacağı uzmanların bilgisine başvurabilmekte ve Ankara dışında da çalışabilmektedir. Komisyon kendisine yapılan başvurular üzerine olduğu gibi, herhangi bir başvuru olmaksızın da gerekli gördüğü konularda inceleme ve araştırma yapabilmektedir. Ayrıca Komisyon üyeleri tarafından incelenmek üzere çeşitli konular gündeme getirilebilmektedir.

TBMM Kadın-Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonuna cinsiyetçi yargılar sonucu kamusal ve özel alanda yaşanan mağduriyetler ve hak ihlalleri, iş yerinde psikolojik taciz (mobbing), işe alım süreçlerinde cinsiyete dayalı ayrımcılık, kötü muamele, şiddet gibi konularda başvuru yapılabilen, Komisyon başvuru sahiplerinin iddialarını incelemekte ve gerekli görülmesi halinde ilgili mercilere konunun iletilerek kurumlar arası koordinasyonu sağlamak ve süreç hakkında başvuru sahibini bilgilendirmektedir.

Bununla birlikte diğer bireysel başvuru alan meclis komisyonlarında olduğu gibi, burada da komisyonun idare üzerinde bağlayıcı kararlar alamaması, somut olayın niteliğine göre ihlali önleme, durdurma veya giderme etkisinin olamaması, dolaylı olarak meclis gündemine sunulan raporlar ve kamuoyu bilgilendirmeleri yoluyla sınırlı bir etkililiğe sahip olduğu görüldüğünden, AİHS md. 13 anlamında etkili bir başvuru yolu oluşturduğu söylenememektedir.

3.1.4. Kamu Denetçiliği Kurumuna Yapılan Başvurular

Anayasamızın 74. Maddesinde “dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı” siyasal hak ve ödevler arasında belirtilmiştir. Bu hüküm doğrultusunda 6328 sayılı

Kamu Denetçiliği Kurumu kanunu yürürlüğe girmiştir. Kamu Denetçiliği Kurumu, TBMM'ye bağlı olarak görev yapmaktadır.

Kamu Denetçiliği Kurumu, kamu hizmetlerinin işleyişinde bağımsız ve etkin bir şikayet mekanizması oluşturmak suretiyle idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışların, insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmak amacıyla kurulmuştur.³⁴⁵

6328 sayılı Kanunun 3. Maddesinde yer alan “tanımlar” arasında “idare” de tanımlanmış, buna göre; “Merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarını, mahalli idareleri, mahalli idarelerin bağlı idarelerini, mahalli idare birliklerini, döner sermayeli kuruluşları, kanunla kurulan fonları, kamu iktisadi teşebbüslerini, sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait olan kuruluşlar ile bunlara bağlı ortaklıklar ve müesseseleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını, kamu hizmeti yürüten özel kişileri” ifade ettiği belirtilmiştir.

Burada özellik arz eden husus, kamu hizmeti yürüten özel kişilerin de denetim kapsamına dahil edilmiş olması ile, denetimin hem “hukuka uygunluk” hem de “hakkaniyete uygunluk” yönünden yapılacak olmasıdır.

Kamu Denetçiliği Kurumuna menfaati ihlal edilen gerçek ve tüzel kişilerce idari başvuru yolları tüketildikten sonra başvuru yapılabilmektedir. İdari başvuru yollarının tüketilmesi açısından ise telafisi güç ya da imkansız zararların doğması ihtimali bulunan hallerde, idarenin tutum ve davranışlarına karşı ve kanunlarda açıkça kesin olduğu belirtilen işlemlere karşı tüketilmesi zorunlu değildir.

Başvurunun süresi, idari işlem veya eyleme karşı yapılan idari başvurularda idare tarafından verilen cevabın tebliği ya da altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren altı aydır.

³⁴⁵ AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA; Türk İdari Yargılama Hukuku, s. 4

Kamu Denetçiliği Kurumuna başvuru yapılmasının yargılama açısından bir sonucu da dava açma süresi içinde Kamu Denetçiliği Kurumuna yapılan başvuruların işlem ve eylemlere karşı işlemeye başlamış dava açma süresini durdurmasıdır.

Kamu Denetçiliği Kurumunun şikâyeti değerlendirirken bilgi ve belge isteme, bilirkişi görevlendirme ve tanık dinleme ile denetim gezileri yapma gibi yetkileri vardır.

Şikâyet başvurusu üzerine Kurum tarafından üç tür karar verilebilmektedir: tavsiye kararı, ret kararı ve karar verilmesine yer olmadığı kararı. Tavsiye kararı idareler için bağlayıcı değildir. İdare, Kurumun önerdiği çözümü uygulanabilir nitelikte görmediyse bunun gerekçesini otuz gün içinde Kuruma bildirmekle yükümlüdür.

Kurum tarafından başvurunun reddedilmesi halinde, buna dair gerekçeli kararın ilgiliye tebliği tarihinden itibaren duran dava açma süresi kaldığı yerden işlemeye başlayacaktır. Aynı şekilde başvurunun Kurum tarafından kabul edilmesine rağmen, ilgili idarenin Kurumun önerisine uyararak otuz gün içinde herhangi bir işlem tesis etmemesi veya eylemde bulunmaması durumunda, dava açma süresi bu sürenin bitim tarihinden itibaren kaldığı yerden işlemeye başlayacaktır.

AİHS md. 13 anlamında Kamu Denetçiliği Kurumunun etkili bir başvuru yolu sağlayıp sağlamadığını inceleyecek olursak;

Her somut olaya göre etkili başvuru yolunun gereklilikleri belli ölçüde değişse de, genel olarak, idareden belli ölçüde bağımsız bir ulusal makam olma kriterini Kamu Denetçiliği Kurumunun sağladığını söyleyebiliriz. Bilirkişi, tanık dinleme, bilgi-belge isteme gibi geniş inceleme araştırma yetkilerinin olması da olumludur. Ancak yürütmeyi durdurma kararı verememesi, kararlarının bağlayıcı olmaması gibi yönleriyle etkili başvuru yolu olmaktan uzaklaşmaktadır. Diğer yandan usuli teminatları başvuranlara ne kadar sağladığı da çok net değildir.

Kararlarının idareyi bağlayıcı güçte olması etkili başvuru hakkının en önemli gerekliliği olarak gözükmektedir. Bu anlamda bağlayıcı karar alma yetkisi olmayan, yürütmenin durdurulması kararı veremeyen, hak ihlaline sebep olan işlemi iptal edemeyen

veya kaldıramayan bir merci önünde haklarını talep etmeye çalışmak bireyler tarafından beyhude bir uğraş olarak da algılanabilecektir.

Yine ilgili yolun erişilebilirliği ve etkililiği yönünde sorun oluşturan birkaç husus bulunmaktadır. Kamu Denetçiliği Kurumuna başvurudan önce idari başvuru yollarının tüketilmesi gerekmesi sadece zorunlu idari başvurular bakımından öngörülmemiştir. Bu da, yargı organları nezdinde dava açmaktan bile daha zor bir prosedür içerdiği şeklinde algılanarak başvuru yapmaktan bireyleri uzak tutabilir. Yine süreler ve uygulanacak inceleme usulündeki farklılıklar kafa karışıklığına yol açabilecektir. Pek çok yol arasında kişiler çelişkiye düşebilecektir. Bu durum özellikle erişilebilirlik unsuru yönünden etkili başvuru hakkının önünde engel teşkil edebilir.

Bir hak ihlali iddiasının idarenin tutumundan ya da eyleminden mi işleminden mi olduğunun dahi tespiti bazen karmaşık bir sorun olabilir. İdari yargı mercileri dahi tam bir içtihat birliğine varmamışken, vatandaşın başvuru yaparken bu ayrımların farkında olmasını beklemek, hatta Kamu Denetçiliği Kurumunda incelemeyi yapacak olan kişilerin de bu ayrımları yapabilmesinin zorluğu karşısında, teknik detaylara göre ilgililerin hukuki durumlarında farklı sonuçlarla karşılaşmasına neden olunabilecektir. Böyle bir yaklaşım ilgililer açısından zaman kaybına yol açan nitelikte de algılanabilecektir.

Söz konusu nedenlerle ihlali gerçekleştiren makamdan bağımsız olma kriterini sağlasa dahi, Kamu Denetçiliği Kurumunun AİHS 13. Maddedeki diğer kriterleri sağlamadığı değerlendirilmektedir.

Nitekim AİHM, pek çok kararında Kamu Denetçiliği Kurumuna yapılan başvuruları (ileri sürülen temel hakkın niteliğine ve olayın özelliğine göre) etkili başvuru yolu olarak kabul etmemiştir.³⁴⁶ AİHM, bu kararlarında Ombudsmanlık kurumu gibi idareyi denetleyen kurumların AİHS'nin 35. Maddesi anlamında etkili bir iç hukuk yolu olmadığını ve AİHM'e başvuru yapılmadan önce tüketilmesinin gerekmediğini belirtmiştir.³⁴⁷

³⁴⁶ Denizci ve Diğerleri/Kıbrıs, AİHM, Başvuru No:25316/94, 23.05.2001

³⁴⁷ Montion/Fransa, AİHM, Başvuru No:11192/84 sayılı Komisyon Kararı

Bununla birlikte AİHM, kamu denetçiliği kurumuna yapılan başvuruları iç hukuktaki yolların toplam etkililiği açısından değerlendirmeye almaktadır.³⁴⁸

Öte yandan, ilgili yolun etkililiğinden bağımsız olarak, uygulamada örneğin dava açma süresi geçen uyuşmazlıklar bakımından yapılan başvurularda önemli bir hak getirilmiş olduğu değerlendirilebilir. Zira, Kamu Denetçiliği Kurumuna başvuru süresi 6 ay olarak öngörülmüştür. Bu durumda idari yargıda dava açma süresini kaçıran bir kişi konuyla ilgili Kamu Denetçiliği Kurumuna başvurursa ve inceleme sonucunda da talebi haklı görülerek ilgili idareye bu yönde tavsiye yazılırsa, ilgili idare açısından söz konusu karara uymak tercih edilebilir. Aksi durumda, idare, karara neden uymadığını açıklamak zorunda kalacaktır. Hukuki bir sebebe dayanmayan açıklamalar da ilgili idareyi daha sıkıntılı bir duruma sokabilecek ve prestij kaybına da yol açabilecektir. Bu tür tavsiye kararlarıyla karşılaşmak istemeyen idarenin de aynı hatalı işlemlerini tekrar etmekten kaçınma eğilimine girmesi muhtemeldir.

Uygulamada da, Kamu Denetçiliği Kurumu’nun Meclisle ilişkisini sağlayan Karma Komisyonun daveti üzerine ilgili idarelerle yapılan toplantıda Kamu Denetçiliği Kurumu kararlarına idarelerin neden uymadığına ilişkin olarak sebeplerin sorulmasının sonrasında, kararlara uyma eğiliminin arttığı da gözlemlenmiştir.³⁴⁹

Kamu Denetçiliği Kurumunun idari yargı yerlerinden farklı olarak yerindelik denetimi de yapabildiğini düşündüğümüzde, etkili başvuru yolu oluşturmayaacağı kabul edilse bile hukukumuzda bu yolun oluşturulmasını insan haklarının korunmasında olumlu bir gelişme olarak değerlendirmek gerekmektedir. Ayrıca Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, “iyi yönetim” kavramının ve “haklı beklentilere uygunluk” ilkesinin de ilk kez Yönetmelik düzeyinde yer aldığı³⁵⁰ ve önemli idari usul ilkelerinin zikredildiği metin olma özelliğinden ötürü yönetimde demokrasinin sağlanmasındaki katkısından dolayı önem arz etmektedir.

³⁴⁸ Silver ve Diğerleri/ Birleşik Krallık, AİHM, Başvuru No:5947/72,25.03.1983

³⁴⁹ SÜSLÜ Muhammet Akif, “Karma Komisyon Çalışmaları ve Kamu Denetçiliği Kurumu ile İlişkiler”, Bir Parlamenter Denetim yolu Dilekçe Komisyonu Çalıştayı, Ankara 2017, s. 107

³⁵⁰ AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, Türk İdare Hukuku, s. 550

3.2. İdari Başvurular

Toplumun temel gündelik ihtiyaçlarının karşılanması, kamu hizmetlerinin yürütülmesi, eğitim, sağlık, güvenlik başta olmak üzere tüm idari faaliyetlerin yerine getirilmesi sırasında idare bilerek veya bilmeyerek insan hakları ihlallerine sebep olabilir.

Re'sen harekete geçme yetkisinin bulunduğu, tek taraflı işlemler tesis edilebilen, bireylerin yararının karşısında kamu yararının üstün tutulduğu idare hukuku alanında, söz konusu ihlallere karşı başvurulacak etkili iç hukuk mekanizmalarının bulunması oldukça önemlidir.

Hukuk devletinin ortaya çıkmasından önce de yani polis devlet, hatta mülk devlet zamanında dahi idare edilenlerin idareye başvurarak bir şeyin yapılmasını ya da yapılmamasını istemek veya belli miktarda para ödenmesini talep etmek gibi imkanlarının olduğu belirtilmektedir. Ancak hukuk devletinden önce bu başvuruların nitelik ve sonuçları ile dayandığı esasların aynı olmadığı, bir temenni, rica ve istirham olarak kabul edilen bu başvuruların gereğinin yerine getirilmesinin ise lütuf olarak görüldüğü ifade edilmektedir.³⁵¹

Bununla birlikte hukuk devleti ilkesinin gelişmesiyle, yönetimde demokrasi ve iyi yönetim ilkelerinin ortaya çıkması neticesinde idari başvurulara verilen değer de artmıştır. İçerik olarak kişilerin kamu ile ilgili dileklerini yetkili idari makamlardan talep etmelerine ilişkin olan idari başvurular, kaynağını Anayasamızın 74. Maddesinden almaktadır.³⁵² Hak arama hürriyetinin bir görünümü olarak idari başvuruların, idari usul ilkelerinden başvuru yollarının gösterilmesine ilişkin Anayasamızın 40.maddesiyle de bağlantısı bulunmaktadır.

İdare hukuku yönünden etkili başvuru hakkı, özellikle idari başvurular yönünden karşımıza çıkmaktadır. İdareye yapılan başvurular, idare makamlarına yapılan ve idarenin faaliyet alanıyla ilgili bir istek, itiraz ya da şikayeti içeren başvuruları ifade etmektedir. Ancak idareye yapılan her başvuru da idari başvuruya vücut vermemektedir.

³⁵¹ ONAR Sıddık, Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, s. 1812; istitaf başvuruları olarak adlandırılan bu başvuru türünün daha sonra hiyerarşik başvurular yoluyla şikayet ve dileklerin dinlenmesi amacıyla bir makam tahsis edilmesi sonucunda bir hak hüviyeti kazandığı belirtilmektedir. Yine de idarenin, bir hak niteliğinde olan başvurular karşısında gereklerini yerine getirmek bakımından takdir yetkisinin bulunduğu belirtilmektedir.

³⁵² AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA; Türk İdare Hukuku, s. 552

İdari başvuru tanımlanırken; “fertlerin, menfaatleri bulunan hususlarda, merkeziyet veya ademi merkeziyet idareleri nezdinde vaki olacak, amme hukukuna müteallik, bilcümle talep, iddia ve dilekleri idari müracaatı tazammun eder.” Şeklinde bir tanım yapılmıştır.³⁵³ Diğer yandan en genel tanımıyla idari makamlara yapılan başvurular olarak idari başvuruların tanımlandığı da olmuştur.³⁵⁴

Yasama ve yargı organlarının idari işleve giren faaliyetleri olduğu gibi, idarenin de yasama ve yargı organlarının faaliyetlerine benzer işlevleri olabilmektedir.³⁵⁵ Buna göre yargı organlarının, yargılama faaliyeti dışında bir idari makam gibi yaptığı işlemler idari işlem olarak değerlendirileceğinden³⁵⁶, bu tip işlemlere karşı anılan makamlara yapılan başvuru da idari başvuru olarak değerlendirilebilecektir. Ör: Adalet komisyonunun katip görevlendirme kararına karşı yapılan itiraz gibi.

Nitekim, yargısal başvurular ile idari başvurular arasındaki farklara değinen ONAR, idari başvuruların yargısal başvuru koşullarına ve yargısal usullere tabi olmadığını, yazılı şekilde olmasının zorunlu bulunmadığını, başvuru üzerine karşılıklı iddia-savunma gibi hukuki bir münakaşanın oluşmadığını, başvuru sonucunda verilen kararın da yargı kararları gibi kesin hüküm mahiyetinde olmayıp yine idari bir tasarruf niteliğinde olduğunu ve yargı denetimine tabi olduğunu vurgulamıştır.³⁵⁷

Benzer şekilde meclis başkanlığına yapılsa dahi, başvurunun içeriği idari bir karakterde ise, bu da idari başvuruya sebebiyet verecektir. Ör: Meclis tarafından yapılan yemek alım ihalesinin iptali istemiyle Meclise yapılan bir başvuru da idari başvuru sayılmalıdır.

Bir başka tanıma göre ise, “idari başvurular, kişilerin menfaatleri bulunan ve idari işlev kapsamına giren konularda, kamusal makamlara yaptıkları başvuruların tümü ile kamu yararını korumak amacıyla, yetki verilen kamu görevlilerinin veya kamu tüzel kişilerinin, diğer idari makamların yaptığı idari işlemlerin iptali, değiştirilmesi veya geri alınması gibi

³⁵³ DURAN Lütfi, a.g.m., s.135

³⁵⁴ SEZER-BİLGİN, a.g.m. s. 340

³⁵⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Yönetim Hukuku, Ankara 2008, s.8-9

³⁵⁶ AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, a.g.e, s. 340

³⁵⁷ ONAR, age, s. 1815

nedenlerle, yine yasaların gösterdiği idari işleve sahip makamlara yaptıkları idare hukukuna ilişkin başvurular” olarak da tanımlanmıştır.³⁵⁸

İdari makamlara özel hukuka ait işlerden dolayı yapılan başvurular ise, mahiyet olarak idari başvuru sayılamamaktadır. Çünkü bu gibi başvurular sonrasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar, idari yargıya değil adli yargıya gidecektir.³⁵⁹

Başvuruların uyuşmazlık çözme fonksiyonuna ağırlık veren görüşe göre, idari başvuruların, idarenin almış olduğu bir hukuki karara karşı yapılan ve uyuşmazlığın çözümüne yönelik talebi içeren başvurular olduğu belirtilmektedir.³⁶⁰ Buna göre temelinde idarenin bir işlemi olmayan idarenin tutum veya davranışlarından kaynaklanan hak ihlallerinin giderilmesine yönelik taleplerin idari başvuru oluşturmayacağı savunulmaktadır.³⁶¹ Buna göre, ön karar için yapılan başvuru, bir uyuşmazlığın çözümüne yönelik itiraz başvurusu olmayıp, ilgilinin idareden haklarının yerine getirilmesine yönelik bir talebini içermektedir.³⁶²

Ayrıca idari makamlara yapılan başvurunun bir hukuki ya da işlevsel değerinin olmasını temin etmek gerekmektedir. Bu anlamda sadece bilgi vermek, dilekte bulunmak veya ihbar etmek gibi hukuki bir yaptırım ya da pratik bir sonucu olmayan başvuruların hukuki anlamda idari başvuru kabul edilemeyeceği savunulmaktadır.³⁶³ Bunun dışında, idari başvuruların açıkça belirgin bir hususu, isteği içermesi gerektiği, belirsiz ya da soyut isteklerin bir etkisinin olamayacağı belirtilmelidir. Bir başvurunun tam ve hukuken geçerli sayılabilmesi için içeriğinin kanuni ya da hukuki bir dayanağının bulunması, başvurunun haklı ve meşru bir isteği dile getirmesi gerekmektedir.³⁶⁴

Doktrinde, idareye yöneltilen başvurulardan ilk talep ve yeni talep ile ön karar için yapılan başvuruların idari başvuru sayılmayacağı, zira temelde idarenin herhangi bir idari

³⁵⁸ YILDIRIM Ramazan, İdari Başvurular, Mimoza Yayınları, Konya 2006, s. 30

³⁵⁹ DURAN, a.g.e, s.138

³⁶⁰ SERTER Yusuf Sertaç; İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargı Dışı Bir Araç Olarak İdari Başvurular, Doktora Tezi, 2015, s. 62-63

³⁶¹ BRISSON, Les Recours Administratifs En Droit Public Français - Contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel, s. 12, Aktaran Yusuf Sertaç SERTER, a.g.e. s.51

³⁶² ÖZTÜRK K. Burak, Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s.17

³⁶³ DURAN, a.g.e, s.139

³⁶⁴ DURAN ; a.g.e, s.139

işlemi bulunmadığından bu başvuruların uyuşmazlık çözme fonksiyonlarının da bulunmadığı ileri sürülmektedir.³⁶⁵ Benzer şekilde gerekçe talebi, bilgi talebi, ombudsmana yöneltilen şikayet, devlet başkanına yöneltilen af talebi gibi hususların da idari başvuru oluşturmayacağı belirtilmektedir.³⁶⁶ Bu anlayışa göre İYUK md. 10 ve 13'teki başvurular teknik anlamda birer idari başvuru kabul edilmemektedir.³⁶⁷

İdari başvuru kavramı, başvuru yapılan hukuki yolun özelliklerinden ziyade, başvurma iradesinin yöneldiği işleme, hukuki sonuç doğurmaya elverişli olup olmadığına ve sonrasında uyuşmazlık haline gelebilme özelliğine odaklanmaktadır. Etkili başvuru hakkının ise odaklandığı alan belli bir ihlal iddiasının iletilebildiği ulusal hukuki mekanizmalar ve bunların teori ve pratikteki etkililiği olmaktadır. Bununla birlikte, etkili başvuru hakkının doğabilmesi için bir başvuruya veya başvuru yapılmasının gereksizliğinin ispatlanmasına ihtiyaç vardır. Başka bir deyişle kamusal makamlara yöneltilen bir başvuru/başvuru ihtimali olmaksızın 13. Maddeye ilişkin test uygulanamamaktadır.

İdareye yapılan başvurulara ilişkin hukuki yolların etkili olup olmadığı her olaya göre incelenmekte, etkili olması için gerekli koşulların neler olduğu AİHM ve AYM kararlarından çıkarım yapılarak tespit edilebilmektedir. Elbette iç hukukun kavramları ve bakış açısı AİHM'inkinden farklıdır. Ancak insan haklarının geliştirilebilmesi için bu farklı perspektiflerin ortak noktalarının belirlenmesi ve iç hukukta etkililik testini uygulayarak bu yolların etkili hale getirilmesi gerekmektedir.

Diğer yandan Sözleşmenin 6. Maddesinde yer alan adil yargılanma hakkına ilişkin gerekliliklerin iç hukuk yolunun etkililiğin ölçülmesinde ilgili olabileceği belirtilmektedir. Genel bir hüküm olarak ilgili yolun adalete uygun şekilde kurgulanması, silahların eşitliği ilkesini uygulaması etkili başvuru hakkı için kurucu unsurlardır. Bu husus Csüllög/Macaristan kararında vurgulanmıştır.³⁶⁸

Türkiye'de 1990'lı yıllarda başlayan insan hakları alanında idari kurumsallaşma çalışmaları sonucunda çok sayıda idari nitelikte hak arama mekanizması oluşturulmuştur.

³⁶⁵ TRUCHET Didier, Recours Administratif, s.7-8, Aktaran Yusuf Sertaç SERTER, a.g.e, s.64

³⁶⁶ SERTER, Yusuf Sertaç, a.g.e., s. 97-103, Bununla birlikte bilgi talebinin reddi halinde yapılacak başvurunun hem Fransız hukukunda hem de Türk hukukunda idari başvuru sayılacağı belirtilmektedir.

³⁶⁷ ERKUT / SOYBAY, Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar, s. 279 ve 297. (Aktaran SERTER Yusuf Sertaç, a.g.e. s. 50)

³⁶⁸ Csüllög/Macaristan Başvurusu, AİHM, Başvuru No:30042/08, 07.09.2011

Bunların çoğunun icrai nitelikte işlem tesis etme ve bağlayıcı karar alma yetkisi olmasa da bu mekanizmalar toplumda insan hakları bilincinin yerleşmesi ve sorunların uzlaşılı yoluyla çözümü noktasında önemli misyonlar üstlenmektedirler.³⁶⁹Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Kişisel Verileri Koruma Kurulu gibi yeni oluşturulan idari kurumlar ve başvuru mekanizmaları özellikle insan hakları konularında inceleme yapmak, ihlalleri önleme konusunda çalışmalar yapmakla yetkilendirilmişlerdir. Çalışmanın bu bölümünde idareye yapılan başvuruların genel olarak sınıflandırılması yapılarak her bir türün etkili başvuru hakkı yönünden önemine değinilecek, daha sonra başvuru mekanizmaları, AİHS md. 13 açısından değerlendirmeye alınacaktır.

İdari başvurular, literatürde çeşitli açılardan sınıflandırılmışlardır. Başvurulan makama göre, başvurma iradesine göre ve başvurunun hukuki sonucuna göre sınıflandırma yapılması mümkündür. İdari başvuruların hukuken sınıflandırılmasına yönelik her girişimin, söz konusu başvuruların içeriklerinin ve özellikle hukuk aleminde etki doğurabilme kabiliyetlerinin dikkate alınarak yapılması gerektiği belirtilmektedir.³⁷⁰

3.2.1. Başvurma İradesi Bakımından İdari Başvurular

3.2.1.1. İsteğe bağlı idari başvurular

İsteğe bağlı/ihtiyari idari başvuru, ilgiliye idareye mücarat edip etmeme konusunda takdir yetkisi tanındığı durumlarda söz konusu olur. İdari işlemi tebellüğ eden kişi idareye müracaat edebileceği gibi, isterse doğrudan da dava açabilmektedir. İsteğe bağlı/ihtiyari başvuru yollarının bulunması halinde bu müracaat yapılmadan doğrudan dava açılması halinde idari merci tecavüzü söz konusu olmayacaktır.³⁷¹

Kanun koyucu, bazı idari başvuruları ilgililerin isteğine bırakmıştır. Kişiler, isteklerini veya şikayetlerini idari makamlara iletip iletmemekte serbesttirler. Bir başka ifade ile, kişiler haklarını ve menfaatlerini ihlal eden idari tasarruflara karşı önce idari başvuru

³⁶⁹ TİHEK İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesi 2019 Yılı Raporu, s. 43

³⁷⁰ BRISSON, Les Recours Administratifs En Droit Public Français - Contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel, s. 6, 7, Aktaran Yusuf Sertaç SERTER, a.g.e., s.41-42

³⁷¹ AKYILMAZ,SEZGİNER,KAYA, Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021, s.229

yapabilecekleri gibi, idari başvuru yapmadan doğrudan doğruya yargı merciine de başvurabilirler.³⁷²

Herhangi bir istem için idareye başvuruda bulunmak zorunlu değilse yani kişi doğrudan dava açabileceği gibi idari başvuruda bulunmak serbestisine sahipse, yapacağı idari başvuru isteğe bağlı idari başvuru adını almaktadır. İsteğe bağlı idari başvurular hukuki düzenlemelerde; "...başvurabilirler", "...istenebilir", "...itiraz edilebilir" gibi gereklilik kipi içermeyen yüklemelerle yer almaktadırlar. Örneğin İdari Yargılama Usulü Kanununun 10., 11. Maddelerinde yer alan idari başvurular, isteğe bağlı idari başvurulardır.^{373 374}

İsteğe bağlı idari başvuru, süresi içinde yapılmış ise, işlemeye başlayan dava açma süresini durdurur. Nitekim, Danıştay bir kararında da Devlete Ait Taşınmaz Mal Satış, Trampa, Kiraya Verme, Mülkiyetin Gayri Ayni Hak Tesisi, Ecrimisil ve Tahliye Yönetmeliğinin 80. maddesinde kendisine ecrimisil ihbarnamesi gönderilen kişinin bu ihbarnameye karşı 30 gün içinde itiraz başvurusunda bulunabileceği ve bu başvurunun ise, 2577 sayılı Yasa'nın 11. maddesinde düzenlenen ihtiyari başvuru yolu olduğu, dava açma süresini durduracağı ve verilen cevabın tebliği üzerine dava açma süresinin yeniden işlemeye başlayacağı vurgulanmıştır.³⁷⁵ Aynı Daire bir başka kararında aynı şekilde bu itiraz yolunun ihtiyari itiraz yolu olduğunu vurgulamış ve ecrimisil tahakkuk ve tahsilini düzenleyen yönetmeliğin 80. maddesinde yer alan ihtiyari itiraz yoluna başvurulmasının, 2577 sayılı Yasanın 11. maddesinde öngörülen itiraz yolunun dava açma süresi yönünden doğurduğu sonucu doğuracağı, dava açma süresi dolduktan sonra idarece cevap verilmesinin yeni bir dava açma süresi doğurmayacağına hükmetmiştir.³⁷⁶ Burada idarî başvurunun zımnen reddi üzerine idarece cevap verilmiş olmasının 2577 sayılı Yasanın 10. maddesindeki imkanı tanımadığı vurgulanmak istenmiştir.³⁷⁷

Bununla birlikte bazı yasalarda isteğe bağlı idari başvuru olarak düzenlenen idari başvurular, Danıştay tarafından zorunlu başvuru yolu olarak kabul edilebilmektedir. Baro

³⁷² SEZER-BİLGİN, a.g.m, s. 358

³⁷³ KURTARAN Ceren, s. 10

³⁷⁴ Bununla birlikte 10. Maddenin temelinde herhangi bir idari işlem bulunmaksızın idareye yapılan başvurulara ilişkin olmasından ötürü idari başvuruya vücut vermeyeceği, zira henüz ortada herhangi bir uyuşmazlığın bulunmadığı aşamada idarenin iradesinin netleştirilmesine yönelik yapıldığını da savunanlar bulunmaktadır. Bknz. Yusuf Sertaç SERTER, a.g.e, s.65

³⁷⁵ Danıştay 10. D., 10.04.2007, E:2005/9100, K:2007/1765, Danıştay Dergisi, S.117, s.290

³⁷⁶ Danıştay 10. D., 31.01.2007, E:2004/13105, K:2007/258, Danıştay Dergisi, S.115, s.346

³⁷⁷ SEZER-BİLGİN, a.g.m., s. 359

Disiplin Kurulu kararlarına karşı Cumhuriyet Savcısının Avukatlık Kanunu'nun 157. Maddesi uyarınca yapmış olduğu itiraz isteğe bağlı bir idari başvuru türü iken Danıştay bir kararında, Baro kararına karşı ilgilinin Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kuruluna itiraz edilmesi ve kararın buradan geçip kesinleşmesi üzerine idari yargıya başvurulması gerektiğinden, davada idari merci tecavüzü nedeniyle dosyanın Türkiye Barolar Birliğine gönderilmesi gerektiğine karar vermiştir.³⁷⁸ Danıştay'ın bu kararına katılmayan bazı müellifler, yasa metninden açıkça anlaşıldığı üzere, gerek Cumhuriyet Savcısına gerekse ilgili kişiye isteğe bağlı bir idari başvuru yolu öngörüldüğü, ilgili kişinin dilerse isteğe bağlı olarak Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'na itiraz edebileceği ya da bu başvuru sonucunda herhangi bir sonuç elde edemeyeceğini düşünüyorsa doğrudan idari yargı yerinde dava açabileceğini ileri sürmektedirler.³⁷⁹

İsteğe bağlı idari başvuru yollarının AİHS md. 13 açısından önemi, bu yolların etkili başvuru yolu kabul edilerek bireysel başvuru öncesinde tüketilmesi zorunlu yollar olup olmadığıyla ilgilidir. AİHM, idari başvuru yollarının ihtiyari veya zorunlu olup olmadığına bakmaksızın ileri sürüldüğü temel hakkın ve olayın niteliğine göre, etkili bir yol oluşturup oluşturmadığıyla ilgilenmektedir. Olayın özelliğine göre, ihtiyari başvuru yollarının da etkili olduğunu kabul ederek bu yolların tüketilmesinin gerektiğini belirttiği kararları bulunmaktadır. Örneğin, cezaevinde gerçekleşen cinsel saldırı olayına karşı cezaevi idaresine yapılacak başvurunun, (sonraki süreçle birlikte değerlendirilerek) etkili bir yol oluşturduğu belirtilmiştir.³⁸⁰

Diğer bir konu da, AİHM tarafından iç hukuktaki yolların toplam etkililiğine odaklanılması nedeniyle, isteğe bağlı idari başvuru yolunun diğer iç hukuk yollarıyla birleşmesi halinde etkili kabul edilebileceğidir. Örneğin Leander/İsveç kararında AİHM, kendisine verilmeyen gizli belgelerle ilgili olarak ihtiyari başvuru yolları öngören Milli Polis Kuruluna, Adalet Şansölyesine ve Ombudsmana başvurunun toplamda etkili başvuru hakkının gereklilikleri açısından yeterli görmüştür.³⁸¹

³⁷⁸ Danıştay 8. D., 19.02.1997, E:1995/1883, K:1997/579, Danıştay Dergisi S. 94, s. 484

³⁷⁹ SEZER-BİLGİN, a.g.m., s.359

³⁸⁰ A.Ş./Türkiye, AİHM, Başvuru No:58271/10, 13.09.2016

³⁸¹ Leander/İsveç, AİHM, Başvuru No: 9248/81, 26.03.1987

3.2.1.2. Zorunlu idari başvurular

Zorunlu idari başvurunun (itirazın) “zorunlu” niteliği, idari yargı yoluna başvurmadan önce tüketilmesi gereken bir başvuru yolu olmasını ifade etmektedir.³⁸²

Zorunlu/mecburi idari başvuru, ilgiliye idareye müracaat edip etmeme konusunda takdir yetkisi tanımamaktadır. İdari işlemi tebellüğ eden ilgili, idareye müracaat ederek, ondan alacağı açık veya zımni ret kararı üzerine dava açmalıdır. Bu müracaat yapılmadan doğrudan dava açılması halinde dava dilekçesinin “görevli idare merciine tevdiine” karar verilmektedir. Zorunlu idari başvuru süresi Anayasa ile güvence altına alınmış bulunan “hak arama hürriyeti” ile ilgili olan ve kanunla düzenlenmiş bulunan dava açma süresini sınırlandırıcı bir etki yaptığından zorunlu idari başvuruların kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Nitekim Danıştay’ın konuya yaklaşımı da bu şekildedir.³⁸³

Yasama organı, bazı idari başvuruların yapılmasını zorunlu kılmıştır. Örneğin, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre, “itirazen şikâyet, dava açılması öncesinde kullanılması zorunlu bir başvuru yoludur” (m.56/6). Diğer bir ifade ile ilgililer tarafından ihale işlemlerine karşı dava açmadan önce Kamu İhale Kurumuna itirazen şikâyet başvurusu yapılmak zorundadır. Yine 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’na göre, “idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir” (m.13). İdari eylemden kaynaklanan hak ihlallerinden dolayı ön karar alma amacıyla yapılan idari başvuru, idari dava açma süresini başlatıcı bir etkiye sahip olması nedeniyle uyumsuzluk doğuran bir işlemdir.

Danıştay kararlarına bakıldığında idarî eylemlerden doğan başvurularla ilgili oldukça çok sayıda karar bulunmaktadır. Danıştay 10. Dairesi bir kararında, davacıların 17 Ağustos 1999 tarihinde meydana gelen deprem dolayısıyla uğradıkları zararın, sadece idarî işlem sebebiyle değil, aynı zamanda idarenin önlem alma ve denetim görevini de yerine getirmemesinden, başka bir ifadeyle hareketsiz kalmasından kaynaklandığı göz önünde bulundurulduğunda, bakılmakta olan davada, dava açma süresinin 2577 sayılı Yasanın 13.

³⁸² ÖZTÜRK K. Burak; a.g.e., s.22

³⁸³ AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, Türk İdari Yargılama Hukuku, s. 229

maddesi uyarınca hesaplanması gerektiğine karar vermiştir.³⁸⁴ Ön karar almadan açılan davada idari merci tecavüzü söz konusu olacaktır. Bu durumda, mahkeme, idari merci tecavüzüne karar vererek dava dilekçesini idari eylemden doğan zarardan sorumlu olan ilgili idareye gönderir.

Fransız hukukunda geçerli olan idari işlem olmadıkça idari dava açılmayacağı kuralının bir yansıması olarak Türk hukukunda idari işlem olma koşulunun tam yargı davaları yönünden ön karar aracılığıyla sağlandığı ileri sürülmektedir.³⁸⁵

Zorunlu idari başvurular idari işlemi veya eylemi tesis eden makama, üst makama veya tamamen idareden ayrı bir kuruma/komisyonu yapılabilmektedir. (örneğin ihaleyi yapan birimden bağımsız olan Kamu İhale Kurumu gibi). Fransa uygulamasında da dava açılmasından önce zorunlu idari başvuruların idareye değil, genellikle başka bir bağımsız kurula yapıldığı görülmektedir.³⁸⁶

Zorunlu idari başvurular, idari eylemlerde olduğu gibi dava açma süresini başlatabileceği gibi, dava açma süresini durdurucu etkiye de sahip olabilir. Zorunlu idari başvurunun hiç yapılmaması halinde, mevzuatta öngörülen süre geçirildikten sonra zorunlu idari başvuru yoluna gidilemez. Süre geçtikten sonra yapılan idari başvurular etkili idari başvuru olma özelliğini kaybeder, dava açma hakkı kullanılamaz³⁸⁷ ve dava açma hakkı düşer.³⁸⁸ Zorunlu idari başvuru yapılmadan açılan davalarda ise, ilgili mahkemesinde dava dosyası hakkında idari merci tecavüzüne karar verilir ve dava dilekçesi ilgili merciye tevdi edilir.³⁸⁹

Bahse konu zorunluluk, yargı yoluna başvurmadan önce tüketilmesi gerekliliğini ifade etmekte olup, ilgilinin itirazda bulunmadığı takdirde herhangi bir yaptırımla karşılaşacağı anlamı çıkarılmamalıdır.³⁹⁰

³⁸⁴ Danıştay 10. D., 28.05.2007, E:2005/9126, K:2007/3069, Danıştay Dergisi S. 117, s.294

³⁸⁵ ÖZTÜRK K. Burak, a.g.e., s.19

³⁸⁶ YILMAZ Erdoğdu, Fransız İdari Yargı Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolları, Yurt Dışı Ziyaret Raporu, 2016, s.27

³⁸⁷ YILDIRIM, a.g.e.,s. 200

³⁸⁸ YENİCE_ ESİN, s. 248, (Aktaran SEZER_ BİLGİN, s. 357)

³⁸⁹ Danıştay 13. D., 28.06.2006, E:2006/1176, K:2006/2759, (www.danistay.gov.tr-05.05.2008-Aktaran SEZER-BİLGİN)

³⁹⁰ ÖZTÜRK Burak; a.g.e., s. 25

Etkili başvuru hakkı yönünden zorunlu idari başvuruların önemi şurada karşımıza çıkmaktadır; AİHM'e başvuru yapılabilmesi için iç hukuk yollarının tüketilmiş olması koşulu gereğince, iç hukuktaki usule göre bu yolların tüketilmesi aranmaktadır. Yani idari dava açmadan önce gidilmesi zorunlu bir idari başvuru yolu varsa, bu yolun da usulüne uygun şekilde tüketilmesi gerekmektedir.

AYM de benzer şekilde zorunlu idari başvuru yollarının tüketilmesi koşulunu aramakta, bir bakıma bu yolları etkili kabul etmektedir. Zorunlu idari başvuru yollarına örnek oluşturabilecek Kamu İhale Kurumuna yapılacak başvurular açısından, şikayet ve itirazın şikayet yollarından sonra dava yoluna gidilmesi gerektiği belirtilmektedir.³⁹¹ Buradan da görüleceği üzere zorunlu bir idari başvuru yolunun olması, bu yolun etkili olduğu varsayımına dayanmaktadır.

Bir temel hak veya özgürlüğün ihlal edilmesi halinde yapılan bir zorunlu idari başvurunun etkili başvuru hakkının kapsamında olduğu değerlendirilebilir. Zorunlu itirazların bir temel hak ve özgürlüğün ihlali iddiasını içerdikleri durumlarda yargı yoluna başvurulmasını geciktirdikleri için, bir yönüyle mahkemeye erişim ve etkili başvuru hakkını ihlal etme potansiyeli taşıdığı belirtilmektedir. Zorunlu itirazın kendisinin etkili başvuru hakkının kullanımı olarak görülmesinin, bu ihlal potansiyelini ortadan kaldırarak ihlali nötralize eden bir etki doğurmaya elverişli olduğu, bu durumda zorunlu itirazın, etkili başvuru hakkının yargı yoluna başvurulmasından önce kullanılmasını sağladığı için, bu hakkın ihlali bir yana, güçlendirilmesi anlamına geleceği ileri sürülmektedir.³⁹²

Peki mevzuatta zorunlu idari başvuru yolu olarak öngörülen bir yol, pratikte etkisiz ise bu durumda söz konusu başvuru yolu tüketilmeden AİHM önüne gidilebilir mi? Eğer söz konusu yol somut olay bağlamında ve birlikte ileri sürülen hakkın niteliğine göre, sonuç almaya elverişli olmayan, makul başarı şansı sunmayan veya yeterli giderim sağlamayan vb. özellikte ise etkisiz kabul edilebilecek ve ilgili hukuk yolunun tüketilmesi beklenmeksizin Anayasa Mahkemesine gidilebilecektir. Bu durumda iç hukuk yollarının etkili olduğunu

³⁹¹ Turkuaz Yemek Temizlik Güvenlik Hizmetleri ve Gıda Sanayi Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu, AYM, Başvuru No:2013/3389, 16.09.2015

³⁹² ÖZTÜRK, s. 143

ispat yükümlülüğü devlete ait olacaktır. AİHM bu durumda zorunlu idari başvuru yolunun tüketilmesi koşulunu aramayabilecek ve esastan incelemeye geçebilecektir.³⁹³

Öte yandan esas incelemesi sırasında da zorunlu idari başvuru yollarının somut olay bağlamında etkisiz görülebileceği haller bulunabilir. Zorunlu idari başvuru yolu tüketildikten sonra varsa diğer iç hukuk yollarının da konuya çözüm bulamaması halinde etkili başvuru hakkının ihlal edildiği sonucuna varılabilecektir. Örneğin zorunlu idari başvuru yolunun kullanılması neticesinde benzer olaylarda olumlu sonuç alınan hiçbir kararın bulunmaması halinde başvuru yolunun etkisiz olduğu sonucuna varılabilecektir.

3.2.2. Hukuki Sonuçları Açısından İdari Başvurular

İdari başvurular doğurdukları hukuki sonuçlara göre etkili ya da etkisiz idari başvurular olarak adlandırılabilirler. İlgilinin başvurusunun etkili ya da etkisiz olduğunu belirleyen kesin bir ölçüt bulunmayıp, bu tespiti yargı mercii netleştirmektedir.³⁹⁴

3.2.2.1. Etkisiz idari başvurular

Etkisiz idari başvurulara istitaf başvurusu da denilmekte olup, bu türdeki başvurular idareyi eylem ya da işlem yapmaya zorlamamaktadır. Bir başka deyişle, bu türdeki bir başvurular karşısında idare herhangi bir işlem yapma ya da yapmama konusunda serbesttir. Bu tür talep ve dilekleri yerine getirmeyen idareye karşı herhangi bir dava açılmaz, açılrsa da reddedilir.³⁹⁵ Fakat 3071 sayılı Dilekçe Kanununun 7. Maddesine göre her türlü idari başvuru idarece cevaplandırılmak zorundadır. Bu sebeple etkisiz idari başvuruların da hukuksal etkisinin olduğu unutulmamalıdır. Bu başvurulara “etkisiz” denilmesinin sebebi idarenin bu başvurulara cevap vermek zorunda olmaması değil, başvurunun içerdiği talep doğrultusunda idarenin işlem veya eylem yapmak zorunda olmamasıdır.³⁹⁶

³⁹³ Bu konuya örnek olarak olumsuz tutulma koşulları nedeniyle açılan davaları gösterebiliriz. Anayasa Mahkemesi K.A. kararında (AİHM içtihatlarıyla uyumlu şekilde) olumsuz tutma koşulları nedeniyle yaşanan ızdırap için tazminata hükmedildiğini gösteren herhangi bir adli veya idari yargı kararının bulunmadığını belirtmiştir, yani zorunlu idari başvuru yolu öngören İYUK md. 13’e göre bir başvuru yapılmasını ve devamında tam yargı davası açılmasını tüketilmesi gereken iç hukuk yolu olarak kabul etmemiştir. (Anayasa Mahkemesi daha sonra verdiği B.T. kararında bu içtihadından dönmüş ve tam yargı davası açılmasını bu tür davalar yönünden tüketilmesi gerekli iç hukuk yolu olarak kabul etmiştir.)

³⁹⁴ YILDIRIM Ramazan, a.g.e, s. 131

³⁹⁵ DURAN Lütfi, a.g.m., s. 64

³⁹⁶ KURTARAN Ceren, a.g.e, s.8

Etkisiz idari başvurular, herhangi bir hukuki sonuç doğurmayan, idareyi işlem veya eylem yapmaya zorlama gücü olmayan başvurulardır. Etkisiz idari başvuruların, iki türünden bahsetmek mümkündür. Birincisi, idarenin daha önce yaptığı bir işlem veya eyleme karşı itiraz niteliğinde olmakla birlikte, yasanın öngördüğü idari makamlara yapılmadığı için beklenen hukuki sonucu doğurmayan başvurular. Örneğin, hiyerarşik üstü bulunmasına rağmen, işlemi yapan makamın kendisine itiraz etmek gibi. İkincisi ise, hukuken korunan hiçbir hakkı ya da menfaati olmadığı halde doğrudan doğruya idarenin bir işlem ya da eylem yapması için yapılan başvurulardır. Bu tür başvurular herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz. Diğer bir deyişle, idarenin bu tür başvuruların içerdiği talepleri yerine getirme yükümlülüğü yoktur. Bu tür başvurular, dava açma süresi üzerinde durdurma etkisi göstermezler.³⁹⁷

Etkisiz idari işlemlerin en temel görünümünden biri idarenin yapmış olduğu bir idari işleme karşı hiyerarşik başvuru yolu varken, işlemi yapan ya da o konuda yetkisiz başka bir idari makama yapılan başvurudur. Bu durumda yapılan başvuru herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacak, bu başvuruya kanunun öngördüğü dava açma süresinin durması sonucu bağlanmayacaktır.³⁹⁸

Danıştay, ilgili mevzuatta idari başvuru yolu öngörülmemiş hallerde yapılan idari başvuruları etkisiz idari başvuru olarak kabul ederek, söz konusu başvurunun dava açma süresini durdurmayaacağına hükmetmiştir. “ETİ Krom A.Ş.Genel Müdür Yardımcısı ve Yönetim Kurulu Üyesi olarak görev yapmakta iken işlediği ileri sürülen fiili nedeniyle, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun (DMK) 125/D-f ve Teşekkül Personel Yönetmeliğinin 88/ö maddeleri uyarınca 2 yıl süre ile kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile cezalandırılmasına ilişkin Başbakanlık Disiplin Kurulunun 26.6.2000 günlü ve 3 sayılı kararının iptali istemiyle” açılan iptal davasının temyiz incelemesinde Danıştay, DMK’nun 135.maddesinde sadece uyarma ve kınama cezaları için itiraz hakkının düzenlendiği, kademe durdurması cezası için itiraz yetkisi düzenlenmediği için bu yöndeki başvuruyu etkili idari başvuru olarak kabul etmemiş ve “disiplin cezasına karşı yapılan itirazın işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurmayaacağı” gerekçesiyle davanın süre yönünde reddi yönünde karar vermiştir.³⁹⁹ Danıştay’ın içtihadı birçok yönden eleştirilebilir niteliklidir.

³⁹⁷ GÖZÜBÜYÜK-DİNÇER, İdari Yargılama Usulü, Turhan Kitabevi, Ankara1996, s.235,(Aktaran SEZER-BİLGİN, s. 342)

³⁹⁸ KURTARAN Ceren, a.g.e, s. 9

³⁹⁹ Danıştay 12. D., 17.02.2006, E:2003/873,K:2006/473 (www.danistay.gov.tr, aktaran SEZER-BİLGİN s. 342)

Öncelikli olarak, DMK'nun 135.maddesinde uyarma ve kınama cezaları için itiraz edilebileceği, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı yargı yoluna gidilebileceği düzenlenmiştir. Danıştay, bu düzenlemeyi zımnî yasaklama olarak yorumlamış ve uyarma ve kınama cezalarının dışındaki cezalar için itiraz yolunu kapatmıştır. Oysa hak arama hürriyeti açısından, açıkça yasaklanmadığı sürece idari başvuru yolunun var olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Danıştay'ın söz konusu kararında, DMK'nun özel kanun olması itibariyle 2577 sayılı Yasada öngörülen düzenlemenin bu olayda uygulanamayacağından bahsedilmektedir. Teorik olarak genel kanun karşısında özel kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmekle birlikte, söz konusu genel kanun tarih itibariyle daha sonra yapılmış bir kanundur ve kanun koyucunun iradesi de idari başvuru yolunu açmak yönündedir. Dolayısıyla, kanunda açıkça yasaklayıcı bir hüküm olmadığı halde “sırf kanunda olmadığı” gerekçesiyle, bazı disiplin cezalarında idari başvuru yolunun kapatılması hakkaniyete aykırı olduğu gibi, usul ekonomisi açısından da uygun bir yorum değildir.⁴⁰⁰

Ayrıca kanunda öngörülen süre geçtikten sonra başvuru yapılması da etkisiz olarak değerlendirilebilir. Fransız Danıştay'ına göre, süresinden sonra yapılmış bir idari başvurunun yararı, yetkili makamın başvuruyu işlemin hukuka uygunluğunu ispatlayarak cevaplayabilecek olmasından ve işlemde yararlananın idari makamdaki hukuka uygun yeni bir karar için işlemin geri alınmasını isteyebilecek olmasından kaynaklanmaktadır. Bu durumda, idari başvurunun, davayı engelleyici bir etkiye sahip olabileceği ileri sürülmektedir.⁴⁰¹

AİHM açısından 13. Maddenin uygulamasında etkisiz idari başvurular, şu açıdan önemlidir: Sözleşmenin 35. Maddesine göre iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulu aranırken, etkili başvuru yollarının iç hukuktaki usul kurallarına uygun şekilde tüketilmesi gerekmekte, aksi durumda kabul edilmezlik kararı verilmektedir.

Eğer süresinden sonra yapılan bir idari başvuru varsa, ya da yetkisiz idari makama yapılan başvurular üzerine bireysel başvuru yoluna gidilmesi söz konusu ise, iç hukuk

⁴⁰⁰ SEZER-BİLGİN; a.g.m, s. 343

⁴⁰¹ VIEL Marie-Therese, İdari Başvuru ve İdari Yargı Birleşimi, Çeviren:ÖNÜT Lale Burcu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2013, Cilt.14, Sayı:1, 2012, s.67-78

yollarının usulüne uygun şekilde tüketilmemiş olmasından ötürü AİHM kabul edilmezlik kararı verebilecektir.

Burada karıştırılmaması gereken husus şudur: AİHS md. 13 ilgili iç hukuk yolunun çare sunma kapasitesine odaklanır. Etkisiz idari başvurular yönünden ise öne çıkan husus, başvuru yolunun kendisi değil, somut olarak yapılan başvurunun kendisinin gerekli koşulları sağlamadığıdır. Bununla birlikte her durumda, 13. Maddeye göre yapılacak bir tahlilde, iç hukukun öngördüğü kurallara uygun şekilde ve gerekli özen yükümlülüğü yerine getirilerek başvuru yolları tüketilmelidir. Aksi durumda 13. Maddenin esastan incelenememesi riskiyle karşılaşılabilir.

3.2.2.2. Etkili idari başvurular

Etkili idari başvurular içerdiği talepler ile idareyi işlem ya da eylem yapmaya sevk eden başvurulardır. DURAN’ın, etkili idari başvuru yerine “kanuni müracaatlar” terimini kullandığı ileri sürülmekte ise de⁴⁰², esasen başvuran açısından bir ayırmadan ziyade idare açısından bağlı yetkinin olduğu durumlara işaret eden “kanuni müracaatlar”ın, idareye başvurulması halinde idarenin işlem tesis etmekte zorunlu olduğu durumlara hasredildiği anlaşılmaktadır. İdarenin takdir yetkisinin olduğu konularda yapılan başvuruları ise DURAN istitif başvuruları içerisinde değerlendirmiştir.

Bu nedenle “etkili idari başvurular” terimi üzerinde doktrin tarafından uzlaşılan bir anlam olduğu söylenememektedir. Etkili idari başvurular üzerine, -etkisiz idari başvuruların tersine-idarenin takındığı tavrın dava konusu edilebileceği, başka bir deyişle idari dava mekanizmasının başlangıcının etkili idari başvurular ile gerçekleşeceği ileri sürülmektedir.⁴⁰³ Oysa, idarenin takdir yetkisinin olduğu konular hakkında da idareye başvuru yapılabilmekte ve bu başvurunun reddi üzerine idari yargı mercilerinde dava açılabilir.

Kanaatimizce dava edilebilme ölçütü ya da idarenin başvuru sonrasında işlemi yapıp yapmama konusunda takdir yetkisinin olup olmadığı ölçütü, başvurunun etkili olup olmadığını değerlendirme konusunda elverişli ölçütler değildir. Bir işlemin dava konusu

⁴⁰² YILDIRIM Ramazan, a.g.e, s.69

⁴⁰³ KURTARAN ,a.g.e, s.9

edilebilmesi yargılama hukukuyla ilgili bir konudur. Oysa başvuruların mahiyeti yargılama hukukuna ait birtakım kurallar çerçevesinde anlamlandırılmaz. Örneğin, bir yayın lisansı talebiyle yapılan başvuru etkili bir idari başvuru olmasına rağmen, idarenin cevap verme süresi dolmadan buna karşı dava açılmamakta, açılırsa da vaktinden önce açılmış dava olduğundan kesin ve yürütülebilir işlem olmaması nedeniyle incelenmeksizin reddedilmektedir. Ayrıca idarenin hem takdir yetkisinin olduğu işlemler hakkındaki hem de bağlı yetkili olduğu işlemler hakkındaki başvurular etkili idari başvurular olabilir. Bağlı yetki ya da takdir yetkisine sahip olma durumu idarenin hareket serbestisine ilişkin bir konu olup, takdir yetkisine dahil hususlar hakkında yapılan başvuruların etkisiz başvurulara sebebiyet vereceği söylenemez.

Benzer şekilde idareyi işlem ya da eylem yapma yükümlülüğü altına sokan başvuruların etkili idari başvurular olduğu da savunulmuştur.⁴⁰⁴ Oysa idare açısından oluşan zorunluluk yalnızca dikkate alma zorunluluğu olarak yorumlanmalıdır. Bunun ötesinde, yapılan başvuru üzerine idare tarafından zorunlu olarak işlem tesis edilmesi durumunda etkili idari başvuru olduğunu kabul etmemiz halinde, başvurunun idarenin sadece bağlı yetkiye sahip olduğu alanlarda onu harekete geçiren bir prosedürden başka bir anlamı kalmaz.

Diğer yandan dava edilebilme ölçütü uyumsuzluk çıkması ihtimalini ön plana almaktadır. Oysa her zaman talepler bir başvurunun sonrasında hemen dava açılmasını gerektirmez. Bu yaklaşım, bizi idareyle bireylerin arasında uçurum olması gibi bir anlayışa götürmektedir. Örneğin aşılma zorunluluğuna ileride tabi tutulmama istemiyle yapılan başvuru, etkisiz bir idari başvuru mudur? Burada ilerideki bir uygulamanın kapsamına girmemek amacıyla başvuru yapılmaktadır. İdarenin takdir yetkisi yine devam etmekte, ancak ilgilinin talebi de dikkate alınabilmektedir. Bu anlamda tamamen etkisiz bir başvuru olduğu söylenememektedir. Ayrıca bu başvurunun etkililiğini tespit etmede yargılamaya ilişkin kuralların rol oynamasına gerek bulunmamaktadır.

Bu yaklaşım, etkili-etkisiz işlem ayrımını eleştiren ÖZAY'ın düşüncesine⁴⁰⁵ idareye yapılan başvurular yönünden benzemektedir. Etkisiz idari işlem olmayacağını savunan müellef gibi, kanaatimizce her idareye yapılan her başvurunun da bir etkisi vardır. Ancak

⁴⁰⁴ YILDIRIM, a.g.e, s.69

⁴⁰⁵ ÖZAY, İl Han, Günişğinde Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 408

idarenin başvuruya verdiği tepki önemlidir. Bu tepki açık veya zımni olarak idarenin iradesini ortaya koyan ve hukuksal durumda değişiklik yapan bir görünüme kavuştuğunda dava edilebilir hale gelmektedir. Ancak idareye yapılan başvuruların yalnızca yargılama hukuku yönünden taşıdığı değerle sınırlı incelenmesi yeterli görülmeyerek eleştirilmektedir.⁴⁰⁶ Buna göre, İdari başvurular hak arama özgürlüğünün yargısal yol dışında kullanılması ve idarenin denetimi ile kamu yararının korunması açılarından da büyük önem taşıdığından, konunun literatürde daha çok ele alındığı şekilde; yalnızca iptal davasının kabul edilebilirlik şartları açısından incelenmesi yetersizdir.⁴⁰⁷

İdari başvurular yönünden icrailik kavramının da önemli olduğu kanaatindeyiz. Buna göre eğer idareye yapılan başvurunun içeriği idarenin hukuksal durumda değişiklik yapan icrai bir işlemine ilişkin ise, aleyhinde kanun yollarına müracaat edilmesinden söz edilebilir.⁴⁰⁸ İdare ise başvuru üzerine yeni icrai bir karar alabilir ya da başvuruyu reddedebilir. İdarenin sessiz kalması halinde ise talebin zımnen reddedildiği varsayılmaktadır. İdarenin icrai olmayan kararları ise hazırlık işlemleri, görüş bildirme, iç düzen faaliyetlerine ilişkin işlemler, bildirim işlemleri, uygulama işlemleri gibi işlemlerdir.⁴⁰⁹ Dolayısıyla bu tür işlemlere yönelik başvurular da hem icrai işleme vücut vermediklerinden dava konusu edilemezler, hem de etkili başvuru hakkı yönünden ihlali ortadan kaldırma potansiyelleri sınırlıdır. İdari eylemler nedeniyle yapılan başvurularda da, belli bir tazminat istemini içeren, hizmet kusuru iddiasına dayanan, belli bir faaliyete son verilmesini talep eden başvurular etkili başvuru hakkı bakımından anlamlı görülebilir.

Etkili başvuru hakkı yönünden ise, yapılan başvuru üzerine idarenin ihlali giderebilme konusunda makul başarı şansı sunma kapasitesi önemlidir. Başvuru üzerine idarece yapılan değerlendirme sonucunda ihlalin ortadan kaldırılması, durdurulması veya zarar doğmuşsa telafi imkanı sunulması mümkün olmadığı takdirde dava açılması gündeme gelebilir. Bu durumda da yargısal başvuru yolunun var olması ve etkili olması önem kazanmaktadır. Bununla birlikte özellikle yargı yoluna kapalı olan işlemler yönünden idareye yapılan başvuruların etkililiği incelenirken doğrudan yargılama hukukunun koşulları değil, söz konusu yolun ilgili hakkındaki hak ihlali iddiasını ortadan kaldırabilme veya

⁴⁰⁶ İŞÇİ Jülide, İdari Mercî Tecavüzü, Akdeniz Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2019, s. 19.

⁴⁰⁷ SEZER-BİLGİN, a.g.e., s.341.

⁴⁰⁸ DURAN, a.g.m., s.155

⁴⁰⁹ AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA; a.g.e., s. 306

uygun telafi imkanı sunabilmesi önem kazanmaktadır. Üstelik AİHM'in kavramlara iç hukukta verilen anlamla bağlı olmadığını da dikkate aldığımızda bütünsel bir yaklaşımla, yapılan başvurunun çare sunma kapasitesinin daha çok önem kazandığı belirtilebilir.

Bu tartışmalardan sonra şunu söyleyebiliriz ki: bir başvurunun AİHS md. 13 uyarınca iç hukuk yolunun etkililiğini test etmeye elverişli olduğu durumlarda, başvurana ilişkin koşulların varlığına, başvurulanan makamın niteliğine, başvurunun içeriğine ve başvuru yolunun etkililiğine bakılarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Buna göre, temel hakların ihlali iddiasını içeren, idareyi icrai nitelikte karar almaya sevk edebilecek ya da idarenin hizmet kusuru iddiasına dayalı olarak tazminat istemli başvurular AİHS'nin 13. Maddesinin uygulama alanını oluşturabilecektir. Başvuru sonucunda ise olumlu sonuç alınmasından ziyade idarenin bu başvuruyu değerlendirme şekli ve yöntemi önemlidir.

İdarece dikkate alınması zorunluluğu bulunmayan, belli bir içeriğe sahip olmayan, karmaşık ve zorlama istemler ile temellendirilmemiş, belli bir amaca yönelmemiş, soyut istekleri barındıran başvurular ise 13. Maddenin uygulamasına vücut veremeyecektir.

3.2.2.3. Etkili başvuru hakkı ile etkili idari başvurular arasındaki farklar

Tüm bu anlatımların ışığında, AİHS md. 13'te tanımlanan etkili başvuru hakkının sağlanmasına esas olan etkili başvurunun Türk hukukundaki "etkili idari başvuru" kavramıyla kısmen örtüştüğünü, ancak aralarında birtakım farkların bulunduğunu söyleyebiliriz. Şöyle ki;

-Etkili başvuru hakkı, ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve eki protokollerde tanımlanan bir hakkın ihlal edildiği durumlarda söz konusu olabilirken, etkili idari başvuru sadece söz konusu hakların ihlaline ilişkin olarak değil, bir idari işlemin ortadan kaldırılması, geri alınması vb. taleplerle de yapılabilir.

-Etkili başvuru hakkı, iç hukuktaki idari, siyasi ve yargısal yolların etkililiğine odaklanırken, etkili idari başvurular sadece idari başvurular yönünden incelenmekte ve başvuru yolunun değil, başvurunun kendisinin etkililiği değerlendirilmektedir.

-Etkili başvuru hakkı, sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve eki protokollerde tanımlanmış haklar yönünden koruma sağlarken, etkili idari başvuru bunun ötesine geçerek

Anayasamızda olup AİHS’de yer almayan ve hatta diğer uluslararası sözleşmelerin kapsamındaki bazı haklar yönünden de korunma sağlayabilecek bir etki alanına sahiptir.

-Etkili başvuru hakkı, AİHM tarafından yapılan yargısal denetimde başvuru yollarının tüketilmesi koşuluyla bağlantılı olarak diğer haklarla birlikte ele alınırken, etkili idari başvuru, idarenin iradesinin belirginleştirilmesi amacıyla tek başına doğrudan idareye de yöneltilebilmektedir.

-Etkili başvuru hakkı, ihlal gerçekleşikten sonra özellikle yargısal süreçteki incelemede ele alınan ardıl denetime imkan verirken, etkili idari başvuru öncül denetimi ve kamuoyu denetimini de sağlayabilecek güçtedir.

-Etkili başvuru hakkının ileri sürülebilmesi başvuru yollarının tüketilmesini zorunlu kıldığından temel hakka ulaşmayı geciktirirken, etkili idari başvuru iç hukukta hızlı olarak kullanılabilecek bir yol olduğundan işlemde kaynaklı ihlallerde temel hakka ulaşmayı kolaylaştırıcı niteliktedir.

-Etkili başvuru yolu tüm başvuru yollarının etkililiği bakımından toplam şekilde sorgulanırken, etkili idari başvuru yalnızca başvurunun yapıldığı idari makam yönünden değerlendirilmektedir.

Sonuç olarak etkili idari başvurular, etkili başvuru hakkının başlangıç noktasını teşkil etmektedir. Yapılan idari başvurulardan sonuç alınamaması halinde varsa diğer iç hukuk yolları da kullanıldıktan sonra bunların hiçbirinin ihlali giderememesi halinde AİHS md. 13 anlamında bir ihlal oluşması ihtimali doğabilmektedir.

3.2.3. Başvurulan Makama Göre İdari Başvurular

İdari başvuruların sınıflandırılmasında hangi kamusal makama başvuru yapıldığı önem arz etmektedir. Karmaşık yetki düzenlemelerinin bulunduğu mevzuatımızda sorunun çözümlenebilmesi amacıyla başvuru yapılan makamlar kimi zaman idarenin kendisi iken, kimi zaman da idarenin dışında örgütlenmiş bağımsız kurul yapısında olabilmektedir. İdarenin dışında olan mekanizmalar düzenleyici ve denetleyici kurullar olabileceği gibi, idare ile ilişkilendirilen ancak düzenleyici ve denetleyici kurul yapısında olmayan kurumlar veya komisyonlar da olabilmektedir.

3.2.3.1. Düzenleyici ve denetleyici kurullara yapılan başvurular

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar veya Üst Kurullar, kamu tüzel kişiliğine sahip olan tipik idari kurumlara oranla çok daha fazla idari özerkliğe sahip olup, belli sektörlerde veya alanlarda düzenleme ve denetleme faaliyeti yürüten idari kurumlardır.⁴¹⁰

Bağımsız idari otoriteler olarak da adlandırılan bu kurumlar, organik ve fonksiyonel açıdan bağımsız kurumlardır. Doğrudan kamu hizmeti ifa etmeyen bu kurumlar, kamusal yaşamın duyarlı sektörlerinde regülasyon faaliyeti yürütürler ve bu faaliyet sonucunda hukuka aykırı davranışlar hakkında müeyyide uygulama yetkisine de sahiptirler.⁴¹¹

Düzenleyici ve denetleyici kurullara başvuru yolu, zorunlu idari başvuru yolu olarak öngörülebileceği gibi (Ör: Kamu İhale Kurulu'na ihalenin iptali istemiyle yapılan başvurular), ihtiyari başvuru yolu şeklinde de öngörülebilmektedir (Ör: Ara bağlantı sözleşmelerine ilişkin Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu'na yapılan başvurular).

Düzenleyici ve denetleyici kurullara yapılan başvurular sonucunda alınan kararlar yine yargı denetimine tabi olmaktadır. Bir anlamda, yargı makamlarının önüne götürülmeden önce ilgili Kurul tarafından, uzmanlık gerektiren faaliyet alanında hassas sektörlerin gerekleri gözetilerek, daha kısa sürede çözüm bulunabilmesi sağlanabilmektedir.

Söz konusu Kurullar daha ziyade ekonomi, enerji, iletişim, basın gibi konularda düzenlemeler yaptıklarından, insan haklarına ilişkin bağlantı noktası özellikle mülkiyet hakkı, özel hayatın gizliliği, ifade özgürlüğü, adil yargılanma hakkına ilişkin konularda ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla bu haklarla birlikte ileri sürülen etkili başvuru hakkı açısından düzenleyici ve denetleyici kurul işlemleri de AİHM tarafından değerlendirmeye alınabilmektedir.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun III sayılı cetvelinde yer alan 11 kurum düzenleyici ve denetleyici ve denetleyici kurumlar olarak belirtilmiştir. Buna göre; Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu, Sermaye

⁴¹⁰ ULUSOY Ali D., Türk İdare Hukuku, Cilt I Genel İdari Esaslar ve İdari Teşkilat, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 258

⁴¹¹ AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA; Türk İdare Hukuku, s. 320

Piyasası Kurulu, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Kamu İhale Kurumu, Rekabet Kurumu, Kamu Gözetimi Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu, Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Nükleer Düzenleme Kurumu ile Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu ülkemizdeki düzenleyici ve denetleyici kurumlar olarak belirtilmiştir.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların ana özelliklerinden biri olan bağımsızlık unsuru, etkili başvuru yolu olma potansiyelini güçlendirmektedir. Her kurumun mevzuatında belirtilen kurallar çerçevesinde farklılıklar olsa da genel olarak gerek organik gerekse işlevsel açıdan bu kurumların bağımsız olması, uyuşmazlık çözme fonksiyonlarının bulunması, usuli teminatlar olarak tarafların sözlü olarak dinlenmesi, uzman görüşüne başvurabilmeleri, diğer kurum ve kuruluşlardan gerekli bilgi-belgeleri temin edebilmeleri, gerektiğinde yaptırım uygulayabilmeleri, ilgili işlemi durdurabilmeleri ve tazminata karar verebilmeleri, kararlarının bağlayıcı olması etkili başvuru hakkının kurumsal gerekliliklerini karşılayabilecek niteliktedir. Bununla birlikte her kurum yönünden pratikteki etkililik sorgulanmalı ve olayın özelliğine göre birlikte ihlal edildiği ileri sürülen hakkın niteliğine bakılarak değerlendirme yapılmalıdır.

Düzenleyici ve denetleyici kurullara yapılan başvurular yönünden AİHM'in önüne gelen uyuşmazlıklar kurumun başvurular konusundaki etkililiğinden daha ziyade yargısal aşamadaki gerekliliklere ilişkin açıklamalar içermektedir.

Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun uyguladığı idari yaptırım kararının düşünce ve haber alıp verme hürriyetine aykırı olduğunun ileri sürüldüğü bir davada, başvuran idare mahkemeleri önünde ileri sürdüğü yürütmenin durdurulması taleplerinin sürekli reddedilmesinden dolayı etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştü, AİHM ise 13. Maddenin başvuranın talep ettiği sonuca ulaşmasını garanti etmediği belirtilerek, 10. Maddenin ihlal edildiğine karar vermiş ancak 13. Madde açısından başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.⁴¹²

İnternete erişim engeli konulmasına ilişkin Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının işlemine karşı açılan bir davada, ifade özgürlüğü ile birlikte etkili başvuru

⁴¹² Özgür Radyo/Türkiye Davası, AİHM, Başvuru No:64178/00, 64179/00, 64181/00, 64183/00, 64184/00, 30.03.2006

hakkının da ihlal edildiği ileri sürülmüş, başvuran bir mahkeme tarafından uyuşmazlık konusu tedbir kararının kontrol edilmesi amacıyla etkili bir iç hukuk yolunun oluşturulmadığını belirtmiştir. AİHM bu davada, 10. Madde yönünden ihlal kararı verilirken temel hukuki sorunların ele alındığını, 13. Madde yönünden ayrı bir inceleme yapılmasına gerek bulunmadığını kararda belirtmiştir.⁴¹³

Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu tarafından alınan acele kamulaştırmaya ilişkin bir davada, başvuranlar yargı kararlarıyla iptal edilen idari işlemin uygulanmaya devam edilmesi nedeniyle mülkiyet hakkı ile birlikte etkili başvuru hakkının da ihlal edildiğini ileri sürmüş, AİHM ise, kararlarını iptal eden mahkeme kararlarının kesinlikle somut bir etki yaratmadığını, bu durumun, başvuranların, mülkiyet haklarını ihlal eden işlemlerin yasaya uygunluğuna itiraz etmek için sahip olmaları gereken hukuk yoluna başvurma haklarının anlamsız, teorikte kalan, asılsız ve dolayısıyla etkisiz hale gelmesi ile sonuçlandığını belirtmiştir. Ancak mülkiyet hakkının ihlaline karar vermiş olmasına rağmen etkili başvuru hakkı yönünden ayrıca hüküm kurmamıştır.⁴¹⁴

Bir başka uyuşmazlıkta Türkiye İmar Bankası T.A.Ş.'nin yetkisiz olarak Devlet İç Borçlanma Senedi satışında devletin sorumluluğunun bulunduğu belirtilerek Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ile Sermaye Piyasası Kurulu'na karşı açılan davalar devam ederken çıkarılan kanuna dayanılarak davanın reddedilmesinin adil yargılanma hakkı, mülkiyet hakkı ve etkili başvuru hakkını ihlal ettiği ileri sürülerek yapılan başvuruda Anayasa Mahkemesi, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiş ancak mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin iddialar yönünden başvuru yollarının tüketilmemiş olduğu gerekçesiyle iddianın kabul edilemez olduğuna karar vermiş, etkili başvuru hakkı ihlaline ilişkin ise bir tespit yapmamıştır.⁴¹⁵

Etkili başvuru hakkı yönünden, düzenleyici ve denetleyici kurulların uyguladıkları yaptırımların özel bir önemi vardır. Söz konusu Kurulların bu yetkisi AİHM tarafından maddi anlamda cezai nitelikte görülebilmektedir. Bu durumda bağımsız idari otoritelerin

⁴¹³ Ahmet Yıldırım/Türkiye Başvurusu, AİHM Başvuru No:3111/10, 18.12.2012; benzer yönde Cengiz ve Diğerleri/Türkiye Başvurusu, AİHM Başvuru No:48226/10 ve 14027/11, 01.12.2015

⁴¹⁴ Yel ve Diğerleri/Türkiye Davası, AİHM, Başvuru No:28241/18, 13.07.2021

⁴¹⁵ Mehmet Fatih Akın ve Diğerleri Başvurusu, AYM Başvuru No:2013/7035, 30.03.2016

işlemleri yönünden de adil yargılanma hakkına uygunluk değerlendirmesi yapılabilecektir.⁴¹⁶

Benzer bir yaklaşımla, organik anlamda mahkeme statüsünde olmasalar da bağımsız idari otoritelerin sahip oldukları uyuşmazlık çözümleme yetkisinin de adil yargılanma hakkına uygun şekilde kullanılması gerektiği söylenebilir.⁴¹⁷ Başvurunun içeriğine göre 6. Maddenin kapsamı dışında bulunması halinde ise etkili başvuru hakkı yönünden aynı gerekliliklerin olaya uygulanabileceği değerlendirilmektedir.

Düzenleyici ve denetleyici kurullar arasında yer alan Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nu temel hak ve özgürlüklerin ihlali iddiaları açısından özel olarak incelemek gerekmektedir.

Ülkemizde 2010 yılında yapılan değişiklikle Anayasa'nın 20/3. maddesine kişisel verilerle ilgili bir madde eklenmiştir. 2016 yılında 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu çıkarılmıştır. Bu kanun kapsamında Kişisel Verileri Koruma Kurulu oluşturulmuş ve veri güvenliğinin ihlal edildiği iddiasıyla Kurula başvuru yapılması imkanı anılan kanunla getirilmiştir. Ayrıca 6698 sayılı Kanunun kabul edilmesiyle bir anlamda 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ile getirilen düzenleme de tamamlanmıştır.⁴¹⁸

Kanunun 15. maddesiyle, Kurul tarafından yapılacak incelemenin usul ve esasları düzenlenmiştir. Buna göre, Kurul, şikâyet üzerine veya ihlal iddiasını öğrenmesi halinde resen, görev alanına giren konularda gerekli incelemeyi yapabilecektir. Bu inceleme, şikâyete ya da resen öğrenilen ihlal iddiasına münhasır olacaktır.

Bir kimse özel hayatın gizliliğinin ihlal edilerek kişisel verilerinin hukuka aykırı şekilde ele geçirildiği, kullanıldığı gibi iddialarla Kişisel Verileri Koruma Kuruluna başvurabilmektedir. Kanunda tanımlanan iki yoldan biri başvuru yolu, diğeri de şikâyet yoludur.

⁴¹⁶ GÜRSEL Meltem Kutlu: "Sermaye Piyasası Kurulu'nun Denetimi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, Cilt: 7, İzmir, 2005, s. 537

⁴¹⁷ ÖZTÜRK, a.g.e., s.188

⁴¹⁸ AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, Türk İdare Hukuku, s. 553

Başvuru yolunda, ilgili kişilerin, veri sorumlusuna başvurarak; kendileriyle ilgili kişisel verilerin işlenip işlenmediğini öğrenmek, işlenmişse bunları talep etmek, verinin muhtevasının eksik veya yanlış olması halinde bunların düzeltilmesini, hukuka aykırı olması halinde ise silinmesini, yok edilmesini ve buna göre yapılacak işlemlerin verilerin açıklandığı üçüncü kişilere bildirilmesini ve verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zararlarının giderilmesini talep etme hakları bulunmaktadır.

Bu kapsamda ilgili kişilerin, Kanunun uygulanmasıyla ilgili taleplerini, öncelikle veri sorumlusuna iletmeleri gerekmektedir. Kanun, kişisel verilerin korunması kapsamındaki başvurular için kademeli bir başvuru usulü öngörmüştür. İlgili kişilerin, sahip oldukları hakları kullanabilmeleri için öncelikle veri sorumlusuna başvurmaları zorunludur. Bu yol tüketilmeden Kurula şikâyet yoluna gidilemez. Kanunda, kişilik hakları ihlal edilen ilgililerin genel hükümlere göre tazminat hakları saklı tutulmuştur.

Şikâyet başvurusunda ise, ilgili kişinin şikâyet yoluna başvurulabilmesi için ilk olarak veri sorumlusuna Kanunun 13. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvurunun reddedilmesi, verilen cevabın yetersiz bulunması veya 30 gün içinde başvuruya cevap verilmemiş olması gereklidir. İlgili kişilerin veri sorumlusuna başvurmadan doğrudan Kurula şikâyet yoluna gitmesi mümkün değildir.

Ayrıca Kurula, telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve açıkça hukuka aykırılık şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde, nihai karardan önce veri işlenmesinin veya verinin yurtdışına aktarılmasının durdurulmasına karar verme yetkisi verilmiştir. İlgililerin, Kurulca verilen kararlara karşı idare mahkemelerinde dava açabilmeleri mümkündür.

Kişisel Verileri Koruma Kurulu'na yöneltilen bir şikâyet başvurusunun AİHS md. 13 anlamında etkili bir başvuru yolu öngördüğünü söyleyebilir miyiz? Örneğin özel hayatın gizliliğinin ihlali iddiası varsa bu başvuru anılan yönden değerlendirilebilir hale gelmektedir. Başvuru yapılan ulusal makamın yeterince bağımsız olması gerekmektedir ki, Kişisel Verileri Koruma Kurumu ihlale sebep olan idareden veya özel kişiden bağımsızdır denilebilir. Ancak Kurul üyelerinin seçilme-görevden alınma usulleri de önemlidir. Meclis ve Cumhurbaşkanı tarafından üyelerin seçilmesi öngörüldüğünden geniş katılımlı bir Kurul yapısı olduğundan söz edilemese de diğer unsurlarla birlikte ele alındığında yeterli

bağımsızlığa sahip olduğu değerlendirilebilir. Geniş yetkilerle donatılma, yani ihlali giderme, durdurma vb. konusunda da sorun olmadığı görülmektedir. Zira Kurum, veri işlenmesinin ya da verinin yurt dışına aktarılmasının durdurulmasına karar verebilmektedir. Ayrıca Kurul kararlarının bağlayıcı olduğu da anlaşılmaktadır. Her ne kadar Kurul ihlali tespit ettiğinde doğrudan tazminata hükmedemese de, Kanunun 14. maddesinde kişilerin genel hükümlere göre tazminat haklarının saklı olduğu belirtilmek suretiyle bu durum gözetilmiştir. Ayrıca Kurumun araştırma, inceleme yetkileri de bulunmaktadır. Dolayısıyla 13. Maddede belirtilen kurumsal gereklilikler yönünden şartları sağladığı belirtilebilir.

Bu yolun pratikte etkili olduğu söylenebilir mi? İlgililerin veri sorumlusuna başvuru yapmadan Kurula şikayet başvurusunda bulunmaları mümkün olmadığından erişilebilirlik unsuru yönünden tereddütler bulunmaktadır. Ayrıca etkililik unsurunu değerlendirirken Kurulun istatistiklerine bir göz atmak faydalı olacaktır. 2021 yılı Faaliyet Raporuna göre⁴¹⁹ Kurula yapılan başvurular ve sonuçları şu şekildedir:

Geçmişten Devrolan ve 2021 Yılında İletilen Tüm İhbar ve Şikayetlerin Dağılımı

	2021 Yılında Kuruma İletilen İHBAR / ŞİKAYET	Geçmiş Yıllardan Devrolan İHBAR / ŞİKAYET	TOPLAM
Toplam İhbar/Şikayet Sayısı	10.060	1.100	11.160
1) Değerlendirmesi Devam Eden	888	423	1.311
2) Sonuçlandırılan	9.172	677	9.849
Usul Şartlarını Taşımadığından Reddedilen	6.554	192	6.746
Kişisel Veri İşleme Faaliyeti Durdurulan	1	-	1
Kanun Kapsamı Dışında Kalan	2.239	155	2394
Kanuna Aykırılık Bulunmayan	327	135	462
İdari Para Cezası Uygulanan	34	115	149
Talimatlandırılan	17	80	97

Şekil 3.1. Kişisel Verileri Koruma Kuruluna Yapılan Şikâyetlerin Dağılımı

Tablodan görüldüğü üzere, Kişisel Verileri Koruma Kurulu'na yapılan başvuruların büyük çoğunluğunun usul şartlarını taşımadığından reddedildiği, yine büyük bir kısmının ilgili Kanunun kapsamı dışında kaldığından reddedildiği görülmektedir. Bu noktada, usul

⁴¹⁹ <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/eaf2f71e-efa5-48e2-9326-9b7fa2813193.pdf>, Erişim tarihi:12.10.2023

kurallarının kişilerin başvuru yapmasını zorlaştıracak nitelikte olup olmadığı sorgulanmalıdır. Başvuruların %68'inin usul yönünden reddedildiği, % 24'ünün ise Kanun kapsamında bulunmadığı belirtilerek reddedildiği bir düzenlemenin, hak ihlalini gidermede kişilere makul başarı şansı sunduğunu söylemek güçtür. Bu nedenle kurumsal açıdan etkili varsayılabilecek olan bu başvuru yolunun uygulamadaki etkililiğinin artırılması için özellikle mevzuatın gözden geçirilmesinde fayda olduğu belirtilebilir.

Nitekim, AB Türkiye 2023 İlerleme Raporunda;

“Kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak, 2016 tarihli Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, başta Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) ve Kolluk Direktifi (LED) olmak üzere AB müktesebatıyla hâlâ uyumlu değildir ve bu durum, Eurojust ve Europol ile güçlendirilmiş operasyonel işbirliği de dâhil olmak üzere, çeşitli politika alanlarında potansiyel bir engel teşkil etmektedir. Müktesebat uyumunda ilerleme kaydetmek amacıyla 2021'de kurulan bilim komisyonu çalışmalarına devam etmiştir ancak ilerleme beklenenden yavaş olmuştur. Mevzuatın, özellikle kişisel verilerin yargı ve kolluk makamlarınca işlenmesine ilişkin istisnalar ile Kişisel Verileri Koruma Kurumunun bağımsızlığı bakımından iyileştirilmesi gerekmektedir. Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi'ni Tadil Eden 2018 Protokolü (Avrupa Konseyi Antlaşmaları Serisi No 223) hâlâ imzalanmamıştır.”⁴²⁰ Şeklinde tespitler yer almıştır.

Dolayısıyla Kişisel Verileri Koruma Kurulu'na yapılan başvuruların etkili başvuru hakkının gerekliliklerini sağlayabilmesi için Kurulun bağımsızlık unsurunun geliştirilmesi ve özellikle pratikteki etkililiğin artırılması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi Ümit Eyüpoğlu başvurusunda, başvurucunun kullandığı telefon hattı ile ilgili bilgilerin verilmesine yönelik talebinin reddedilmesi nedeniyle özel hayata saygı hakkı kapsamındaki kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ile bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin olarak verdiği kararda:

“...Anayasanın 20. Maddesinde güvence altına alınan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına ilişkin güvenceler ile 6698 sayılı Kanun ve hukuk sistemimizde mevcut olan düzenlemelerin mevcut başvuruya konu uyumsuzlukta uygulanması yönünde bir engel olmadığı gözetildiğinde yasal altyapı oluşturmak bağlamında pozitif yükümlülüklerin yerine getirildiği söylenebilir. Ancak bu hukuk yolunun teorik olarak mevcut olması pozitif yükümlülüklerin yerine getirildiğini ifade edebilmek bakımından yeterli olmayıp ayrıca bu yolun etkili bir biçimde işletilmesi gerekir.

⁴²⁰ <https://www.ab.gov.tr/siteimages/resimler/2023%20T%C3%BCrkiye%20Raporu.pdf>, Erişim tarihi:20.02.02.2024

56. Somut olayda mahkemelerin çok dar bir yorumla söz konusu talepleri bir hak ya da hukuki ilişkiden ziyade maddi verilere ilişkin bulduğu ve tüketici mahkemesi nezdinde güncel bir yararın bulunmadığından menfaat şartı yokluğu nedeniyle davanın esasına girmeyerek reddettiği görülmüştür... Sonuç olarak mevcut başvuruda başvurusunun anayasal güvencelerden yararlanabilmesini sağlayabilecek nitelikteki davada uyuşmazlığın esasının incelenmemesi teorik olarak mevcut olan etkili bir hukuk yolunun işlevsiz kalmasına yol açmıştır.”⁴²¹

gerekçesiyle etkili başvuru hakkının ihlaline karar vermiştir.

Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, Kişisel Verileri Koruma Kuruluna yapılan başvurular açısından iç hukuk yolunu teorik olarak etkili bir yol olarak görmektedir. Ancak somut olay bağlamında uygulamadaki etkililik ihlale yol açabilmektedir.

3.2.3.2. Düzenleyici ve denetleyici kurul yapısında olmaksızın idare ile ilişkilendirilerek oluşturulan kurum/kurullara yapılan başvurular

Bazen de düzenleyici ve denetleyici kurul yapısında olmayan ancak idare ile ilişkilendirilerek oluşturulan kurum/kurullara başvuru yapılabilmektedir.

İdare içinde yer almaması, bu kurum/kurullara başvuru yapılan konuda ilgili idareden bağımsız olunabilmesini sağlama amacı olmasından kaynaklanmaktadır. Diğer yandan bu kurum/kurul yapıları genellikle spesifik bir uyuşmazlık türüne yönelik olarak başvuru yapılabilmesini sağlayan uzmanlaşmış yapılardır.

Esasen etkili başvuru açısından en başarılı işlediği gözlemlenen grup bu gruptur. Zira bu kurumların çoğu özel olarak ilgili temel hak yönünden etkili iç hukuk yolu oluşturabilmek amacıyla kurulmuştur. Kendilerine tahsisli bütçe ile, geniş yetkilerle donatılarak, bağımsızlık unsuru sağlanmış şekilde uyuşmazlıkları çözümleyebilmektedirler.

Bu başvuruların çoğunda ihlali önleme veya durdurma yönünün değil, ihlal gerçekleşikten sonra tazmin edici yönün ön plana çıktığını görmekteyiz. Ör: İnsan Hakları Tazminat Komisyonu gibi. Ancak ihlal gerçekleşmeden ulusal önleme mekanizması işlevi görmesi için oluşturulan yapılar da vardır. Ör: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu.

⁴²¹ Ümit Eyüpoğlu Başvurusu, AYM Başvuru No: 2018/6161, 28.06.2022

Bu idarelere başvurular sonucunda alınan kararlar da yine yargı denetimine tabi olmaktadır. Böylece, başvuru aşamasında giderilemeyen ihlal iddiaları bakımından yargı yolu varlığını sürdürmektedir.

Bu kurulların çoğu, belli bir olayda AİHM'in verdiği etkili başvuru yolu olmadığına ilişkin bir karar üzerine kurulmuştur. Söz konusu mekanizmalara ilişkin ortak bir sorunsal ise, her bir problem ortaya çıktığında yeni bir başvuru mekanizması kurulmak zorunda hissedilmesi, bu konunun büyük bütçeler, mevzuat değişikliği ve uzman personel ihtiyacı gerektirmesidir.

3.2.3.2.1. Türkiye insan hakları ve eşitlik kurumu'na yapılan başvurular

Eşitlik kurumları, Avrupa Birliği Konsey Direktifleri ile desteklenen, fertlere eşit muamele ilkesinin uygulanması, fırsat eşitliği tanınması, her türlü ayrımcılığın giderilmesi için kurulması önerilen kurumlardır.⁴²²

İnsan hakları kavramının uluslararası düzeyde daha fazla yer bulması, ulusal koruma mekanizmalarının da önemini artırmış ve “Paris Prensipleri” olarak bilinen Birleşmiş Milletler kararıyla insan haklarının etkin şekilde korunmasını sağlayacak ulusal insan hakları kurumlarının kurulması ve mevcut olanların güçlendirilmesi tavsiyesinde bulunulmuştur. Avrupa Birliği Kopenhag siyasi kriterlerinde de insan haklarını güvence altına alan istikrarlı kurumların varlığı vurgulanmaktadır.⁴²³

Genellikle idari yapılanma içinde oluşturulan, danışma işlevi ağır basan ulusal insan hakları kurumlarının Paris Prensiplerine göre taşınması gereken özellikler şunlardır:

- İnsan haklarını koruma ve geliştirme yetkisi,
- Bağımsızlık,
- Anayasa ve yasa ile yetkilerin açıkça tanımlanmış olması,
- Üye personel seçiminde çoğulculuk,
- Üyelerin yasayla ve yasada öngörülen süreyle atanması,

⁴²² ODYAKMAZ Zehra, İdare Hukukunda Yargı Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri, Ankara, 2018, s. 147

⁴²³ DERVİŞOĞLU, Suat; İnsan Haklarının Korunması Açısından İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları, Türk İdare Dergisi, Yıl:2010, S.466, s.97

- Yetkilerini gerçekleştirecek ve görevlerini yerine getirebilecek mali kaynaklar,
- İnsan hakları mağdurları tarafından kolayca anlaşılabilir olma,
- Hükümetle ve diğer insan hakları ile ilgili örgüt ve kişilerle işbirliği içinde olması gerekmektedir.⁴²⁴

Türkiye’de İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu 06.04.2016 tarih ve 6701 sayılı Kanunla kurulmuş ve aynı tarihte mülga olan Türkiye İnsan Hakları Kurumunun yerine geçmiştir. Kanunun amacı, insan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi ve bu ilkeler doğrultusunda faaliyet göstermek, işkence ve kötü muamele ile etkin mücadele etmek ve bu konuda ulusal önleme mekanizması görevini yerine getirmek üzere Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun kurulması, teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin esasların düzenlenmesi olarak belirtilmiştir.

TİHEK, insan hakları ve ayrımcılık yasağı ihlallerine ilişkin re’sen ya da başvuru üzerine inceleme yapmak yetkisini haizdir. İnceleme süreci öncelikle uzlaşma ile sonuçlandırılmaya çalışılır. Uzlaşma yoluyla sonuçlandırılmayan başvurular üzerine konuya ilişkin rapor ve müzekkere Kurula sunulur, Kurul ihlal bulunup bulunmadığına karar verir. Kurulun ihlal bulunduğuna karar vermesi halinde konusu suç teşkil edenler yönünden suç duyurusunda bulunma ve idari yaptırım uygulama yetkisi bulunmaktadır.⁴²⁵

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun ulusal önleme mekanizması olarak işlev göreceği olması, yine ikincilik prensibini vurgulamaktadır. Zira, ulusal önleme mekanizmasının etkili olmaması halinde uluslararası önleme mekanizmalarının devreye gireceği belirtilmiş olmaktadır.

6701 sayılı Kanun ayrıca ulusal önleme mekanizmasının varlığını yeterli bulmayarak, bu sistemin etkili olmasının gerekliliğini de özel olarak belirtmiştir. Nitekim “Başvurular” başlıklı 17. Maddede açıkça: “Başvuru hakkının etkin bir şekilde kullanılmasına hiçbir surette engel olunamaz.” Kuralını getirmek suretiyle tam da AİHS md. 13’te belirtilen etkili başvuru hakkının hayata geçirilmesini hedeflediği anlaşılmaktadır.

⁴²⁴ DERVİŞOĞLU, agm, s.99

⁴²⁵ AKYILMAZ; SEZGİNER, KAYA, Türk İdari Yargılama Hukuku, s. 12

Her ne kadar Kurumun adı İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu olarak belirtilmiş ise de, Kuruma yapılacak başvurular açısından tüm insan hakları ihlallerine yönelik olarak değil, yalnızca ayrımcılık yasağı kapsamındaki başvuruların inceleneceği, diğer insan hakları ihlallerine ilişkin olarak ise re'sen inceleme yapılacağı anlaşılmaktadır. Bunun dışında özgürlüğünden mahrum bırakılan ya da koruma altına alınan kişilerin ulusal önleme mekanizması kapsamındaki başvurularını incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek de Kurumun görevleri arasında sayılmıştır.

Bu durumda Kuruma iki tür konuda başvuru yapılabileceği anlaşılmaktadır. Birincisi ayrımcılık yasağı ihlaline ilişkin başvurular, ikincisi ise özgürlüğünden mahrum bırakılan ya da koruma altına alınan kişilerin ulusal önleme mekanizması kapsamında yapabileceği başvurulardır.

Kurumun adıyla orantısız şekilde diğer insan hakları ihlallerine ilişkin iddiaları dışarıda bırakıp yalnızca ayrımcılık yasağına ilişkin iddialarla sınırlı başvuru yapılabilmesine ilişkin sorunu bir kenara bırakarak, bu başvuru türü açısından etkili başvuru yolunun varlığını değerlendirelim. Burada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde öngörülen ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasının ileri sürülebileceği ulusal bir makam bulunmaktadır. Bu makam, ihlali gerçekleştirdiği ileri sürülen merciden bağımsız olan İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumudur. Ayrıca Kurumun karar organı olan Kurul yönünden bağımsızlık özel olarak Kanunun 10. Maddesinde vurgulanmıştır. Buna göre Kurul, bu Kanunla ve diğer mevzuatla verilen görev ve yetkilerini kendi sorumluluğu altında, bağımsız olarak yerine getirir ve kullanır. Görev alanına giren konularla ilgili olarak hiçbir organ, makam, merci veya kişi, Kurula emir ve talimat veremez, tavsiye ve telkinde bulunamaz. Bu hüküm, Kurula neredeyse bir yargısal makam bağımsızlığını sağlıyor gibi görünmektedir. Ancak bağımsızlığın, aynı zamanda üyelerin seçim usulü ya da görevden alınma yöntemiyle de ilişkisi vardır. Kanunun 10. Maddesinde Kurul üyelerinin tamamının Cumhurbaşkanı tarafından atanacağı belirtilmiştir.

Bu noktada eleştirilebilecek bir husus olarak 11 üyenin tamamının aynı kaynaktan atanması, seçim usulüne yer verilmemesi ve katılımcı bir anlayışın benimsenmemesidir. Söz konusu kural yönünden Paris İlkelerinin gereklerini karşılamadığı görülmektedir. Bununla birlikte anılan sakıncayı bir nebze de olsa giderebilecek bir hüküm 22. Maddede bulunmaktadır. Buna göre ayrımcılık yasağıyla ilgili konularda sorunları ve çözüm

önerilerini tartışmak ve bu konularda bilgi ve görüş alışverişinde bulunmak amacıyla, kamu kurum ve kuruluşları, sivil toplum kuruluşları, sendikalar, sosyal ve mesleki kuruluşlar, yükseköğretim kurumları, basın ve yayın kuruluşları, araştırmacılar ve ilgili diğer kişi, kurum ve kuruluşların katılımıyla istişare komisyonu oluşturulur.

İstişare komisyonunun görüşleri istişari olduğundan Kurumu bağlayıcı değildir. Bununla birlikte istişari kurulun oluşturulması dahi farklı çevrelerin katılımını sınırlı da olsa sağlayarak farklı bakış açılarını değerlendirmeye olanak sağlayan bir mekanizma oluşturmaktadır.

Kurumun ihlal iddialarını incelerken sahip olduğu yetkiler geniştir. Bilirkişi incelemesi yaptırma, tanık dinleme, tüm kamu kurum ve kuruluşlarından bilgi ve belge isteyebilme, ilgililerden yazılı ve sözlü bilgi alma gibi yetkileri bulunmaktadır. Ayrıca özgürlüğünden mahrum bırakılan ya da koruma altına alınan kişilerin bulundukları yerleri ziyaret etmeye ve buralarda inceleme yapmaya da yetkisi bulunmaktadır. Bu incelemeler sonucunda da bir rapor düzenlemektedir.

Kurumun alabileceği kararlar yönünden ise 6701 sayılı Kanun net düzenlemeler getirmemiştir. Ayrımcılık yasağı ihlallerine ilişkin yapılan başvurular üzerine yapılan incelemeleri karara bağlamak, gerekli hallerde uzlaşma sürecini sonuçlandırmak, ayrımcılık yasağı ihlallerine ilişkin öngörülen idari yaptırımlara karar vermek şeklinde genel olarak sayılan yetkilerden söz edilmiştir.

Bu noktada ihlale son verilmesini sağlamak, yürütmenin durdurulması kararı vermek, tazminat istemine karar vermek ya da birtakım usuli haklar yönünden (örneğin avukatla temsil gibi) yetkilerden söz edilmediğinden bu haliyle kanunun etkili başvuru yoluna ilişkin tüm gereklilikleri karşıladığını söylemek zordur. Uzlaşma sürecinin ise nasıl bir yöntem izleneceği kanunda belirtilmemiştir.

Başvuru usulünün de etkili başvuru yolu bakımından incelenmesi gerekir. Başvurudan önce başvuranın ilgili taraftan aykırı uygulamanın düzeltilmesini talep etme koşulu vardır. Muhatap tarafından istek reddedilir veya 30 gün cevap verilmezse Kuruma başvuru yapılabilir. Kurum, telafisi güç veya imkansız zararların doğması ihtimali bulunan hallerde, bu şartı aramadan başvuruları kabul edebilecektir. Yine dava açma süresi içinde

Kuruma yapılan başvuruların işlemeye başlamış olan dava açma süresini durduracağı belirtilmiştir.

Başvurular açısından bir ücret alınmaması ve Kurumun kararlarının bağlayıcı olması (zira idari para cezası verebilmektedir) önemlidir. Kurum kararlarının yargı denetimine açık olması da olumlu bir yöndür. Ancak diğer ihtiyari başvuru yolları bakımından yapılan yorum burası için de geçerlidir. İlgililerin bu yolu kullanabilmeleri için fiilen yargı organına girmekten daha avantajlı bir seçenek olarak görmeleri gereklidir. Oysa her durumda bu yolun avantajlı olduğu söylenemez. Örneğin idari işlemde kaynaklanan ayrımcılık iddiasının giderilmesi için öncelikle ilgili idareye başvurulması zorunlu tutulmuştur. Erişilebilirlik unsuru açısından bu durum olumsuz görülebilir. Oysa idari işleme karşı doğrudan dava açılabilmesi mümkündür. Üstelik yürütmeyi durdurma kararı gibi ihlali ortadan kaldıracı bir karar da kurumca verilememektedir.

Tüm bu yönleriyle Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumuna yapılacak başvurular yönünden, etkili başvuru yolunun öngörüldüğünü söylemek zordur.

Nitekim bireysel başvuru uygulamasında, bu idari başvuru yollarının hiçbirisi (ombudsmanlık, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, insan hakları kurulları) etkili başvuru yolları olarak kabul edilmemektedir. Dolayısıyla bu başvuru yollarının tüketilmesine gerek bulunmamaktadır. İdari amirlere yapılan başvurular, başvuru için süre öngörülme yerel mekanizmalar AYM uygulamasında etkili yollar olarak kabul edilmemektedir.⁴²⁶

Ayrıca 2023 Türkiye-AB İlerleme raporunda⁴²⁷:

“...TİHEK, Ulusal Önleme Mekanizması (UÖM) olarak üstlendiği rolü doğrultusunda cezaevlerini ziyaret etmektedir ancak haberli ziyaretler konusunda belirli ve bağımsız kriterleri bulunmamaktadır. Bazı ziyaretlerde TİHEK, sadece idare ile etkileşimde bulunmuş ve tutuklularla görüşmemiştir. TİHEK, insan hakları ihlallerine yönelik iddiaların en yüksek sayıda olduğu cezaevlerinin tamamını ziyaret etmemiştir veya ziyaretlerini oldukça geç gerçekleştirmiştir. Tavsiyeler çoğunlukla basit sorunları ele almaktadır ve ciddi boyuttaki insan hakları ihlalleri konusunda somut açıklamalara

⁴²⁶ KARAASLAN Abdulkadir, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirliğe İlişkin Bir usul Sorunu Olarak Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kuralı ve Kanunla Kurulan Tazminat Komisyonları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara, Yıl:2017, s.27

⁴²⁷ <https://www.ab.gov.tr/siteimages/resimler/2023%20T%C3%BCrkiye%20Raporu.pdf>, Erişim tarihi:20.02.2024

yer vermemektedir. TİHEK'in, insan hakları konularının etkili bir biçimde ele alınması ve sivil toplumla yapıcı diyalog kurulması hususlarındaki itibarını iyileştirmesi gerekmektedir. TİHEK, sivil toplum kuruluşları tarafından yapılan başvuruları kabul etmemesi ve işkence ve kötü muamele vakalarının ele alınmasında temkinli davranması da dâhil olmak üzere, yasal ve yapısal kısıtlamalar nedeniyle büyük oranda etkisiz kalmaya devam etmiştir...” şeklinde belirlemede bulunulmuş olup, söz konusu başvuru yolunun hem kurumsal açıdan hem de pratikte etkili bir yol oluşturmadığı vurgulanmıştır.

3.2.3.2.2. Bilgi edinme ve değerlendirme kuruluna yapılan başvurular

Bilgi edinme hakkı, yönetimde demokrasi anlayışının bir sonucu olarak gelişen, idarenin tek yanlı karar alma ve kamu gücü kullanma yetkileri karşısında zayıf durumda olan bireylerin korunmasını sağlayan⁴²⁸ en önemli haklardan biridir. Bilgi edinme hakkı, şeffaflık, kamu hizmetlerinde halka yakınlık, eşitlik, katılım, hakkaniyet, halk denetiminde açıklık gibi hedefleri hayata geçirmenin en önemli araçlarından biridir.⁴²⁹

Bilgi edinme hakkı, bireylerin idarenin işlem ve eylemleriyle ilgili bilgi ve belgeleri serbestçe elde edebilmesi olarak tanımlanmaktadır⁴³⁰. Bir başka deyişle bilgi edinme hakkı, kamu kurum ve kuruluşlarının görevlerinden dolayı sahip oldukları bilgilere bireylerin erişim hakkını ifade etmektedir. Bu hak, ilgili mevzuat uyarınca bireylerin idareye yapacağı bilgi edinme başvurularının yanı sıra, idarenin kendi inisiyatifi ile belli bilgi ve belgeleri erişime açmasını da kapsamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde açıkça yer almayan bu hak, AİHM tarafından Sözleşmenin 10. Maddesi kapsamında ifade özgürlüğü çerçevesinde ve Sözleşmenin 8. Maddesi kapsamında özel hayatın gizliliği çerçevesinde ele alınmaktadır. Mahkeme, bu hak bakımından ikili bir ayrım yapmaktadır. Bilgi alma hakkına ilişkin davaları devlete negatif yükümlülük (engellememe yükümlülüğü) yükleyen Sözleşmenin 10. Maddesi kapsamında incelemekte, devletin bir edim yapmasını gerektiren yani pozitif yükümlülüğünün (bilgi-belge verme) bulunduğu bilgi edinme hakkını ise Sözleşmenin 8. Maddesiyle ilişkilendirmektedir. Ancak son dönemde 10. Madde kapsamında bilgi edinme hakkını değerlendirme eğilimi artmıştır.

⁴²⁸ SEZGİNER Murat; İdari Belgelere Ulaşma Hakkı-Fransa Örneği, SÜHFD, C:6, Y:1998, S:1-2, s.299

⁴²⁹ KAYA Cemil; İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 24

⁴³⁰ İYİMAYA Ahmet; Bilgi Edinme ve Verilere Ulaşma Özgürlüğü, Ankara Barosu Dergisi, Y:2003, S.1, s.41

AİHM, Gaskin davası⁴³¹ ve sonraki bir dizi davada, bilginin toplanıp saklanması ile bireye açıklanması arasındaki dengenin adil olarak sağlanması gerekliliğine atıf yapmıştır. Buna göre, eğer bilginin saklanmasıdaki kamusal yarar, öğrenilmesinden doğacak kişisel yarara ağır basmıyorsa, bu durumda bilgi talebinin reddini 8. Maddenin ihlali olarak yorumlamıştır.

Diğer yandan bilgi edinme hakkının sınırlarının tartışıldığı Odievre-Fransa davasında⁴³² Mahkeme başvurucunun kökenleri hakkında bilgi erişimine izin vermeyen ulusal mevzuatın kamu menfaati gibi meşru bir amaca hizmet ettiği sonucuna varmıştır.

Yine, gizli bilgi ve belgelere erişmeye ilişkin olarak Leander/İsveç davasında⁴³³ AİHM, 8. Madde kapsamında ulusal güvenlik sebebiyle bilgi-belgenin verilmemesini meşru sebep olarak kabul ederek 8. Maddenin ihlal edilmediğine karar verirken, aynı zamanda bu konuda iç hukukta etkili bir başvuru yolu olmadığı iddiasını da incelemiş, 13. Maddenin ihlal edildiği iddiasını savunulabilir bulmuş ancak neticede reddetmiştir. Başvuru yollarının toplamda etkili olduğunu kabul etmek gerektiğine vurgu yapmıştır.

İncelemenin 10. Madde kapsamında yapıldığı bir diğer uyumsuzlukta, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunu eleştiren bir haberi meslektaşlarına ayrılmış Facebook grubunda paylaşan hâkime verilen disiplin cezasının bilgi alma ve verme özgürlüğü ile etkili başvuru hakkını ihlal ettiği ileri sürülmüş, AİHM, 10. Ve 13. Maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴³⁴

AİHM, tüm başvuru sahiplerinin devletten bir terörist saldırısının mağdurları olarak tazminat aldığı durumda, 13. Madde kapsamında bilgiye erişebilmelerine özel bir önem vermektedir. Buna göre ihlal iddialarının mağdurları tarafından gerçeğin ortaya çıkarılması, adaletin temini ve azmettirenlerin cezalandırılmasını sağlayabilmek açısından gerekli bilgilere erişilebilmesi gereklidir. Tagayeva ve Diğerleri/Rusya davasında⁴³⁵ AİHM, bu hususu vurgulamıştır.

⁴³¹ Gaskin/Birleşik Krallık, AİHM, Başvuru No:10454/83, 07.07.1989

⁴³² Odievre/Fransa, AİHM, Başvuru No:42326/98, 13.02.2003

⁴³³ Leander/İsveç, AİHM, Başvuru No: 9248/81, 26.03.1987

⁴³⁴ Kozan/Türkiye, AİHM Başvuru No:16695/19, 01.03.2022

⁴³⁵ Tagayeva ve Diğerleri/Rusya, AİHM, Başvuru No:26562/07, 13.04.2017

Bilgi edinme hakkının başka bir boyutu da ileride açılması düşünülen bir davaya yönelik bilgilerin edinilmesidir. Bu yönüyle söz konusu hak, adil yargılanma hakkının bir parçası olarak da görülebilir. Adil yargılanma hakkının içeriğinde yer alan silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde tarafların bilgi ve belgeye erişiminde eşit durumda bulunmaları gerekmektedir. Aksi durumda bilgi ve belgeye erişememek 6. Maddeye ve buna karşı etkili bir yol bulunmaması halinde de 13. Maddeye aykırılık oluşturabilecektir.

İdarenin bilgi erişimi bakımından eşit koşulları sağlaması da oldukça önemlidir. İdarenin bilgiyi (özellikle iktisadi ilişkiler bağlamında) belli kişi veya grupların tekeline münhasır kılamayacağı bir hukuksal düzenin kurgulanmasının önemine vurgu yapılmaktadır.

Uygulamada bu hak birçok ülkede idari usul kanunları çerçevesinde düzenlenmiştir. Bazı ülkelerde ise özel durumlar için öngörülen düzenlemeler içinde ya da idari belgeler erişime ilişkin genel kanun içerisinde düzenlenmiştir.⁴³⁶

Ülkemizde Anayasamızın 74. maddesinde düzenlenen bu hak, düşünce ve ifade özgürlüğü, hak arama, adil yargılanma ve savunma haklarıyla yakın ilişki içerisinde. İyi yönetim ilkesinin bir gereği olarak bilgi ve belgelere erişimin sağlanarak, idari süreçlere bireylerin katılımını sağlama, kamu yönetiminde şeffaflığı sağlama, yolsuzlukla etkin bir mücadele aracı olarak işlev görme ve devletle birey arasındaki mesafenin azaltılarak güven duygusunun güçlenmesini sağlama amaçları bulunmaktadır.

Nitekim 09.10.2003 tarih ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunun gerekçesinde de;

“Demokrasinin ve hukukun üstünlüğünün gereklerinden olan bilgi edinme hakkı, bireylere daha yakın bir yönetimi, halkın denetimine açıklığı, şeffaflığı sağlama işlevlerinin yanı sıra halkın Devlete karşı duyduğu kamu güvenini daha yüksek düzeylere çıkarmada önemli bir rol oynamaktadır. Kullanılan bu hak sayesinde hem halkın Devleti denetimi kolaylaşmakta hem de Devletin demokratik karakteri güçlenmektedir.”

denilmektedir.

⁴³⁶ SEZGİNER, a.g.m., s. 343

Anılan Kanuna göre, yargı denetimi dışında kalan işlemler, devlet sırlarına ilişkin bilgi ve belgeler, ülkenin ekonomik çıkarlarına ilişkin bilgi ve belgeler, istihbarata ilişkin bilgi veya belgeler, idari soruşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler, adli soruşturma ve kovuşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler, özel hayatın gizliliği, haberleşmenin gizliliği, ticari sırlar, fikir ve sanat eserleri, kurum içi düzenlemeler, kurum içi görüş, bilgi notu ve tavsiyeler, tavsiye ve mütalaa talepleri ile yayımlanmış veya kamuya açıklanmış bilgi veya belgeler, bilgi edinme hakkının kapsamı dışındadır.

Yine belli bir tarihte açıklanacağı, duyurulacağı önceden belirtilmiş olup, zamanından önce açıklanması halinde kamu yararını zedeleyecek veya kişisel menfaat temin etmek için kullanılabilecek bilgi veya belgeler, belirtilen tarihten önce açıklanamaz ve erişimi sağlanamamaktadır.

Başvuru sahipleri, bilgi edinme haklarını kullanmalarına ilişkin itiraz ve şikayetlerini Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'na, idare mahkemelerine ya da Kamu Denetçiliği Kurumu'na yapabilmektedirler.

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nda belirtilen süreler içinde, kurum ve kuruluşlar tarafından başvuru sahibine olumlu veya olumsuz herhangi bir cevap verilmemesi halinde başvuru, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca 30 günün geçmesiyle reddedilmiş sayılır. Bu durumda başvurusu reddedilmiş sayılan başvuru sahibi, yargı yoluna başvurmadan önce dava açma süresinin başladığı tarihten itibaren 15 gün içinde Kurula yazılı olarak itiraz edebilir. Kurula itiraz, başvuru sahibinin idari yargıya başvurma süresini durdurur.

Kurul kararlarının bağlayıcı olup olmadığı konusunda mevzuatta bir hüküm bulunmamaktadır. Kurula yapılan itirazın idari yargıya başvurma süresini durduracağına ilişkin Kanunun 13. Maddesinden hareketle Kurul kararlarının bağlayıcı olmadığı, istisari nitelikte olduğu belirtilmektedir.⁴³⁷ Ancak Kurul kararlarının bağlayıcı olduğu yönünde

⁴³⁷ AKYILMAZ,SEZGİNER, KAYA; Türk İdare Hukuku, s. 542; benzer yönde KAYA, age, s. 289

görüşler de vardır.⁴³⁸ Kurul'un bağımsız idari otorite niteliğinde olduğu, regülasyon, izleme-denetleme ve yaptırım uygulama yetkilerine sahip olduğu da belirtilmektedir.⁴³⁹

Etkili başvuru hakkı ile bu hakkın çakışma noktasını Sözleşme kapsamında ihlal edilen bir temel hakka ilişkin bilgi ve belgelere ilgilinin erişemediği durumlar oluşturmaktadır. Böyle bir durumda iç hukukumuzda etkili bir iç hukuk yolu bulunmakta mıdır?

Bilgi edinme hakkının 8. veya 10. Madde kapsamında engellendiği iddiası olan durumlarda ilgililer Bilgi Edinme Değerlendirme Kuruluna başvuru yapabilmektedirler. Yani bu konuda ulusal bir makam öngörülmüştür. Bu makam, bilgi ve belgeyi vermekle yükümlü kamu makamlarından bağımsızdır. Usuli teminatları belli ölçüde sağladığı söylenebilir.(Cevap süreleri, kararlara karşı yargı yolunun açık olması gibi) Söz konusu başvuru yolu vatandaşlara ve belli koşullar altında yabancılara açıktır ve başvuru için başka bir makamın onayı aranmamaktadır. Ayrıca başvuruların elektronik veya fiziki ortamda yapılması mümkündür, başvuru harcı alınmamaktadır, yalnızca fiziki gönderilecek belge varsa ilk 10 sayfadan fazlası için masraf talep edilmektedir. Bununla birlikte Kurul kararlarının bağlayıcılığı konusunda tam bir açıklık yoktur. Kurul kendi kararlarının idareler için bağlayıcı olduğunu belirtmiştir.⁴⁴⁰ Kurul kararlarına idarelerin uyma eğilimi gösterdiği varsayıldığında, bilgiye ulaşmak bakımından yeterli bir koruma sağlamaktadır ve teoride ve pratikte etkili olduğu söylenebilir. Zira bilgi ve belgeye ulaşamayan başvuru sahiplerinin Bilgi Edinme Değerlendirme Kuruluna başvuru sonrasında bu belgelere ulaşabildiği pek çok örnek bulunmaktadır. Kurul kararlarına karşı yargı yolu da açıktır.

2013 yılında TBMM bünyesinde yapılan çalıştay raporunda da Şeffaflık Derneği temsilcisi tarafından dile getirilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 13. Maddesi kapsamında Bilgi Edinme Değerlendirme Kuruluna yapılan itiraz başvurularının etkili bir başvuru yolu olup olmadığının incelenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre 2005 yılında

⁴³⁸ DÖNER Ayhan, Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2010, s.214; ZENGİN Mehmet Ali, Türk Hukukunda Bilgi Edinme Hakkının Sınırları, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.45.

⁴³⁹ KAYA; age, s. 284

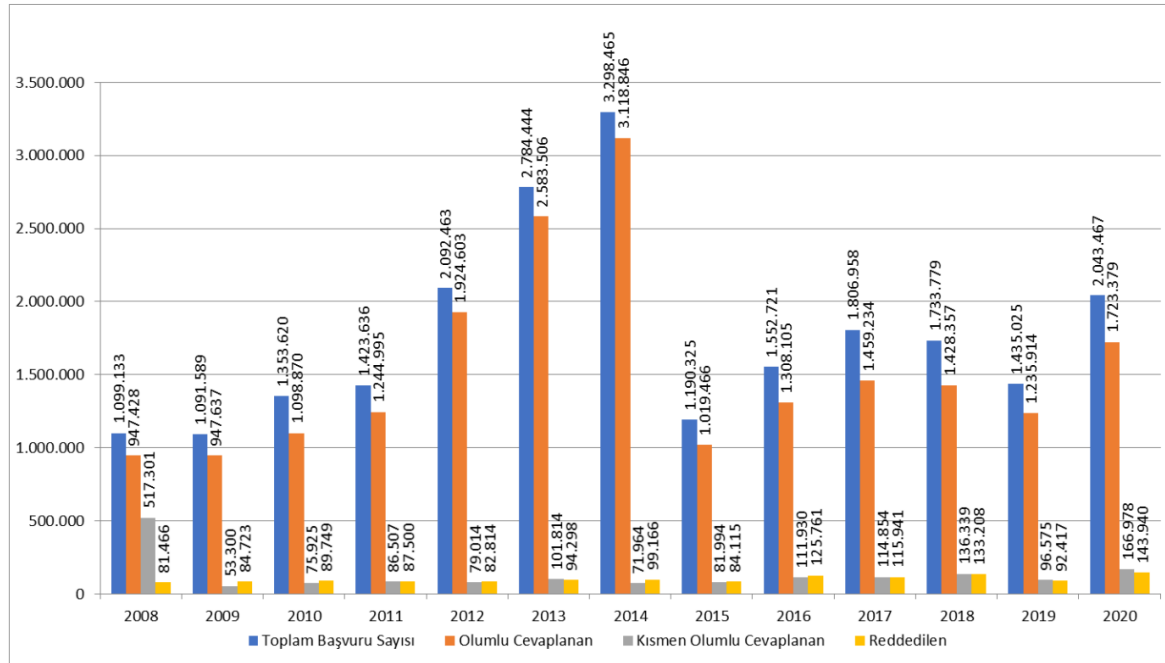
⁴⁴⁰ BEDK Kararı, S.2004/148, T.25.10.2004, http://www.bilgiedinnehakki.org/doc/BEDK_kararlar.pdf, 25.12.2014: “ (...) belli bir konuda alınan Kurul kararının aynı konularda yapılan başvurular için 4982 sayılı Kanun kapsamındaki bütün kamu kurum ve kuruluşları için emsal niteliğinde olup, başvurulara bu kararlar doğrultusunda işlem yapılması gerektiği (...)” belirtilmektedir.

verilen bir kararla idarelerin bilgi edinme başvurularına cevap vermek zorunda olduklarına karar veren BEDK, etkili olma yolunda ilerleme göstermiştir.⁴⁴¹

Bilgi edinme hakkı ile ilgili olarak gerek Avrupa Konseyi Tavsiye kararları, gerek AB direktifleri incelendiğinde, talebi reddedilen başvuru sahibine etkili bir itiraz hakkı tanınması gerektiği yolunda hükümler bulunmaktadır. Bu nedenle bilgi edinme hakkına ilişkin iç hukuktaki düzenlemelerin ve itiraz hakkının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 13. Maddesi kapsamında yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir.

2020 Avrupa Birliği Türkiye İlerleme Raporunda⁴⁴² “İdarenin hesap verebilirliği” başlığı altında Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kurulu’na 2019 yılında 3 milyondan fazla başvuru yapıldığı, 4982 sayılı Kanun uyarınca, bilgilerin herhangi bir talep olmaksızın ifşası gerekmediği ve geniş muafiyetler öngörüldüğü belirtilmiştir.

2020 Yılında TBMM’ye sunulan Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu raporuna göre,⁴⁴³

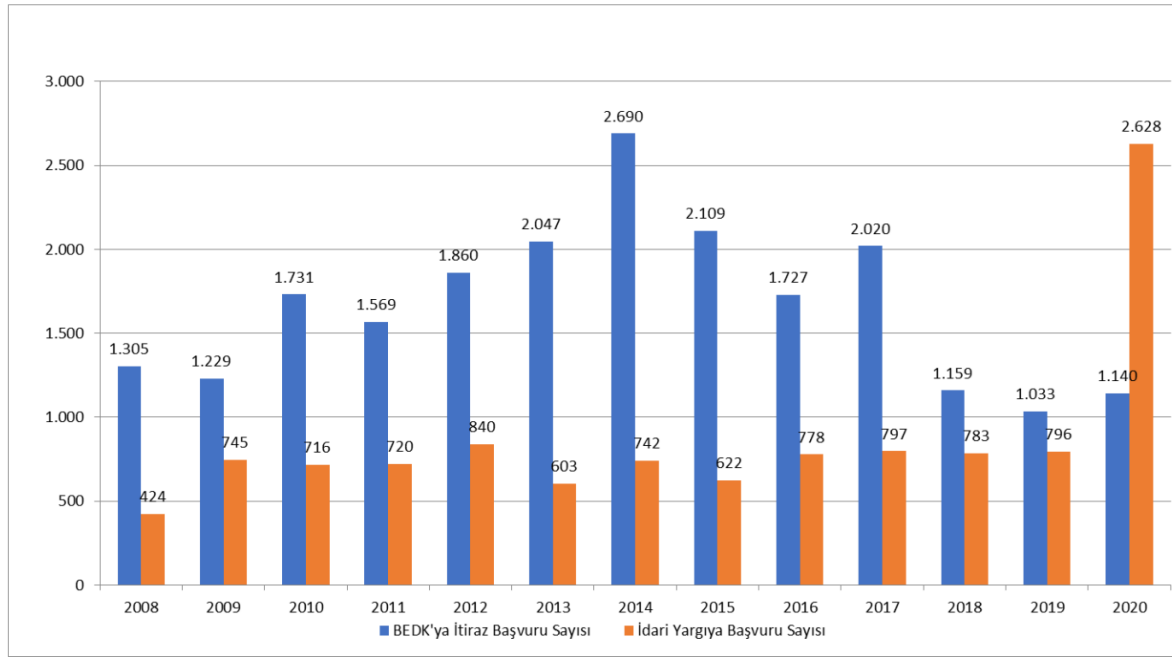


Şekil 3.2. Bilgi Edinme Başvurularının Yıllara Göre Dağılımı

⁴⁴¹ https://www.tbmm.gov.tr/bilgiedinme/bilgi_edinme_calistay_raporu.pdf, Erişim tarihi: 04.02.2023

⁴⁴² https://www.ab.gov.tr/siteimages/trkiye_raporustrateji_belgesi_2020/turkey_report_30.10.2020.pdf, Erişim tarihi: 20.02.2024

⁴⁴³ https://www.tbmm.gov.tr/bilgiedinme/2020_yili_degerlendirme_raporu.pdf



Şekil 3.3. Reddedilen Bilgi Edinme Başvurularına Karşı Kullanılan Kanun Yolları

Tablolardan da görülebildiği üzere, bilgi edinme taleplerinin büyük bir çoğunluğunun olumlu karşılandığı, reddedilen başvuruların toplam başvuru sayısı içinde %5 civarında olduğu anlaşılmaktadır. Reddedilen bilgi edinme taleplerine karşı idari yargıya başvurma eğiliminin ise arttığı gözlemlenmektedir.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında idarelere yapılan başvurular ve bunlara karşı Bilgi Edinme Değerlendirme Kuruluna yapılacak itiraz yolunun, bilgi ve belgelere erişebilmek bakımından etkili bir iç hukuk yolu oluşturduğu söylenebilir.

Fransa'da da idari belgelere ulaşma konusunda iki farklı düzenleme mevcut olup, birincisi kişiler hakkında tutulan kayıtlara ilişkin, ikincisi ise bunlar dışında idarenin elindeki bilgi ve belgelere ilişkindir. Kişiler hakkında tutulan idari kayıtlarla ilgili olarak bağımsız idari otorite olarak görev yapan Hürriyetler ve Enformatik Ulusal Komisyonu (CNIL) görev yapmaktadır. Kişisel olmayan belgelere ulaşmaya ilişkin olarak ise İdari Dokümanlara Erişme Komisyonu (CADA), idareye yapılan bilgi edinme başvurularının reddedilmesi

hakkındaki uyuşmazlıklara zorunlu idari başvuru yolu olarak bakmaktadır.⁴⁴⁴ Komisyonun görüşlerine %90 oranında idarelerce uyulduğu belirtilmektedir.

Bizde zorunlu idari başvuru yolu olarak kurgulanmayan Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kuruluna başvurularda, kanunda verilmesi zorunluluğu olmayan belgeler kategorisinin oldukça fazla olduğu, idarelerin bilgiyi paylaşmaktan çok gizlemek eğiliminde olmaları, gizli bilgilerin neler olduğunun net olarak aynı anlamda tüm idarelerce algılanmaması, idari yargıya yapılacak başvurularda ara bir itiraz sürecinin işletilmesinin ayrı kanunlarda düzenlenen usul kuralları nedeniyle bütünlük arz etmemesi, yeterli istatistiki verinin bulunmaması yada kamuoyuyla paylaşılmaması (örneğin BEDK kararlarına ne ölçüde uyulduğuna ilişkin veri bulunamamaktadır) gibi sebepler, temelde etkili kabul edilebilecek bu yolun üzerindeki engellerdir.

Etkili başvuru hakkının bilgi edinme hakkı çerçevesinde güçlendirilebilmesi için, bilgi edinme başvurularının diğer idari başvurular ile aynı usule sahip olarak yeknesak şekilde düzenlenmesi, idarenin bilgi edinme başvuruları hakkında farkındalıklarının artırılması, şeffaflık eğiliminin kamu yönetimine hakim kılınması için girişimlerde bulunulması, kanundaki verilmesi zorunlu olmayan bilgi ve belgelere ilişkin istisnaların daraltılması konularına hassasiyet gösterilmelidir. Aksi halde etkili olması amaçlanarak kurulan bu iç hukuk yolunun etkisiz hale gelmesi riski ortaya çıkabilecektir.

3.2.3.2.3. Kamu görevlileri etik kuruluna yapılan başvurular

25/5/2004 tarihli ve 5176 sayılı Kanunla kurulan Kamu Görevlileri Etik Kurulu;

- Kamu görevlilerinin uymaları gereken saydamlık, tarafsızlık, dürüstlük, hesap verebilirlik, kamu yararını gözetme gibi etik davranış ilkelerini Yönetmeliklerle belirlemek ve uygulamayı gözetmek,

- Etik davranış ilkelerinin ihlâl edildiği iddiasıyla re'sen veya yapılacak başvurular üzerine gerekli inceleme ve araştırmayı yaparak sonucu ilgili makamlara bildirmek,

⁴⁴⁴ SEZGİNER, a.g.m., s.335-341

- Kamuda etik kültürünü yerleştirmek üzere çalışmalar yapmak veya yaptırmak ve bu konuda yapılacak çalışmalara destek olmak,

- 3628 sayılı Kanuna göre verilen mal bildirimlerini gerektiğinde incelemek,

- Kamu görevlileri için hediye alma yasağının kapsamını belirlemek ve en az genel müdür veya eşiti seviyedeki üst düzey kamu görevlilerince alınan hediyelerin listesini gerektiğinde her takvim yılı sonunda bu görevlilerden istemekle, görevli ve yetkilidir.⁴⁴⁵

11 kişiden oluşan Kurulun üyeleri, biri Başkan olmak üzere Cumhurbaşkanı tarafından seçilmekte ve atanmaktadır.

Genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, kamu iktisadi teşebbüsleri, döner sermayeli kuruluşlar, mahalli idareler ve bunların birlikleri, kamu tüzel kişiliğini haiz olarak kurul, üst kurul, kurum, enstitü, teşebbüs, teşekkül, fon ve sair adlarla kurulmuş olan bütün kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan; yönetim ve denetim kurulu ile kurul, üst kurul başkan ve üyeleri dahil tüm personel 5176 sayılı Kanun kapsamındadır.

Ancak, Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Bakanlar Kurulu üyeleri, Türk Silahlı Kuvvetleri ve yargı mensupları ile üniversiteler bu Kanun kapsamı dışındadır.

Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri İle Başvuru Usul ve Esasları hakkındaki Yönetmeliğe göre, 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına İlişkin Kanunda belirlenen esaslara göre, medeni hakları kullanma ehliyetine sahip Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşları ile Türkiye'de oturan yabancı gerçek kişiler Kurula başvuruda bulunabilirler. Başvuruda bulunabilmek için başvuranın menfaatinin etkilenmesi koşulu aranmaz. Yargı organlarınca incelenmekte olan veya karara bağlanmış bulunan uyuşmazlıklar hakkında Kurula veya yetkili disiplin kurullarına başvuru yapılamaz. İnceleme sırasında yargı yoluna gidildiği anlaşılan başvuruların işlemi durdurulur. Daha önce Kurulca incelenmiş şikayet konusu, yeni kanıtlar gösterilmedikçe bir daha şikayet konusu yapılamaz ve incelenemez. Yönetmelikte başvurunun yazılı dilekçe, elektronik posta veya tutanağa geçirilen sözlü

⁴⁴⁵ <https://www.etik.gov.tr/mevzuat/>, Erişim tarihi:20.02.2024

başvuru yolu ile yapılabileceği belirtilmiştir. Kurulun gerekli yerlerden bilgi ve belge isteyebileceği ve incelemesini 3 ay içerisinde tamamlayacağı öngörülmüştür.

Kurul kararları idari yargı denetimine tabi olup, ilgili kamu görevlisinin etik davranış ilkelerine aykırı işlem ve eylemi olduğunu tespit etmesi halinde etik ihlali kararı verebilmektedir.

Kamu Görevlileri Etik Kurulu yönünden öngörülen başvuru yolunun amacının kamuda etik kültürünü ve bilincini yerleştirmek olması nedeniyle sözleşmedeki bir temel hakkı ihlal edilen bireyler açısından etkili bir başvuru yolu oluşturduğunu söylemek güçtür. Zira Kurulun ihlalin durdurulması, askıya alınması, ihlal doğuran işlemin iptal edilmesi veya ihlal son bulmuşsa zararın tazmin edilmesi gibi bir yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle mahiyeti ve işlevi itibarıyla Kamu Görevlileri Etik Kurulunun AİHS'in 13. Maddesi anlamında başvuru bireyler yönünden etkili bir iç hukuk yolu oluşturduğunu kabul etmek mümkün görünmemektedir. Bununla birlikte dolaylı olarak, kamu görevlilerinin etik yükümlülükleri konusunda farkındalıklarını artırıcı etkisi nedeniyle insan haklarının geliştirilmesine katkı sağlayacağı değerlendirilmektedir. Öte yandan, somut olayın niteliğine göre etik ihlali kararı verilmesi, ilgili kamu görevlileri açısından temel hak ihlaline yol açabilecek nitelikte ise (örneğin ifade özgürlüğü kapsamında olduğu iddia edilen sözleri nedeniyle hakkında etik ihlali kararı verilen kamu görevlileri açısından) karara karşı yargı yolunun açık olması etkili başvuru hakkı açısından olumludur.

3.2.3.2.4. Adalet Bakanlığı insan hakları tazminat komisyonuna yapılan başvurular

Yargılamaların ve soruşturmaların uzun sürmesi adil yargılanma hakkı kapsamındaki makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmesine neden olabilmektedir. Türkiye hakkında AİHM'e yapılan başvuruların büyük bir çoğunluğu davaların makul süreyi aşması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

AİHM, Danespayeh kararında⁴⁴⁶ Türkiye'de makul süreyi aşan yargılamalar nedeniyle başvurulabilecek etkili bir iç hukuk yolunun bulunmaması nedeniyle adil yargılanma hakkıyla birlikte etkili başvuru hakkının ihlaline de karar vermiş, Türk hukuk

⁴⁴⁶ Danespayeh/Türkiye AİHM Başvuru No:21086/04, 16.07.2009

düzeninin davaların süresine ilişkin şikayetlerin dile getirilmesi için Sözleşme'nin 13. maddesi uyarınca etkili bir başvuru yolunu kişilere sunmadığını vurgulamıştır.

Yine AİHM, 20 Mart 2012 tarihli Ümmühan Kaplan davasında⁴⁴⁷ pilot dava usulünü uygulayarak; hâlihazırda kendi önünde derdest olan ve Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının tanındığı 23 Eylül 2012 tarihinden önce kaydedilmiş olan uzun yargılama şikâyetine yönelik başvurular hakkında, Türkiye'de yeterli ve uygun tazmin sunan etkili bir iç hukuk yolunun ihdas edilmesi gerekliliğine karar vermiştir.

Kararda, 23 Eylül 2012 tarihinden sonra, başvurucunun İnsan Hakları Mahkemesi'ne şikayette bulunması için bu yasa yolunu da tüketmesi gerekeceği belirtilmiştir. Bu davada hükümet, makul süreyi aşan yargılamalar yönünden idari yargıda tam yargı davası açılabilmesinin mümkün olduğunu ve iç hukuk yollarının tüketilmediğini ileri sürmüş ise de, AİHM bu yolu, davanın makul süre içinde görülmesine imkan tanıyan etkili bir iç hukuk yolu olarak kabul etmemiştir.

Gerek bu kararın bir sonucu olarak gerekse de ülkemizin AİHM önündeki ve uluslararası platformdaki olumsuz görünümünün düzeltilmesi yönünde sürdürülen çalışmalar kapsamında, 6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Olan Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun 19 Ocak 2013 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu kapsamda 23.09.2012 tarihinden önce yapılan yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı ve mahkeme kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da hiç icra edilmediği iddialarına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuruları tazminat ödemek suretiyle çözümlemek bakımından Adalet Bakanlığı'na bağlı İnsan Hakları Tazminat Komisyonu oluşturulmuştur. AİHM de yeni oluşturulan bu hukuk yolunun etkili olduğunu varsayarak önündeki başvurular yönünden söz konusu iç hukuk yolunun tüketilmesi gerektiği gerekçesiyle kabul edilmezlik kararları vermiştir.

AİHM Müdür Turgut ve diğerleri/Türkiye) kararında⁴⁴⁸, 6384 sayılı Kanun ile kurulan iç hukuk yolunun Ümmühan Kaplan/Türkiye kararında belirttiği ilkelere uygun olup

⁴⁴⁷ Ümmühan Kaplan/Türkiye, AİHM Başvuru No:24240/07, 20.03.2012

⁴⁴⁸ Müdür Turgut ve Diğerleri/Türkiye, AİHM Başvuru No:4860/09,26.03.2013

olmadığını incelemiştir. AİHM, 6384 sayılı Kanun ile oluşturulan iç hukuk yolunun makul süre şikâyetleri ile ilgili tekrar eden başvuruların incelenmesi amacıyla uygulanan pilot karar usulünün doğrudan ve somut bir sonucu olduğunu belirtmiştir. Türkiye'nin AİHM'in bu konudaki içtihadından çıkan ilkelere ve pilot kararda Sözleşme'nin 46. maddesi bağlamında varılan sonuçlara uygun olarak bir iç hukuk yolu oluşturduğunu belirtmiştir. Türkiye'nin böylece Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin tavsiyesine uygun olarak ilgili kişilerin Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanmasını sağladığını vurgulamıştır. Buna göre bir taraftan Sözleşme'nin 1. maddesinin emrettiği şekilde daha hızlı bir giderim imkânı sağlandığını, diğer taraftan da önemli sayıda benzer başvuruyu incelemek zorunda kalacak olan AİHM'in iş yükünün azalmasına katkı sağlandığını, böylece bu gibi sorunları ulusal düzeyde çözerek Türkiye'nin Sözleşme sisteminde kendisine düşen görevi yerine getirmiş olduğunu açıklamıştır. AİHM ayrıca 6384 sayılı Kanun ile kurulan Komisyonun kararının önce Ankara Bölge İdare Mahkemesinin, ardından ve gerektiğinde Anayasa Mahkemesinin ve nihayet kendisinin denetimine tabi olduğuna da vurgu yapmıştır. Bu doğrultuda başvuru sahiplerinin makul sürede yargılanma hakkı ile ilgili şikâyetini iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle reddetmiştir.

Öte yandan, davaları makul sürede sonuçlandırılmayan ya da mahkeme kararlarının icrasına yönelik hak ihlali iddiasında olan kişiler, 23 Eylül 2012 tarihinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru yapmadan önce, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun gereğince, Anayasa Mahkemesine başvurmak zorundadır. Bu durum AYM'de ciddi bir iş yükü oluşturmuştur.

Anayasa Mahkemesi yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmaması ve mahkeme kararlarının icrasına yönelik hak ihlali iddiasıyla yapılan bireysel başvuruların bir kısmını karara bağlamış olmakla birlikte, yapılan bireysel başvuruların yoğunluğu ve diğer ihlal alanlarına ilişkin mevcut başvurular nedeniyle, daha etkin ve hızlı karar alınabilmesi amacıyla yapılan çalışmalar sonucunda, 31/07/2018 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 7145 sayılı Yasanın 20. maddesi ile 6384 sayılı Kanuna eklenen Geçici Madde 2 ile; Kanunun (6384 sayılı) 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında olup, *(makul sürede yargılanma hakkı şikâyetleri ile mahkeme kararlarının geç icrası/ eksik icrası veya hiç icra edilmemesi şikâyetleri)* münhasıran, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla, AYM'de derdest olan bireysel başvuruların, Komisyon tarafından incelenmesi kararlaştırılmıştır.

Ayrıca 6384 sayılı Kanunun 2. Maddesinin 2. Fıkrası uyarınca 16/03/2014 tarih ve 2014/5917 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile;

a) 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa göre yapılan kamulaştırma veya irtifak hakkı tesislerinde uzun yargılama ve enflasyonun etkisiyle kamulaştırma veya irtifak hakkı bedelindeki değer kaybının telafi edilmediği,

b) Ceza infaz kurumlarında barındırılan hükümlü ve tutuklulara uygulanan disiplin yaptırımlarına karşı başvuru ve 16/5/2001 tarihli ve 4675 sayılı İnfaz Hakimliği Kanununa göre incelenen itirazlarda savunma hakkının kısıtlandığı,

c) Ceza infaz kurumlarında Türkçe dışında dil kullanıldığı gerekçesiyle haberleşme hakkının ihlal edildiği,

ç) Ceza infaz kurumlarında Türkçe dışında yazılan mektup ve benzeri iletilerin kurum idaresi tarafından alınmadığı veya gönderilemediği gerekçesiyle haberleşme hakkının ihlal edildiği,

d) Ceza infaz kurumlarında barındırılan hükümlü ve tutukluların yararlanmak istedikleri süreli ve süresiz yayınların değişik gerekçelerle engellendiği,

Yine 09/03/2016 tarih ve 2016/8509 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile;

a) Orman olduğu gerekçesiyle veya 31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Kanunun 2/B maddesinin uygulanması nedenlerine bağlı olarak tapu kaydının iptal edilmesi veya kadastro tespiti ya da orman kadastrası sonucu tapulu taşınmazın ormanlık alanda olduğunun tespit edilmesi üzerine mülkiyet hakkının ihlal edildiği,

b) Kıyı - kenar çizgisi içerisinde kaldığı gerekçesiyle tapu kaydının iptal edilmesi üzerine mülkiyet hakkının ihlal edildiği,

c) Taşınmazın imar planında kamu hizmetine tahsis edilmesi üzerine mülkiyet hakkının ihlal edildiği,

ç) Ceza infaz kurumlarında bulunan tutuklu ve hükümlülere verilen disiplin yaptırımları üzerine özel ve aile hayatına saygı hakkının,

d) Ceza infaz kurumlarında Türkçe yazılan mektup veya benzer iletilerin ceza infaz kurumu idaresi tarafından alınmaması veya gönderilmemesi üzerine özel ve aile hayatına saygı hakkının, ihlal edildiği iddialarına ilişkin başvurular, Komisyonun görev alanına eklenmiştir.

Söz konusu Bakanlar Kurulu kararlarıyla Komisyonun yetkisinin genişletilmiş olmasının yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi bağlamında tartışmalı olabileceği belirtilmiş, ancak kanunda Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin amacının, kapsam ve sınırlarının net olduğu, ayrıca söz konusu kararların idari yargı denetimine de açık olduğu belirtilmiştir.⁴⁴⁹

İnsan Hakları Tazminat Komisyonu 5 üyeden oluşmakta olup, Adalet Bakanlığında çalışan hâkim ve savcılar arasından Adalet Bakanı tarafından atanacak dört kişi ile Maliye Bakanı tarafından Maliye Bakanlığı personeli arasından atanacak bir kişiden oluşmaktadır. Başkan, bu üyeler arasından Adalet Bakanı tarafından seçilmektedir. Komisyon, kamu kurum ve kuruluşları ile yargı mercilerinden bilgi ve belge isteyebilmektedir.

Komisyon 2013-2020 yılları arasında AİHM'deki dosyalardan yaklaşık 9000 başvuru yapıldığı, toplam 53.533.098 TL tazminata hükmedildiği, Anayasa Mahkemesindeki dosyalardan ise toplam 8326 başvuru yapıldığı ve toplam 63.652.398 TL tazminata hükmedildiği anlaşılmaktadır.⁴⁵⁰

Anayasa Mahkemesi ilk olarak 2014/13828 bireysel başvuru numaralı dosyada, 12/09/2018 tarihli kararında; makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği ya da mahkeme kararlarının icra edilmemesi ilişkin hak ihlali iddiasıyla Anayasa Mahkemesine yapılan ve münhasıran bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Anayasa Mahkemesinde derdest olan bireysel başvuruların Komisyon tarafından inceleneceğini belirttikten sonra, Komisyonun, başvuru için ulaşılabilir olduğu sonucuna vardığını, başvuru sahiplerinin ihlal iddiaları yönünden makul bir başarı şansı sunma kapasitesine sahip olduğu sonucuna ulaştığını ve potansiyel olarak yeterli giderim sağlama kapasitesine de sahip olduğu kanaatine ulaştığını belirterek; Komisyonu, ulaşılabilir etkili bir iç hukuk yolu olarak tanımlayarak, başvurunun başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vererek, Komisyona başvurulması gerektiğini belirtmiştir.⁴⁵¹

⁴⁴⁹ YILDIRIM Zeki; 6384 Sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Olan Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun: İnsan Hakları İhlallerinin Çözümüne Dair Farklı Bir Yaklaşım, Dr Zeki YILDIRIM (adalet.gov.tr), s. 17, Erişim tarihi: 12.10.2023

⁴⁵⁰ PowerPoint Sunusu (adalet.gov.tr), istatistikler, Erişim tarihi: 12.10.2023

⁴⁵¹ Ferat Yüksel Başvurusu, AYM Başvuru No:2014/13828, 12.09.2018

Ferat Yüksel kararından sonra 31/7/2018 tarihi itibarıyla derdest olan, makul sürede yargılanma hakkı ve mahkeme kararlarının geç icra edildiği veya hiç icra edilmediği iddialarıyla yapılan başvuruların tamamı başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı ile sonuçlandırılmıştır.

Ancak aradan geçen süre boyunca makul sürede yargılanma hakkına yönelik olarak var olan yapısal sorunun çözümlenemediğini ve bu konuda etkili bir iç hukuk yolunun oluşturulamadığını belirten Anayasa Mahkemesi, Nevriye Kuruç kararında⁴⁵²;

“alınan her türlü tedbire rağmen yargılamanın makul sürede sonuçlanmadığı ve uzun sürdüğü durumlarda, bu ihlal nedeniyle ortaya çıkan zararları giderecek geçici de olmayan bir mekanizma ve dolayısıyla etkili bir başvuru yolu bulunmamaktadır. Nitekim yukarıda değinilen mevzuatta öngörülen Tazminat Komisyonu başvuru yolunun AİHM ve Anayasa Mahkemesi önünde bulunan ve ilgili kanun hükümlerinin belirlediği tarihlerden önce yapılan başvuruları tasfiyeye yönelik geçici çözümler öngördüğü açıktır.”

Şeklinde gerekçe belirterek etkili başvuru hakkının ihlaline karar vermiş, bu konuda oluşturulması gereken iç hukuk yolunun özelliklerini belirtmiş, hali hazırda Anayasa Mahkemesi nezdinde incelenmeyi bekleyen makul sürenin aşıldığı iddiasını içeren yaklaşık 55.000 başvurunun olduğuna dikkat çekmiş ve pilot karar usulünü uygulayarak yapısal sorunun çözümü için keyfiyetin TBMM’ye bildirilmesine karar vermiştir.

Bu karardan sonra çıkarılan 7445 sayılı Kanun’un 40. Maddesiyle 09.03.2023 tarihi itibarıyla Anayasa Mahkemesi önünde derdest olan başvurulara ilişkin Tazminat Komisyonuna başvuru imkanı getirilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, 09.03.2023 tarihinden sonra yapılan başvurular yönünden herhangi bir mekanizma getirilmemiş olmasını, pilot kararın gereğinin yerine getirilmemesi olarak değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesi Keser Altıntaş kararında⁴⁵³:

“...Anayasa Mahkemesi makul sürede yargılanma hakkına ilişkin alınan tüm tedbirlere rağmen oluşabilecek zararları gidermeyi amaçlayan etkili bir başvuru yolunun mevcut olmadığına dair yapısal sorunu tespit etmiş ve bu anayasal sorunun çözümü için kararı TBMM’ye göndermiştir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi üzerine düşen anayasal yükümlülüğü yerine getirmiş olup sorunun çözümü ancak Nevriye Kuruç pilot kararının gereği olarak böyle bir etkili hukuk yolunun yasama organı tarafından oluşturulması ile mümkün olabilir. Bu durumda Anayasa Mahkemesinin

⁴⁵² Nevriye Kuruç, AYM Başvuru No:2021/58970, 05.07.2022, (Pilot karar)

⁴⁵³ Keser Altıntaş, AYM Başvuru No:2023/18536, 25.07.2023

mevcut aşama itibarıyla makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan başvuruların esasını incelemeyi sürdürmesi Nevriye Kuruç kararına ve bu kararda açıkladığı üzere bireysel başvurunun ikincilliği ilkesine aykırı olur.

69. Diğer bir deyişle Nevriye Kuruç kararında belirtilen ilkeler doğrultusunda Anayasa Mahkemesine başvuru yapılmadan idari veya yargısal bir başvuru yolunun oluşturulmaması, makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddialarının Anayasa Mahkemesince ilk elden incelenmesine devam edilmesi verilen pilot kararın anlam ve önemini ortadan kaldıracaktır.

70. Öte yandan makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvuru yapılmadan önce başvuru yapılabilir, bu ihlal iddiasını giderebilecek ve yeterli bir giderim sağlayabilecek idari veya yargısal etkili bir başvuru yolunun ihdas edilmesinden sonra anılan başvuru yolu olağan kanun yolu olacağı için bu başvuru yolunun tüketilmesi zorunluluğu doğacaktır. Elbette kurulacak bu başvuru yolunun tüketilmesinden sonra Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılması mümkündür. Anayasa Mahkemesine yapılacak başvurunun ikincil nitelikte yani olağan kanun yollarının tüketilmesinden sonra yapılabilir anayasal bir başvuru yolu olduğu tekrar hatırlanmalıdır.

71. Açıklanan gerekçelerle ve Nevriye Kuruç pilot kararının gereği olarak makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan başvuruların ilk elden Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmesi mümkün olmayıp söz konusu pilot karar doğrultusunda etkili bir başvuru yolu oluşturulduktan sonra anılan başvuruların incelenebileceği sonucuna varılmıştır.”

gerekçesini belirtmiştir.

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi’nin pilot kararın gereğinin yerine getirilmemesini gerekçe göstererek iç hukukta konuya bakmaktan imtina etmesi bireylerin hak kaybına uğraması sonucunu doğurabilecektir. TBMM’nin konuya ilişkin etkili bir iç hukuk yolu oluşturulmaması halinde makul sürede yargılanma hakkına ilişkin olarak bireyler teminatsız hale gelmiş olacaktır. Anayasa Mahkemesinin AİHM gibi hareket etmesi, görevli ve yetkili olduğu halde davaya bakmaması hukuk devletinin zarar görmesine neden olabilecektir. AİHM’in ise, devletin etkili iç hukuk yolu oluşturması gerekliliğini belirttiği kararları üzerine uyuşmazlıktan el çekerek kararın icrasını takip etmek amacıyla konuyu Bakanlar Komitesi’ne gönderme yetkisinin olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu yetkinin uluslararası hukukun bir enstrümanı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Nitekim karara muhalif üyelerden M. Emin Kuz’un azlık oyunda⁴⁵⁴:

“Anayasanın 36. ve Sözleşmenin 6. maddeleri kapsamında kaldığı tartışmasız olan ve yapısal sorunlardan dolayı sıklıkla ihlal edilen makul sürede yargılanma hakkı ile ilgili çok sayıda kararımızla bu konudaki içtihadımızın ortaya çıktığı ve bu

⁴⁵⁴ Keser Altıntaş, AYM Başvuru No:2023/18536, 25.07.2023, M.Emin Kuz’un azlık oyu

nedenle mezkûr başvuruların anayasal öneminin kalmadığı veya AİHM'in yaptığına benzer şekilde- Anayasa Mahkemesinin bu konuda kendisine düşen görevi yerine getirdiği söylenemeyeceği gibi, Nevriye Kuruç kararında işaret edilen sürekli ve etkili bir başvuru yolunun oluşturulmaması sebebiyle bu konudaki bireysel başvuruların altından kalkılması zor sayılara ulaşması da düşme kararı verilmesini haklı göstermez... Bu itibarla yukarıdaki pilot kararımızda (Nevriye Kuruç [GK], B. No: 2021/58970, 5/7/2022) belirtilen yapısal sorunların ortadan kaldırılmasına katkı sağlayacak tedbirlerin alınmasına; bu kapsamda, sadece yapılacak bireysel başvurulardan önce gidilebilecek etkili ve sürekli bir başvuru yolu oluşturulana kadar değil, aynı zamanda ülkemizde yargılamaların uzamasına yol açan temel sorunları çözecek diğer düzenlemelerin de yapılmasına kadar, makul sürede yargılanma hakkı ve bu hakla bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiaların Mahkememizce incelenmesine devam edilmesi gerekir.”

gerekçesini belirterek düşme kararına katılmamıştır.

Bu karar makul sürede yargılanma hakkına ilişkin uyuşmazlıkların ele alınmasını etkili başvuru hakkı yönünden değerlendirme imkanı sunmuştur. Her ne kadar etkili başvuru yolu olarak kurgulanan İnsan Hakları Tazminat Komisyonu bugüne kadar pek çok başvuru hakkında hızlı bir şekilde uyuşmazlıkları inceleyerek tazminat kararları vermiş ise de, yaklaşık 55.000 başvurunun olduğu ve yapısal olarak sorunun varlığını sürdürdüğü görüldüğünden Tazminat Komisyonunun da ileride etkili başvuru hakkının gereklerini karşılayabilecek imkanlardan yoksun hale gelebileceği öngörülmektedir.

Öte yandan, İnsan Hakları Tazminat Komisyonu’nun somut olay bakımından pratikte etkili olmadığına ilişkin kararlar da bulunmaktadır. Örneğin Anayasa Mahkemesi Doğan Özmen başvurusunda, daha önce Anayasa Mahkemesine yapılan başvurunun süresinde olmadığı gerekçesiyle tazminat isteminin reddedilmesi nedeniyle etkili başvuru hakkının ihlaline karar verilmiştir. Kararda;

“...makul sürede yargılanma hakkına ilişkin ihlalin giderilmesi bakımından teorik düzeyde etkili olduğu saptanan Tazminat Komisyonunun öngörülebilir olmayan ve bariz takdir hatası teşkil eden yorumu sebebiyle somut olayda başarı şansı sunma potansiyelini yitirmiştir. Bu ihlalin giderilmesi için ihdas edilen başvuru yolundan Tazminat Komisyonunun -Anayasa Mahkemesine başvurulara ilişkin otuz günlük sürenin hesabında- başvuruçunun yararlandırılmamasının makul sürede yargılanma hakkıyla bağlantılı olarak etkili başvuru hakkını ihlal ettiği sonucuna varılmıştır.”⁴⁵⁵ gerekçesine yer verilmiştir.

⁴⁵⁵ Doğan Özmen Başvurusu, AYM Başvuru No:2019/16485, 10.05.2023

Sonuç olarak İnsan Hakları Tazminat Komisyonunun, kurumsal açıdan etkili bir yol olarak kabul edildiği, bununla birlikte son dönemde makul süreyi aşan yargılamalar bakımından tekrar eden ihlal iddialarının sayısı göz önünde bulundurulduğunda etkili bir yol olmaktan uzaklaşma riski taşıdığı, ayrıca somut olay özelinde pratik etkililiğini kaybettiği durumlar olduğu belirtilebilir.

3.2.3.2.5. Olağanüstü hal işlemleri inceleme komisyonuna yapılan başvurular

Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu, olağanüstü hal kapsamında doğrudan kanun hükmünde kararnameler ile tesis edilen kamu görevinden çıkarma, yurtdışı öğrencilikle ilişkin kesilmesi, emekli personelin rütbelerinin alınması ile kurum ve kuruluşların kapatılması işlemlerine ilişkin başvuruları değerlendirip karara bağlamak üzere 23.01.2017 tarihli Resmi gazetede yayımlanan 685 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kurulmuş olup, 22.05.2017 tarihinde göreve başlamıştır.

Komisyon, yedi üyeden oluşmaktadır. Üyelerin üçü kamu görevlileri arasından Cumhurbaşkanı tarafından, bir üye Adalet Bakanlığının merkez teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşlarında çalışan hâkim ve savcılar arasından Adalet Bakanınca, bir üye mülki idare amirleri sınıfına mensup personel arasından İçişleri Bakanınca, birer üye Yargıtay'da ve Danıştay'da görev yapan tetkik hâkimleri arasından Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenmektedir. Komisyon, kendi üyeleri arasından yapacağı seçimle bir başkan ve bir başkanvekili seçmektedir.

Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu, 7075 sayılı Kanun kapsamındaki başvuruların tamamı hakkında karar vermiş olup 22 Ocak 2023 tarihi itibarıyla görevini tamamlamıştır. 31/12/2022 tarihi itibarıyla Komisyona yapılan başvuru sayısı 127.292'dir. 22 Aralık 2017 tarihinden itibaren karar verme sürecine başlamış olan Komisyon tarafından, 31/12/2022 tarihi itibarıyla 5 (beş) yıllık süre içerisinde başvuruların tamamı hakkında (17.960 kabul ve 109.332 ret olmak üzere) toplam 127.292 karar verilmiştir.⁴⁵⁶

⁴⁵⁶ https://ohalkomisyonu.tccb.gov.tr/docs/OHAL_FaaliyetRaporu_20172022.pdf, Erişim tarihi:12.10.2023

Komisyon kararları tebliğ edilmek üzere kişilerin en son görev yaptığı kurumlara teslim edilmekte olup, tebligat işlemi bu kurumlar tarafından yapılmaktadır. Başvurusu kabul edilen kişilerin atama işlemi, ilgisine göre en son görev yapılan kurum ve Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı tarafından yapılacaktır. Komisyon kararlarına karşı, kararın tebliğinden itibaren altmış gün içinde Hâkimler ve Savcılar Kurulunca belirlenen Ankara idare mahkemeleri nezdinde ilgilinin en son görev yaptığı kurum veya kuruluş aleyhine iptal davası açılabilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 12 Haziran 2017 tarihinde vermiş olduğu ‘Köksal’ kararında⁴⁵⁷, OHAL Komisyonunu etkili iç hukuk yolu olarak kabul ederek, öncelikle Komisyona başvuru yapılmasını müteakip idari yargı mercileri ve Anayasa Mahkemesi kararından sonra AİHM’ne başvuru yapılması gerektiğini belirtmiştir.

Komisyonun etkili iç hukuk yolu olarak hızlı ve aynı zamanda kapsamlı inceleme neticesinde başvurular hakkında bireyselleştirilmiş ve gerekçeli kararlar verdiği belirtilmektedir.⁴⁵⁸

Komisyonun kurulması ve başvuruları almaya başlamasıyla, Anayasa Mahkemesinde ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde bulunan dosya sayısında önemli ölçüde azalma olduğu gözlemlenmektedir. 15 Temmuz 2016 tarihinde FETÖ/PDY terör örgütünün darbe kalkışmasından sonra AİHM nezdinde Türkiye aleyhine yapılan başvuru sayısı artarak 31 Mayıs 2017 tarihi itibarıyla 24.600’e yükselmiştir. AİHM’nin, Komisyonu etkili iç hukuk yolu olarak kabul eden 12 Haziran 2017 tarihli Köksal kararından sonra, benzer başvuruların AİHM’nce toplu olarak reddedilmesiyle, AİHM nezdindeki Türkiye aleyhine olan başvuru sayısı önemli miktarda düşmüştür. Anayasa Mahkemesinin 4 Ağustos 2017 tarihli duyurusunda da belirtildiği üzere; 70.771 bireysel başvuru, başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle Anayasa Mahkemesince kabul edilemez bulunmuştur. Bu hususlar Anayasa Mahkemesi ve AİHM tarafından Komisyonun etkili bir iç hukuk yolu olarak kabul edildiğini göstermektedir.

⁴⁵⁷ Köksal/Türkiye, AİHM Başvuru No:70478/16, 12.06.2017

⁴⁵⁸ www.ohalkomisyonu.tcbb.gov.tr, Erişim tarihi: 11.08.2021

Bununla birlikte 2022 Türkiye-AB İlerleme Raporunda⁴⁵⁹:

“Olağanüstü Hâl İşlemleri İnceleme Komisyonunun çalışmalarının kalitesine ilişkin ciddi endişeler devam etmektedir. 31 Aralık 2021 itibarıyla Komisyon, dört yıl içerisinde 126.783 başvurunun 120.703'ünü sonuçlandırmıştır. 6.080 başvuru hâlâ sonuçlanmamıştır. Her bir başvurunun münferit olarak incelenip incelenmediğine, ihraç edilenlerin savunma haklarının gözetilip gözetilmediğine ve değerlendirme usulünün uluslararası standartlarla uyumlu olup olmadığına ilişkin ciddi endişeler devam etmektedir. Yüz yüze görüşme olmaması nedeniyle başvuru sahiplerinin usulî hakları konusunda genel olarak eksiklikler söz konusu olmuş; kararlar, kişinin meslektan ihraç edilmesi ile ilgili yazılı belgelere dayanılarak alınmış ve tüm bunlar, İnceleme Komisyonunun ne derecede etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilebileceğinin sorgulanmasına yol açmıştır.”

Şeklinde tespitlere yer verilmiştir.

Belirtilen nedenlerle Olağanüstü Hal İnceleme Komisyonunun kurumsal açıdan etkili bir başvuru yolu oluşturduğu, ancak özellikle usulî teminatlar yönünden bazı eksikliklerin bulunduğu, pratikteki etkililiğinin ise somut olay bağlamında değerlendirilmesi gerektiği söylenebilecektir.

3.2.3.2.6. Taşınmaz mal komisyonuna yapılan başvurular

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Xenides-Arestis/Türkiye (pilot) kararında, Türkiye'nin yetki alanında olduğu değerlendirilen Kıbrıs'ın kuzeyinde meydana gelen mülkiyet hakları ihlallerini etkili bir şekilde tazmin etmeyi güvenceye alan bir yol oluşturulmasını istemiş, başvuru bu karardan sonra Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Cumhuriyet Meclisince çıkarılan 67/2005 sayılı Kanun ile oluşturulan Taşınmaz Mal Komisyonuna yönlendirilmişlerdir.⁴⁶⁰

Taşınmaz Mal Komisyonu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Xenides-Arestis v. Türkiye davasında vermiş olduğu hükümler uyarınca, Taşınmaz Mal Yasası (67/2005 sayılı Yasa) kapsamında kurulmuştur. Alınan bu tedbirin amacı, Kuzey Kıbrıs'ta bulunan mallarla ilgili talepler için etkili bir iç hukuk yolu oluşturmaktır.

⁴⁵⁹ https://www.ab.gov.tr/siteimages/birimler/kpb/2022_turkiye_report_tr_27.11.2022_22.05.pdf, Erişim tarihi:05.02.2023

⁴⁶⁰ Xenides-Arestis/Türkiye, AİHM, Başvuru No:46347/99, 22.12.2005

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye aleyhine açılan Demopoulos ve Diğerleri davasının kabul edilebilirliğine ilişkin almış olduğu 1 Mart 2010 tarihli kararda 67/2005 sayılı Yasanın etkin bir hukuki çare sunduğunu saptamış ve başvuranların şikayetlerini iç hukuk yolunun tüketilmemiş olduğu gerekçesiyle reddetmiştir.

Taşınmaz Mal Komisyonu, Yüksek Adliye Kurulu'nun Cumhurbaşkanı tarafından önerilen kişiler arasından atadığı Başkan, Başkan Yardımcısı ve üyelerinin göreve başlaması ile 17 Mart 2006 tarihinde faaliyete geçmiş, 67/2005 sayılı yasanın öngördüğü şekilde yeniden oluşturulmuştur. Buna göre Komisyon başkan ve başkan yardımcısı ile birlikte 7 üyeden oluşmaktadır.

Taşınmaz Mal Komisyonu, 67/2005 sayılı Yasa hükümlerine uygun olarak, iade, tazminat ve takas ile ilgili yapılan talepleri incelemektedir. Yapılan değerlendirmelerde, 1977-1979 Doruk Antlaşmaları ve Birleşmiş Milletler'in Kıbrıs Sorununun çözümüne ilişkin hazırlamış olduğu bütün planların ana unsurunu teşkil eden iki kesimlilik ve iki toplumluluk ilkeleri gözetilmektedir. Komisyon, Kıbrıs Türk Toplumunun haklarına hanel getirmeyecek bir biçimde, mülk sahiplerinin taleplerini yerine getirmek için çalışmaktadır.

10 Ekim 2023 itibariyle, Komisyona toplam 7,353 adet başvuru yapılmış ve bunlardan 1,423 tanesi dostane çözüm yoluyla ve 34 tanesi de duruşma yoluyla sonuçlandırılmıştır. Komisyon, şu ana kadar başvuranlara mallarının bedeli olarak 396,363,257.- Sterlin tazminata karar verilmiştir. Ayrıca, 4 başvuru için iade, 2 başvuru için takas ve tazminat, 7 başvuru için de iade ve tazminat kararı verilmiştir. Bir başvuru için çözümünden sonra iade ve bir başvuruda da kısmi iade doğrultusunda karar verilmiştir.⁴⁶¹

Dolayısıyla Taşınmaz Mal Komisyonu, Kuzey Kıbrıs'taki mülkiyet hakkı iddialarına ilişkin olarak etkili iç hukuk yolu olarak kabul edilmektedir.

Türkiye AB İlerleme Raporunda, Nisan 2022 itibarıyla, Kıbrıs'ın kuzey kısmında Taşınmaz Mal Komisyonuna 7.111 başvuru yapıldığı, bu başvuruların 1.324'ünün uzlaşma yoluyla, 34 başvuru ise mahkeme yoluyla çözümlendiği belirtilmiştir. Taşınmaz Mal

⁴⁶¹ <https://tamk.gov.ct.tr/tr-tr/> Erişim tarihi:12.10.2023

Komisyonunun, başvuru sahiplerine bugüne kadar toplamda yaklaşık 392 milyon avro tutarında tazminat ödediği kaydedilmiştir.⁴⁶²

3.2.3.2.7. 27 Mayıs askeri darbe mağdurlarının zararının tazmini komisyonuna yapılan başvurular

23.06.2020 tarihli ve 7248 sayılı 1924 tarih ve 491 sayılı Teşkilâtı Esasiye Kanununun Bazı Hükümlerinin Kaldırılması ve Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesi Hakkında Geçici Kanunun Bazı Hükümlerinin Yürürlükten Kaldırılması ve Neden Olunan Mağduriyetlerin Giderilmesi Hakkında Kanun gereğince 13.10.2020 tarihli ve 2020/439 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile 27 Mayıs 1960 Askeri Darbe Mağdurlarının Zararlarının Tazmini Amacıyla Komisyon kurulmuştur.

Kanunda öngörülen 3 aylık başvuru süresinin tamamlanmasını müteakip yapılan inceleme sonucunda Komisyon, ilgililer hakkında maddi ve manevi tazminata hükmedebilmektedir. Hükmedilen tazminatın ise, kararın kesinleşmesini müteakip 4 ay içerisinde Hazine tarafından ödenmesi öngörülmüştür. Söz konusu 3 aylık başvuru süresi 25.05.2021 tarihi itibarıyla sona ermiştir.

Komisyon, bir başkan ve 6 üyeden oluşmaktadır. Başkan ve 5 üyenin katılımıyla toplanmakta ve salt çoğunlukla karar vermektedir. Komisyon, ihtiyaç duyduğu bilgi ve belgeleri kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden isteyebilmektedir. Komisyon kararlarına karşı kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde itiraz edilebilmekte, itiraz üzerine verilen karara karşı ise ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay'da dava açılabilir.

Komisyon uygulamasında “zarar gören”, Yüksek Soruşturma Kurulu ile Yüksek Adalet Divanı tarafından haklarında soruşturma ve kovuşturma yürütülenlerden, bu soruşturma ve kovuşturmalar sebebiyle manevi zarara uğrayanlar ile bu soruşturma ve kovuşturmalar nedeniyle malvarlığı değerinin müsadere edilmesinden kaynaklanan maddi

⁴⁶² https://www.ab.gov.tr/siteimages/birimler/kpb/2022_turkiye_report_tr_27.11.2022_22.05.pdf, Erişim tarihi:05.02.2023

zararları olanları ifade etmektedir. “Mirasçı” ise, bu şekilde zarara uğrayanlardan hayatta olmayan kişilerin mirasçılarını ifade etmektedir.

Doğrudan Komisyona matbu bir form ile başvuru yapılması mümkün olup başvurular için herhangi bir ücret ödenmeyeceği belirtildiğinden, ilgililer açısından erişilebilir ve kolay bir yöntem benimsendiği söylenebilir.

Ayrıca Komisyonun Cumhurbaşkanlığının gözetiminde Adalet Bakan Yardımcısı başkanlığında faaliyet göstermesi benimsendiğinden ve üyeleri arasında hakimler bulunduğu anlaşıldığından, ihlali gerçekleştirenden yeterince bağımsız bir ulusal makam öngörüldüğü ihlalin sona ermiş bulunması nedeniyle tazminat verme yetkisiyle donatılmış olmasının yeterli korumayı sağlayabileceği, ayrıca karar alma süreçlerinin hızlılığı, kararlarının icra edilebilir olması ve bağlayıcılığı yönüyle de etkili başvuru hakkına ilişkin kriterleri genel olarak sağladığı söylenebilir.

Nitekim aşağıdaki tabloda görüldüğü gibi Komisyona belirtilen süre içerisinde toplam 3080 başvuru yapılmış, yapılan başvuruların tamamı sonuçlandırılmıştır. Başvurulardan 1457’si hakkında kabul kararı verilmiş, 1623’ü hakkındaki istem reddedilmiştir. Komisyona başvuru yapanlardan kabul kararı verilenler sadece manevi tazminata ilişkindir. Maddi tazminat taleplerinin tümü Yüksek Adalet Divanı tarafından herhangi bir müsadere kararı verilmediğinden reddedilmiştir.

27 MAYIS 1960 ASKERİ DARBE MAĞDURLARININ ZARARLARININ TAZMİNİ AMACIYLA KURULAN KOMİSYON BAŞKANLIĞI		
2.4. Başvuru, İtiraz ve Karar Bilgileri		
KOMİSYONA YAPILAN TOPLAM BAŞVURU SAYISI	Başvuran Bazı Toplam	3080
	Zarar Gören/Muris	579
KABUL KARARI VERİLEN BAŞVURU SAYISI	İlk Kararlar Sonrasında	1453
	Zarar Gören/Muris	370
	İtiraz Değerlendirme Sonrasında	1457
	Zarar Gören/Muris	371
RET KARARI VERİLEN BAŞVURU SAYISI	İlk Kararlar Sonrasında	1627
	Zarar Gören/Muris	209
	İtiraz Değerlendirme Sonrasında	1623
	Zarar Gören/Muris	208
İTİRAZ EDİLMEYEN KARAR SAYISI	Toplam	1638
	Manevi Tazminat Talebi Kabul Edilen	931
	Tazminat Talebi Ret Edilen	707
	Toplam	1442
İTİRAZ EDİLEN KARAR SAYISI	Manevi Tazminat Talebi Kabul Edilen	522
	Tazminat Talebi Ret Edilen	920
	Toplam	1442

Şekil 3.4. 27 Mayıs Mağdurlarına İlişkin Tazminat Komisyonu İstatistiği⁴⁶³

3.2.3.2.8. Kolluk gözetim komisyonuna yapılan başvurular

Kolluğun sivil ve bağımsız denetimi amacıyla kurulan Kolluk Gözetim Komisyonu; kolluk görevlilerinin çalışma koşullarının iyileştirilmesinin sağlanması ve vatandaşların kolluk hizmetleri ile ilgili öneri, istek ve şikayetlerini iletebilmesi amacıyla kurulmuş ve faaliyetlerine başlamıştır.

Komisyon, kolluk şikayet sisteminin işleyişine dair ilkeleri belirleyecek ve kolluk görevlileri hakkında gerektiğinde yetkili merciler tarafından haklarında disiplin soruşturması yapılmasını isteyecektir.

6713 sayılı Kolluk Gözetim Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun, 22 Mayıs 2016 tarihinde 29717 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kolluk Gözetim Komisyonu bağımsız olarak görev yapacak olup; Komisyonun görev ve yetkileri arasında:

⁴⁶³ Adalet Bakanlığı 27 Mayıs Mağdurları Tazminat Komisyonu Başkanlığından 26.12.2023 tarihinde edinilmiştir.

a) Kolluk şikâyet sisteminin işleyişine dair ilkeleri tespit ederek bunlarla ilgili olarak Bakanlığa önerilerde bulunmak, bu konudaki uygulamaları izlemek ve sistemin işleyişinde kamu kurum ve kuruluşları arasında koordinasyonu sağlamak.

b) Kolluk görevlilerinin işledikleri iddia edilen suçlardan veya disiplin cezasını gerektiren eylem, tutum veya davranışlarından dolayı gerektiğinde yetkili merciler tarafından haklarında disiplin soruşturması yapılmasını istemek.

c) Kolluk şikâyet sisteminin işleyişiyle ilgili konularda teftiş ve denetim yapılması için Bakanlığa önerilerde bulunmak, bu teftiş ve denetimler sonucunda düzenlenen raporları değerlendirmek, tespit edilen eksiklikler konusunda alınması gereken idarî tedbirleri belirleyerek Bakanlığa önermek ve bu raporlardan uygun gördüklerini kamuoyuna açıklamak.

ç) Merkezî kayıt sisteminin etkili bir şekilde işlemesi ve geliştirilmesi için Bakanlığa önerilerde bulunmak ve bu sistemin işleyişini izlemek.

d) Merkezî kayıt sisteminden elde edilecek veri ve bilgilere ilişkin istatistikler hazırlamak, veri tabanı oluşturmak, elde edilen veri ve bilgilerin analizini yapmak veya yaptırmak, strateji belirlenmesine ve uygulamaya ilişkin önerilerde bulunmak ve gerekli görülen hâllerde bu analizlerin sonuçlarını kamuoyuna duyurmak.

e) Görev alanına giren konularda tespit, görüş ve öneriler içeren yıllık raporlar hazırlamak ve bu raporları her yıl mart ayında Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu ile Cumhurbaşkanlığına göndermek ve kamuoyuna açıklamak.

f) Kolluk görevlilerinin çalışma koşullarının iyileştirilmesine yönelik araştırmalar yapmak veya yaptırmak, kolluk hizmetlerinin geliştirilmesi ve iyileştirilmesine yönelik olarak yapılan çalışmaları izlemek, değerlendirmek ve bu konularda Bakanlığa önerilerde bulunmak.

g) Kolluk etik ilkelerinin uygulanmasını izlemek; bu ilkelerin etkin bir şekilde uygulanması konusunda yetkili makamlara önerilerde bulunmak ve bu konuda kolluk teşkilâtı ve diğer ilgili kuruluşlarla iş birliği yapmak.

ğ) Kolluk şikâyet sistemine kamuoyunun duyduğu güveni ölçmek ve halkın sisteme ilişkin görüş ve düşüncelerini değerlendirmek amacıyla en az iki yılda bir olmak üzere kamuoyu araştırmaları yapmak veya yaptırmak.

h) Görev alanına giren konularda üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve ilgili sivil toplum kuruluşları ile iletişim kurmak ve iş birliği yapmak.

ı) Kolluğun hizmet içi eğitim programlarıyla ilgili olarak yetkili birimlere görüş bildirmek ve önerilerde bulunmak.

i) Görev alanına giren konularla ilgili mevzuat düzenlemeleri hakkında görüş bildirmek şeklinde yetkileri bulunmaktadır.

Kolluk görevlilerinin disiplin cezasını gerektiren eylem, tutum veya davranışlarıyla ilgili ihbar ve şikâyetlerin Komisyona intikal etmesi veya Komisyon tarafından resen öğrenilmesi üzerine Komisyon, Kurul Başkanlığından söz konusu ihbar veya şikâyetlerin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde disiplin soruşturması açılmasını isteyebilmektedir. Bu istem üzerine Kurul Başkanlığınca genel disiplin hükümlerine göre işlem yapılmaktadır.

Görüldüğü gibi Kolluk Gözetim Komisyonu, gerektiğinde ihlali durdurma, ihlale sebep olan fiilin hukukiliğini inceleme, zarar görenlerin tazminat talepleri hakkında karar verme gibi yetkilerden yoksundur. Üstelik bağlayıcı kararlar alabilme yetkisi de bulunmamaktadır. 6713 sayılı Kanunun 3. Maddesi uyarınca komisyonun bağımsız olarak görev yapacağı belirtilmiştir. Ayrıca etkili soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilebilmesi bakımından olumlu bir adım olarak değerlendirilebilir. Ancak kollukla ilgili uyuşmazlıkların genellikle 2,3 ve 5. Maddeler kapsamında olduğu dikkate alındığında, ihlali durdurma, önleme ya da uygun bir tazminat verilmesini sağlama gibi yetkileri bulunmadığından, etkili başvuru yolu olarak kabul edilmesi ihtimali oldukça zayıftır.

Nitekim kolluk üzerinde yeterli yetkilere sahip olmadığı, kaynaklarının görevleriyle uyumlu olmadığı, kamuoyu desteğini alması gerektiği, sivil toplumun komisyon çalışmalarına iştirak edebilmesinin gerektiği, komisyonun çalışmalarını şeffaf biçimde sürdürmesi ve düzenli raporlar yayınlamasının gerektiği, komisyonun oluşumunda yasama organının dışlandığı, bürokrasinin ve İçişleri Bakanının önemli yetkilerle donatıldığı, komisyonun ise daha ziyade icrai olmayan yetkilerinin bulunduğu, ayrıca denetim yapanla denetlenecek olanların aynı hiyerarşiye tabi olmamasının gerektiği, personel sayısının yetersizliği gibi konular nedeniyle eleştirildiği görülmektedir.⁴⁶⁴

⁴⁶⁴ AKYILMAZ,SEZGİNLER, KAYA, Türk İdare Hukuku, s. 619-620

2020 yılı AB İlerleme raporunda;

...Ulusal önleme mekanizması olarak işlev görmesi gereken TIHEK gibi, cezaevi izleme kurulları da büyük ölçüde etkisiz kalmaya devam etmektedir. Söz konusu mekanizmanın tam olarak işler halde olmadığı göz önünde bulundurulduğunda, cezaevlerinde yapılan insan hakları suiistimallerine ilişkin gözetim bulunmamaktadır...

şeklinde tespitlere yer verilmiştir.

3.2.3.3. İdare içinde oluşturulan komisyon/kurullara yapılan başvurular

İdare, kendi işlem ve eylemlerinden dolayı hukuken sorumludur. Bu nedenle kendi öz denetimini yapması açısından da önemli bir kaynak olan başvurular, idare içerisinde çözüm oluşturabilecek şekilde dizayn edilirse, hem her iki tarafın bakış açısı uyumsuzluk çözümü sürecine yansımış olabilecek, hem de çok daha kısa sürede netice alınmış olabilecektir. Başvuru üzerine verilen kararlar yargı denetimine de tabi olacaktır.

İdarenin kendi içinde, ancak ihlale sebep olan eylemden yeterince bağımsız şekilde örgütlenmiş uzman komisyonlar eliyle insan hakları ihlallerine ilişkin iddiaların ele alınması, idare ile bireyi çatışma olmaksızın bir araya getirebilecektir. Bunun için etkili başvuru hakkının gereklerinin idare içinde oluşturulan komisyonlar yönünden gerçekleştirilmesi ve uygulanacak usulün de öngörülebilir olması önemlidir.

3.2.3.3.1. 659 sayılı KHK'nın 12. maddesinde öngörülen sulh başvuruları

659 sayılı KHK'nın 12. Maddesine göre, idari işlemler nedeniyle haklarının ihlal edildiğini iddia edenler idareye başvurarak, uğramış oldukları zararın sulh yoluyla giderilmesini dava açma süresi içinde isteyebilmektedirler. İdari işlemler nedeniyle hakları ihlal edilenlerin idari dava açmadan önce İdari Yargılama Usulü Kanununun 13. Maddesi uyarınca yapacakları zorunlu başvuruların da sulh başvurusu olarak kabul edileceği düzenlenmiştir.

Sulh başvurusu belli bir konuyu ve somut bir talebi içermiyorsa, idari makam tarafından reddedilecektir. İdare tarafından reddedilmeyen başvurular ise “Hukuki Uyuşmazlık Değerlendirme Komisyonu”na gönderilecektir. Talep konusunda sorumluluğun birden fazla idarede olduğu değerlendiriliyorsa “Ortak Hukuki Uyuşmazlık Değerlendirme

Komisyonu” da oluşturulabilecektir. Anılan komisyonun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik de çıkarılmıştır.

Komisyonun, her idarenin kendi bünyesindeki üst yöneticinin görevlendireceği, biri hukuk birim amiri, biri hukuki uyuşmazlıkla ilgili birim amiri ve biri de hukuk biriminde görevli olanlardan bir kişi olmak üzere en az üç üyeden oluşmaktadır. Görüldüğü gibi, AİHS md 13 uyarınca aranan kriterden bağımsızlık kriteri burada da gerçekleşmemektedir.

Komisyonun yetkilerine bakıldığında, olayla ilgili kişileri dinleyebilme, gerekirse bilirkişi görüşüne başvurabilme, idarenin kusurlu olduğunu kabul etmesi halinde, kusura bağlı tazminat miktarını bilirkişiye hesaplattırabilme yetkilerinin olduğu görülmektedir. Bilirkişi görüşünün maddi ve manevi tazminat hesabını da kapsamasının bu komisyonun işlevine ayrı bir önem kattığı belirtilmektedir.⁴⁶⁵ Bu yönlerden yetkilerinin geniş olduğu söylenebilir de, ihlali ortadan kaldırma (işlemden kaynaklanan tazminat talebinde ilgili işlemi geri alma, değiştirme gibi yetkilerinin bulunmaması), ihlal oluşturan durum hakkında yürütmenin durdurulması gibi yetkilerinin bulunmaması, başvuran taraflara usuli güvenceleri tam olarak sağlayamaması gibi yönleriyle etkili başvuru hakkının gereklerini karşıladığını söyleyememekteyiz. Öte yandan sulh başvuruları neticesinde üzerinde anlaşmaya varılan miktar hakkında dava açılmıyor olması da, getirilen başvuru yolunun güvencesiz olduğu izlenimini vermektedir.

Ayrıca sulh kurumunun sadece tazminat uyuşmazlıkları için öngörülmüş olması, süreler ve usul bakımından 12. Ve 13. Maddeye nazaran farklılıklar barındırması ve işlevselliği için gerekli bazı hususların göz ardı edilmesi eleştirilebilir.

Diğer yandan KİT, belediye ve köylerin 659 sayılı KHK kapsamında olmamasının idarenin bütünlüğü ilkesiyle çelişen önemli bir eksiklik olduğu, idari sözleşmelerden kaynaklanan zararlar için sulh yoluna gidilemediği ayrıca uygulamada bu yola gidilmediği ve etkili olmadığı belirtilmektedir.⁴⁶⁶

⁴⁶⁵ ÇINARLI Serkan, age, s.350, (Aktaran ODYAKMAZ Zehra, İdare Hukukunda Yargı Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri, s. 99)

⁴⁶⁶ KARAARSLAN Mehmet, İdarenin Taraf olduğu Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm yöntemleri ile Giderilmesi, TBB Dergisi, 2019 (140), s. 72-113

Sözleşmede belirtilen bir temel hakkı ihlal edilen kişinin tazminat talebiyle yaptığı sulh başvuruları, AİHS 13. Madde anlamında etkili bir yol oluşturma potansiyeline sahip olsa da, prosedürel karmaşalar ve İYUK 13. Maddenin işlememesinin genel sebepleri dikkate alınmadan çıkarıldığından, bizatihi etkili başvuru hakkını sınırlayıcı duruma gelebilmektedir.

Danıştay Onuncu Dairesi bir kararında, sulhnamenin imzalanmasından sonra idarenin hizmet kusurunun bulunduğu tespit edildiğini, bu nedenle sulhnamenin iptal edilerek hizmet kusuruna göre hesaplanacak yeni tazminat miktarından sulhname uyarınca ödenen bedelin mahsubundan sonra yeniden karar verilmesi gerektiği yönünde hüküm kurmuştur.⁴⁶⁷

Uygulamada sulh başvuruları bakımından getirilen bu düzenlemenin aktif şekilde işlemediği gözlenmektedir. İdarede, uzlaşma ile ilgili kamu görevlilerinin bu görevlerinden dolayı hukuki güvencelerinin bulunmaması ve mali sorumluluk kaygısının bulunması, idare bünyesindeki kamu görevlilerinden oluşan kamu görevlilerinin hakemlik yapması nedeniyle idari işlemin hukuka uygunluğu konusunda ısrarcı davranmasının çözüm olasılığını güçleştirdiği belirtilmektedir.⁴⁶⁸

Ayrıca bu konuda genel bir istatistik bilgisinin bulunmayışı, toplam kaç uyuşmazlığın idari aşamada sulh yoluyla çözümlendiğinin açıkça görülememesi de etki analizi yapmayı güçleştirmektedir. 659 sayılı KHK kapsamında yapılmış uzlaşma sayısına ilişkin veriye rastlanamadığı belirtilmekte, anılan kapsamda uzlaşmayla sonuçlanmış bir uzlaşma başvurusu bulunmadığı dile getirilmektedir.⁴⁶⁹

Daha önce 12. ve 13. Maddenin işlememesine sebep olarak gösterilen genel nedenler yani bütçede bu konuya tahsis edilmiş bir kalem olmaması, idari yetkililerin sorumluluk almaktan kaçınması ve mahkeme kararı olmasını ödeme için aramaları, ödenmesi öngörülen

⁴⁶⁷ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2018/3542, K:2018/3514, 14.11.2018

⁴⁶⁸ SEZGİNER Murat, İdari Yargılama Sürecinde Yaşanılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Çalıştay Kitabı, TBMM Yayınları, Ankara, 2013

⁴⁶⁹ ŞAŞI Murat, İdari Yargı Alanındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Alternatif Bir Model “Hakim Temelli Uzlaşma, Danıştay Dergisi, Ocak 2015, Sayı:138

tutarın yargı kararı beklenirken arada kullanılabilmesi, Sayıştay'ın bakış açısı gibi pek çok faktör çözümlenmeden sulh kurumunun da işlemeyeceği gözetilmemiştir.

Gerek sulh başvurusu gerekse idareye yapılan diğer başvurular yönünden etkili başvuru hakkının sağlanabilmesi için, temel haklar yönünden ihlal iddialarını inceleyebilecek şekilde kurgulanmış, uygulayacağı usul kuralları net olan ve idare içerisinde oluşturulan bir komisyonun, üyelerinin bağımsızlığı ve tarafsızlığını güvence altına alan koruyucu hükümlerle desteklenmesi ve yeterli bütçenin de sağlanması gerekmektedir. Bu durumda hem İYUK'taki hali hazırdaki işlevsiz hükümler işler hale getirilebilmiş olacak, hem de idarenin öz denetimi sağlanarak, teknik bilgi birikimi ve bilgi-belgenin de idarede mevcut olması nedeniyle zaman kaybına uğramadan sorunlar kaynağında çözümlenebilecektir. Böyle bir yapının şeffaflığının ve hesap verebilirliğinin sağlanması bakımından kararlarının kamuoyuyla paylaşılması, gerekçeli olması, ilgiliyi dinleyebilmesi, istatistik tutulması, insan hakları konusunda uzman kişilerin bilgisine başvurabilmesi ve nihayet yargı denetimine tabi olması pratikte etkililiğini sağlayabilecektir. Pratikte de bireylerin olumlu sonuç alabildiği bir yol olarak sistemin işlemesi halinde sadece idare içerisinde bir kurul olmasından dolayı bağımsızlık koşulunu sağlamadığı şüphesi bertaraf edilebilecektir. Komisyon önüne sürekli gelen benzer konular nedeniyle olumlu yönde oluşacak bir idari uygulama da sağlanmış olacaktır.

Oysa ülkemizdeki uygulamada etkili başvuru yolu oluşturmak bakımından yeni bir kurum oluşturulması yoluna gidildiğinden, köklü mevzuat değişikliklerine ihtiyaç olmakta, başvuru yapılacak birçok farklı makam olması sonucunu doğmakta, bir nevi yeni kurum enflasyonu oluşmaktadır. Bunun için yoğun personel alımları yapılmakta, yüksek bütçeler ayrılmaktadır. Sonuçta ise farklı usuller uygulayan pek çok idari başvuru yolu arasında kafa karışıklığı ve usul problemleri nedeniyle hak kayıpları yaşanmaktadır. Üstelik yeni oluşturulan yolların dahi etkililiği tartışmalı nitelikte olmaktadır. Bu kurumlara yapılan atamalarda bağımsızlığın sağlanabilmesi için gerçek anlamda bağımsız ve tarafsız düşünebilen ve insan hakları bakış açısıyla olaylara yaklaşabilen kişilerin seçilmesi gerekmektedir. Bu anlamda pratikteki bağımsızlık kurumsal bağımsızlıktan daha önemli olabilmektedir.

3.2.3.3.2. Terör tazminat komisyonlarına yapılan başvurular

5233 Kanun, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddi zarar gören kişilerin uğradıkları zararların yargı yoluna gidilmeden idare tarafından en kısa süre içinde sulh yoluyla ödenmesini düzenlemektedir. Burada terör eylemi ile ilgisi olmayan üçüncü kişilerin gördükleri zararlar söz konusudur.

Bu Kanuna göre kurulan Zarar Tespit Komisyonları, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle meydana gelen maddi zararları karşılayacaktır. Her türlü maddi zararlara cismani zararlar da dahildir. Gerçek kişiler kavramına idarenin zarar verdiği üçüncü şahıslar ve teröristlerin zarar verdiği üçüncü şahıslar girmektedir.

Bu kanuna göre sulh yoluyla karşılanacak zararlar şunlardır:

- i-Hayvanlara, ağaçlara, ürünlere ve diğer taşınır ve taşınmazlara verilen her türlü zararlar.
- ii- Yaralanma, sakatlanma ve ölüm hallerinde uğranılan zararlar ile tedavi ve cenaze giderleri.
- iii-Terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle kişilerin mal varlıklarına ulaşamamalarından kaynaklanan maddi zararlar.

Zarar Tespit Komisyonu uğranılan zararı ve ödenecek miktarı tespit eder, bir sulhname tasarısı hazırlayarak hak sahibine gönderir. Zarar tespiti yapılırken bilirkişiye de başvurulabilir.

Sulh yoluyla çözülemeyen uyuşmazlıklarda ilgililer yargı yoluna başvurabilirler. Sulhname imzalandıktan sonra dava açılmasına imkan yoktur. Sulhname kapsamı dışında tutulan zarar çeşitleri için ilgililer dava açabilirler. Nitekim sulhnamenin iptali istemiyle açılan davalara da idare mahkemeleri bakmaktadır.⁴⁷⁰

Bu çerçevede yapılan çalışmalar sonunda, terör eylemlerinin ülkemizde yoğun olarak yaşandığı 19.7.1987 tarihi ile 30.11.2002 tarihi arasında, terör eylemleri veya terörle

⁴⁷⁰ Danıştay Onuncu Dairesi E:2018/3542, K:2018/3514, 14.11.2018

mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören kişilerin maddi zararlarının yargı yoluna gitmelerine gerek kalmadan, idarece en kısa süre içinde ve sulh yoluyla karşılanması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine ancak bu yolla sonuç alamayanların başvuruları amacına Kanunun genel gerekçesinde yer verilmiştir.

Söz konusu başvuru yolunun manevi zararları dışarıda bıraktığı, ihlali gerçekleştiren idareden her zaman bağımsız olmadığı (idarenin terörle mücadele kapsamındaki faaliyetinden kaynaklanan zararlar yönünden) söylenebilirse de, dava açmadan sulh yoluyla uyuşmazlığın hallini öngören etkili bir başvuru yolu içerdiği belirtilebilir. Zira 3 ay içinde öngörülen tazminat tutarının ilgiliye ödenmesi öngörülmüştür.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de teorik olarak bu yolu etkili kabul etmektedir. Bu husus Emrullah Yılmaz başvurusu üzerine alınan kararda şu şekilde ifade edilmiştir:

“...Terörle mücadele kapsamında alınan tedbirler nedeniyle malvarlıklarına ulaşamayan kişiler, bu sebeple uğradıkları zararın karşılanması için zarar konusu olayı öğrenmesinden itibaren altmış gün içinde, her halde olayın meydana geldiği tarihten itibaren bir yıl içinde Zarar Tespit Komisyonlarına başvurabilecektir. Dolayısıyla terörle mücadele kapsamında alınan tedbirler sebebiyle mülküne ulaşamayan başvuru sahibinin uğradığı zararın tazminini sağlayacak etkili başvuru yolunun teorik düzeyde bulunduğu açıktır.”⁴⁷¹

Bununla birlikte, Terör Tazminat Komisyonunca hükmedilen miktarın az olduğu iddiasıyla idare mahkemesinde açılan ve reddedilen, ardından Danıştay’ca onanan yargı kararı üzerine gidilen bireysel başvuru yolunda Anayasa Mahkemesi, önceden öngörülemeyen ve bilinmesi mümkün olmayan terör eylemi nedeniyle idarenin hizmet kusurunun olmadığı ve kusursuz sorumluluk ilkeleri uyarınca da hükmedilen tutarın benzer idari uyuşmazlıklarda ödenen tutarlarla yakınlık gösterdiğini dikkate alarak yaşam hakkının ihlal edilmediğine, bu hakla bağlantılı olarak ileri sürülen etkili başvuru hakkına ilişkin iddianın açıkça dayanaktan yoksun olduğuna, ancak yargılama süresinin uzunluğu nedeniyle makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴⁷²

⁴⁷¹ Emrullah Yılmaz Başvurusu, AYM Başvuru No: 2019/37252, 15.06.2022

⁴⁷² Mehmet Demir ve Diğerleri Başvurusu, AYM, Başvuru No:2013/1579,15.10.2015

Yine Anayasa Mahkemesi bir kararında;

“Başvurucu talebinin reddi üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) başvuruda bulunmuş; AİHM 30/3/2006 tarihli Rıza Yıldız ve diğerleri/Türkiye kararıyla 17/7/2004 tarihinde 5233 sayılı Kanun’un kabul edilmesiyle yeni bir giderim usulünün öngörüldüğünü, İçyer/Türkiye (B. No: 18888/02, 12/1/2006) kararıyla da terör nedeniyle oluşan zararların karşılanmasında 5233 sayılı Kanun ile getirilen başvuru yolunun etkili ve erişilebilir olduğuna karar verildiğini belirterek iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermiştir.

11. Başvurucu 11/4/2006 tarihinde, 5233 sayılı Kanun kapsamına giren zararlarının karşılanması talebiyle Tunceli Valiliği Zarar Tespit Komisyonuna (Komisyon) başvurduğunu beyan etmiştir.”⁴⁷³

Bu kararlardan da görüleceği üzere gerek AİHM gerekse AYM uygulamasında Terör Tazminat Komisyonlarına yapılan başvurunun etkili bir iç hukuk yolu oluşturduğu söylenebilir.

Ancak teorik olarak etkili kabul edilebilecek bu yolun da pratikte etkisiz olabileceği durumlar bulunmaktadır. Örneğin Ramazan Yıldırım başvurusunda AYM, komisyon kararı üzerine idare mahkemesince bariz takdir hatası niteliğinde yapılan yorum nedeniyle anılan tazminat yolunun somut olayda başarı şansı sunma potansiyelini yitirdiğini belirtmiştir.⁴⁷⁴

Bununla birlikte, zarar tespit komisyonlarının farklı idarelerden uzmanları da içeren geniş katımlı bir yapıya sahip olması olumlu karşılanmasına rağmen uzlaşmanın temeli olan tarafların eşitliğinden bahsedilebilmesinin zor olduğu, zira zarar tespit komisyonları tarafından belirlenen zararın, muhatap tarafından kabul veya reddi seçeneği dışında tarafların karşılıklı müzakereyle uzlaşmaya varmalarının söz konusu olmaması nedeniyle eleştirilmektedir.⁴⁷⁵

3.2.3.3. İl ve ilçe insan hakları kurullarına yapılan başvurular

İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi çerçevesinde, gerek vatandaşlarla bireyler olarak, gerek sivil toplum kuruluşlarıyla genel düzeyde, temasları kolaylaştırmak ve işbirliğini arttırmak amacıyla yönelik olarak oluşturulmuştur. 02.11.2000 tarihli ve 24218 sayılı RG’de yayımlanan Yönetmelikle kurulan

⁴⁷³ Abbas Emre Başvurusu, AYM, Başvuru No:2014/5005, 06.01.2016

⁴⁷⁴ Ramazan Yıldırım Başvurusu, AYM Başvuru No:2019/29794, 17.11.2022

⁴⁷⁵ ŞAŞI Murat, İdari Yargı Alanındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Alternatif Bir Model “Hakim Temelli Uzlaşma”, Danıştay Dergisi, Yıl:2015, Sayı:138, s. 74

İHK'lar 23 Kasım 2003 tarihli ve 25298 sayılı RG'de yayımlanan Yönetmelikle yeniden yapılandırılmıştır. Anılan Yönetmelikle Kurulların kamu görevlisi ağırlıklı yapısı değiştirilmiş, sivil toplum eksenli ve ağırlıklı bir oluşum gerçekleştirilmiştir. Kurulların görevleri, çalışma usul ve esasları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. İnsan haklarının korunması ve İhlallerin önlenmesine ilişkin genel görevlerin yanı sıra Kurullar her türlü ayrımcılığın önlenmesi için gerekli çalışmaları yapmakla görevlendirilmiştir.

İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları Mülki İdare Amirlerinin Başkanlığında kamu görevlileri, sivil toplum kuruluşları, meslek odaları ve siyasi parti temsilcilerinden oluşmaktadır. Kurul başkanı gerek gördüğü durumda ilgili kamu veya özel kuruluş temsilcilerini de toplantıya çağırabilmektedir. İl ve İlçe Kurulları; İnsan hakları ihlali iddiaları ile ilgili başvuruları incelemek, araştırmak, inceleme ve araştırma sonuçlarını değerlendirmek, ulaşılan sonuçları konusuna göre Cumhuriyet Savcılıklarına ya da ilgili idari makamlara iletmek ve sonucunu takip etmekle görevlidir. Kurullar aynı zamanda insan hakları alanında bilgilendirme, bilinçlendirme, eğitim faaliyetleri gerçekleştirmek, kadın, çocuk, hasta ve özürlü hakları ile araştırmalar yapılmasını ve çözümler üretilmesini teşvik etmek, insan hakları uygulamalarını yerinde görmek amacıyla ilgili kurum ve kuruluşlara ziyaretler gerçekleştirmek her türlü ayrımcılığın önlenmesi için gerekli çalışmaları yapmakla görevlidirler.⁴⁷⁶

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının çalışmalarına destek verebildiği ve raporlarını inceleyebildiği belirtilerek, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun kurulmasıyla il ve ilçe insan hakları kurullarının işlevselliğinin azalacağı ileri sürülmekte, bu kurulların etkin hale gelebilmesi için kararlarının bağlayıcı hale getirilmesi önerilmektedir.⁴⁷⁷

Ancak bu kurulların başvurular üzerine ihlal iddiasının esasını inceleyerek bağlayıcı kararlar alabilmesi, ihlali durdurması, tazminat verebilmesi gibi yetkileri bulunmadığından etkili başvuru hakkının gereklerini karşılamamaktadırlar.

⁴⁷⁶ ÇATAL Betül, İnsan Haklarının Korunmasında Ulusal, Bölgesel ve Uluslararası Mekanizmalar, Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, C:1, S:1, 2018, s. 69-99

⁴⁷⁷ ERDOĞAN Oğuzhan, PANK Çiğdem; Kamu Bürokrasisinin Denetiminde İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları, Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Yıl:2017, S:9, s. 97

3.2.3.4. İlgili idareye yapılan başvurular

İdareye yapılan başvurular, İYUK'ta 10, 11, 12. ve 13. Maddelerde öngörülmüştür. Bu başvuruların temel Anayasal dayanağı ise dilekçe hakkıdır. Buna göre, bir idari işlemin yapılması için idareye başvurulabileceği gibi, yapılan bir idari işlemin değiştirilmesi, geri alınması veya kaldırılması için, tazminat talepleri için de idareye başvurulabilir.

Esasen yukarıda belirtilen ilgili idarenin dışında örgütlenen kurum ve komisyonlara yapılan başvurular da özel kanunlarında ayrı olarak düzenlenmediği sürece İYUK'ta belirtilen başvurular kapsamında değerlendirilebilecektir.

Ancak uygulamada, idareye başvuru üzerine sonuç alınması yaygın değildir. Zorunlu idari başvurular dışında ihtiyari yollar bakımından doğrudan dava açma yolunun tercih edildiği görülmektedir. Bu durumun sebeplerinden birinin yeterince bağımsız olma unsurunun sağlanamamasıdır. Etkili başvuru hakkı bakımından da idarenin kendisine yapılan başvurular genellikle etkili görülmemektedir. Ancak bu durumun istisnaları bulunmaktadır. Ör: Cezaevi idaresine başvuru yapılmaksızın açılan davada AYM iç hukuk yollarının tüketilmediğini belirtirken zımnen bu yolu etkili kabul etmektedir. Yine yeni bir mevzuat üzerine yapılan başvurularda idarelerin benzer durumdakilere ödeme yaparken 10. Maddeye göre etkili bir yol oluşturdukları söylenebilir.

3.2.3.4.1. İYUK md.10 kapsamında yapılan başvurular

İdari Yargılama Usulü Kanununun 10. Maddesine göre;

“İlgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler. Otuz gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İlgililer otuz günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde, konusuna göre Danıştay’a, idare ve vergi mahkemelerine dava açabilirler. Otuz günlük süre içinde idarece verilen cevap kesin değilse ilgili bu cevabı, isteminin reddi sayarak dava açabileceği gibi, kesin cevabı da bekleyebilir. Bu takdirde dava açma süresi işlemeyiz. Ancak, bekleme süresi başvuru tarihinden itibaren dört ayı geçemez”.

İdarenin her hangi bir işlemi yok iken yapılan idari başvurular, idareyi belli bir yönde işlem tesis etmeye sevk etmektedir. İdarenin bu başvuruları susma suretiyle cevaplaması başvurunun zımnî reddi olarak düzenlenmiştir. İdarenin yapılan başvuruyu açıkça veya zımnen reddi üzerine dava açma süresi işlemeye başlamaktadır. 2577 sayılı Yasanın 10.

maddesine göre yapılan başvuruya cevap verilmemesi yoluyla oluşan ret işleminden sonra idarece bir yanıt verilirse dava açma süresinin işleyeceği, maddede öngörülen 4 aylık bekleme süresinin sadece, idarece kesin olmayan bir yanıtın verilmesi⁴⁷⁸ halinde uygulanacağı uygulamada genel kabul gören düşüncedir.

İdareye belli konuda işlem tesisi için yükümlülük getiren yasa kuralına karşın, idarenin hareketsiz kaldığı durumlarda ya da belli bir göreve veya kadroya atama gibi zaman içinde koşulların değişmesi nedeniyle idarenin yeni bir değerlendirme yapmasını gerektiren konularda, 2577 sayılı Kanunun 10. maddesi uyarınca idareye başvurulup, dava açılabilceği de Danıştay tarafından kabul edilen bir husustur.⁴⁷⁹

Danıştay tarafından Anayasa Mahkemesi tarafından bir kanun hükmünün iptal edilmesi üzerine oluşacak yeni hukuki durumlarda da, idareye 2577 sayılı Yasanın 10 maddesi kapsamında bir başvuru yapılabileceği kabul edilmektedir.⁴⁸⁰

Öte yandan Danıştay tarafından bir düzenleyici işlemin iptal edilmesi halinde, bu düzenleyici işlemin iptali üzerine oluşan yeni hukuki durumdan faydalanmak amacıyla yapılacak olan başvurular da 2577 sayılı Yasanın 10. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir.⁴⁸¹

10. madde ihtiyari bir başvuru yolu öngörmektedir. Yapılan başvuru üzerine idarenin 30 gün boyunca hareketsiz kalması durumunda istemin zımnen reddedildiği varsayılarak idari yargıda dava açılacaktır.

Başvuru yapılan husus idarenin yapmak zorunda olduğu bir işlem ya da eylem olabileceği gibi, yapmaya mecbur olmadığı bir konuda da olabilir. Başka bir deyişle idareye bağlı yetkisinin olduğu hususlarda da takdir yetkisinin olduğu hususlarla ilgili de başvuru yapılabilir. Örneğin vergi indiriminden yararlanma koşullarını taşıyan kişinin bu amaçla yaptığı başvuru üzerine işlem tesis etme mecburiyetinde olan idarenin bu konuda bağlı yetkisinin olduğu söylenebilir. Bir başka örnek olarak üniversite giriş sınavını kazanmış olan

⁴⁷⁸ Danıştay 10. D. 12.04.2000, E:1997/280, K:2000/1490, Danıştay Dergisi, S.104, s. 546

⁴⁷⁹ Danıştay 5. D. 15.09.2003, E:2003/1007,K:2003/3368, Danıştay Kararları Dergisi, S.3, s.171

⁴⁸⁰ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 08.06.2006,E:2006/231, K:2006/542, Danıştay Dergisi, S.114, s.79

⁴⁸¹ Danıştay 11. D. , 08.06.2006, E:2006/550, K:2006/2142, Danıştay Dergisi, S. 113, s.356

bir kişinin üniversiteye kayıt için yaptığı başvuru üzerine (başkaca bir engel hal yoksa) idarece kayıt işleminin yapılması zorunludur.

3071 sayılı Kanunla 2577 sayılı Kanun arasında cevap verme süreleri bakımından önceden farklılık var iken bu çelişki son yasal değişiklikle giderilmiştir. 30 gün içinde verilen cevap net değilse, ilgilinin kesin cevabı bekleyebileceği veya isteği reddedilmiş sayarak dava açabileceği, sonradan gelen cevap üzerine de yine dava açılabilmesi İYUK 10. Maddede belirtilmiştir.

10. maddenin tanıdığı başvuru yolu, etkili başvuru yolu mudur? Her şeyden önce AİHS md. 13'te belirtilen etkili başvuru hakkından söz edebilmek için sözleşmede belirtilen bir hakkın ihlal edilmiş olduğu iddia edilmelidir. Dolayısıyla eğer idarenin bir işlemi ile ihlal edildiği ileri sürülen bir temel hak varsa bu durumda teorik olarak 10. Maddenin değil, bu işlemin kaldırılması, değiştirilmesi ya da geri alınması amacıyla kullanılabilecek olan İYUK 11. Maddesinde öngörülen yolun kullanılması gerekmektedir.

Başvuru öncesinde idarenin herhangi bir işlemi (idarenin düzenleyici işlemleri dahil) olmayıp, genel olarak mevzuatın bir temel hakkı ihlal ettiği iddia ediliyorsa, yasal düzenlemelerden doğan iddialar konusunda idareye başvurulmuş demektir. Ancak 13. Madde açısından herhangi bir uygulama işlemi olmaksızın doğrudan mevzuatın hukuka aykırılığı potansiyel mağdurluk durumu haricinde dikkate alınmamaktadır. AİHS 13. Madde, yasaların Anayasaya ve Sözleşmeye aykırılığı dolayısıyla iç hukukta etkili hukuki yollar bulunmasını garanti etmediğinden etkili başvuru hakkıyla ilgili bir değerlendirme yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Üstelik idarenin herhangi bir değiştirme/düzeltilme yetkisi olmadığından ancak söz konusu durumu yasa koyucunun dikkatine sunabilecek mekanizmaları harekete geçirebilir ki (TBMM Dilekçe Komisyonuna başvuruyu göndermek gibi) bu da fiilen sonuç alınması zor bir yoldur. Kaldı ki idare bu nitelikteki başvuruyu reddetse dahi ortada kesin ve yürütülebilir bir işlem olmadığından yargısal başvuru da sonuçsuz kalacaktır.

İdarenin bir eylemi veya eylemsiz kalmasından kaynaklanan bir durumun ihlale yol açtığı iddiası varsa, bu konu bir zarara yol açıyorsa tazminat istemi gündeme gelebilir. Tazminat istemlerinde ise hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı veya varsa kusursuz sorumluluğun koşullarının varlığı araştırılır ki bu durum 10. Maddenin kapsamı dışındadır.

Herhangi bir zarar doğmamış iken yapılan başvuru ile önleyici bir tedbir alınması gerekiyorsa Ör. Terör bölgesinde koruyucu güvenlik hizmetlerinin artırılması istemiyle yapılan başvuru. Bu durumda idare takdir yetkisini kullanarak bu konuda olumlu ya da olumsuz bir karar alabilecektir. Ancak bireysel başvuru temel haklarından birinin ihlali durumunda yapılabileceğinden (mağdurluk sıfatı olmadığından) etkili başvuru hakkına ilişkin bir değerlendirme yine yapılamayacaktır.

3. Kişilerin eylemleri nedeniyle bir temel hakkın ihlal edildiği iddialarına yönelik başvurularda da idarenin bu engeli kaldırma yükümlülüğü varsa 10 madde kapsamında yapılan bir başvurunun etkili bir başvuru yolu içermesi olasıdır. Örneğin işyerinde ayrımcılığa maruz kalan kişinin yaptığı başvuru üzerine idarece ayrımcılığa son verilmesinin sağlanması ile ilgili işletmeye para cezası verilmesi. (Uygulamada bu nitelikteki bir başvurunun Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'na yönlendirilmesi de olasıdır)

Bununla birlikte başvuru yolunun etkililiği açısından pratik olarak da etkili olduğunun tespiti gereklidir. Uygulamada, idarenin takdir yetkisinin bulunduğu konularda 10. Madde kapsamında yapılan başvurularda idarece ya hiç cevap verilmemekte, ya da istek reddedilmektedir. Bu nedenle, çoğu zaman yapılan başvuru dava açma yoluna gitmeden önce idarenin iradesinin ortaya çıkarılmasını temin eden ve dava açma süresinin hesaplanmasına imkan veren bir prosedürden öteye geçememektedir. Bu nedenle etkili başvuru hakkı yönünden teorik olarak dahi çok sınırlı uygulama alanı olan 10. Maddenin pratikte etkili olduğunu söyleyememekteyiz.

10. madde esasen idareye ve bireylere çok büyük bir fırsat sunmaktadır. Bu maddenin iyi işletilebilmesi halinde bireylerin devletle diyalogu artabilir, dilek ve talepler idareye doğrudan ulaştırılabilir. Demokratik bir toplumda olması gerektiği gibi katılımcı bir anlayış gelişir. Bireylerin idarenin karar alma süreçlerini yönlendirebileceği, kamusal öncelikleri belirleyebileceği, uzlaşa kültürünü geliştirebilecek bir araç olabilir. Toplumun nabzını tutmanın bir başka aracı olarak değerlendirilebilir. Aynı zamanda toplumdaki ifade özgürlüğü hakkını da pekiştiren yanı vardır. Ancak tüm bunların olabilmesi için bu yolun kullanımından kişilerin bir sonuca ulaşabileceği yönünde yerleşik kanaatlerinin bulunması gerekir. Bu kanaati de idarenin 10. Madde başvuruları üzerine takındığı tutum belirleyecektir.

3.2.3.4.2. İYUK md.11 kapsamında yapılan başvurular

Mevcut bir idari işlemin kaldırılması, değiştirilmesi ya da geri alınması amacıyla yapılan idari başvurular esasen etkili başvuru hakkı yönünden gereklilikleri sağlayabilecek potansiyele sahiptir. Zira idarenin kendi sebep olduğu temel hak ihlalini ortadan kaldırma, durdurma yetkisinin olduğu değerlendirildiğinde başvurunun etkili olabileceği düşünülebilir. Ancak başvuruyu inceleyen ulusal makamın bağımsızlığı, yetkileri ve konuya bakışı önemlidir. Hukukumuzda idari işlemi geri alma, değiştirme gibi amaçlarla yapılabilecek başvurular İYUK 11. Maddede düzenlendiği ve burada da bu taleplerin iletileceği makam yine aynı idare içinde olarak öngörüldüğünden, bu kategorideki başvuruların uygulamada etkili başvuru yolu oluşturması ihtimali düşük kalmaktadır.

İdari Yargılama Usulü Kanunun 11.maddesine göre,

“İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur. Otuz gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır”.

İdare tarafından tesis edilen bir işlemten sonra yapılan başvurular işlemeye başlayan dava açma süresini durdurur. Başvurunun işlemeye başlayan dava açma süresini durdurabilmesi için 60 günlük dava açma süresi içinde yapılması gerekir. Başvuru üzerine idare tarafından bir cevap verilmesi halinde duran dava açma süresi kaldığı yerden işlemeye devam eder. İdare başvuruyu belli bir süre zarfında cevaplamak zorunda olup, mevzuatta öngörülen süre içinde başvuruyu cevaplamazsa ilgilinin istemi zımnen reddedilmiş sayılır. İşlemin tesisinden sonra işlemi tesis eden makama yapılan bu başvurunun 60 (yeni düzenlemeye göre 30) gün içinde cevaplanmamasının zımni ret sebebi sayıldığı Danıştay kararlarında da vurgulamaktadır.⁴⁸²

2577 sayılı Kanunun 11. maddesinde idarenin 30 gün içinde cevap vermemesi halinde talebin reddedilmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Burada iki hususa değinmekte yarar vardır. Birincisi, 30 günlük cevap verme süresi geçtikten sonra cevap verilmesi halinde,

⁴⁸² SEZER-BİLGİN, a.g.e, 352

bunun işlemeye başlamış olan süreye etkisi nasıl olacağı; ikincisi ise, bu süre içinde idarece verilen cevap kesin değilse dava açma süresi nasıl hesaplanacağı hususudur. Danıştay’a göre, “2577 sayılı Yasanın 11.maddesi uyarınca yapılan başvuru üzerine altmış gün (yeni düzenlemeye göre 30 gün) içerisinde yanıt verilmesi halinde istem reddedilmiş sayılır, bu tarihten sonra verilen yanıtın istemin reddine ilişkin olmayıp yeni bir işlem tesisine yönelik olması durumunda ise yeni bir hukuki sonuç yaratan bu işleme karşı süresi içerisinde dava açılabilir”.⁴⁸³

Danıştay, bir başka kararında, 2577 sayılı Yasanın 11. maddesi uyarınca idareye yapılan itirazın kabul edilerek, idarece yeni bir işlem tesis edilmesi halinde, ilgilinin bu yeni işleme karşı da aynı Yasanın 11. maddesinde öngörülen usulde itiraz edebileceği ve itirazın reddi üzerine bu karara karşı yasal süre içinde dava açabileceğini belirtmiştir.⁴⁸⁴

AİHS md. 13 anlamında İYUK 11. maddenin etkili bir başvuru yolu olup olmadığı değerlendirildiğinde, ilk olarak karşımıza çıkan kurumsal gerekliliklerden olan başvuru makamının ihlali gerçekleştiren makamdan yeterince bağımsız ve tarafsız olup olmadığı sorunudur. Zira AİHS md. 13 uyarınca üst makama veya işlemi yapan makama yapılan başvurular genellikle bağımsızlık ve tarafsızlık unsurunun bulunmaması yönünden etkili kabul edilmemektedir.

11. Madde idarenin bir işlemi üzerine gerçekleştiğinden, etkili başvuru hakkı yönünden bu maddenin uygulanması ancak idarenin bir işleminden doğan hak ihlali iddiaları yönünden geçerli olabilir. Kurumsal gerekliliklerden bağımsızlık unsuru işlemi yapan idareye yapılan başvurular açısından sağlanmayacağından etkili başvuru yolu oluşturmaz. Üst makama yapılan başvurular açısından ise, bağımsızlık koşulunun sağlanıp sağlanmadığı tartışmalı olabilir. Üst makam eğer işlemi yapan makamla temas halinde olup idarenin işlemlerine karşı sorumluluğu alan pozisyondaysa (Ör: Emniyet Genel Müdürlüğü işlemine karşı İçişleri Bakanlığına başvurulması hali) bu durumda işlemi tesis eden makamı koruyucu ve işlemin hukuka uygun olduğu yönünde hareket edecek şekilde tavır alması muhtemeldir. Tazminat talepleri de maddenin kapsamı dışında kalmaktadır. Sonuç olarak, 11. Madde uyarınca yapılan başvurular yine idarenin içinde kalacağından

⁴⁸³ Danıştay 6. D. 20.04.1999, E:1998/1839, K:1999/2054 (www.danistay.gov.tr)

⁴⁸⁴ Danıştay 10. D. 10.04.2007, E:2005/9100, K:2007/1765, Danıştay Dergisi, S.117, s. 290

yeterli bağımsızlığa sahip bir kurum tarafından geniş yetkiler sağlanarak elverişli, yeterli ve etkili bir başvuru yolunu sağladığı söylenemeyecektir.

11. maddede ifadesini bulan “üst makamlara başvurma” kurumunun, sözleşme anlamında etkili sayılamayacağı, uygulamada bu kurumdan yeterince verim alınamadığı ve “düzelticiliği”nin sorgulandığı ileri sürülmektedir.⁴⁸⁵

Nitekim uzun süren hukuk yargılamalarıyla ilgili olarak hiyerarşik makama yapılan başvurunun etkili başvuru yolu oluşturmadığını AİHM Sürmeli /Almanya kararında şu şekilde belirtmiştir;

“... Mahkeme Hükümetin Alman Yasasının 26/2 maddesinde öngörülen hiyerarşik makama başvurunun Bölge Mahkemesi önündeki yargılamayı hızlandırdığı sonucuna varmak için gerekli gerekçeler öne sürmediğini kaydetmektedir. Kaldı ki, Mahkeme daha önce hiyerarşik makama yapılan başvurunun defalarca 13. Madde anlamında etkili bir yol olmadığını, çünkü bu başvurunun bu başvuruyu yapan şahsa, devletten kendi gözetim yetkilerinin yerine getirilmesini sağlama kişisel hakkını vermediğini hatırlatmaktadır.” Bu gerekçelerle birlikte Hükümet tarafından ileri sürülen diğer iki hukuk yolunun da yani idari yargı önünde hakimnin hareketsizliği nedeniyle tazminat davası açılması ve ihmalkarlık nedeniyle ilgili hakime karşı açılacak davanın belirsizliği karşısında, bu yolların hiçbirinin 13. Madde anlamında etkili başvuru yolu kabul edilemeyeceği sonucuna varmıştır.”⁴⁸⁶

AİHM, bazen de uyuşmazlığın niteliğine göre 11. Maddedeki başvuru yolunun yeterli olmadığını, yargısal başvuru yolunun tanınması gerektiğini belirtmektedir.

AİHM’e, sendikal faaliyet nedeniyle olağanüstü hal bölgesinde Valilik tarafından alınan tayin kararı nedeniyle AİHS md 11. Ve 13.’ün ihlal edildiği ileri sürülerek yapılan başvuruda, Hükümet İdari Yargılama Usulü Kanununun 11. Maddesi uyarınca başvuranın, hakkında verilen atama kararının iptalini veya değiştirilmesini talep etmek için yetkili makama başvuruda bulunabileceğini veya idare mahkemelerinde dava açılabileceğini belirtmiştir. Ancak AİHM, hükümetin itirazını reddederek söz konusu atama kararına karşı ulusal mahkeme nezdinde itiraz olanağı sağlayan bir iç hukuk yolunun bulunmayışından dolayı AİHS md. 13’ün ihlal edildiği kanaatine varmıştır.⁴⁸⁷

⁴⁸⁵ DEMİR Rıdvan, a.g.m., s. 133

⁴⁸⁶ Sürmeli /Almanya, AİHM, Başvuru No: 75529/01, 08.06.2006

⁴⁸⁷ Kızılkaya/Türkiye, AİHM, Başvuru No: 50690/99, 20.11.2007; Benzer yönde Ürküt/Türkiye, AİHM, Başvuru No:50290/99, 20.11.2007

Yine yukarıdaki uyuşmazlığa benzer nitelikte olmakla birlikte öncesinde başvuru tarafından idare mahkemesine dava açılıp, verilen incelenmeksizin ret kararı üzerine Danıştay’ca onama kararı verilmesinden sonra AİHM’e yapılan başvuruda, Hükümet idareye tayin işleminin değiştirilmesi istemiyle başvurulmadığını ve bu yüzden iç hukuk yollarının tüketilmediğini ileri sürmüş, Mahkeme, mevzuatın 285 sayılı KHK’ya dayalı olarak yapılan idari işlemlerin iptali için idari mahkemelere başvurulmasına izin vermediğini ve bu nedenle 13. Maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴⁸⁸

AİHM, bu tür davalarda şu yorumu yapmaktadır;

“...AİHM OHAL Bölge Valisine tayin konusunda geniş ayrıcalıklar veren 285 sayılı KHK’nın 4(g) maddesine dayanarak, OHAL Bölge Valisi’nin, kamu sektöründeki personelin bu bölge dışında bulunan bir şehre tayinini isteyebileceğini hatırlatmaktadır. Buna benzer ölçüsüz olarak değerlendirilebilecek ayrıcalıklar karşısında, başvuranların tayini konusunda adli denetim yoksunluğunun, muhtemel suiistimalleri engellemek veya bu şekilde alınan kararların sadece meşruluğunu denetlemeyi sağlamak için yeterli teminatları sunmadığını tespit etmek gerekir.... Sonuç olarak OHAL Bölge Valisinin işlemleri nedeniyle yapılan adli başvurular, 13. Maddenin amaçlarına uygun olarak “etkililik” kriterini yerine getirmemektedir, zira istenilen başvuru ne hukuki olarak ne de uygulamada etkili değildir...”⁴⁸⁹

Oysa İYUK 11. Madde tüm işlevleriyle birlikte değerlendirildiğinde, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında çok önemli bir araç olarak kullanılabilecektir. Her ne kadar AİHM ve AYM ihtiyari nitelikte olan ve bağımsızlık koşulunu sağlamadığı değerlendirilen bu yolun etkili iç hukuk yolu oluşturmadığını belirtmekte ise de, sadece tek bir kriterin karşılanmaması pratikte etkili olması halinde ilgili yolu etkili başvuru yolu olmaktan çıkarmayabilecektir. İdarenin kendi işlemi üzerindeki tasarruf yetkisi ihlali doğrudan önleyebilecek, durdurabilecek güçtedir. Şu anki uygulamada 11. Madde pratikte de etkili başvuru yolu oluşturmamaktadır. Ancak idarenin başvurular yoluyla denetlenmesi ve iyi idare ilkelerinin yerleşmesiyle, uygulamada 11. maddenin etkili bir iç hukuk yolu haline getirilmesinin mümkün olduğu değerlendirilmektedir.

⁴⁸⁸ Fahrettin Aydın /Türkiye, AİHM, Başvuru No: 31695/02, 29.01.2008

⁴⁸⁹ Bulğa ve Diğerleri/Türkiye, AİHM, Başvuru No:43974/98, 20.09.2005

İYUK 11. maddenin zorunlu idari başvuru yolu haline getirilmesi ve buna ilişkin ayrıntılı düzenlemelerle idari başvuruların etkinleştirilmesi gerektiği savunulmaktadır.⁴⁹⁰

Halihazırda 11. maddeye göre idareye yapılan başvuruların usuli bir prosedür olarak geçirildiği, ilgililer tarafından da ihtiyari olan bu yolun kullanımının tercih edilmediği, doğrudan dava yoluna gidildiği görülmektedir.⁴⁹¹

3.2.3.4.3. İYUK 12. ve 13. madde kapsamında yapılan başvurular

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 12. ve 13. maddelerinde idari işlem ve eylemlerden doğan tam yargı davaları ile idarenin hizmet kusurundan doğan ya da kusursuz sorumluluğunun olduğu tam yargı davaları düzenlenmiştir.

“İptal ve tam yargı davaları:

Madde 12 – İlgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştaya ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler. Bu halde de ilgililerin 11 nci madde uyarınca idareye başvurma hakları saklıdır.

Doğrudan doğruya tam yargı davası açılması:

Madde 13 – 1. İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında otuz gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir. (2)

2. Görevli olmayan adli yargı mercilerine açılan tam yargı davasının görev yönünden reddi halinde sonradan idari yargı mercilerine açılacak davalarda, birinci fıkrada öngörülen idareye başvurma şartı aranmaz.”

12. maddede özellik arz eden husus, idari işlemten kaynaklanan iptal davası ya da tam yargı davası için önceden idareye başvurma zorunluluğu bulunmayıp, işleme karşı iptal davası ile zarardan dolayı tam yargı davasının ister birlikte ister ayrı ayrı açılabilmesidir. Maddede ayrıca ilgililerin isterlerse 11. Maddeye göre idareye başvurarak sonrasında dava açabilmelerine de olanak tanınmıştır. Dolayısıyla bir idari işlemten dolayı zarara uğrayan

⁴⁹⁰ SEZGİNER Murat, İdari Yargılama Sürecinde Yaşanılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Çalıştay Kitabı, TBMM Yayınları, Ankara, 2013, s. 25

⁴⁹¹ YILMAZ Erdinç, a.g.e., s. 42

kişilerce idareye yapılacak başvurular yönünden zorunluluk bulunmayıp, ihtiyarılık geçerlidir. İsterlerse 11. Madde doğrultusunda başvuru yapabileceklerdir. 11. Madde açıklamasında yapılan değerlendirmeler iptal davası yönüyle burada da aynen geçerlidir.

13. madde de tam yargı davasına ilişkin olup, temelde bir idari işlem olmaksızın, idari eylem ya da eylemsizlikten kaynaklanan davalarda izlenecek yolu belirlemiştir. Buna göre, idari eylemden doğan tam yargı davaları öncesinde idareye tazminat istemiyle başvurulması zorunludur. Başvuru için de özel bir süre öngörülmüştür. Eylemin yazılı bildirim üzerine veya başka şekilde öğrenildiği tarihten itibaren 1 yıl, her halde 5 yıl içinde idareye başvuru yapılması gerekmekte, verilen cevaba göre de dava açma süresi içinde dava açılmalıdır.

Uygulamada tazminat talebi olan bir kişinin bunun idari eylemden mi, işlemiden mi kaynaklandığını tespit etmesi, iptal davasını ayrı mı tam yargı davasıyla birlikte mi, başvuru yapıp mı yapmadan mı açacağına ilişkin belirlemeyi yapması oldukça zordur. İlgililere imkan ve olanak getirilmesi gibi bir işlevden söz ederken bunun kullanılabilirliğini, kolaylığını ve anlaşılabilirliğini de değerlendirmek gerekmektedir.

AIHM, İYUK 12 ve 13. Maddelerinde yer verilen başvuru yolunu genellikle etkili bir başvuru yolu olarak değerlendirmemektedir.

Ümmühan Kaplan Davasında AIHM, uzun süren yargılamalar nedeniyle başvuru yapılabilecek etkili iç hukuk yolu olmadığını ileri sürmüş, Hükümet ise 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 13. Maddesi ve Anayasanın 125. Maddesine dayanarak başvuru yolunun, yargı süresinden kaynaklanan zararın telafisi için idari yargı mercileri önünde tazminat davası açabileceğini, dolayısıyla İYUK md. 13'ün uzun süren yargılamalar bakımından etkili bir iç hukuk yolu olduğunu savunmuştur. Mahkeme ise, Türk hukuk sisteminde yargılama süresinin uzunluğuna karşı (o tarihte) yeni bir başvuru yolu açılmadığını dolayısıyla 13. Maddenin bu yönden etkili başvuru yolu içermediğini belirtmiştir.⁴⁹²

⁴⁹² Ümmühan KAPLAN/Türkiye, AIHM, 24240/07, 20.03.2012

Canşad/Türkiye davasında PKK eyleminde Molotof kokteyli atılmasından sorumlu tutularak hakkında ceza yargılaması yapılan başvuru, yargılamanın uzunluğu nedeniyle 6/1. Madde ve buna karşı iç hukukta etkili bir başvuru yolu olmaması nedeniyle 13. Maddenin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Hükümet Anayasa'nın 125. Maddesi ile birlikte 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 13. Maddesi uyarınca tam yargı davası açılabilirliğini, bu nedenle de iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle şikayetin kabul edilemez olduğunu savunmuştur. Sonuçta 13. Maddenin ihlal edildiğine hükmedilen AİHM kararında;

“...Mahkeme, Hükümetin bahsettiği hukuk yolunun prensipte var olduğu ve adli karar için uygulanamayacağı görüşündedir çünkü idari bir dava sadece idari davalara ve ilgili idari kararlara ilişkindir. Bu koşullarda Mahkeme, başvuranların sözleşmenin 35/1. Maddesine uymak için Hükümet tarafından gösterilen bu hukuk yolunu uygulamasına gerek olmadığı kanaatindedir...”⁴⁹³

Mustafa Sezgin Tanrıkulu/Türkiye davasında başvuran yargı kararı ile uygulanan gizli dinlemeler nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğini ve buna ilişkin iç hukukta etkili bir hukuk yolu olmaması nedeniyle de 13. Maddenin ihlal edildiğini ileri sürmüş, Hükümet ise Anayasanın 125. Maddesi, İdari Yargılama Usulü Kanununun 12. Maddesi ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. Maddesi uyarınca idare mahkemeleri önünde genel yargı denetimi işlemlerinde tazminat talebinde bulunma yolunun açık olduğunu savunmuştur. Kararda;

“... Anayasanın 125. Maddesi kapsamındaki idari işlem, Hükümetin atıfta bulunduğu iç hukuk yolu yalnızca idari işlem ve kararlara ilgili olduğu için, ilke olarak adli bir karara karşı kullanılamaz. Bu koşullar altında Mahkeme, başvuranın Sözleşmenin 35/1. Maddesine uymak için Hükümetin belirttiği hukuk yolunu kullanmasının gerekli olmadığı kanaatindedir... Hükümet mevcut davada telefon ya da elektronik görüşmeleri dinlenen bir kişinin Hükümetin ileri sürdüğü hukuk yolunu kullanarak haklarını koruyabildiğini, yani idari ya da adli bir makama yapılan başvurunun, kişinin özel yaşamına ve iletişimine yapılan müdahalenin karşılığında tazminata hükmedilmesiyle sonuçlandığını gösteren herhangi bir adli veya idari karar örneği ibraz etmemiştir.” Benzer bir şekilde neden bu tür karar örnekleri ibraz edemediğine yönelik olarak bir açıklamada da bulunmamıştır...”⁴⁹⁴

Karabeyoğlu/Türkiye davasında, gizli dinlemeler nedeniyle özel hayatın gizliliği ve buna karşı etkili iç hukuk yolu olmaması nedeniyle de 13. Maddenin ihlali ileri sürülmüş,

⁴⁹³ Canşad/Türkiye, AİHM, Başvuru No:7851/05, 13.03.2018

⁴⁹⁴ Mustafa Sezgin Tanrıkulu/Türkiye, AİHM, Başvuru No:27473/06,18.07.2017, benzer yönde Karabeyoğlu/Türkiye, AİHM, Başvuru No:30083/10, 07.06.2016

Hükümet, emsal olarak Ankara İdare Mahkemesince verilen bir tazminat kararını sunarak iç hukuk yollarının tüketilmediğini savunmuştur. AİHM kararında;

“...hükümet, başvuranın iç hukuk yollarını tüketmediğini iddia etmektedir. Bu bağlamda, Ankara İdare Mahkemesinin 21.09.2004 tarihli bir kararını örnek olarak göstermiştir. Bu karar görevini kötüye kullanan bazı polisler tarafından telefonu kanunsuz olarak dinlemeye alınmış bir kişi tarafından İçişleri Bakanlığına karşı açılan bir tam yargı davası sonucu verilmiştir. Söz konusu polislerin, idarenin teknik araçlarını kullanan kamu görevlileri olduğunu gözlemleyen mahkeme, polisler hakkında soruşturma açılmasının idarenin sorumluluğunu kaldırmadığını değerlendirmiştir... Bu ön sorunla ilgili olarak Mahkeme, örnek olarak gösterilen kararın dinlemenin yasadışı olduğunun iç hukukta anlaşılması üzerine verilen tazminata ilişkin olduğunu gözlemlemektedir. Oysa somut olayda hukuki telefon dinlemelerine ilişkin doğru bir hukuki prosedür izlenmiştir...” gerekçesiyle başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur.⁴⁹⁵

Bu kararlardan da anlaşıldığı üzere AİHM, yargı kararının uygulanması sonucu temel hak ihlali iddialarına dayalı tazminat taleplerinde tam yargı davasını etkili bir yol olarak görmemektedir. Bununla birlikte, başvuranın telefon görüşmelerinin yalnızca idari bir işlem olarak, hukuka aykırı bir şekilde, herhangi bir adli karar olmaksızın dinlendiği Parlamış⁴⁹⁶ kararında, başvuranların Anayasanın 125. maddesi kapsamında iç hukuk yollarını tüketmeleri gerektiğini belirtmiş ve iç hukuk yollarının tüketilmemesi sebebiyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Bu belirsizlikler ve karmaşaların ortadan kaldırılması ve idari başvuruların etkili ve etkin hale getirilmesi gerekmektedir. Kişiler arasında uygulama farklılıkları doğuracak yasal ve idari süreçlerin en aza indirilmesi gerekmektedir. Basit ve hızlı şekilde çözüm bulmak temel amaç olmalıdır. Bu anlamda 10, 11, 12. ve 13. Maddeler İdari Usul Yasasında yeniden düzenlenmelidir. Bu maddeler sadece yargılamada süre yönünden doğuracağı etkilerinin dışında, uyuşmazlıkları kaynağında çözümleme işlevleri yönünden yeniden ele alınıp değer bulmalıdır. Bir nevi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi sunan bu maddelerin hak ettiği etkinliğe kavuşması gerekmektedir.

Çoğu durumda idareler, bütçesinde yeterli kaynağın bulunmaması nedeniyle ya da Sayıştay denetimine uğrayacakları endişesiyle tazminat verme konusunda isteksiz davranmaktadırlar. Böylelikle sürekli benzer işlemlere dayalı tazminat davaları ile yargı

⁴⁹⁵ Karabeyoğlu/Türkiye, AİHM, Başvuru No:30083/10, 07.06.2016

⁴⁹⁶ Parlamış/Türkiye, AİHM Başvuru No:74288/01, 13.11.2007

organları meşgul olmaktadır. Bu taleplerin, pratikte tazminatla sonuçlandığına şahit olmak neredeyse imkansız gibidir. Bu sorunun aşılabilmesi için en çok tam yargı davası uyusmazlığına taraf olan idarelerin tespit edilerek hukukçularla bir araya gelmesinin sağlanması, yargı içtihatlarının idare makamlarıyla paylaşılması ve karşılıklı bu sorunların çözümü için adımlar atılmasının sağlanması gereklidir.

Ayrıca idari yargıda dava konusu edilen uyusmazlıkların sınıflandırılması, belli bir oranın üstündekiler için dava öncesinde başvuruları inceleyecek konuya göre yeni bir komisyon oluşturulması, belli uyusmazlıklar yönünden zorunlu idari başvuru yolunun öngörülmesi, uzlaşma-sulh- arabuluculuk gibi kurumların idari yargıda da yaygınlaştırılması önerilmektedir.⁴⁹⁷

İdareye yapılan tazminat talepli başvuruların uyusmazlığa dönüşmeden kaynağında çözümlenebilmesi için ilgili kamu yetkililerini Sayıştay denetiminden belli ölçüde muaf tutacak bir düzenleme yapılmalıdır. Bu konuda yargı içtihatlarının yerleşik ve istikrarlı olmasının da önemi büyüktür. İdare, istikrarsız bir yargısal ortamda keyfiliğe daha çok yaklaşabilir. Bununla birlikte yerleşik yargı kararlarına rağmen aynı konuda sürekli hukuka aykırı şekilde işlem tesis eden idare görevlileri hakkında sorumluluk getiren bir hüküm kanuna eklenebilir. Burada yargı kararını uygulamamaktan söz edilemeyecektir, zira, başvuran taraf hakkında verilmiş bir yargı kararı yoktur. Benzer durumdaki bakımından ise verilmiş yargı kararı nisbi olduğu için sadece ilgili açıdan geçerli olur. Ancak iptal gerekçesindeki hukuka aykırılık sebepleri tekrar eden yeni idari işlemlerde vücut buluyorsa artık bilerek hukukun dışına çıkma iradesi gösteriliyor farz edilmelidir. Aynen yargı kararını uygulamamaktan idare ajanının sorumluluğunda olduğu gibi, yerleşik yargı kararlarının hilafına müstakar idare işlemi nedeniyle de sorumluluk hükümlerinin getirilmesi konusu değerlendirilmelidir.

3.2.3.4.4. Dilekçe hakkı kapsamında yapılan idari başvurular ve CİMER başvuruları

Anayasamızın 74. Maddesinde siyasi hak ve ödevler arasında yer verilen dilekçe hakkı, hem siyasi hem de idari başvurulara ilişkin olarak kullanılabilecek bir haktır. Bu

⁴⁹⁷ YILMAZ Erdinç, a.g.e, s.43-45

hakkın kullanımına ilişkin detaylar 01.11.1984 tarih ve 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun çerçevesinde belirlenmiştir.

Siyasi başvuru aracı olarak TBMM Dilekçe Komisyonuna yapılan başvuruların, idarenin dış denetimini sağlamayı öngören bir araç olduğundan söz etmiştik.

Bu bölümde ise kaynağını 3071 sayılı Kanun'dan alan ikinci tür başvurulara değinilecektir. Bu başvurular, yetkili idare makamlarına yapılan ve idari işlem ve eylemlere ilişkin başvurulardır. Dilekçe hakkı kullanılarak idareye yapılan başvurular, bir idari işlem yapılması, geri alınması, kaldırılması, değiştirilmesi, tazminat istemi, bir temel hakkın ihlalinin önlenmesi, bir idari işlemin icrasının durdurulması, disiplin sürecinin başlatılması istemi gibi çok farklı içeriklerde olabilecektir.

Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun, idari başvurular yönünden genel bir kaynaktır. İdari Yargılama Usulü Kanunundaki idari başvurulara ait düzenlemeler, yargılama usulü temel alınarak hazırlanmış olmasına rağmen 3071 sayılı Kanun'daki düzenlemeler yargısal bakış açısıyla değil idari aşamaya yönelik bakış açısıyla hazırlanmıştır.

Bu bağlamda İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10, 11, 12 ve 13. Maddelerinde yargılama usulü yönünden belirtilen başvuruların idari usul açısından kaynağını dilekçe hakkından aldığını söylemek mümkündür. Bir başka deyişle Anayasada belirtilen ve kamu makamlarına yapılacak başvurulara genel kaynak oluşturan dilekçe hakkına dayalı olarak yapılan başvurular, idari yargı makamlarının önüne geldiğinde değerlendirilirken İYUK hükümleri uygulanarak bu başvurunun nitelemesi yapılmaktadır.

Kanun'un 3. Maddesinde vatandaşların kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetlerinin dilekçe hakkının kapsamında olduğu belirtilmiştir. Bu hükme göre başvuru ehliyeti açısından yargı organlarının aradığı menfaat koşulunun dilekçe hakkı yönünden daha geniş tutulduğu söylenebilecektir.

Yine Kanun'da başvuru dilekçesinde ad, soyad, imza adres gibi unsurların bulunmaması halinde bunların incelenmeyeceği belirtilmişken, yargı makamları çoğu zaman

bu tür eksiklikleri ara kararıyla tamamlatmakta veya dilekçe ret kararı vererek dilekçenin yenilenmesini sağlamaktadır.

Burada yakın zamana kadar oluşan bir sorun da idareye başvuruyu genel olarak düzenleyen hükümlerin süre yönünden birbiriyle çelişmesidir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'na göre idareye başvuru üzerine cevap verilmesi için öngörülen süre 60 gün olarak belirlenmişti. Bu sürenin sonundan itibaren dava açma süresi işlemeye başlamaktaydı. Oysa dilekçe hakkının kullanımı olarak nitelendirilen bir idari başvuru aynı içerikte de olsa idarenin başvuruya cevap verme süresi 30 gündür. Bu farklılık da hukuki belirsizliğe yol açmaktaydı. Söz konusu konuyla ilgili olarak yapılan çalışmalar neticesinde 14.07.2021 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan değişiklikle, İdari Yargılama Usulü Kanunda idarenin cevap süresini kısaltarak 30 güne indirilmiş ve bu çelişki böylece giderilmiştir.

İdari başvurular yönünden dilekçe hakkının kullanılmasının etkili bir başvuru yolu olup olmayacağı konusunda ise, yine başvurunun içeriğine ve ileri sürülen temel hakkın niteliğine göre bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. İlk bölümde görüldüğü üzere özellikle yaşam hakkı ihlali iddiaları, işkence ve kötü muamele iddiaları, gözaltında tutmanın hukukiliği gibi daha hayati temel haklar yönünden tek başına idari başvuru yolu yetmemekte, yargısal denetim yolunun bulunması mutlaka aranmaktadır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de Ali Tulum Başvurusunda, kolluk görevlisinin kötü muamelesine maruz kaldığını belirten başvurucunun İçişleri Bakanlığına idari başvuru yapmasını yeterli görmemiş, Cumhuriyet Başsavcılığına şikayette bulunulduğuna dair bir bilgi ya da yargı kararının dosyaya eklenmediğini belirterek başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.⁴⁹⁸

Diğer haklar bakımından ise olayın niteliğine göre, dilekçe hakkı yönünden yetkili makama yapılacak başvurunun ihlali önleme/ortadan kaldırma/gidermede etkili olma potansiyeli bulunmaktadır. Ancak işlemi tesis eden makamdan belli bir ölçüde bağımsız bir makama başvuru yapılması öngörüldüğünden ilgili kuruma iletilen başvuruların etkili başvuru hakkı vereceği konusuna şüpheyi yaklaşılması gerekir.

⁴⁹⁸ Ali Tulum Başvurusu, AYM Başvuru No:2016/238, 13.04.2021

Bir başvurunun bağımsız olmayan bir makama yapılmasının tek başına bu yolun etkisiz olması sonucunu doğurmayacağından bahsetmiştik. Bu durumda diğer kriterler devreye girecektir. Yeterli usuli güvenceleri sağlayan, bağlayıcı karar alabilen, geniş yetkilerle donatılmış bir idare, uygulamada benzer olaylarda da olumlu sonuç alma pratiğine sahipse etkili bir başvuru yolu oluşturduğu söylenebilecektir. Neticede idare, kendi tasarrufu altındaki işlem ve eylemlerini bağımsız bir gözle gözden geçirme yetisini kazanabilirse, bu durumda uyumsuzluk bu aşamada çözümlenebilecektir.

Dilekçe hakkının kullanımında idari makamlara yapılan başvurunun içeriği eğer bir idari işlemin değiştirilmesi, kaldırılması, geri alınması veya bir idari işlem yapılması, bir zararın tazmin edilmesi ise, ilgili idarenin bunları sağlayacak yetkilerle donatılmış olması gerekmektedir. Bunun için yeterli bütçe ve uzman personel de oldukça önemlidir. Temel hakkın ihlali iddiasının esasının incelenebilmesi ve objektif olarak idarenin kendisini sorgulayabilmesi gerekir. İdari başvurular üzerine idarenin kendini sorgulayabilme yetisi aynı zamanda bir öz denetim anlamına da gelmektedir.

Bireysel başvuru sırasında, ilgili başvurunun makul başarı şansı olduğunu ispat etmek ve olumlu sonuç örneklerini sunmak devletin yükümlülüğünde olmaktadır.

Son yıllarda dijitalleşmenin artması, kamu hizmetlerinin sunumunda teknolojik olanakların kullanımının etkinleştirilmesi, vatandaşların taleplerini ve başvurularını elektronik yollarla iletebilmelerinin önünü açmıştır.

Bu bağlamda kurgulanan CİMER altyapısı, yeni bir hukuki zemin üzerine kurulmamış olup, var olan başvuru yollarının teknolojik imkanlar doğrultusunda kolaylaştırılabilmesi, bu yolların kullanımının basitleştirilmesi/sadeleştirilmesi ve hızlandırılmasını öngörmektedir. Bir başka deyişle CİMER anayasal haklar arasında yer alan dilekçe ve bilgi edinme haklarının daha hızlı ve daha kolay kullanımını ve buna dayalı olarak nitelikli bir hizmet sunumunu oluşturmayı hedeflemektedir.

Yönetime katılım ilkesi bağlamında, idare tarafından sunulan kamu hizmetlerinin sunum kalitelerinin artırılması ve vatandaş ile devlet arasındaki iletişim kanallarının devamlı surette açık tutulması CİMER'in temel hedefleri arasında olduğu belirtilmektedir.⁴⁹⁹

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ve Dilekçe Hakkının Kullanımına İlişkin Kanuna dayalı olarak oluşturulan CİMER'e yapılan başvuruların etkililiği konusunda bu nedenle bir önceki başlıklarda yapılan açıklamalar geçerlidir. Bununla birlikte, CİMER sistemi öncesine göre başvuruların sayısı önemli ölçüde artmıştır. Bu da bireylerin CİMER'e ilgi göstermesiyle bir yandan demokratik kültürün gelişmesini ve bireyle devlet arasındaki iletişimin artmasını sağlamakta, bir yandan da kurumlar açısından yeni bir idari yoğunluk oluşturmaktadır. Bu durum bize, etkili başvuru yolunun gerekliliklerinden erişilebilirlik unsurunun sağlanmasının ne kadar önemli bir sonuç doğurduğunu göstermektedir.

CİMER'e 2019 yılında 3 milyon 138 bin 233 başvuru yapılmıştır. CİMER'e yapılan başvuruların bir kısmı baştan işleme alınmamakta, işleme alınanlar doğrudan ilgili kuruma gönderilmekte, herhangi bir kurumla ilişkilendirilmeyen başvurular ise İletişim Başkanlığı tarafından değerlendirilmektedir.

Kapsam olarak ihbar, şikâyet, görüş ve öneri, istek, bilgi edinme gibi başvuru türleri kapsam dahilindedir. Görüş ve öneri başvuruları yönünden de belli bir telkin veya tavsiye içerebilir.

Dayanak olarak Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ve Dilekçe Hakkı Kanunu gösterilmiş olmakla beraber, kapsama baktığımızda “görüş ve öneri” şeklindeki başvuruların da CİMER vasıtasıyla iletilebildiğini görmekteyiz. Oysa her iki kanunda da görüş ve önerilerden söz edilmemiştir. İdareyi icrai karar almaya sevk edebilecek güçteki başvurular yani hukuksal sonuç almaya elverişli olan başvurular etkili başvurular olarak kabul edildiğinden, görüş ve öneri şeklinde iletilen başvurular yönünden etkili başvuru hakkının ihlal edilmesi söz konusu olmayacaktır.

CİMER'in kendisi yeni bir başvuru yolu olmayıp, mevcut başvuru yollarını teknolojik olarak destekleyen ve kolaylaştıran bir sistemdir. Bu anlamda etkili başvuru yolu

⁴⁹⁹ 50 Soruda CİMER, Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığı, www.cimer.gov.tr, 11.08.2021

oluşturup oluşturmadığını sorgulamaya gerek olmamakla birlikte, ancak ihbar, şikayet ve istekler yönünden etkili başvuru yolunu başlatabilecek etkili bir araç olduğunu söyleyebiliriz. Yine ihbar veya şikayet içeren başvuruların CİMER kanalıyla yapılması halinde de, etkili soruşturma yürütmek mümkün olursa bu yönden söz konusu yolun etkili bir başvuru yolunu başlatabileceği söylenebilecektir.

Bununla birlikte pek çok farklı kuruma yapılan başvurular açısından belirtilenler burada da geçerlidir. Aynı dilekçenin hem CİMER’e, hem ilgili idareye, hem meclis komisyonlarına, hem Kamu Denetçiliği Kurumuna sunulması mümkün olabilmektedir. Bu kurumlar arasında entegrasyonu sağlayacak teknik sistemler de bulunmamaktadır. Bazen de benzer konular farklı kişiler tarafından aynı makamların önüne getirilebilmektedir. Burada yargısal içtihat farklılıklarında olduğu gibi, idari tutarlılık yönünden de eşgüdümün sağlanması ve öngörülebilirliği sağlayabilecek sistemler oluşturulmalıdır.

3.3. Yargısal Başvurular

Yargısal başvurular, bir hukuki uyuşmazlığın çözümü amacıyla yargısal işlem tesisine yönelik olarak yargı organlarına yapılan başvurulardır. Yargı makamları somut bir uyuşmazlığı çözen, yargı yetkisiyle donatılmış, verdiği kararlar bağlayıcı olan makamlardır. Bağımsız ve tarafsız nitelikteki mahkemelere ya da yüksek mahkemelere uyuşmazlığa ilişkin olarak yapılan başvurular yargısal başvurulardır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 13. maddesinde etkili başvuru hakkının sağlanması için öngörülen başvuru yolları incelenirken, burada belirtilen “ulusal makam”ın mutlaka yargı mercii olması gerekmediği belirtilmişti. Ulusal makamın neler olduğu ve taşıması gereken özellikler hakkında AIHM kararları bize ışık tutmaktadır.

Diğer yandan, bazı hayati nitelikteki haklarda öngörülen başvuru yolunun sadece idari bir kurum olması halinde etkili başvuru yolu niteliğinde sayılamayacağı da AIHM kararlarında belirtilmektedir. Özellikle yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı ihlali iddiaları gibi bazı özel durumlarda sadece idari başvuru yolları öngörülmesinin yeterli olmadığı belirtilmektedir. Bu tür durumlarda ilgili devletin yargı makamlarının harekete geçerek, etkili bir yargısal koruma sağlaması önemlidir.

Belirtilen bu hayati konularda idari başvuru yollarının da öngörülmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır. Hatta önleyici mekanizmalar oluşturmak ve farkındalık yaratmak bakımından bu alanlarda da idari başvuru yolları oluşturulması önemlidir. Bu haklar yönünden özellik arz eden ve devlete yükümlülük yükleyen husus etkili soruşturma yükümlülüğüdür. Failler hakkında gerekli araştırmanın yargısal usuller çerçevesinde detaylı şekilde araştırılması gerekmektedir.

Devletlerin belli bir konuda Sözleşmedeki yükümlülüklerle uygun mevzuat düzenlemesi yapması yeterli olmamaktadır. Bir yasanın ayrıca ulusal mahkemeler tarafından uygun şekilde yorumlanması ve uygulanması gerekmektedir. Bu bağlamda, ulusal mahkemelerin iç hukuktaki mevzuatı Sözleşme uyarınca yorumlama yükümlülüğü bulunmaktadır.⁵⁰⁰ Bu nedenle yargı makamlarının da mevzuatı yorumlarken Sözleşmenin temel haklara ilişkin yorumlarını dikkate almaları gerekmektedir.

Yargı makamları nezdinde başvuru yolu öngörülmüş olması tek başına yeterli olmamakta, yargı mercilerinin yapacakları incelemenin de yeterli hassasiyet ve dikkat çerçevesinde ele alınması beklenmektedir. Başvurunun esasının incelenmesi, sona eren ihlaller yönünden tazminat öngörülmesi, devam eden ihlallerde durdurma etkisinin olması, verilen tazminatın yeterli seviyede olması, yargılama sürecinin uzun olmaması, yargı kararlarının uygulanması gibi pek çok unsur etkililiği değerlendirmemizi sağlamaktadır. Bu çerçevede, yargı makamı tarafından ele alınan bir konu da AİHM tarafından etkili başvuru hakkının ihlali niteliğinde görülebilmektedir.

AİHM adli yargı, idari yargı ve anayasa yargısındaki süreçlerin ve kararların etkili başvuru hakkına göre değerlendirmesini somut olay bağlamında yapmaktadır.

Bir uyuşmazlıkta TBMM Başkanlığının talebi üzerine Ankara 2. Sulh Ceza Hakimliği tarafından 5651 sayılı Kanun'un 9. Maddesi kapsamında toplam 35 URL adresine erişimin engellenmesine karar verilmiş, bu karara karşı yapılan itiraz ise Ankara 3. Sulh Ceza Hakimliğince reddedilmiştir. Başvurucu ifade ve basın özgürlüğü ile birlikte itiraz aşamasındaki incelemenin etkili başvuru hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Anayasa

⁵⁰⁰ KOMBE, age, s.42

Mahkemesi, Sözleşmenin 10. Maddeyle birlikte 13. Maddesinin de ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararda;

“...Erişimin engellenmesi kararlarına karşı itiraz yoluna başvurma imkanının 5651 sayılı Kanun’un 9. Maddesinde yer alması tek başına yeterli olmayıp bu yolun aynı zamanda pratikte de başarı şansı sunması gerekir. Başvurucular 5651 sayılı Kanun’un 9. Maddesi ile erişimin engellenmesi kararlarına karşı olağan başvuru yolu olarak belirlenen itiraz makamlarına başvuruda bulunabilmiş olsalar da itiraz makamları gerekçeli kararlarında başvuru iddialarını ve delillerini dikkate almamış, çatışan menfaatleri dengelemeye yönelik bir çaba içinde olmamış, internet içeriklerine erişimin engellenmesi şeklindeki müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğunu ve müdahalenin orantılı olup olmadığını değerlendirmemiştir. Buna göre Anayasa Mahkemesi, somut başvuru koşullarında itiraz makamının etkili olmadığı sonucuna varmaktadır...”⁵⁰¹

gerekçesiyle etkili başvuru hakkının ihlaline karar vermiştir.

Çalışmamızda adli yargıya ilişkin uyuşmazlıklar kapsam dışında bırakılarak idari yargıdaki ve anayasa mahkemesine bireysel başvuru yolundaki idari uyuşmazlıklarla sınırlı inceleme yapılmıştır.

3.3.1. İdari Yargıda Etkili Başvuru Hakkı

Etkili başvuru hakkına ilişkin AİHM ve AYM kararları incelendiğinde, idarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklanan pek çok ihlal iddiasının ileri sürüldüğü görülmektedir. İdare, bir taraftan mevcut yasal düzenlemeler ve yetki sınırları çerçevesinde insan haklarını korumak ve geliştirmekle sorumlu olduğu halde zaman zaman ihlale sebep olabilmekte, idari ve yargısal başvuru yollarının da etkili olamaması halinde 13. Madde ihlal edilebilmektedir.

Temel hak ve özgürlüklerin idare tarafından ihlali iddiaları idari yargı mercilerinde incelenebilmektedir. Danıştay’ın temel hak ve özgürlüklerin korunması ile ilgili ilk kararlarını 1930’larda vermeye başladığı, bu ilk kararlardaki gerekçelerde ön sırayı, özgürlüklerin yasayla ya da yargı kararlarıyla sınırlanması gereğine idarece uyulmamış olması olgusunun yer aldığı görülmektedir.⁵⁰²

⁵⁰¹ Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri Başvurusu, AYM Başvuru No:2018/14884, 27.10.2021 (Pilot karar)

⁵⁰² AKGÜNER, AZRAK, BİLGİN, ÖZAY, YAYLA, “Hukuk Devleti, İdare Hukuku ve Danıştay, II: Ulusal İdare Hukuku Kongresi- İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, 1993, Ankara, Danıştay Matbaası, aktaran

Yargı makamlarının verdikleri kararların yeterli gerekçeye sahip olmaması, delillerin değerlendirilmesinde özensiz yaklaşımları, hem etkili soruşturma yükümlülüğü kapsamında 13. Maddeye hem de bazı durumlarda adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edebilmektedir. Yargısal işlemlerin genel olarak kötü işlemesi ya da geç işlemesi gibi durumlar nedeniyle de ihlale sebep olunabilir.

Bu noktada dikkat çekilmesi gereken bir konu da yargılama süreci başladıktan sonraki aşamadaki iddiaların adil yargılanma hakkının ihlali iddiası olarak görülebilmesi ve soğurma teorisinin devreye girebilmesidir (Hakkın medeni hak veya suç isnadı niteliğinde görülebilmesi halinde). Yine özellikle ilk inceleme konularındaki bazı durumlar, etkili başvuru hakkı ihlali dışında mahkemeye erişim hakkının kapsamına girebilecek niteliktedir.

3.3.1.1. İlk inceleme aşamasında etkili başvuru hakkı

İdari yargı mercilerince verilen kararlar incelendiğinde “etkili başvuru hakkı” teriminin genellikle kullanılmadığı, bunun yerine anılan hakkın iç hukuktaki karşılığı olarak görülen Anayasanın 40. Maddesinden söz edildiği görülmektedir. Bu husus hem ilk inceleme dolayısıyla verilen kararlarda hem de esastan verilen kararlarda geçerlidir. Bu nedenle idari yargı kararlarında etkili başvuru hakkının etraflıca incelendiği ve yorumlandığı örneklerin bulunması ihtimali sınırlıdır.

İlk incelemeye ilişkin konular daha ziyade adil yargılanma hakkıyla ve bu kapsamda mahkemeye erişim hakkıyla ilgi kurularak temellendirilmiştir. Nitekim AİHM ve Anayasa Mahkemesi de çoğunlukla idari yargıdaki ilk inceleme konularına ilişkin aykırılıklardan meydana gelen ihlal iddialarında mahkemeye erişim hakkının ihlal edilip edilmediğine bakmaktadır.

Esasen daha geniş şekilde hak arama özgürlüğüne ilişkin olan etkili başvuru hakkı, mahkemeye erişim hakkını desteklemektedir. Bununla birlikte mahkemeye erişim hakkı yargılama makamlarına erişimle ilgili olduğundan etkili başvuru hakkına göre daha spesifik düzenleme içermekte ve bu nedenle de soğurma teorisi gereğince ayrıca 13. Madde yönünden inceleme gereği duyulmamaktadır. Ancak suç isnadına ilişkin olanların ayırt

edilmesi kolay ise de, medeni hak niteliğinde olan uyuşmazlıkların neler olduğunun tespiti zordur. AİHM'in içtihadı da 6. Maddeyle ilgili olarak zaman içerisinde değişmiştir. Dolayısıyla 6. Maddenin uygulanmadığı alanlarda veya 6. Maddeye göre mahkemeye erişimin kısıtlanmasının meşru kabul edilebileceği hallerde, olayın özelliği gereği ilgiliye başvuru hakkı tanınmasının gerekmesi halinde 13. Madde uygulanabilecektir. Genellikle idari yargı yerlerinin, 6. Maddenin kapsamını sorgulamadan konuyu adil yargılama hakkı kapsamında ele aldıkları görülmektedir. Anayasa Mahkemesinin ise içtihatlarının AİHM'inkilere daha yakın olduğu gözlemlenebilmektedir.

3.3.1.1.1. Görev ve yetki

Uygulamada ilk inceleme konuları arasında olan görevli ve yetkili mahkemeye ilişkin olarak etkili başvuru hakkının dikkate alındığı bazı durumlar ortaya çıkabilmektedir.

Bu konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, elverişsiz idari gözetim şartlarında tutulmaktan dolayı açılan tam yargı davasında Mahkeme görev ret kararı vermiş, İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Dokuzuncu İdare Dava Dairesi ise istinaf başvurusunu kabul ederek Anayasa Mahkemesinin 20.03.2019 tarih ve 2015/516 sayılı başvuru numaralı kararına atıf yapılarak sırf bilgi eksikliği nedeniyle fiiliyatta işletilmeyen hukuk yolunun etkisiz olduğu şeklinde yorumlanamayacağını belirtmiş, yabancının salıverilmesi halinde etkili hukuk mekanizmasının tam yargı davası olduğu ifade edilmiştir.⁵⁰³

Yine bir başka uyuşmazlıkta, ilgilinin geri gönderme merkezinde haksız olarak özgürlüğünden yoksun bırakıldığı ve hakkında idari yükümlülükler tesis edildiği iddiasıyla tazminat istemiyle açılan davada, mahkemece 6458 sayılı Kanun uyarınca idari gözetim kararına karşı sulh ceza hakimine başvurulacağı ve bu işlemde kaynaklanan zararların da adli yargıda görülmesi gerektiği belirtilerek davanın görev yönünden reddine karar verilmiş, İzmir Bölge İdare Mahkemesi Altıncı İdare Dava Dairesi tarafından da istinaf başvurusunun reddine karar verilmiştir. Ancak kararın azlık oyunda, geri gönderme merkezlerinden salıverilme sonrasındaki tazminat istemleri bakımından tam yargı davasının etkili iç hukuk

⁵⁰³ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Dokuzuncu İdare Dava Dairesi, E:2021/703, K:2021/620, 24.05.2021

yolu oluşturduğuna ilişkin Anayasa Mahkemesinin içtihadına atıf yapılarak işin esasının incelenmesi gerektiği belirtilmiştir.⁵⁰⁴

Anayasa Mahkemesi, LM ve Z.M Başvurusuna konu davada, kişi hak ve hürriyetlerine ilişkin olması nedeniyle sulh ceza mahkemesine itiraz imkanı getirilen idari gözetim kararlarından doğan tazminat istemlerinin tam yargı davası yoluyla idari yargıda talep edilebileceğini, sulh ceza mahkemesi tarafından idari gözetim kararına yapılan itirazın reddedilmesi halinde ise tam yargı davasının etkisiz hale geleceğini belirtmiştir.⁵⁰⁵

Yine Turgut Sezer başvurusunda, tutuklu olan başvurucunun mektuplarının Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi'ne kaydedilmesine karşı infaz hâkimliğine yapılan şikâyetin idari yargının görevli olduğu gerekçesiyle reddedilmesi nedeniyle özel hayata saygı hakkı ve haberleşme hürriyeti ile bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlal edildiği ileri sürülmüş, Anayasa Mahkemesi kararda;

*“Somut olayda savunulabilir bir iddiası bulunan başvurucunun şikâyeti hakkında görevsizlik kararı verilmiştir. Bu karara karşı yapılan itiraz da ağır ceza mahkemesince reddedilmiştir. Başvurucunun şikâyet konusunun anılan mevzuat ile başvurucuyu etkileyen kurum uygulaması birlikte değerlendirildiğinde neden infaz hâkimliğinin görev alanına girmediği konusunda ikna edici bir gerekçe gösterilmemiştir. Bu durum başvurucunun savunulabilir nitelikteki özel hayata saygı ve haberleşme hürriyetine yönelik iddialarının incelenmesine ve etkili bir hukuk yolunun işletilmesine engel olmuştur.”*⁵⁰⁶ şeklindeki gerekçeyle etkili başvuru hakkının ihlaline karar vermiştir.

Görevli ve yetkili merciin belirlenmesinde makul sürenin aşılması halinde de etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine karar verilebilmektedir. Örneğin Mosendz/Ukrayna davasında askerlik görevi sırasında oğlunun kötü muameleye maruz kalması nedeniyle başvuran önce adli yargıda tazminat davası açmış, üst mahkeme usulden bozarak idari mahkemelerin görevli olduğunu belirtmiş ve nihayetinde görev konusunun çözülmesi için 5 yıl beklemek zorunda kalınmasının etkili başvuru hakkının ihlaline sebep olduğu sonucuna varılmıştır.⁵⁰⁷

⁵⁰⁴ İzmir Bölge İdare Mahkemesi Altıncı İdare Dava Dairesi, E:2021/848, K:2021/1134, 06.07.2021

⁵⁰⁵ L.M. ve Z.M. Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/16413, 20.12.2017

⁵⁰⁶ Turgut Sezer Başvurusu, AYM Başvuru No:2019/39785, 11.05.2023

⁵⁰⁷ Mosendz/Ukrayna Davası, AİHM, Başvuru No:52013/08, 17.06.2013

Bu noktada, üye devletlerin hukuk sisteminde adli yargı -idari yargı ayrımının bulunmasının, görevli yargı yerinin belirlenmesinde karmaşaya ve sürecin uzamasına yol açma potansiyeli nedeniyle etkili başvuru açısından bir mesele oluşturabileceği söylenebilecektir.

3.3.1.1.2. Ehliyet

İdari yargı mercilerince ehliyet konusunda özellikle menfaat ihlali noktasında yapılan yorumlar etkili başvuru hakkının ihlaline sebep olabilmektedir.

Danıştay, ilk inceleme konularına ilişkin kısıtlayıcı yorumun etkili başvuru hakkını sınırlandırdığını değerlendirirken, konuyu mahkemeye erişim hakkıyla birlikte ele almaktadır. Mahkemece verilen ehliyet ret kararına karşı temyizen gelinen bir ihale uyuşmazlığında bu durumu Danıştay kararında şu şekilde belirtmiştir:

“Kamu ihalelerinde ihale sürecine ilişkin icrai nitelikteki işlemler, sadece ihaleye katılan veya katılmak isteyenlerin hukuki durumunu etkilememekte, bunların yanında üçüncü kişilerin de hak veya menfaatlerini etkileyebilmektedir. Böyle bir durumda, söz konusu kişilerin menfaatlerinin zedelendiği iddiasıyla, mevzuatta öngörülen usuller çerçevesinde dava açabileceklerinin kabulü gerekmektedir. Aksi yöndeki kısıtlayıcı bir yaklaşım; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Adil yargılanma hakkı" başlıklı 6. Maddesini...ve "Etkili başvuru hakkı" başlıklı 13. Maddesini... ihlal edecektir...davacının, her ne kadar bahse konu ihaleye katılmamış olsa da, yukarıda özetlenen iddiaları karşısında, dava konusu ihale ile davacının menfaat ilgisinin varlığının kabulü gerektiğinden, ehliyet yönünden davanın reddine ilişkin Mahkeme kararında usul hükümlerine uygunluk bulunmamaktadır.”⁵⁰⁸

Yine Danıştay benzer şekilde ÇED olumlu raporuna veya imar planı değişikliğine karşı dava açmayan ve ihaleye katılmayan bölge sakininin ihalenin iptalinde menfaati bulunmadığı gerekçesiyle verilen ehliyet ret kararının temyizen incelemesi aşamasında Danıştay:

“...kamu ihalelerinde, ihale konusu işe ilişkin imar planlarına, "ÇED olumlu" veya "ÇED gerekli değildir" gibi işlemlere karşı dava açılmamasının ihaleye karşı da dava açılmayacağı anlamına gelmeyeceği, kaldı ki dava konusu ihalede, imar planı ve ÇED izni sürecinin ihalenin gerçekleştirildiği tarihten sonra yürütüldüğü görülmektedir.

Bu itibarla, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde; her ne kadar davacı bahse konu ihaleye katılmamış olsa da, ileri sürdüğü iddiaları

⁵⁰⁸ Danıştay 13. D., E:2020/3643, K:2021/439, 10.02.2021

karşısında, dava konusu ihale ile davacının menfaat alâkasının varlığının kabulü gerektiğinden, davanın ehliyet yönünden reddine ilişkin Mahkeme kararında usûl hükümlerine uygunluk bulunmamaktadır.”⁵⁰⁹

gerekçesiyle temyiz istemini kabul ederek Mahkeme kararının bozulmasına karar vermiş, etkili başvuru hakkına ilişkin olarak yukarıdaki karardaki hukuki gerekçeleri yinelemiştir.

İhale uyuşmazlığına ilişkin olarak etkili başvuru hakkının ihlal edilebileceğini belirterek ehliyet kararını bozan Danıştay Onüçüncü Dairesi, kararda şu ibarelere yer vermiştir:

“...Dava ehliyetinin bir alt unsuru olan sübjektif ehliyetin varlığının, ihale sürecinde aday, istekli ve istekli olabileceklerle sınırlandırılması; Anayasa’nın 125,...36,...Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. .. ve “etkili başvuru hakkı “ başlıklı 13. Maddesini... ihlal edecektir.”⁵¹⁰

Buna göre, mahkemeye erişim hakkıyla birlikte ele alınan menfaat koşulu, ehliyet unsuru yönünden dar ve katı yorumlandığında etkili başvuru hakkının da ihlaline sebep olabilecektir.

3.3.1.1.3. Süre aşımı

Süre aşımı nedeniyle davanın reddedilmesinin, hak arama özgürlüğünü ölçüsüz şekilde kısıtlayacak boyutta olması halinde etkili başvuru hakkının da ihlali gündeme gelebilir.

Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, hatalı tıbbi müdahaleden dolayı uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan davada idare mahkemesi tarafından verilen süre ret kararı üzerine istinaf incelemesine konu olmuş, İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Yedinci İdare Dava Dairesi kararda;

“...Hak arama özgürlüğü, haklarının ihlal edildiğini ileri sürülen bireylerin, ihlalin durdurulması ve olumsuz etkilerinin giderilmesi maksadıyla yetkili makamlara

⁵⁰⁹ Danıştay 13. D., E:2020/3835, K:2021/438, 10.02.2021; aynı gerekçeyle verilen Danıştay 13. D., E:2020/3831, K:2021/437, 10.02.2021; Danıştay 13. D., E:2020/3830, K:2021/435, 10.02.2021

⁵¹⁰ Danıştay 13. D., E:2021/896, K:2021/1773, 18.05.2021; benzer yönde, Danıştay 13. D., E:2021/72, K:2021/555, 18.02.2021

başvurma hakkını ihtiva etmektedir. Bu sebeple hak arama özgürlüğünü yalnızca mahkemelere başvurma hakkıyla sınırlamamak gereklidir. Zira ihlalin niteliği de göz önüne alındığında, ihlalin olumsuz etkilerinin giderilmesi yolunda bir karar verebilecek idari makama da başvuru yapılabilecektir. Nitekim Anayasanın 40. Maddesi ile “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.” Hükmü bu durumu destekler nitelikte olan temel normlardandır.”

Denilmek suretiyle tazminat istemiyle idareye süresi içinde başvurulduğunu belirterek istinaf istemini kabul etmiştir.⁵¹¹

Bölge İdare Mahkemesi bu kararında, bir anlamda mahkemeye erişim hakkının gerekliliklerinin kıyasen idari başvurular yönünden de uygulanacağını ifade etmektedir. Kararda süre koşulunun hakkın kullanımını ölçüsüz şekilde sınırlandıracak biçimde katı yorumlanmaması gerektiğini belirtirken, somut olayda idareye başvuru süresini hak kaybı yaratmayacak şekilde geniş yorumlayarak karar vermiştir.

Yine sınır dışı işlemi sonrası idari gözetim altında tutulan davacının tutma koşullarından kaynaklı tazminat istemlerine ilişkin olarak açılan davada, idare mahkemesince süre ret kararı verilmiş, İzmir Bölge İdare Mahkemesi Altıncı İdare Dava Dairesi tarafından istinaf istemi kabul edilmiş, Anayasa Mahkemesinin değişen içtihadı gereği idari yargıda açılan tam yargı davası yolunun tüketilmesi gerektiği belirtilerek, adalete erişim hakkı bakımından usul kurallarına katı ve şekilci yaklaşılması gerektiğini belirtmiştir. Bu kararda mahkemeye erişim hakkı değil, daha geniş bir kavram olan adalete erişim hakkına vurgu yapılmıştır.⁵¹²

Anayasa Mahkemesi, mahkemelerin usul kurallarını uygularken yargılamanın hakkaniyetine zarar getirecek ölçüde katı şekilcilikten kaçınmaları gerektiği gibi, kanunla öngörülmüş usul şartlarının ortadan kalkmasına neden olacak ölçüde aşırı esneklikten de kaçınmaları gerektiğini vurgulamaktadır.⁵¹³

Anayasa Mahkemesi Osman Kızılcan başvurusunda, 5233 sayılı Kanun uyarınca yapılan başvuru üzerine dava açma süresini değerlendirmiş ve teorik olarak etkili olan bu

⁵¹¹ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Yedinci İdare Dava Dairesi, E:2021/689, K:2021/755, 25.05.2021

⁵¹² İzmir Bölge İdare Mahkemesi Altıncı İdare Dava Dairesi, E:2021/1067, K:2021/920, 08.06.2021

⁵¹³ Yaşar Koşar Başvurusu, AYM, 2018/37550, 21.10.2020

yolun idare mahkemesinin katı ve şekilci yorumu nedeniyle pratikte etkisiz hale geldiğini kararda şu şekilde belirtmiştir:

“...süregelen müdahalelerde 5233 sayılı Kanun'un 6. maddesinde belirtilen sürelerin müdahalenin kesildiği tarihten itibaren başlatılması gerekir. Aksi takdirde başvurunun müdahalenin başlangıcının altmışıncı gününden sonra her gün Zarar Tespit Komisyonuna başvurusu gerektiği kabul edilecektir ki bu da başvurucuya, söz konusu imkânın tanınmasını anlamsız kılacak derecede aşırı bir külfet yükler. Bu nedenle Bölge İdare Mahkemesinin Zarar Tespit Komisyonuna başvuru süresine ilişkin yorumunun makul olmayan, zarar konusu olayın adeta her yıl kesintiye uğrayarak tekrarlandığını kabul eden, aşırı şekilci ve başvurunun 5233 sayılı Kanun'la getirilen tazminat imkânından yararlanmasını zorlaştıran bir yorum olduğu değerlendirilmiştir. Bu hâliyle mülkiyet hakkına ilişkin ihlalin giderilmesi bakımından teorik düzeyde etkili olduğu saptanan 5233 sayılı Kanun'la oluşturulan tazminat yolu Bölge İdare Mahkemesinin bariz takdir hatası teşkil eden, şekilci ve katı yorumu sebebiyle somut olayda başarı şansı sunma kapasitesini yitirmiştir.”⁵¹⁴

gerekeçesiyle etkili başvuru hakkının ihlaline karar vermiştir.

Yine başka bir uyuşmazlıkta, kamu görevlisinin atanma işleminin iptali istemiyle açılan davada idare mahkemesince verilen süre ret kararı nedeniyle davanın esasının incelenme olanağından mahrum kaldığı ileri sürülerek adil yargılanma hakkıyla birlikte etkili başvuru hakkının da ihlal edildiği ileri sürülmüş, Anayasa Mahkemesi adil yargılanma hakkının ihlaline karar vermiş ancak etkili başvuru hakkının ihlal edildiği iddiasını ayrıca inceleme gereği duymamıştır.⁵¹⁵

Sonuç olarak, usul kurallarına şekilci bir yaklaşımla hak arama özgürlüğünün ölçüsüz şekilde sınırlandırılması sonucu verilen süre ret kararlarının da etkili başvuru hakkının ihlaline sebep olabileceği söylenebilecektir.

3.3.1.1.4. Diğer ilk inceleme konuları

İdari merci tecavüzü, kesin ve yürütülebilir işlem, husumet ve 3. ve 5. Maddeye aykırılık hususları da ilk inceleme konuları arasında bulunmaktadır.

⁵¹⁴ Osman Kızılcın Başvurusu, AYM Başvuru No: 2021/11655, 28.07.2022

⁵¹⁵ Semih Tekin Başvurusu, AYM, Başvuru No:2018/34064, 17.03.2021

İdari merci tecavüzü durumu özellikle zorunlu idari başvuru yolunun öngörüldüğü hallerde bu başvuru yapılmaksızın açılan davalar yönünden önem arz etmekte ise de, uygulamada idari yargı yerlerince merciine tevdi kararı verildiğinden, AİHS 13. Maddeye ilişkin bir inceleme bu aşamada gündeme gelmemektedir. Bununla birlikte idareye başvuru süresi geçtikten sonra dava açılmış olması halinde uygulamada davanın esası incelenmemektedir. Bu durumda temelinde idari merci tecavüzü olmasına rağmen süre aşımı nedeniyle davanın reddi ile sonuçlandığından etkili başvuru hakkı yönünden de ihlale sebep olma olasılığı ortaya çıkabilir. Böyle bir olasılıkta, öngörülen zorunlu idari başvuru yolunun genel dava açma süresinden kısa olması halinde hakkın kullanılmasını ölçüsüz şekilde kısıtlayıcı olup olmadığı hususu değerlendirilebilecektir.

Benzer şekilde yanlış hasımla açılan davalar yönünden idari yargı yerlerince re'sen hasım düzeltme kararı verilerek tebligat doğru hasma gönderildiğinden, uygulamada bu aşamada da 13. Maddeye yönelik bir inceleme yapılmamaktadır. Ancak devletin başvuru yollarını açık ve net bir şekilde ilgililere bildirme yükümlülüğü açısından durum incelenebilir. İdari işlemde başvuru yollarının gösterilmesi bu bakımdan önemlidir. Aksi durumda etkili başvuru hakkı yönünden erişilebilirlik unsuru zedelenebilecektir.

Kesin ve yürütülebilir işlem bakımından ise, özellikle yargı denetimi dışındaki işlemler bakımından incelenmeksizin ret kararları verilebildiğinden, bu karar üzerine etkili başvuru hakkının gündeme gelme olasılığı bulunmaktadır.

Nitekim, AİHM'in de geçmişte konuyu etkili başvuru hakkı kapsamında gördüğü pek çok uyuşmazlık vardır. Örneğin Fahrettin Aydın/Türkiye davasında Ohal Bölge Valisinin işlemlerine karşı yargı yolunun kapalı olması nedeniyle ilk inceleme aşamasında idare mahkemesince incelenmeksizin ret kararı verilmiş, bu karar Danıştay tarafından onanmıştır. AİHM, kamu görevlisi olması nedeniyle 6. Maddenin kapsamı dışında bulunan başvurana ilişkin bu iddiayı etkili başvuru hakkı açısından ele almış ve 13. Maddenin ihlaline karar vermiştir.⁵¹⁶ AİHM'in son uygulamasında ise kamu görevlilerinin açtığı pek çok dava türü 6. Madde kapsamında görülebilmektedir.

⁵¹⁶ Fahrettin Aydın/Türkiye Davası, AİHM, Başvuru No:31695/02, 29.01.2008

HSK Genel Sekreterliğince tesis edilen işlemlere karşı yargı yolunun bulunmadığı yorumu üzerine İdare Mahkemesince incelenmeksizin ret kararı verilmesi üzerine bireysel başvuruya gidilmiş Anayasa Mahkemesi yargı denetimine kapalı olanların yalnızca Kurul kararları olduğunu kararında belirterek mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵¹⁷ Bu kararda AYM eğer yargı yolunun kapalı olduğunu değerlendirseydi uyuşmazlığı 13. Madde yönünden inceleyebilecekti.

Uygulamada icrai nitelikte olmayan işlemlere karşı açılan davalarda yargı merciince verilen incelenmeksizin ret kararı üzerine bireysel başvuru yoluna gidilmesi halinde de Anayasa Mahkemesi savunulabilir olmayan başvuru hakkında konu bakımından yetkisizlik kararı vermektedir. Bu konuda Murat Şanlı başvurusunda AYM:

“ 31. Dava konusu edilmiş bir idari işlemin icrai olup olmadığını belirleme konusunda Anayasa Mahkemesinin bir görevi bulunmamaktadır. Bu görev derece mahkemelerine ait olup yerleşik yargı içtihadında hazırlık işlemi niteliğindeki işlemlerin icrai nitelik taşımadığı kabul edilmiştir. Bu durumda somut başvuruda iç hukukta en azından savunulabilir bir biçimde dava konusu edilebilir olduğu ileri sürülebilecek bir uyuşmazlığın bulunduğu sonucuna varılamadığından medeni hak ve yükümlülük kapsamında yer almayan ihlal iddialarının Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kaldığı sonucuna varılmaktadır.”⁵¹⁸

gerekçesine yer vermiştir.

Diğer yandan bazı durumlarda ilk inceleme konularındaki sorunlar, Anayasa Mahkemesince etkili başvuru hakkı kapsamında da incelenebilmektedir. Örneğin, yine ilk inceleme konuları arasında gösterilen ve harç ve posta giderinin yatırılması koşuluna ilişkin olarak verilen bir kararda AYM;

“...Beyan ettiği şartlar çerçevesinde ihlal iddialarını kanıtlamak konusunda devlete göre dezavantajlı pozisyonda olan yabancı uyruklu başvurucunun maddi olgulara dayalı iddialarının İdare Mahkemesi tarafından herhangi bir araştırma yapılmaksızın davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi ve böylece iddiaların esası hakkında bir inceleme yapılmaması nedeniyle somut olayda başvurucuya, kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin şikâyetler yönünden etkili başvuru imkânının sağlandığının söylenebilmesi mümkün değildir.”⁵¹⁹

⁵¹⁷ Seyfullah Çakmak Başvurusu, AYM Başvuru No:2018/14529, 15.12.2020

⁵¹⁸ Murat Şanlı Başvurusu, AYM Başvuru No:2017/39968, 24.06.2020

⁵¹⁹ S.B. Başvurusu, AYM, Başvuru No:2017/19758, 02.12.2020

şeklinde gerekçe belirtmiştir.

Yukarıdaki değerlendirmeler karşısında, ilk inceleme sonucunda verilen kararların, davanın ilk aşamasında yargısal denetime ulaşma olanağını ortadan kaldıracabileceği ve bu suretle etkili başvuru hakkını ihlal edebileceği belirtilebilir.

3.3.1.2. Esas aşamasında yapılan değerlendirme

Etkili başvuru hakkı, sözleşmede tanınan bir temel hakkın ihlali halinde, uyuşmazlığın niteliğine göre işlemin iptaline, askıya alınmasına ve ihlal gerçekleşmişse makul bir tazminat ödenmesine karar verilmesini sağlayabilecek yetkilerle donatılmış bir ulusal merciye başvuru hakkını öngörmektedir. Bu bağlamda idari yargı mercilerinin inceleme yetkisinin kapsamı bizatihi bu makamların etkili başvuru yolu oluşturduğunun varsayılmasını gerektirmektedir.

Bununla birlikte, kurumsal gereklilikleri sağladığı halde idari yargı yerlerinin de pratikte etkili başvuru hakkının gerekliliklerini sağlayamadığı uyuşmazlıklar bulunmakta ve bunlar ileride etkili başvuru hakkının ihlaline karar verilmesine sebep olabilmektedir. Örneğin; sınır dışı işlemlerinde yürütmenin durdurulması tedbirine başvurulmaması (6458 sayılı Kanun'da yapılan değişiklik öncesinde), hükmedilen tazminatın yetersiz olması, incelemenin titiz ve hassas şekilde yapılmaması, yerleşik içtihatların makul başarı şansı sunmaması, yargılamanın makul süreyi aşması gibi sebeplerle idari yargı yolunun olayın özelliğine göre pratikte etkili başvuru yolu teşkil etmediği durumlar olabilmektedir.

Danıştay ve idari yargı yerleri, etkili başvuru hakkını kararlarında çok sıklıkla kullanmamaktadır. Bunun sebebi yargılama süreçlerine ilişkin yapılan değerlendirme ve temyiz incelemesi aşamasında daha ziyade adil yargılanma hakkının ve bu kapsamda mahkemeye erişim hakkının ön planda olmasıdır. Her ne kadar adil yargılanma hakkının kapsamı medeni hak ve yükümlülükler ile suç isnatlarına ilişkin olsa da, yargılama aşamasının başladığı göz önünde bulundurularak uygulamada idari uyuşmazlıklarda da 6. Maddeye atıf yapıldığı gözlemlenmektedir. Ayrıca Danıştay ve idari yargı yerlerinin etkili başvuru hakkına ilişkin olabilecek türdeki değerlendirmeleri daha ziyade ilk inceleme konuları yönünden yaptığını görmekteyiz.

Son dönemde dava dilekçelerinde etkili başvuru hakkının ihlal edildiği iddiaları daha sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Sınır dışı işlemlerinden kaynaklanan, idari gözetim merkezlerindeki uygulamadan kaynaklanan vs. uyuşmazlıkların sayısında artış olduğu gözlemlenmektedir. Yine 667 sayılı KHK ile kamudan ihraç işlemlerine karşı açılan davalar, tazminat komisyonunun işlemlerine karşı açılan davalar vs. idari yargıda etkili başvuru hakkına ilişkin uyuşmazlıkların yoğunlaştığı alanlar olarak ön plana çıkmaktadır.

Özellikle 667 sayılı KHK sonrasında hakimlik mesleğinden ihraç olanların açtığı davalarda, idari aşama olan Hakimler ve Savcılar Kurulu önündeki yeniden inceleme aşamasının etkili başvuru yolunun gerekliliklerini karşılamadığı davacılar tarafından ileri sürülse de, bu tür uyuşmazlıklara bakan Danıştay 5. Dairesi, tarafların söz konusu iddialarına kararda yer vermekle birlikte, bu iddia yönünden hukuki tahlil yapmamakta ya da karara bu hususa ilişkin gerekçelerini yansıtmamayı tercih etmektedir.⁵²⁰

Söz konusu türdeki çok sayıdaki kararda Danıştay 5. Dairesi, bu tür işlemlere karşı doğrudan AİHM'ne bireysel başvuru yapılması konusunda şu açıklamayı da kararlarına eklemektedir:

“...Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Kadriye Çatal/Türkiye (B. No: 2873/17, 07/03/2017) kararında, haklarında meslekte kalmasının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmasına karar verilen yargı mensupları için doğrudan Danıştayda iptal davası açma imkânının tanındığını belirterek Kadriye Çatal tarafından yapılan başvuruyu iç hukuk yollarının tüketilmemiş olduğu gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur.”⁵²¹

Danıştay'ın mahkemeye erişim hakkını esas alarak yazdığı bazı gerekçelerde başvurular ve bunlara ilişkin kısıtlamalara ne ölçüde yer verilebileceğine ilişkin belirlemeler de yaptığı görülmektedir. Örneğin bir kararda;

“... Anayasa ve AİHS hükümleri uyarınca; bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelen mahkemeye erişim hakkının, adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi gereklidir. Kişilerin mahkemeye başvurmasını engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hale getiren, bir başka ifadeyle mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren ya da dava açılmasının davacının dava açtığı konumdan daha

⁵²⁰ Benzer yöndeki çok sayıdaki kararlardan bazıları; Danıştay 5. Dairesinin E:2017/5483, K:2021/222, 10.02.2021 tarihli kararı; E:2017/2316, K:2021/269, 12.02.2021 tarihli kararı; E:2016/57873, K:2021/298, 16.02.2021 tarihli kararı

⁵²¹ Danıştay 5. Daire, E:2017/6462, K:2021/218, 10.02.2021

da geriye götürülmesi sonucunu doğuran durumlarda, mahkemeye erişim hakkının, özüne dokunulacak şekilde sınırlandırılmasının kabulü gerekmektedir.

Dava sonucundaki başarıya dayalı olarak taraflara vekâlet ücreti ödeme yükümlülüğü öngörülmesi de bu kapsamda mahkemeye erişim hakkına yönelik bir sınırlama oluşturur. Gereksiz başvuruların önlenerek dava sayısının azaltılması ve böylece mahkemelerin uyumsuzlukları makul sürede çözebilmesi amacıyla başvuruculara belli yükümlülükler öngörülebilir. Öngörülen yükümlülükler dava açmayı imkânsız hale getirmediği ya da aşırı derece zorlaştırmadıkça mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği söylenemez. Dolayısıyla, davayı kaybetmesi halinde davacıya yüklenecek olan vekâlet ücreti bu çerçevede değerlendirilmelidir.”⁵²²

Söz konusu kararda mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasında vekalet ücretinin hesaplanmasına ilişkin belirleme yapılırken etkili karar hakkından da söz edilmiştir. Neticede, bu tür ölçsüz kısıtlamaların idari başvurular yönünden söz konusu olması halinde kıyasen etkili başvuru hakkının da kısıtlandığı sonucuna varılabilir.

Bir başka konu da, 6459 sayılı Kanunun 4. Maddesi ile 2577 sayılı Kanunun 16. Maddesinin 4. Fıkrasına eklenen tam yargı davalarında bir defaya mahsus olarak artırım yapılmasına olanak sağlayan hükümle ilgilidir. Anılan konu Van 2. İdare Mahkemesinin ısrar kararı ile Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun önüne gelmiş, kararda yeni getirilen düzenlemenin etkili başvuru hakkının ve adil yargılanma hakkının gereklerine uygun olduğuna ilişkin ısrar gerekçesine yer verilerek (atıf yapılan Adalet Komisyonu Raporuna değinilmek suretiyle) Mahkeme kararı onanmıştır. Kararda anılan hususlar şu şekilde ifade edilmiştir;

“...Anılan Kanun için tanzim edilen 04/04/2013 tarih ve E:1/748, K:19 sayılı Adalet Komisyonu Raporunda ise, "İdari yargının tabi olduğu hukuk rejimi, zararların tazminini ve telafisini mümkün kılacak rasyonellikten uzaktır. Adli yargının aksine tespit ve kısmi dava seçeneklerinden yoksun idari yargılama düzeni, kişilerin kavramakta zorlanacağı usul öngörmektedir. İdari yargılama usulünün hak aramayı zorlaştıran bir özellik taşıdığı kuşkusuzdur. Ülkemiz, idari yargılama usulündeki bu ve benzeri kurgulama hataları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ihlal kararlarına muhatap olmaktadır. (Bkz. Okçu/Türkiye Kararı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2. Daire, 39515/03) Hâli hazırda yürürlükte bulunan usul kurallarını mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendiren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı, Tasarı ile benimsenen yapının inşasını zorunlu kılmıştır. Tasarıyla benimsenen model çerçevesinde, zarar hesabının yapıldığı tarih itibarıyla dava dışı alacak yönünden sürenin dolması, hakkın talebi artırmak suretiyle ileri sürülmesine engel olmayacak ve talebi artırmak için başvuru ve benzeri diğer usul şartları

⁵²² Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E:2020/3381, K:2021/179, 03.02.2021; benzer yönde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E:2020/2931, K:2021/178, 03.02.2021; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu E:2020/1823, K:2021/175, 03.02.2021

aranmayacaktır. Benimsenen usul, adli yargıda benimsenen usulün ilerisindedir. Norm, bu yönüyle etkili başvuru ve adil yargılama hakkı temelinde amaca uygun bir aşamaya işaret etmektedir. Artırmayı mümkün kılan yeni kural yalnızca bir usul normu değil, aynı zamanda maddi hukuk normudur. Olağan dava döneminde mahkeme tarafından gözetilmesi gereken süre aşımı (altmış günlük, bir yıl, on yıl süre vb.), talep artırımında etki doğurmamaktadır. Söz gelimi, olay tarihinden itibaren on yıl geçse dahi talep artırılabilir. Diğer taraftan Tasarının çerçeve 1 ve 3'üncü maddelerinde yer alan "nihai karar verilinceye kadar" kaydının olası bozmalardan sonraki hüküm aşamasını da kapsadığı şüphesizdir. Ayrıca artırmanın bir defaya mahsus olduğu kuralı -örneğin bozma sonrası ve bozma gereği yapılan/yaptırılan bilirkişi incelemesindeki tazminat miktarındaki pozitif değişimler bakımından- için amaçsal yorum yapılması zaruretinin doğabileceği de gözden kaçırılmamalıdır." ifadelerine yer verildiği..."

bozmadan sonraki hüküm aşamasını da kapsayan şekilde talebin artırılacağı belirtilerek Mahkeme kararının ısrar edilen kısmı onanmıştır.⁵²³

Danıştay cezaevinde meydana gelen ölümlerle ilgili olarak verdiği bir kararında;

"... "etkili başvuru" kavramının, uygun bir tazminat ödenmesine ek olarak, sorumluların tespiti ve cezalandırılmasını sağlayacak tam ve etkili bir soruşturma ve soruşturma usulü için şikayetlerin etkili bir değerlendirilmesini içerdiğini, soruşturmayı yürütecek sorumlu kişilerin olaylardan bağımsız olması gerektiği, bunun sadece hiyerarşik ve kurumsal bağımsızlık olarak anlaşılamayacağı, ayrıca uygulanabilir bir bağımsızlığı içermesi gerektiği belirtilmiştir. Meydana gelen olayda da, cezaevi personeli hakkında olayın cezai boyutuna ilişkin olarak etkili bir inceleme yapılmadığı görülmektedir."

Şeklinde gerekçesini belirtmiş ve etkili başvuru hakkının AIHS md. 3 ile olan ilişkisine vurgu yapmıştır.⁵²⁴ Bununla birlikte benzer pek çok uyuşmazlıkta Danıştay Onuncu Dairesi, yaşam hakkına ilişkin kuralları belirtirken etkili başvuru hakkına değinmemiştir.⁵²⁵

Diğer yandan etkili başvuru hakkının kapsamında yer alan etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddiaların yer aldığı uyuşmazlıklarda idari yargıda tam yargı davaları açılabilir. Ancak AIHM'in bazı durumlarda etkili soruşturma yükümlülüğünü 2. Ve 3. Maddenin özel gereklilikleri içinde değerlendirdiğini ve 13. Madde açısından ayrıca bir inceleme yapmadığını görmüştük. Yine bir uyuşmazlıkta, hayvanlarını otlatmak amacıyla evinden ayrılan kişinin yaylada bir kayanın altındaki çukurda, yanında kimliği belirlenemeyen altı Kuzey Irak vatandaşı ile birlikte ölü olarak bulunması olayında,

⁵²³ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E:2020/2044, K:2021/39, 14.01.2021

⁵²⁴ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2016/2363, K:2020/923, 26.02.2020

⁵²⁵ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2015/1219, K:2020/1623, 04.06.2020

AIHM etkili soruşturma yürütülmediğini, bu nedenle 2. Maddenin usul ve esas bakımından ihlal edildiğine karar vermiş, 13.madde bakımından tespit yapılmamıştır. İhlal kararı üzerine terör tazminat komisyonuna başvurulmuş, başvurunun reddi üzerine İdare Mahkemesinde dava açılmış ve reddedilmiştir. Danıştay Onuncu Dairesi, AIHM kararındaki gerekçeleri belirterek davacıların maddi ve manevi zararlarının tazmini gerektiği gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.⁵²⁶

Sonuç olarak idari yargı yerlerinin etkili başvuru hakkına ilişkin verdiği kararların halen sınırlı bazı uyumsuzluklara ilişkin olduğu, etkili başvuru hakkının genellikle adil yargılanma hakkıyla birlikte değerlendirildiği görülmektedir. Ayrıca temel hak ihlallerine ilişkin olarak idari yargı mercilerine yapılan denetimin kurumsal olarak etkili kabul edilmesine rağmen, pratikte somut olay bakımından etkisiz kalabileceği hallere rastlanabileceğini söylemek mümkündür.

3.3.2. Anayasa Yargısında Etkili Başvuru Hakkı

Anayasa Mahkemelerine bireysel başvuru yolunun tanınması 13. Madde anlamında etkili bir yol sağlayabilmektedir. Bunun için, ihlal yönünden etkili bir tazmin sunulabilmesi, ihlalin varlığına hükmedilebilmesi, ihlale sebep olan eylem, karar veya önlemi kaldırılabilmesi, ihlal bir ihmalden kaynaklanıyorsa yetkili otoritenin gerekli işlemi tesis etmesinin sağlanabilmesi, dosyanın gerekli işlemlerin yapılabilmesi için yetkili otoriteye gönderilebilmesi, tazminata hükmedilebilmesi gereklidir.⁵²⁷

Türkiye’de Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu, erişilebilir, etkili ve yeterli bir iç hukuk yolu olarak ifade edilmiştir. Hak ihlali mağdurları, Anayasa Mahkemesine doğrudan başvuru yapabilmekte, Anayasa Mahkemesi de ihlal iddialarını tüm yönleriyle inceleyebilmekte ve gerektiğinde kesin ve bağlayıcı kararlarla tazminata veya yeniden yargılamaya hükmedebilmektedir.⁵²⁸ Bu bakımdan Türkiye’de hak ihlallerini önleme ve

⁵²⁶ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2015/3712, K:2020/4678, 27.02.2015

⁵²⁷ Guide to Good Practice In Respect of Domestic Remedies, Council of Europe, 2013,s.49

⁵²⁸ Uzun/Türkiye, AIHM, 48544/99, 20.04.2006 (Aktaran ŞİRİN, s. 149)

düzeltilme olanağı sunduğu düşünülen ve etkili olduğuna karar verilen son merci Anayasa Mahkemesidir.^{529 530}

Öte yandan Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru hakkını bizatihi etkili başvuru hakkının kapsamı dahilinde görmektedir. Bireysel başvuru hakkının “ortak koruma alanında” olduğunu belirttiği kararında, cezaevindeki bir hükümlünün diğer hükümlülerle birlikte hazırladığı bir mizah dergisinin posta yoluyla dışarıya gönderilmesi isteminin ceza infaz kurumu yönetimince reddedilmesi üzerine ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmak üzere bu dergiyi ve diğer belgeleri avukatına göndermek istemesi üzerine mahkeme kararıyla bunun cezaevi güvenliğini tehlikeye düşüreceği gerekçesiyle engellenmesi üzerine etkili başvuru hakkının da ihlal edildiği ileri sürülmüş, AYM tarafından, bireysel başvuru hakkının etkin kullanılabilmesi için avukatla temsil imkanından yararlanmanın ve özellikle idarenin fiili kontrolü altındaki kişilerin bu haklarını kullanmalarını kolaylaştırıcı şekilde yaklaşılmasının gerekliliği vurgulanmıştır.⁵³¹

Bireysel başvuru kapsamında Anayasa Mahkemesinin incelemesi altında olan etkili başvuru hakkı, yalnızca AİHS’de düzenlenmemiştir. Anayasanın 40. Maddesinde düzenlenmiş olan başvuru hakkı, “etkililik” kavramını içermese de başvurunun etkili olması hukuk devletinin bir gereğidir.⁵³²

Anayasa’nın 40. Maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

“Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.

⁵²⁹ ŞİRİN Tolga, a.g.e, s. 149

⁵³⁰ Anayasa Mahkemesi kararlarının uygulanması konusundaki bazı gelişmeler ise bireysel başvuru yolunun etkililiğinin sorgulanmasına yol açmıştır. Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu 25.10.2023 tarihli Şerafettin Can Atalay (B. No:2023/53898) kararında, milletvekili seçilerek yasama dokunulmazlığı kazanan başvurunun yargılamada durma kararı verilmesi talebinin reddedilerek yargılamaya devam edilmesi nedeniyle seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararda, daha önce verilen Ömer Faruk Gergerlioğlu kararına atfı yapılarak benzer yöndeki ihlallerin Anayasa Mahkemesinin iş yükünü artırarak bireysel başvuru yolunu etkisiz hale getireceği, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olduğu, ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde mahkemelerin yeniden yargılama sebebi konusunda takdir yetkisinin bulunmadığı ve ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırma yükümlülüklerinin bulunduğuna vurgulanmıştır.

⁵³¹ Zeki Demir Başvurusu, AYM, 2015/16719, 02.12.2020

⁵³² ÇOLAK Mehmet, Etkili Bir İç Hukuk Yoluna Başvurma Hakkı, www.turkhukuk sitesi.com/makale_186. Htm, Erişim tarihi:15.08.2019

(Ek fıkra: 3/10/2001-4709/16 md.) Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır. Kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.”

Görüldüğü gibi Anayasamızda “etkili başvuru hakkı” adı altında bir hak bulunmamaktadır. Bununla birlikte hukuk devletinin gereği olarak 40. Maddenin içeriğinin “etkililik” unsurunu ihtiva ettiği söylenebilir. Diğer yandan maddede geçen “geciktirilmeden” ibaresinin esaslı bir fark olarak görülmesine gerek bulunmadığı, geciktirilmeden başvuruda bulunmayı etkili başvuruda bulunmak şeklinde anlaşılabileceği belirtilmektedir.⁵³³ Esasen “geciktirilmeksizin” ifadesi etkililiğin “hızlılık” unsuruna tekabül etmektedir. Zira hem idari süreçlerin hem de yargısal süreçlerin makul süreden uzun olması halinde etkili başvuru yolunun ihlaline karar verilebilmektedir.

Anayasanın 40. Maddesinde “yetkili makama” başvurudan söz edilmekte, 36. Maddesinde de yargı mercilerinin önündeki davalı ve davacı olarak iddia ve savunma hakkından söz edilmektedir. 40. maddede kapsam, Anayasa ile tanınmış tüm hak ve hürriyetler ile geniş tutulmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurulara ilişkin kararlarında da görüldüğü üzere md. 36’da düzenlenen adil yargılanma hakkının kapsamı da tıpkı AİHS ve AİHM içtihatlarında olduğu gibi “medeni hak ve yükümlülükler” ile kişinin kendisine karşı yöneltilen bir “suç isnadı” ile sınırlandırılmaktadır. Bu açıklamalar ışığında denilebilir ki, mahkemeye erişim hakkı, Anayasa md. 36’da düzenlenen hak arama hürriyeti ile ilişkilendirilirken, AİHS md. 13’te düzenlenen etkili başvuru hakkı ise Anayasa md. 40’ta temel hak ve hürriyetlerin korunması başlığı ile düzenlenmektedir.⁵³⁴

Anayasa Mahkemesi de, “ortak koruma alanı”nda yer alan etkili başvuru hakkını konu bakımından yetkisi içinde görmektedir. Yani tek başına veya ortak koruma alanının dışında kalan bir hak yönünden etkili başvuru hakkının ihlal edildiği iddiası ileri

⁵³³ DEMİRKIRAN Eyüp Kaan, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve 1982 Anayasası bağlamında Etkili Başvuru Hakkı ve Adil Yargılanma Hakkının Kapsam Alanlarının Karşılaştırılması, TAÜHFD, 2020, 2(1), 49-88

⁵³⁴ EKİNCİ Ahmet, a.g.m. s.828

sürülememekte, etkili başvuru hakkı ihlali iddiasının mutlak surette ortak koruma alanında yer alan haklardan biri ile birlikte ileri sürülmesi gerekmektedir.⁵³⁵

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvurularda ilişkin uyuşmazlıklarda önce kabul edilebilirlik yönünden konuyu incelemektedir. Kabul edilmezlik kararı kesindir ve ilgiliye tebliğ edilir. Esastan incelemede ise bir mahkeme kararı üzerine yapılan incelemelerde sadece temel hakkın ihlal edilip edilmediğiyle sınırlı bir inceleme yapılır. Kanun yolunda gözetilmesi gereken bir hususta inceleme yapılamaz. Bir temel hakkın yargı kararıyla ihlal edildiğine karar verilmesi halinde dosya yeniden yargılama için ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaması halinde ise başvuru lehine tazminata hükmedebilir ve genel mahkemelerde dava açılması yolunu gösterilebilir.⁵³⁶

3.3.2.1. Kabul edilebilirlik aşamasında yapılan değerlendirme

Bireysel başvurularda kabul edilebilirlik kriterlerinden biri olarak karşımıza çıkan iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralına göre, açıkça etkisiz olduğu anlaşılan yolların kullanılmasına gerek olmadığı belirtilmektedir. Buna göre, iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilmezlik kararı verilen pek çok davada ilgili hukuk yolunun kurumsal açıdan etkili olduğu varsayılmaktadır.

Türk idare hukukunda da benzer şekilde gerek Anayasa Mahkemesinin kararlarında gerekse AİHM kararlarında açıkça etkisiz olmadığı varsayılarak iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle verilen kabul edilmezlik kararları, etkili başvuru yolu açısından kaynak teşkil etmektedir.

Anayasa'nın 148. Maddesinde "Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır." Hükmü bulunmaktadır.

⁵³⁵ ŞİRİN Tolga; Bireysel Başvuru Usul Hukuku, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, Avrupa Konseyi, 2018, s. 101

⁵³⁶ TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s.271

Bununla birlikte 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. Maddesinin 2. Fıkrasında "İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörölmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir" kuralı bulunmaktadır.

Anayasa idari başvuru yollarının tüketilmesinden söz etmediğı halde, 6216 sayılı Kanun bireysel başvuru öncesinde tüketilmesi gereken yollar arasında idari başvuru yollarını da belirtmiştir.

Söz konusu farklılığın Anayasa'ya aykırılık içerdığı bazı müelliflerce dile getirilmiş ise de⁵³⁷, olağan kanun yolları kavramının içinde yalnızca yargısal yolların bulunmadığı, idari yolların da yer aldığı ifade edilmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 13. Maddesinin kapsamına idari başvuru yollarının da dahil olduğu tartışmasıdır.

Öte yandan, tüketilmesi gereken idari başvuru yollarının mutlaka dava açılmasından önce yapılması gereken zorunlu idari başvuru yolları olması gerekmemektedir. Elbette bir uyuşmazlığın yargı önüne taşınabilmesi bakımından zorunlu bir idari başvuru yolu öngörölmüşse ve bu yol etkili ise tüketilmesi gerektiğı açıktır. Ancak ihtiyari başvuruların da etkili olabilmesi ve makul başarı şansı sunabilmesi mümkün ise bu idari başvuru yollarının da tüketilmesi gerekmektedir.

Bu konuya ilişkin örneğın cezaevi idaresine verdiği dilekçelerin ve mektupların kaybedilerek taleplerinin sonuçsuz bırakılmasından yakınan başvırucunun bireysel başvurusu, cezaevi idaresine başvuru yaptığına ilişkin bir bulgu olmadığı için kabul edilebilir görölmemiştir.⁵³⁸

Yine akciğer kanseri olan bir başvırucunun cezaevi şartlarında tedavi edilmesinin mümkün olmadığını ifade eden rapora rağmen infazının ertelenmemesinden yakındığı Halil Güneş başvurusunda AYM, Ceza ve Güvenlik Tedbirleri İnfazı Hakkında Kanun'un 16. Maddesi uyarınca infazın yapıldığı yer Cumhuriyet Savcısının bu tür taleplerle ilgili karar

⁵³⁷ ÇELİKİYAY Hakan Sabri, Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının "Başvuru Yollarının Tüketilmesi" Ölçütü Açısından Değerlendirilmesi, İÜHFD C.LXXIII, Y:2015, S.1, s.21

⁵³⁸ Reşit Arslan Başvurusu, AYM, Başvuru No.2013/750, 15.12.2015

vermekle yetkili olduğunu belirtmiş ve başvurucunun bu idari⁵³⁹ başvurunun sonucunu beklemeden bireysel başvuru yapmasından ötürü başvuruyu kabul edilebilir bulmamıştır.⁵⁴⁰

Bunun dışında zorunlu idari başvuru yolu öngörülen durumlarda da bu yolun tüketilmesi aranmaktadır yani bu yol etkili olarak kabul edilmektedir. Örneğin Kamu İhale Kurumu işlemine karşı dava açılmadan önce şikayet ve itirazen şikayet yollarının tüketilmesi gerekmektedir.⁵⁴¹

Buradan çıkan sonuç, idari başvuruların tamamı etkisiz olarak görülmemektedir. Durumun ve ileri sürülen hakkın niteliğine göre bazen ihtiyari bir başvuru yolu etkili kabul edilebildiği gibi, zorunlu bir idari başvuru yolu da pratikte etkisiz kabul edilebilir.

Somut olarak idari uyuşmazlıklar yönünden yerleşik içtihat haline gelen ve iç hukukta kurumsal açıdan etkili başvuru yolu olduğu kabul edilen bazı uyuşmazlık alanlarına aşağıda yer verilmiştir.

3.3.2.1.1. İdari uyuşmazlıklarda aym'nin kurumsal açıdan etkili başvuru yolu kabul ettiği durumlar

Kamu Hastanelerinde Tıbbi İhmallere Dayalı Uyuşmazlıklar

Kamu hastanelerinde gerçekleştirilen tıbbi tedavilerdeki kusurlar nedeniyle başvurulabilecek idari ve yargısal yolların (idari yargıdaki tam yargı davasının) etkili başvuru yolu oluşturduğu değerlendirilmektedir. Bahse konu kararda;

“...Başvurucu, olayda ihmali olduğunu ileri sürdüğü doktor hakkında suç duyurusunda bulunarak ceza soruşturması açılması talebinde bulunmuş olmakla birlikte, doktorun veya hastanenin idari ve hukuki sorumluluklarına ilişkin herhangi

⁵³⁹ ŞİRİN Tolga, Bireysel Başvuru Usul Hukuku, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, Avrupa Konseyi, 2018, s.151; benzer yönde PAKSOY Mustafa; Cumhuriyet Savcısının Bağımsızlığı Meselesi, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2014, VII-I, s. 45-66, Cumhuriyet Savcılarının idari görevlerine örnek gösterilenler arasında 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun 5. maddesi uyarınca cezaların infazını izlemek ve denetlemek ayrıca 5235 Sayılı Kanunun 17. maddesi uyarınca kesinleşen mahkeme kararlarının yerine getirilmesi ile ilgili işlemleri yapmak ve izlemek de sayılmıştır. Bu konuda Danıştay 10. Dairesinin 17.10.2007 tarih ve E:2007/1376, K:2007/4756 sayılı kararında infaz aşamasında yapılan savcılık işlemlerinin idari işlem olduğu kabul edilmektedir.

⁵⁴⁰ Halil Güneş Başvurusu, AYM, Başvuru No:2014/3594, 30.12.2014

⁵⁴¹ Turkuaz Yemek Temizlik Güvenlik Hizmetleri ve Gıda Sanayi ve Ticaret Ltd.Şti. Başvurusu, AYM, Başvuru No:2013/3389, 16.09.2015

bir kanun yoluna başvurmadağı görülmektedir. Yargıtay'ın yukarıda yer verilen (§ 24-27) konu hakkındaki içtihadı dikkate alındığında, ceza kanunları uyarınca suç oluşturmayan eylem ve ihmallere karşı da, husumetin yöneltileceğı kişiye bağılı olarak, 2577 sayılı Kanun ile 6098 sayılı Kanun'un yukarıda yer verilen (§ 21-23) hükümleri uyarınca kusura ve hatta kusursuz sorumluluğa dayalı olarak idareye veya kişilere yönelik idare ve hukuk mahkemeleri önünde uğranılan zararları tazmin yolları düzenlenmiştir (B. No: 2013/2075, 4/12/2013, § 74). ... yapılan tıbbi müdahale açısından ihlale neden olduğı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörölmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olduğından söz edilemeyecektir... ”⁵⁴² şeklinde gerekçeye yer verilmiştir.

Nitekim idare mahkemelerinin tıbbi hata ve ihmallerden kaynaklı tam yargı davalarında tazminata hükmettiğı pek çok uyuşmazlık bulunmaktadır. Bir uyuşmazlıkta kamu hastanesinde yapılan hatalı enjeksiyon sonucu sol ayağıının sakat kaldığını ileri sürerek maddi ve manevi tazminat istemiyle açılan davada, İdare mahkemesi hizmet kusuru bulunmadığından tazminat istemlerinin reddine karar vermiş, Danıştay Onuncu Dairesi ise kararı manevi tazminat yönünden bozarak ilgiliden enjeksiyon riskleri hakkında aydınlatılmış onam alınmaması ve enjeksiyonu yapan kişiyle ilgili kaydın düzenli tutulmaması nedeniyle maddi gerçeğe ulaşamayacağı, ömür boyu şüphe duyacağı ve sağlık hizmetlerinin gereğı gibi yürütölmediğı konusunda endişe ve üzüntüye yol açacağı gerekçesine yer vermiştir.⁵⁴³

Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, cezai sorumluluğun tespiti sırasında etkili soruşturma yürütölmemesi halinde sonradan açılacak tam yargı davasının da anlamsız kalma olasılığıdır. AİHM, etkili soruşturma yükümlölüğünün gereğı gibi yerine getirilmemesini, tazminat talepleri yönünden de kısıtlayıcı görmektedir. Ayrıca verilen tazminat miktarının da yeterli olması yani AİHM ve AYM'nin benzer uyuşmazlıklarda hükmedilen miktarlara yakın olması gerekmektedir.

Etkili soruşturma yükümlölüğünün yerine getirilmesi bakımından soruşturma izni verilmemesi hakka ulaşmada bir engel ortaya çıkarabilecektir. 12.05.2022 tarih ve 7406 sayılı Kanunun 14. Maddesiyle 3359 sayılı Kanuna eklenen Ek-18. Madde uyarınca Yükseköğretim Kanununun 53. Maddesindekiler hariç olmak üzere, kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde görev yapan hekim, diş hekimi ve sağlık

⁵⁴² Nail Artuç başvurusu, AYM, Başvuru No:2013/2839, 03.04.2014

⁵⁴³ Danıştay Onuncu Dairesi, E:2019/3458, K:2019/2889, 15.04.2019

personelinin muayene, teşhis ve tedavi işlemlerinden kaynaklanan soruşturmalar hakkında 4483 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı, soruşturma izninin ise Sağlık Bakanlığı bünyesinde kurulan Mesleki Sorumluluk Kurulu tarafından verileceği belirtilmiştir. Bu karara karşı Ankara Bölge İdare Mahkemesi nezdinde itiraz edilebilecektir. Sağlık mesleğinin icrası kapsamında yapılan tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle idare tarafından ödenen tazminattan dolayı ilgisine rücu edilip edilmeyeceğine, rücu miktarına ve görevin kötüye kullanılıp kullanılmadığına kusur oranı ile birlikte Mesleki Sorumluluk Kurulu tarafından 1 yıl içinde karar verileceği düzenlenmiştir.

Konuyu değerlendiren Anayasa Mahkemesi, Mesleki Sorumluluk Kurulunun yapısının bağımsız ve tarafsız olmadığı ve adil yargılanma hakkı ile etkili başvuru hakkını ihlal edeceği iddialarını inceleyerek, Kurul üyeleri ile ilgili sorumluluk hükümlerinin getirildiğini, Kurul kararlarının yargı denetimine tabi olduğunu ve izin sisteminin ceza soruşturmasını etkisiz hale getireceğinden bahsedilemeyeceğini kararında⁵⁴⁴ belirtmiş ise de, etkili bir ceza soruşturmasının yürütülmediği durumlarda tam yargı davası yönünden de başvuru yolunun etkisiz hale gelme riskinin bulunduğu değerlendirilmektedir.

Sınır Dışı İşlemlerine İlişkin Uyuşmazlıklar

Son dönemde yakın çevremizdeki ülkelerde yaşanan sıkıntılı durumlar ülkemizin göç almasına sebep olmuş, bundan dolayı da özellikle yasa dışı yollardan ülkeye giriş, usulsüz olarak ikamet etme, çalışma, eğitim ve sağlık gibi pek çok alanda sorunların ortaya çıkması, yargı yerlerindeki uyuşmazlıkların sayısını da artırmıştır.

İdari uyuşmazlıklar arasında özellikle sınır dışı işlemlerinin yargısal denetimi önem kazanmıştır. Anayasa Mahkemesi sınır dışı işlemlerine karşı, idari yargıda açılacak bir davanın ve yürütmenin durdurulması kararı verilebilecek olmasının ihlali durdurucu bir etkiye sahip olan etkili bir iç hukuk yolu olduğunu kabul etmektedir.

⁵⁴⁴ Anayasa Mahkemesi E:2022/90, K:2023/201, 30.11.2023 tarihli kararıyla, 7406 sayılı Kanunun 14. Maddesiyle 3359 sayılı Kanuna eklenen Ek-18. Maddenin 2. Fıkrasında yer alan "...devlet üniversitelerinde..." ibaresi yönünden Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir. Kararda tıbbi hatalardan kaynaklanan ölüm veya vücut bütünlüğünün bozulması olaylarında hukuki sorumluluğun tespit edildiği hukuk ya da idari tazminat davasının ilke olarak temel başvuru yolu olduğu belirtilmiştir.

Konuyla ilgili olarak verilen AYM kararında;

“...25. İdari bir işlem olan sınır dışı edilme işlemine karşı hukukumuzda idari yargı yollarına başvurulması ve yürütmeyi durdurma talebinde bulunulması mümkündür. Ancak idari yargıya yapılan başvuru -yürütmenin durdurulması kararı verilmedikçe- sınır dışı edilmeyi engellemektedir. Başka bir deyişle yargı yoluna başvurunun sınır dışı edilme kararını otomatik olarak askıya alma etkisi yoktur. Elbette idare mahkemeleri sınır dışı edilme kararı hukuka aykırıysa ya da ilgilinin sınır dışı edilmesi halinde gönderileceği ülkede yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılırsa yürütmeyi durdurma kararı verebilir. Ancak başvurulmasına rağmen idari yargı mercilerince yürütmeyi durdurma talebinin ve buna karşı yapılan itirazın reddine karar verilmiş ve kişinin yaşamına ya da maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik tehlike devam ediyorsa anayasal haklara saygı ilkesi Mahkemenin bu başvuruları incelemesini gerektirir. Bu durumda ilgili bireysel başvuru yapabilmek için idari yargı mercileri önündeki davanın sonuçlanmasını beklemek zorunda bırakılamaz. ... O halde ...eğer başvurucunun yaşamına ya da maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik ciddi ve kişiselleşmiş bir riskin varlığı kapsamlı dayanaklar ile ortaya konulmuş ise bireysel başvuru Mahkemece incelenmeli ve gerekirse tedbire hükmedilmelidir. Buna karşılık kişinin yaşamına ya da maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike söz konusu değilse somut olayın özellikleri dikkate alınıp, daha sınırlı bir yaklaşım benimsenerek gerekirse hukuk yollarının tüketilmesi beklenmelidir.”⁵⁴⁵

şeklinde gerekçe yer verilmiştir.

Anılan konunun uygulamada sıkça sorunlara sebep olması nedeniyle 04.04.2013 tarih ve 6458 sayılı Kanunun 53. Maddesinin 3. Fıkrasında yapılan düzenleme ile “Yabancı⁵⁴⁵nın rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez.” kuralı getirilmiştir. Böylece sınır dışı işlemlerinde yargılama devam ederken askıya alma etkisi oluşmuştur.

KHK ile İhraç İşlemlerine İlişkin Uyuşmazlıklar

Gerek AİHM, gerekse Anayasa Mahkemesi KHK ile ihraç işlemlerinden kaynaklı uyuşmazlıklarda, Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonunun bireysel başvuru yoluna gidilmeden önce tüketilmesi gereken etkili bir iç hukuk yolu oluşturduğunu belirtmektedir. Konuya ilişkin bir kararda AYM, komisyonun etkililiğini şu şekilde vurgulamıştır:

⁵⁴⁵ Laura Alejandra Cacaes Başvurusu, AYM, Başvuru No:2013/1243, 16.04.2013

“...söz konusu başvuru yolunun kamu görevine dönüşe imkân tanınması, buna ilişkin kararların icra yöntemini belirlemesi, anılan kararların icrasının hızlı şekilde gerçekleşmesine ilişkin hükümler içermesi ve göreve iade hâlinde mali kayıpların telafi edilebilmesine imkân tanınması nedenleriyle potansiyel olarak yeterli giderim sağlama kapasitesine de sahip olduğu kanaatine ulaşılmıştır...Başvurucunun ihlal iddiaları dikkate alındığında ilk bakışta ulaşılabilir ve ihlal iddialarıyla ilgili başarı şansı sunma ve yeterli giderim sağlama kapasitesi olduğu görünen (Komisyona) başvuru yolu tüketilmeden yapılan başvurunun incelenmesinin bireysel başvurunun "ikincil niteliği" ile bağdaşmayacağı sonucuna varılmıştır...”⁵⁴⁶

Bununla birlikte Komisyonun usulî teminatların sağlanması açısından birtakım eksikliklerinin bulunduğu ve kurumsal olarak etkili kabul edilmekle beraber somut olay bakımından pratikte etkili olmadığı durumların oluşabileceğini belirtmiştik.⁵⁴⁷

İdari Gözetim Kararları Sona Eren Kişilerle İlgili Uyuşmazlıklar

Anayasa Mahkemesi, idari gözetim kararları son bulduktan sonra etkili iç hukuk yolunun tazminat hakkı veren tam yargı davası olduğunu düşünmektedir. Bu konuda başlangıçta etkili başvuru hakkının ihlali yolunda verilen AİHM içtihatlarını takip ederken, B.T. kararıyla içtihat değişikliğine gitmiştir. AYM kararının gerekçesinde;

“...Anayasa Mahkemesi, idari gözetim altına alınan yabancıların kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ilgilendiren ihlal iddialarında B.T. başvurusuyla içtihat değişikliğine gitmiştir. Anılan başvuruda Anayasa Mahkemesi 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesinin idari işlem veya eylem türleri yönünden herhangi bir ayırım yapılmadığından idari fonksiyona giren her türlü işlem veya eylem sebebiyle oluşan zararın tazmininin bu kurala dayanılarak açılacak tam yargı davasıyla istenebilmesi için yeterli bir yasal zemin oluşturduğunu, sırf -bilgi eksikliği nedeniyle- fiiliyatta bu yolun işletilmemesinin etkisiz olduğu biçiminde yorumlanamayacağını, hukuka aykırı biçimde tutulan yabancılar yönünden tam yargı davasının etkili bir hukuk mekanizması olduğunu belirtmiştir (B.T., §§ 52, 54)... fakat sulh ceza hâkimliğine itiraz edilmeden idari yargıda tam yargı davası açılmayacağını açıklamıştır (B.T., §§ 70, 71)...Öte yandan sulh ceza hâkiminin idari gözetim kararının hukuka uygun olduğuna hükmetmesi durumunda -idari yargı merciinin idari gözetim kararının hukukiliğini denetleme yetkisinin bulunmadığı gözetildiğinde- 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesinde öngörülen tam yargı davasının idari gözetim kararının hukuka aykırı olduğu şikâyetlerine bağlı tazminat istemi yönünden etkisiz hâle geleceği anlaşılmaktadır. Bu gibi hâllerde sulh ceza hâkiminin ret kararından itibaren süresi içinde doğrudan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulabilir (B.T., § 72)...idari gözetimleri sona eren başvuru sahiplerinin uğradıklarını öne sürdükleri maddi ve manevi zararlarının karşılanması bakımından başarı şansı sunma, yeterli giderim

⁵⁴⁶ Remziye Duman Başvurusu, AYM, Başvuru No:25923, 20.07.2017

⁵⁴⁷ Bknz. S. 168-171

*sağlama kapasitesini haiz ve ulaşılabilir olduğu görülen "tam yargı davası" yolu tüketilmeden yapılan başvurunun incelenmesinin bireysel başvurunun "ikincil niteliği" ile bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır.*⁵⁴⁸ hususlarını belirtmiştir.

Bu karar öncesinde AİHM'in önündeki benzer davalarda hükümet tam yargı davası açılmadan bireysel başvuru yoluna gidilmesi nedeniyle iç hukuk yollarının tüketilmediği iddiasında bulunmasına rağmen, tam yargı davasının bu konuda etkili bir yol oluşturduğunu ispatlayacak somut örnekler sunamaması nedeniyle AİHM tarafından işin esasına geçilmekte idi.⁵⁴⁹ Bireysel başvuru yolunun tanınmasından sonraki ilk dönemde AYM aynı yönde kararlar vermiş olmasına rağmen, içtihadını değiştirmiş ve sırf bilgi eksikliğinden dolayı fiiliyatta bu yolun işletilmemesinin, ilgili yolu etkisiz hale getirmeyeceğini belirtmiştir. Oysa, iç hukuk yolunun hem teorik hem de pratik açıdan etkili olması gerekmektedir. Uygulamada bilgi eksikliği veya herhangi başka bir nedenle işlemeyen bir yolu etkili kabul etmek ve başvuruçulara bu yolu tüketme zorunluluğu getirmek, temel hakka ulaşmayı zorlaştıran bir sonuç doğurabilecektir.

İdari Gözetimde Tutma Koşulları Nedeniyle Oluşan Uyuşmazlıklar

2020 Türkiye-AB İlerleme Raporuna göre:

“...Sayıları 10 artarak 28'e çıkan geri gönderme merkezleri 20.000 kişilik toplam kapasiteye ulaşmıştır. Ekim 2019'da, AİHM, G.B. ve diğerleri v. Türkiye kararında, bu tür idari gözetimin hukuka uygunluğunun, özellikle de çocuklu ailelerin idari gözetim koşullarının etkili ve hızlı bir biçimde incelenmesinin önemine vurgu yapmıştır. Türkiye, geri gönderme merkezlerindeki alıkoyma koşullarına itiraz etmeye yönelik yasal mekanizmalara etkili erişim sağlayan usule ilişkin bazı güvenceleri güçlendirmelidir...” belirlenmesinde bulunulmuştur.

Anayasa Mahkemesi, bu konuda içtihat değişikliğine giderken, tam yargı davasının etkili başvuru yolu oluşturduğunu, idari gözetim kararlarının idari işlem niteliğinde olsa dahi, özgürlükten yoksun kalmaya ilişkin sonuç doğurmasından ötürü sulh ceza hakimine

⁵⁴⁸ I.M. ve Z.M. Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/16413, 20.12.2017

⁵⁴⁹ Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye, AİHM Başvuru No:30471/08, 22.09.2009

itiraz edilebileceğini öngördüğü, itirazın sonucuna göre ise idari yargıda açılacak tam yargı davalarının etkililiğinin değişebileceğini vurgulamıştır. Kararda;

“Anayasa'nın 125. maddesi ve 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesi karşısında tazminata hükmedildiğini gösteren kararların var olmamasının olumsuz tutulma koşulları nedeniyle uğranılan zararın tazmini için etkili bir başvuru yolunun bulunmadığı kanaatine ulaşılabilmesi bakımından tek başına belirleyici olmaması gerektiği gerçeğidir. Nitekim teoride böyle bir yolun var olup olmadığı irdelenmeden salt bu güne kadar böyle bir davanın açıldığını ve tazminata hükmedildiğini gösteren herhangi bir mahkeme kararının bulunmadığına dayanılarak tazminata ilişkin etkili bir başvuru yolunun bulunmadığının söylenmesi hatalı sonuçlara ulaşılmasına sebep olabilir. Bu bakımdan etkili bir başvuru yolunun bulunmadığının ifade edilebilmesi için öncelikle ulusal hukukun incelenmesi ve gözetim merkezinden salıverilen yabancı uyruklu kişinin başvurabileceği bir tazminat yolunun teorik düzeyde mevcut olup olmadığına bakılması gerekir. Öte yandan teorik düzeyde mevcudiyeti tespit edilen bir başvuru yolunun sırf -bilgi eksikliği nedeniyle- fiiliyatta hiç işletilmemiş olması bu yolun etkisiz olduğu biçiminde yorumlanmamalıdır. Bu durumda asıl dikkate alınması gereken şey, tazminat ödendiğini gösteren karardan ziyade tazminat ödenemeyeceğini ifade eden kararın var olup olmadığıdır. Teorik düzeyde tazminat için elverişli bir başvuru yolunun fiilen etkisiz olduğu sonucuna ancak mahkemelerin ilgili yolun tutulma koşulları nedeniyle oluşan zararların giderilmesini kapsamadığı temeline dayalı olarak reddetmeleri hâlinde varılabilir. ...Bu durumda 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesi dikkate alındığında ulaşılabilir ve tutulma koşullarının standartlara uygun olmaması sebebiyle doğan maddi ve manevi zararların karşılanması bakımından başarı şansı sunma ve yeterli giderim sağlama kapasitesini haiz olduğu görülen "tam yargı davası" başvuru yolu tüketilmeden yapılan başvurunun incelenmesinin bireysel başvurunun "ikincil niteliği" ile bağdaşmayacağı sonucuna varılmıştır.”⁵⁵⁰ şeklindeki gerekçeleri belirtilmiştir.

İdari gözetim kararları sona erenlerin tazminat taleplerine ilişkin yukarıdaki başlıkta belirtilen hususların burada da geçerli olduğu, pratikteki etkililiğin soyut şekilde değil, somut gerçekliğe göre değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

İmar Barışından Kaynaklı Uyuşmazlıklar

Anayasa Mahkemesi, imar barışından kaynaklanan uyuşmazlıklarda da idareye başvuru yapılmasının etkili başvuru yolu oluşturduğunu, bu yola başvurmadan bireysel başvuru yoluna gidilmesi halinde başvuru yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle kabul edilmezlik kararı vermektedir.

⁵⁵⁰ B.T. Başvurusu, AYM, Başvuru No:2014/15769,30.11.2017

AYM konuyla ilgili bir kararında;

“...3194 sayılı Kanun'un geçici 16. maddesinde öngörülen başvuru koşulları bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvuru koşullarının objektif ve makul olduğu, başvuruculara aşırı külfet yüklemeye, yetkili kurum ve kuruluşlarının takdir yetkisinin sadece objektif başvuru koşullarının yerine getirilip getirilmediğini denetlemekle sınırlı olduğu anlaşıldığından söz konusu başvuru yolunun yeterli giderim sağlama kapasitesine sahip olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

43. Başvurucunun ihlal iddiaları dikkate alındığında ilk bakışta ulaşılabilir ve ihlal iddialarıyla ilgili başarı şansı sunma ve yeterli giderim sağlama kapasitesi olduğu görünen başvuru yolu tüketilmeden yapılan başvurunun incelenmesinin bireysel başvurunun ikincil niteliği ile bağdaşmayacağı sonucuna varılmıştır.

44. Açıklanan gerekçelerle başvurunun başvuru yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir...”⁵⁵¹

şeklinde gerekçeleri belirtmiştir.

Bu kararda AYM, ilgili başvuru yolunun esasa ilişkin gerekliliklerine vurgu yaparak bu unsurları erişilebilirlik, makul başarı şansı sunma ve yeterli giderim sağlama kapasitesi olarak ifade etmiştir.

Kamu Personeline Mobbing Uygulanmasına İlişkin Uyuşmazlıklar

Mobbing iddialarıyla ilgili olarak başvuranın kamu görevlisi olması halinde idari yargıda hukuki tazmin yolunun da etkili başvuru yolu oluşturacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla konuyla ilgili olarak sadece ceza yargılaması yoluna başvurulmuş olması halinde, başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilmektedir. Konuya ilişkin kararda AYM;

“...Devletin, bireylerin maddi ve manevi varlığına yönelik olarak yapılan müdahalelere karşı etkili mekanizmalar kurma çerçevesindeki pozitif yükümlülüğü, tüm müdahale türleri açısından mutlaka cezai soruşturma ve kovuşturma yapılmasını gerekli kılmaz...fiziksel ve zihinsel bütünlüğe yapılan müdahaleler için ülkemizde hem cezai hem de hukuki koruma öngörülmüştür. Ancak hukukumuz açısından, mobbing teşkil eden ve psikolojik taciz, şiddet ve yıldırma türünden davranış grubu olarak kabul edilen ve somut başvuruya konu eylemlere benzer eylemlerin içinde ceza hukuku anlamında suç teşkil eden fiillerin yer alması durumunda, bu alandaki yaptırımlara tabi tutulma olanağı bulunmakla beraber, özel hukuk anlamında bu tür fiillerin tazminat davasına konu edilebildiği görülmektedir. Yargı kararları nazara alındığında, belirtilen tazmin imkanının, kişinin kamu görevlisi veya özel hukuka tabi bir hizmet sözleşmesi çerçevesinde görev yapması nazara alınarak, hem idari yargı

⁵⁵¹ Murat Emrah Emre Başvurusu, AYM, Başvuru No:2018/1275, 30.10.2018

hem de adli yargı alanında yer alan yargısal makamlarca sağlandığı anlaşılmaktadır (Y.H.G.K. 25/9/2013 tarih ve E.2012/9-1925, K.2013/1407; Danıştay 8. Dairesi 16/4/2012 tarih ve E.2008/10606, K.2012/1736)... başvuru tarafından yalnızca ceza muhakemesi yoluna başvurulmuş olduğu nazara alındığında, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için etkili başvuru yollarının tüketilmesi koşulunun yerine getirildiği söylenemez..”⁵⁵² gerekçelerine yer vermiştir.

Görüldüğü gibi, kamu personeline yönelik psikolojik taciz, şiddet ve yıldırma şeklindeki eylemlerle gerçekleşen mobbing iddialarından ötürü idari yargıda tam yargı davası açılması halinde bu yolun etkili olduğu varsayılmakta ve bireysel başvuru öncesinde bu yolun tüketilmesi gerekmektedir.

Gözetim ve Ceza İnfaz Kurumlarındaki Tutma Koşulları ve Kötü Muamele İddialarından Kaynaklı Uyuşmazlıklar

Anayasa Mahkemesi, başvuru yollarının tüketilmemesine ilişkin olarak verdiği kabul edilmezlik kararlarının pek çoğunda, başvurulması gerektiğini belirttiği ilgili hukuk yolunun etkili olduğunu açıkça kararda zikretmiştir. Bunlardan biri de, gözetimdeki ve ceza infaz kurumundaki tutma koşulları nedeniyle kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddialarıdır. Anayasa Mahkemesi, Mehmet Karataş başvurusuna ilişkin kararında;

“23. Anayasa Mahkemesi gözetim altında tutulan kişilerin nezarethane tutma koşullarının yetersizliği nedeniyle kötü muameleye maruz kaldığı yönündeki iddialarıyla ilgili olarak temel ilkeleri ortaya koyduğu ve değerlendirmelerde bulunduğu kararında, şikâyeteye konu yetersiz koşullardaki tutma hâli sona ermişse idari yargı yolunda açılacak tam yargı (tazminat) davasını etkili bir yol olarak kabul etmiştir (Nebahat Baysal Gül, §§ 17-31). Başvuru formu veya eklerinde, belirtilen şekilde tüketilen bir hukuk yolundan ise bahsedilmemiştir. Eldeki başvuruda anılan içtihadta belirlenen temel ilkeden ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır.

24. Anayasa Mahkemesi, gözetim altında kolluk görevlilerinin kötü muamelesine maruz kalma şikâyetleri yönünden ise yetkili Cumhuriyet başsavcılığına yapılacak suç duyurusu ve devamında yapılacak ceza yargılaması sürecini bireysel başvuruda bulunmadan önce tüketilmesi gereken etkili bir hukuk yolu olarak kabul ettiğini birçok kararında belirtmiştir (birçok karar arasından bkz. Günay Dağ ve diğerleri [GK], B. No: 2013/1631, 17/12/2015, § 100; Hidayet Karaca [GK], B. No: 2015/144, 14/7/2015, §§ 46-52; Zekin Güngör, B. No: 2013/8491, 31/3/2016, §§ 43, 44; Alparslan Altan [GK], B. No: 2016/15586, 11/1/2018, § 183).”⁵⁵³

gerekçesine yer vermiştir.

⁵⁵² Işıl Yaykır Başvurusu, AYM, Başvuru No:2013/2284, 15.04.2014

⁵⁵³ Mehmet Karataş Başvurusu, AYM, Başvuru No:2018/2021, 24.02.2021

Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi nezarethane tutma koşullarının yetersizliği hakkında tutma hali sona ermiş ise idari yargıda açılacak bir tazminat davasını etkili bir yol olarak kabul etmektedir. Eğer gözü altında kamu görevlilerinin eylemlerinden kaynaklanan kötü muamele iddiası var ise, Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulmasını ve ceza yargılama sürecini başlatmasını etkili bir hukuk yolu olarak görmektedir.

Makul Süreyi Aşan Yargılamalar, Mahkeme Kararlarının Geç veya Eksik İcra Edildiği Uyuşmazlıklar

Uzun süren davalar nedeniyle makul sürenin aşıldığı iddiaları, mahkeme kararlarının geç veya eksik icra edildiği iddialarına ilişkin olarak İnsan Hakları Tazminat Komisyonuna başvuru yolu da AYM tarafından etkili bir iç hukuk yolu kabul edilmekte, bu yol tüketilmeden açılan davalarda kabul edilmezlik kararları verilmektedir. Bu husus Ferat Yüksel başvurusunda şu şekilde belirtilmiştir:

“...32. Komisyonun başvuru konusu işlemi incelemeye, başvuruyu kabul ederek icra edilebilir bir karar verebilmeye, bilgi/belgelere ulaşmaya ve bunları incelemeye yetkili olması, başvurunun Komisyonla bilgi ve belge sunmalarına engel bir durumun bulunmaması, Komisyonun yapısının Kanun ile önceden belirlenmiş olması, özellikle Komisyon kararlarına karşı yargı yolunun açık olması, bu kapsamda adil yargılanma hakkına ilişkin güvencelerin yargılama sırasında sağlanmasının Anayasa'nın 36. maddesi gereği zorunluluk arz etmesi ve Kanun ile bu konuda sınırlama getirilmemiş olması hususları bir bütün olarak değerlendirildiğinde söz konusu başvuru yolunun düzenleniş şekli itibarıyla başvurunun ihlal iddiaları yönünden makul bir başarı şansı sunma kapasitesine sahip olduğu sonucuna ulaşılmıştır...”⁵⁵⁴

Yine mahkeme kararlarının icra edilmemesi nedeniyle de İnsan Hakları Tazminat Komisyonuna başvuru yapılmaksızın açılan davalarda AYM, başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilmezlik kararı vermektedir.⁵⁵⁵

Bu konudaki uyuşmazlık sayısının oldukça yüksek olması, ilgili yolun etkililiği üzerinde baskı oluşturmakta, bu yolun pratikteki etkililiğini sorgulanabilir hale getirmektedir.

⁵⁵⁴ Ferat Yüksel Başvurusu, AYM Başvuru No:2014/13828, 12.09.2018

⁵⁵⁵ Hüseyin Sayar Başvurusu, AYM Başvuru No:2020/5186

Terör Olayları Nedeniyle Uğranılan Zararların Tazmininden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

Terör ve terörle mücadelede doğan zararlar yönünden Anayasa Mahkemesi, Zarar Tespit Komisyonlarına başvuru yapılmaksızın bireysel başvuru yapılması halinde iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilmezlik kararları vermektedir.

Abdülkerim Şen ve diğerleri kararında AYM;

“...Somut olayda başvuruçular, ileri sürdükleri hususlarla ilgili olarak etkili yargısal sistem olan hukuksal tazmin yollarına yahut maddi zararlarının tazminiyle ilgili olarak Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zarar Tespit Komisyonuna müracaat ettiklerine ve bu yolları tükettiklerine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesine herhangi bir bilgi/belge sunmamışlardır. Bu sebeple başvuruçuların hukuk sisteminde mevcut idari ve yargısal yolları tüketmeksizin bireysel başvuruda bulundukları sonucuna varılmıştır.”⁵⁵⁶ Gerekçesine yer vermiştir.

Yine de, kurumsal olarak etkili kabul edilen bu başvuru yolunda da somut olay yönünden pratikte etkililiği engelleyen durumlar oluşabileceği göz önünde tutulmalıdır.

Kamu İhalelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

4734 sayılı Kamu İhale Kanununda öngörülen şikâyet ve itirazın şikâyet başvuru yollarına gidilmeksizin yapılan bireysel başvurularda AYM iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermektedir.

Konuya ilişkin uyuşmazlıkta AYM;

“38. Başvurucunun, itirazın şikâyet başvurusu sırasında Kurumca kendisinden tahsil edilen bedellerin iade edilmesi konusunda KİK’ten talepte bulunması, Kurumun bu talebe olumsuz cevap vermesi hâlinde bu işleme karşı idare mahkemelerinde dava açması yasal olarak mümkündür. Yine başvuruçunun da ifade ettiği, şikâyet başvuru bedelinin yargılama gideri olarak kabul edilmesi ve buna bağlı olarak kurul kararıyla iadesine hükmedilmesi gerektiği yönündeki itirazlarını, kararlara karşı idare mahkemesinde açacağı davada ileri sürmesi imkânı da bulunmaktadır. Nitekim başvuru bedelinin niteliğinin ne olduğu, ilgili kanunda hüküm olmamasına rağmen şikâyetin haklılığının tespit edilmesi hâlinde şikâyetçiye iadesinin gerekli olup olmadığı hususlarının yargılama yapılarak mahkemece değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu açıdan, hukuki yolların etkisiz olduğunu ortaya koyan somut, kabul edilebilir gerekçeler sunmayan başvuruçunun, tüketilebilecek etkili bir hukuk yolunun

⁵⁵⁶ Abdülkerim Şen ve Diğerleri Başvurusu, AYM Başvuru No:2014/15441, 09.06.2020

bulunmadığına yönelik soyut değerlendirmeleri başvuru yargı yoluna başvurma yükümlülüğünden kurtarmaz. Bunun yanında şikâyeteye konu iddialar açısından, başvuru yollarının tüketilmesi kuralına istisna tanınmasını gerektiren özel bir durumun da bulunmadığı görülmektedir.”⁵⁵⁷ Gerekçesiyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

İhale uyuşmazlıklarında öngörülen zorunlu idari başvuru yolu, kural olarak etkili başvuru yolu kabul edilmekte birlikte, pratikteki etkililiğin her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

3.3.2.1.2. İdari Uyuşmazlıklarda AYM’nin Kurumsal Açıdan Etkili Başvuru Yolu Olmadığını Belirttiği Durumlar

Kabul edilebilirlik aşamasında yapılan inceleme sırasında başvuru yollarının tüketilmesi koşulu aranırken ilgili yolun etkili bir yol olup olmadığı dikkate alınmaktadır. Bu aşamada ilgili başvuru yolunun etkisiz olduğunu ileri sürerek bu yolu tüketmeden başvuru yapan tarafın iddiası incelenmekte, idare tarafından bu yolun etkili olduğunun ispatlanması beklenmektedir.

Söz konusu başvuru yolunun etkili olduğu hususu, aynı tür uyuşmazlıklarda başarılı sonuç alanların bulunduğu örneklerin sunulmasıyla ispatlanabilmektedir. Bununla birlikte ilgili yolun tüketilmesinin anlamsız kaldığı durumlarda veya bu yolun uygulamada makul bir başarı şansı sunmadığı durumlarda artık bu yolun tüketilmesi gerekmeyecektir.

Ayrıca teorik olarak etkili kabul edildiği halde somut olay bakımından bu yol etkisiz hale gelmiş olabilir.

AYM, böyle bir durumda ilgili başvuru yoluna gidilmesini veya gidilmiş ise sonucunun beklenmesini zorunlu görmemekte ve başkaca bir kabul edilmezlik gerekçesi yoksa, başvuruyu kabul edilebilir bularak esastan incelemeye geçmektedir.

⁵⁵⁷ Turkuaz Yemek Temizlik Güvenlik Hizmetleri ve Gıda Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2013/3389, 16.09.2015, başvuru bedeline ilişkin benzer kararlardan sonra 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 53. Maddesinin (j) bendine 16.11.2022 tarih ve 7421 sayılı Kanunla eklenen hüküm ile, başvuru sahibinin iddialarının tamamında haklı bulunması halinde Kurul kararı ile itirazın şikâyet başvuru bedelinin iadesine karar verileceği düzenlenmiştir.

Uygulamada Kamu Denetçiliği Kurumu, Türkiye İnsan Hakları Kurumu veya İl İnsan Hakları Kurumu gibi makamlara başvuru yapılması da bu makamların ihlali giderecek yetkileri olmadığı kabul edildiğinden etkisiz yollar olarak görülüp bu başvuru yollarının tüketilmesi beklenmemektedir.⁵⁵⁸ TBMM komisyonlarına yapılan başvurular da kurumsal açıdan etkili görülmemektedir.

Bu konuda AYM'nin AİHM içtihatlarına benzer şekilde hareket ettiği söylenebilir. Genel anlamda, yerleşik veya değişme imkanı bulunmayan kararların bulunması, başvuru yollarının hatalı gösterilmesi ya da hiç gösterilmemesi, telafisi imkansız zararların ortaya çıkma olasılığı bulunan durumlar, soruşturmanın bağımsız, süresinin makul olmaktan çıkması, yargılamanın makul süreden uzun sürmesi, AİHS'e aykırı idari pratikler, başvuru yollarının veya olayın özel koşullarının olağan kanun yollarının tüketilmesini anlamsız kıldığı durumlar gibi konularda AYM, başvuru yollarının tüketilmesini zorunlu görmeyebilmektedir.⁵⁵⁹

İdari uyuşmazlıklara ilişkin olarak, dava açılmadan önce idareye başvurmanın ön koşul olduğu yani zorunlu idari başvuru yolunun öngörüldüğü durumlarda bu yolun tüketilmesi gerektiğini öngörmektedir. Yani zorunlu idari başvuru yollarının prensipte etkili olduğunu kabul etmektedir. Ancak ihtiyari başvurular yönünden ihlali giderebilecek etkide olma durumunu her olayda ayrı ayrı incelemektedir denilebilir. Örneğin cezaevi şartlarında tedavi edilmesi mümkün olmayan kişinin infazının ertelenmesi amacıyla Cumhuriyet Savcısına yaptığı başvurunun sonucunu beklemeden bireysel başvuru yapmasından ötürü başvurusu kabul edilebilir bulunmamıştır.⁵⁶⁰

Örneğin AYM, özellikle sınır dışı uyuşmazlıklarında yürütmenin durdurulması kararı verilmemesi halinde artık idare mahkemesi kararının sonucunun beklenmesine gerek olmaksızın bireysel başvuru yapılabileceğini belirterek esas incelemesini yapmaktaydı. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta AYM bu durumu şu şekilde gerekçesinde belirtmiştir:

“...25. İdari bir işlem olan sınır dışı edilme işlemine karşı hukukumuzda idari yargı yollarına başvurulması ve yürütmeyi durdurma talebinde bulunulması mümkündür.

⁵⁵⁸ ŞİRİN Tolga, a.g.e, s.150

⁵⁵⁹ ŞİRİN Tolga, a.g.e., s162-174

⁵⁶⁰ Halil Güneş Başvurusu, AYM, 2014/354, 30.12.2014

Ancak idari yargıya yapılan başvuru -yürütmenin durdurulması kararı verilmedikçe- sınır dışı edilmeyi engellemektedir. Başka bir deyişle yargı yoluna başvurunun sınır dışı edilme kararını otomatik olarak askıya alma etkisi yoktur. Elbette idare mahkemeleri sınır dışı edilme kararı hukuka aykırıysa ya da ilgilinin sınır dışı edilmesi halinde gönderileceği ülkede yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılırsa yürütmeyi durdurma kararı verebilir. Ancak başvurulmasına rağmen idari yargı mercilerince yürütmeyi durdurma talebinin ve buna karşı yapılan itirazın reddine karar verilmiş ve kişinin yaşamına ya da maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik tehlike devam ediyorsa anayasal haklara saygı ilkesi Mahkemenin bu başvuruları incelemesini gerektirir. Bu durumda ilgili bireysel başvuru yapabilmek için idari yargı mercileri önündeki davanın sonuçlanmasını beklemek zorunda bırakılamaz...”⁵⁶¹

Anılan konunun uygulamada sıkça sorunlara sebep olması nedeniyle 04.04.2013 tarih ve 6458 sayılı Kanunun 53. Maddesinin 3. Fıkrasında yapılan düzenleme ile “Yabancıların rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez.” kuralı getirilmiştir. Böylece sınır dışı işlemlerinde yargılama devam ederken askıya alma etkisi oluşmuştur.

Yine idari gözetim altında iken veya ceza infaz kurumlarında iken devam eden kötü muamele iddialarıyla ilgili olarak yürütmenin durdurulması istemlerinin reddedilmesi halinde de AYM aynı yaklaşımı benimseyebilecektir.

Ayrıca idari yargı yerlerince verilen kararların uygulanmaması halinde de bu yolun tüketilmesi gerektiğini aramamaktadır. Bu konuda verildiği zaman ülke gündemini uzunca bir süre meşgul eden “twitter” kararı ön plana çıkmaktadır. Kararda, AYM, özellikle yürütmeyi durdurma kararının uygulanmamasının idari yargı yolunu etkisiz hale getirdiğini şu şekilde vurgulamıştır:

“..Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının twitter.com isimli siteye erişimi engellemesine ilişkin başvuruların değerlendirilmesi sürecinde aynı işleme karşı Türkiye Barolar Birliğince yürütmeyi durdurma istemli olarak açılan iptal davasında Ankara 15. İdare Mahkemesince 25/3/2014 tarihinde anılan işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir....idarece anılan internet sitesinin bu konudaki mahkeme kararına rağmen erişime açılmadığı, her ne kadar kanunda yargı kararının yerine getirilmesine ilişkin sürenin otuz günü geçemeyeceği belirtilmiş ise de bu sürenin azami bir süreye işaret ettiği, ... TİB tarafından anılan sitenin derhal erişime açılmaması nedeniyle bu yükümlülüğün yerine getirilmediği anlaşılmaktadır.... Ülkemizde milyonlarca kullanıcısı olan bir sosyal paylaşım sitesine erişimin

⁵⁶¹ Laura Alejandra Cacaes Başvurusu, AYM, Başvuru No:2013/1243, 16.04.2013

engellenmesinin bu kişilerin demokratik toplumun temellerinden olan ifade özgürlüğünü sınırlayıcı etkisi dikkate alındığında, bu tür sınırlamaların hukuka uygunluğunun acilen denetlenmesi ve hukuka aykırılık tespiti halinde sınırlamanın hemen kaldırılması demokratik hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan bir zorunluluktur. Söz konusu idari uygulamaya ilişkin yukarıda belirtilen yürütmeyi durdurma kararına rağmen başvuru sahiplerinin ihlal iddiasına konu olan twitter.com isimli siteye erişimin halen mümkün olmadığı görülmektedir. Sosyal medyada belli olay ve olgulara ilişkin olarak paylaşılan haber ve düşüncelerin zamanın geçmesiyle güncelliğini yitirip etki ve değerini kaybedebileceği açıktır. Bu durumda yargı kararının yerine getirilerek siteye erişimin ne zaman sağlanacağı konusundaki belirsizliğin sürmesi karşısında ihlali ve olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak bakımından etkili ve erişilebilir nitelikte bir koruma sağladığının söylenemeyeceği ve böylece başvuru sahiplerinin idare mahkemesine başvurularının etkili bir yol olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.”⁵⁶²

3.3.2.2. Esas aşamasında yapılan değerlendirme

Etkili başvuru hakkına ilişkin olarak kabul edilmezlik sebeplerinden biri yoksa esastan incelemeye geçilmektedir.

Anayasa Mahkemesi de AİHM gibi, etkili başvuru hakkına ilişkin iddiaları kimi zaman esasla birleştirmektedir. Bazen iç hukuk yollarının tüketilip tüketilmediği konusu esasla birlikte incelenerek ilgili yolun somut durumda etkili olup olmadığına karar verilmektedir.

Anayasa Mahkemesi bazen de ihlali ileri sürülen temel hak dışında süreçteki bazı eksikliklerin etkili başvuru hakkını engellediği iddialarını ayrıca incelemeyi gerekli görmemektedir. Bu tür durumlarda tarafların iddiaları kısmında etkili başvuru hakkına ilişkin iddialara yer vermekte, ancak incelemeyi ileri sürülen temel hak kapsamında yapmaktadır.

Bir kararında internet erişiminin engellenmesi nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri süren başvuru sahibi, ayrıca itiraz sonucunda sulh ceza hakimliğince verilen kararın da kendisine tebliğ edilmesinin geciktirilmesi nedeniyle etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AYM bu kararda, ifade özgürlüğünün idarenin bir eyleminden dolayı ihlal edildiğini ve bu ihlalin derece mahkemeleri tarafından giderilemediğini

⁵⁶² Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu, AYM, Başvuru No:2014/3986, 02.04.2014

belirtmiş, ancak etkili başvuru hakkının ihlali iddiasına ilişkin herhangi bir belirleme yapmamıştır.⁵⁶³

Benzer şekilde izinsiz düzenlenen basın açıklamalarına katılan başvuru sahiplerinin idari para cezası ile cezalandırılmasının toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını ihlal ettiği iddiasıyla birlikte ileri sürülen etkili başvuru hakkının ihlali iddiasını da içeren davada Anayasa Mahkemesi toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının ihlaline karar vermiş ancak etkili başvuru hakkının ihlaline ilişkin iddiayı ayrıca incelememiştir.⁵⁶⁴

Bir uyuşmazlıkta da AYM, idare mahkemesince davanın esasının incelenmeyerek karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesinden ötürü etkili başvuru hakkı ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan bireysel başvuru sonucunda gerekçeli karar hakkı bağlamında adil yargılanma hakkının ihlaline karar vermiş, konuyu ayrıca etkili başvuru hakkı yönünden incelemeye gerek duymamıştır.⁵⁶⁵

Yine kamu görevinden çıkarılan hukukçunun baro levhasına yazılmasına ilişkin verilen kararın mahkemece iptal edilmesi nedeniyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği iddiasıyla birlikte ileri sürülen etkili başvuru hakkının ihlali iddiasını AYM kararda ayrıca incelememiştir.⁵⁶⁶ Kararda OHAL KHK'sı uyarınca meslekten çıkarılan hakimin avukatlık yapamayacağına ilişkin mahkeme kararı nedeniyle ihlalin gerçekleştiği tespit edilmiştir.

AYM, 13. Maddenin ihlalinin ileri sürüldüğü davalarda, öncelikle birlikte ileri sürüldüğü temel hakkın ihlali olup olmadığını incelemektedir. Söz konusu temel hakkın ihlal edilmiş olması, etkili başvuru hakkının da ihlal edilme olasılığını arttırmaktadır. Ancak temel hak ihlal edilmemiş ise etkili başvuru hakkının tek başına ihlal edilme olasılığı azdır. Yine de kabul edilebilir bulunan 13. Madde ihlali iddiasının somut olayın koşullarına göre tek başına ihlal edilmesine engel bir durum bulunmamaktadır.

Örneğin Ergin Aktaş Başvurusunda, etkili başvuru hakkının, ayrımcılık yasağının ve kötü muamele yasağının ihlal edildiği ileri sürülmüş, Anayasa Mahkemesi hüküm fıkrasında etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğunu belirttikten

⁵⁶³ Ali Ergin DEMİRHAN Başvurusu, AYM, 2017/35947, 09.09.2020

⁵⁶⁴ Hüseyin KARABULUT ve Diğerleri Başvurusu, AYM, 2017/24457, 17.06.2020

⁵⁶⁵ Osman Yüztaş Başvurusu, AYM, Başvuru No:2018/32649, 10.03.2021

⁵⁶⁶ Tuğba ÇETİNKAYA Başvurusu, AYM, 2018/17932, 14.10.2020

sonra, ayrımcılık yasağının ve kötü muamele yasağının ihlal edilmediğine ve bu nedenle ayrıca etkili başvuru hakkının ihlalini incelemeye gerek olmadığını belirtmiştir.⁵⁶⁷

Abdulkadir Karakaş ve Diğerleri başvurusunda ise AYM, makul sürede yargılanma hakkıyla bağlantılı olarak ileri sürülen etkili başvuru hakkının ihlali iddiasını kabul edilebilir bulmuş ancak İnsan Hakları Tazminat Komisyonunca takdir edilen tazminat miktarını yeterli bularak etkili başvuru hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁵⁶⁸

AYM, ihlal kararı verdiği pek çok uyuşmazlıkta ihlalin idarenin bir işleminden kaynaklandığını açıkça belirtmiştir.⁵⁶⁹ Yine Anayasa Mahkemesi birçok kararında ihlalin varlığını tespit ederken, ihlale sebep olan fiilin idare mahkemelerinin kararlarından kaynaklandığını da belirtmektedir.⁵⁷⁰

Anayasa Mahkemesi temel bir hakkın ihlal edildiğine ilişkin iddiaları inceleyen yargı makamının etkili bir hukuki inceleme yapması gerektiğini belirtmektedir. Eğer ileri sürülen önemli iddialar hiç incelenmemişse ve buna ilişkin herhangi bir gerekçe gösterilmemişse etkili başvuru hakkı belli durumlarda etkilenebilir.

Anayasa Mahkemesi bir kararında, yabancının sınırışı edilmesi kararının iptali üzerine açtığı tam yargı davasında, idari gözetim merkezinde tutulduğu olumsuz koşulları ileri sürmesine rağmen mahkemenin bu konuda herhangi bir inceleme yapmaması nedeniyle kötü muamele yasağı dolayısıyla etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine de karar vermiştir. Anılan kararda;

“...Gözetim merkezlerinden salıverilenlerin ayrıldıkları tarihe kadar olan tutma koşulları ile ilgili şikayetleri bakımından etkili hukuk mekanizmasının tazminat yolu olduğu söylenebilir...İdari gözetim altında tutma, idari nitelik taşıyan bir karara dayanmaktadır. ..İdari fonksiyona giren her türlü işlem veya eylem sebebiyle oluşan zararın tazmininin bu kurala dayanılarak idari yargıda açılacak bir tam yargı davası ile istenebilmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla herhangi bir idari eyleme ilişkin zararın idari yargıda dava konusu edilebilmesi için 2577 sayılı Kanunun 2. Maddesi uyarınca idari yargıda tam yargı davasına konu edilmesinin olanaklı olduğu sonucuna varılmaktadır.....hem derece mahkemesi hem de kanun yolu incelemesinde başvuru hakkının anılan iddiaları değerlendirilmediği gibi neden

⁵⁶⁷ Engin Aktaş Başvurusu, AYM, Başvuru No:2014/14810, 21.09.2016

⁵⁶⁸ Abdulkadir Karakaş ve Diğerleri Başvurusu, AYM Başvuru No:2019/29218, 23.05.2023

⁵⁶⁹ Hüseyin KARABULUT ve Diğerleri Başvurusu, AYM, 2017/24457, 17.06.2020; Arif Ali Cangı Başvurusu, AYM Başvuru No: 2016/4060, 17.09.2020

⁵⁷⁰ Tuğba ÇETİNKAYA Başvurusu, AYM, 2018/17932, 14.10.2020

değerlendirilmediğine ilişkin de bir açıklama da yapılmamıştır Mahkeme ve Daire tarafından yapılan incelemede davanın sadece haksız tutma iddiasına hasredilerek tutulma koşulları bakımından kötü muamele yasağının ihlal edildiği yönündeki iddia hususunda bir araştırma faaliyetine girilmemesi ve buna göre varılacak yargısal kanaatin verilen karara yansıtılmaması tutma koşullarının insani standartlara uygun olup olmadığı yolunda bir denetim yapılmadığını göstermektedir. Açıklanan nedenlerle...kötü muamele yasağıyla bağlantılı olarak Anayasanın 40. Maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir...”⁵⁷¹

Yine Anayasa Mahkemesi, davanın esasının incelenememesinin, adil yargılanma hakkının yanında etkili başvuru hakkını da etkilediğini bir kararında açıkça belirtmiştir. Buna göre;

“... mahkemelerin önündeki uyuşmazlığın esasını incelememesi sadece adil yargılanma hakkını zedelemekle kalmaz, aynı zamanda davanın konusunu oluşturan medeni hakkın bağlantılı bulunduğu diğer (maddi) hak ve özgürlükler yönünden etkili başvuru hakkının ihlal edilmesine de yol açabilir. Yargısal başvuru yolları, çoğunlukla bir hak veya özgürlükle bağlantılı uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması amacıyla ihdas edilmiştir. Kişiler dava açmak suretiyle mahkemelerden hak ve özgürlükleriyle ilgili olarak yargısal koruma talep etmektedir. Bireylerin yargısal koruma taleplerine cevap vermek, bu bağlamda dava konusu uyuşmazlığın esasını inceleyerek iddia ve savunmaları değerlendirdikten sonra davayı karara bağlamak yargı mercilerinin anayasal yükümlülüğüdür...”⁵⁷²

AYM, ihlal kararı verilmesi üzerine bunun nasıl uygulanacağını da pek çok kararında belirtmiştir. Buna göre;

“...Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hale getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir.

İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı veya mahkemenin ihlali gideremediği durumlarda Anayasa Mahkemesi 6216 sayılı Kanunun 50. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 79. Maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendi uyarınca ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya

⁵⁷¹ N.K.Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2017/21761, 22.07.2020

⁵⁷² G.K. ve Diğerleri Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2018/16625, 03.11.2020

özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir...”⁵⁷³

Anayasa Mahkemesi de AİHM gibi somut olayın koşullarında ilgili yolun etkisiz olabileceğini kabul etmektedir. Örneğin cezaevindeki kişinin cenazeye katılma ve taziye kabulüne katılma istemleri yönünden olayın koşullarına göre yapılan değerlendirmede, infaz hakimliğine başvuru yolunun etkisiz olabileceği belirtilmiştir. AYM kararda ,

“...35. Hükümlülerin, izin talebinin reddine ilişkin Başsavcılık kararına karşı 4675 sayılı Kanun’un 4. ve 5. Maddeleri uyarınca İnfaz Hâkimliğine şikâyet yoluyla başvuruda bulunmaları mümkündür. Şikâyet başvurularında İnfaz Hâkimliğinin yetkisi işlemin iptaline, faaliyetin durdurulmasına veya ertelenmesine karar vermekten ibarettir... Ancak cenazenin, kararın başvuruca tebliğ edildiği tarihten üç gün önce defnedildiği gözetildiğinde İnfaz Hâkimliğine başvurmanın cenaze törenine katılımı sağlamayacağı açıktır. Ayrıca İnfaz Hâkimliğinin tazminata hükmetme yetkisinin bulunmadığı da dikkate alındığında İnfaz Hâkimliğine yapılacak şikâyetin başvuruca yönünden etkili bir sonuç doğurmayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

37. Başvurucu taziye kabulüne katılmayı da talep etmiştir. Cenaze defnedildikten hemen sonra başlayan kabulün ne kadar süreceği konusu yerel kültürle ilgili bir meseledir. Bu açıdan Anayasa Mahkemesinden, definden üç gün sonra başvuruca cevap verilmiş olması sebebiyle taziye kabulü imkânının ortadan kalkıp kalkmadığı konusunda değerlendirme yapması beklenmemelidir. Diğer taraftan İnfaz Hâkimliğinin başvuruca taziye kabulüne katılmasını temin edecek bir karar vermeyeceğine veya şikâyeti kısa sürede karara bağlamayacağına dair bir veri bulunmamaktadır. Bu nedenle somut olayda İnfaz Hâkimliğine şikâyet başvurusunun taziye talebi bakımından etkili bir yol olmadığı söylenemez.

38. Bununla birlikte...başvuruca birbirinden bağımsız olmayan defin işlemine katılım ile taziye kabulüne katılımı ayırarak birincisi için Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda, ikincisi için ise İnfaz Hâkimliğine şikâyet başvurusunda bulunmasının istenmesi başvuruca aşırı külfet yüklenmesi anlamına gelecektir. Bu nedenle somut olayın şartlarında taziye kabulüne katılma yönünden de İnfaz Hâkimliğine şikâyet yolunun tüketilmesinin zorunlu olmadığı değerlendirilmiştir.”⁵⁷⁴

gerekçelerine yer vermiştir.

⁵⁷³ Hüseyin KARABULUT ve Diğerleri Başvurusu, AYM, 2017/24457, 17.06.2020

⁵⁷⁴ Rasul Kocatürk Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2016/8080, 26.12.2019

Görüldüğü gibi AİHM ve AYM'nin etkili başvuru hakkına yaklaşımları benzerdir. Bununla birlikte uygulamadan veya mevzuattan kaynaklanan bazı farklılıklar da bulunmaktadır. AİHM'in geçmiş dönemde etkili iç hukuk yolu olmadığı gerekçesiyle ihlal karar verdiği pek çok uyuşmazlıkta AYM, etkili iç hukuk yolunun bulunduğunu kabul etmektedir. Ör: İdari gözetim kararları nedeniyle açılan tam yargı davaları.

AİHM ve Anayasa Mahkemesinin etkili başvuru hakkına yaklaşım farkının belirgin şekilde ortaya çıktığı yakın tarihli bir AİHM kararında Anayasa Mahkemesinin halen tutulması devam eden başvuru yolları yönünden ihtiyati tedbir kararı vermemesi nedeniyle 13. Maddenin ihlaline karar vermiştir. Kararda;

“... Mahkeme, Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru yolunun, prensip olarak, etkili bir telafi sunma kapasitesine sahip olduğu kanaatinde. (Z.K. ve Diğerleri) Ancak Mahkeme, söz konusu mekanizmanın mevcut koşullarda etkin bir şekilde işlemediği kanısındadır. ...Mahkemeye göre, Anayasa Mahkemesinin başvuruların ihtiyati tedbir taleplerine ilişkin olarak vermiş olduğu ret kararı, tek başına ilgili mahkeme önündeki hukuk yolunun etkililiğini bozmamaktadır. İhtiyati tedbir mekanizmasının çok özel bir amacı vardır ve Anayasa Mahkemesinin bu tür bir tedbiri reddetmesinin, davanın esaslarının değerlendirilmesine halel getirdiği veya önceden belirlediği kanaatini oluşturacak herhangi bir neden bulunmamaktadır. ...Mahkeme, başvuranların bireysel başvuru yapmalarının ardından, önemsiz sayılamayacak kadar uzun bir süre daha uygun olmayan koşullarda tutulmaya devam ettiklerini kaydetmektedir...Anayasa Mahkemesinin, başvuranların Sözleşmenin 3. Maddesi kapsamındaki şikayetlerini incelerken gerekli özeni göstermesi beklenirdi. Mahkeme bu bağlamda, çocukların bir yetişkinin eşliğinde dahi, kısa süreliğine bile olsa, olumsuz tutulma koşullarında tutulmalarının, Sözleşmenin 3. Maddesini ihlal ettiğini vurgulamıştır... Mahkeme, Anayasa Mahkemesi gibi telafi edici hukuk yollarının, tutulmaları sona eren kişilere yeterli telafi sağlayabileceği görüşünde olsa bile, B.T. davasındaki başvuranın aksine, somut davadaki başvuranların Anayasa Mahkemesine başvuruda bulundukları sırada halen tutulduklarını kaydetmektedir...mahkeme Sözleşmenin 3. Maddesine verilen özel önemin, taraf devletlerin telafi edici hukuk yollarının yanı sıra 3. Maddede yasaklanan bu tür durumları hızlı bir şekilde sona erdirebilecek etkili bir mekanizma oluşturmasını gerekli kıldığını yinelemektedir. Aksi halde, gelecekte sunulan tazminat imkanı, özellikle Sözleşmenin bu temel hükmünü ihlal eden şiddetli ıstırapları meşru kılacak ve Devletin tutulma standartlarını, Sözleşme gerekliliklerine uygun hale getirme konusundaki yasal yükümlülüğünü kabul edilemez şekilde zayıflatacaktır. ..” gerekçesiyle 13. Maddenin ihlaline karar vermiştir.⁵⁷⁵

Sonuç olarak AYM, 13. Maddenin ihlaline ilişkin iddiaları esastan incelerken teorik düzeyde etkili olduğu varsayılan yolun somut olaydaki elverişliliğine, makul başarı

⁵⁷⁵ G.B. ve Diğerleri/Türkiye, AİHM, Başvuru No: 4633/15, 17.10.2019

sunma kapasitesine ve yeterliliğine ilişkin değerlendirme yapmakta, anılan yolun pratikteki etkililiğini detaylı olarak irdelemektedir.



4. TÜRKİYE’DE ETKİLİ BAŞVURU HAKKININ DURUMU VE GELECEĞİ

4.1. Türk İdare Hukukunda Etkili Başvuru Hakkının Önündeki Engeller

4.1.1. Mevzuattan Kaynaklı Engeller

Bu bölümdeki engeller mevzuattan kaynaklanmakta olup üç ayrı kategoride incelenebilir. Bunlar; Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılamayan haller, idari yargı yoluna başvurulamayacak durumlar ile idareye başvuru yapılamayacak olan durumlardır.

4.1.1.1. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılamayan haller

Anayasa Mahkemelerine bireysel başvuru yolu genellikle 13. Madde anlamında etkili başvuru yolu kabul edilmekle beraber, bu yola ilişkin yasal kapsamdaki sınırlandırmalar, Anayasa Mahkemesinin 13. Madde anlamında etkisiz hale gelmesine sebep olabilir.⁵⁷⁶ Bir uyuşmazlıkta Mahkeme, Anayasa şikayetinin kapsamını sınırlandıran iç hukuktaki gerekliliğin, başvurucunun esas iddialarının incelenmesi önünde bir engel olduğunu belirtmiştir.⁵⁷⁷

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılamayan durumlarda AİHM’e başvuru yapılması halinde etkili bir iç hukuk yolu olarak kurgulanan bireysel başvurunun sağladığı korumadan yoksun kalınmış olunacak, etkili başvuru hakkının ihlali ihtimali ortaya çıkabilecektir. Bu tür durumlarda AİHM, bireysel başvuru yolunun kapalı olduğu bu tür işlemlere karşı iç hukukta gidilebilecek diğer yolların toplamdaki etkililiğini sorgulayacaktır.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 45. Maddesinin 3. Fıkrasına göre bireysel başvuruya konu edilemeyecek olanlar şunlardır:

⁵⁷⁶ Guide to Good Practice In Respect of domestic Remedies, Council of Europe, 2013, s. 47

⁵⁷⁷ Guide to Good Practice, s. 48

- Yasama işlemleri,
- Düzenleyici idari işlemler,
- Anayasa Mahkemesi kararları,
- Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler.

Bunlardan yasama işlemleri ve düzenleyici idari işlemlere karşı doğrudan bireysel başvuru yoluna gidilemeyeceği yasada belirtildiğinden, bu işlemlerden dolayı ancak uygulama işleminin bir hak ihlaline sebep olması durumunda bireysel başvuru yoluna gidilebilecektir.⁵⁷⁸

Yasama işlemleri, genel, soyut, kişilik dışı özellikte olması nedeniyle, AYM’de bireysel başvuruya konu olması mümkün bulunmamaktadır. Bu anlayış ihlal gerçekleşmeden engelleme işlevini ortadan kaldırmaktadır. Zira temel hakları ihlal eden kanunlara karşı bireysel başvuru yoluna gidilememesi halinde bir uygulama işlemi beklemek gerekecektir. Bu da ancak ihlal sonrasında tazminat yolu edinilmesini sağlayabilir.

Nitekim, Kamu İhale Kanunu’nun 59. Maddesinin 2. Fıkrasının masumiyet karinesini ihlal ettiği iddiasıyla yapılan bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi konu bakımından yetkisizlik nedeniyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.⁵⁷⁹

Ülkemizde yasama işlemlerine karşı bireysel başvuru yolu kapalı olsa da, birçok ülkede bu işlemlere karşı bireysel başvuru yolunun açık olduğu görülmektedir.⁵⁸⁰ Diğer yandan 13. Maddeye ilişkin gereklilikler arasında kanunların anayasaya veya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırılığı konusunda iç hukukta bireyler tarafından kullanılabilir etkili bir yol olması garanti edilmemektedir. AİHM, norm ve kararlara karşı soyut olarak başvuru yapılmasına imkan vermese de, bunlardan kaynaklanan ihlal iddialarında potansiyel mağdurluk kavramını kullanmaktadır. Buna göre; kişinin davranışlarını değiştirmek durumunda hissetmesi, kişinin soruşturma riski taşıması ve kişinin mevzuattan doğrudan etkilenen kişiler arasında yer alması hallerinde potansiyel mağdurluk durumunun oluştuğunu kabul etmekte, varsa iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra bireysel başvuru yapma

⁵⁷⁸ Gündüz Ebru, AKTAŞ Alkım; Düzenleyici İşlemlere Karşı Bireysel Başvuru, Yıldırım Bayezid Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2017, Sayı:3, s. 66

⁵⁷⁹ Murat Yaşar Artürk Başvurusu, AYM Başvuru No:2014/12124, 11.12.2018

⁵⁸⁰ GÜNDÜZ-ALKİM, a.g.m.,s. 60 (örneğin Alman Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru sonunda ilgili kanun hükmünü iptal edebilmektedir.)

hakkını kabul etmektedir.⁵⁸¹ Mahkemenin zaman içerisinde yerleşik hale gelmiş yaklaşımına göre, başvurucular mevzuatın gizli denetim yapmaya olanak tanıdığı alanda yer alıyorlar ve buna karşı bir hukuksal yol bulamıyorlarsa potansiyel mağdur sayılabilirler ve 13. Madde bu tür olaylarda uygulanabilir.⁵⁸²

6216 sayılı Kanunda belirtilen hallerde bireysel başvuru yoluna gidilemeyecek olması, bu konularda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılamayacağı anlamına gelmemektedir. Ancak AİHM, ulusal hukuktaki Anayasa'ya veya Sözleşme'ye aykırı hükümlerden, herhangi bir doğrudan etkilenme olmaksızın soyut bir şekilde yakınılmasına olanak tanımamaktadır. Bu bağlamda bir hak ihlali oluşturmeyen düzenleyici işlemlere karşı da etkili başvuru yolu öngörülmemektedir.

AYM de, düzenleyici işlemle birlikte uygulama işlemine de dava açıldığı hallerde bireysel başvuruya gidilmesi durumunda incelemeyi yalnızca uygulama işlemi yönünden yapmaktadır.⁵⁸³

Diğer yandan Anayasa Mahkemesi somut ve soyut norm denetimi yollarında bir hukuki düzenlemenin hangi ad altında çıkarıldığına bakmaksızın doğrudan etkilere ve içeriğine göre nitelemeyi yapmaktadır. Ancak bireysel başvurularda, düzenleyici idari işlemlerin bireysel haklara ilişkin olması halinde aynı yaklaşımı sergilediği ve düzenlemeyi kendisinin nitelediği durumlara pek rastlanmamaktadır. Daha ziyade konu bakımından yetkisizlik kararı verilmesi tercih edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı bireysel başvuruya gidilememesi de, AİHM'e ilgili temel hakka ilişkin olarak gidilemeyeceği sonucunu doğurmaz. Ancak AİHM, ülkedeki en yüksek yargı makamına karşı etkili iç hukuk yolu bulunmasını garanti etmemektedir.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi gibi ilk ve son derece yargılaması yapan; yani kararlarına karşı bir kanun yolu bulunmayan merciler söz konusu olduğunda 13.madde hükmünün zımni bir sınırlamaya uğradığı kabul edilmektedir. Özellikle somut uyumsuzluk bağlamında ileri sürülen Anayasaya aykırılık iddialarının mahkemelerce ciddi

⁵⁸¹ ŞİRİN Tolga, a.g.e, s. 51

⁵⁸² ŞİRİN, a.g.e, s. 55

⁵⁸³ GÜNDÜZ-ALKIM, a.g.m.,s. 73

bulunmayarak gerekçesiz veya soyut gerekçelerle reddedildiği durumlarda Anayasa Mahkemesinin değerlendirebileceği bir argüman incelenmeden dava sonuçlandırılmış sayılacağından, etkili başvuru hakkının ihlal edilebileceği de belirtilmektedir.⁵⁸⁴

Anayasa’da belirtilen yargı yolunun kapalı olduğu işlemlere ilişkin etkili başvuru yolu değerlendirmesi ise idari uyuşmazlıklar açısından aşağıda incelenecektir.

4.1.1.2. İdari yargı yoluna başvurulamayan haller

Anayasanın 125. Maddesine göre idarenin her türlü işlem ve eylemlerine karşı yargı yolu açıktır. Ancak bu kuralın istisnaları da yine Anayasada belirtilmiştir.

AİHM mahkemeye erişim hakkı bakımından 6. Madde kapsamında konuyu ele almaktadır. Ancak daha önce de belirtildiği gibi 6. Maddenin kapsamı dışındaki yani medeni haklar ve suç isnadı dışındaki uyuşmazlıklarda ve mahkemeye erişimin meşru sayılabileceği hallerde olayın niteliği bir başvuru yolu bulunmasını haklı gösteriyorsa 13. Madde uygulanabilmektedir.

Medeni haklara ilişkin olarak, yargı yolunun açık olmadığı durumlarda 6. Maddedeki hakkın sadece yasalarda mevcut olması ve pratiğe katkı sağlamaması teorik olmanın ötesine geçemeyeceğinden AİHM bu boşluğu içtihatları ile doldurmuştur. Bu husus AİHM’in genişletici yorumuna örnek olarak gösterilmektedir.⁵⁸⁵

İdari yargı yoluna gidilemeyecek olan konular doğrudan etkili başvuru hakkının ihlaline sebep olmasa da, AİHM geçmişte dava yolu öngörülme-yen pek çok konuda somut olayın koşullarına göre etkili başvuru hakkının ihlaline karar vermiştir. Bu nedenle yasama kısıntısı oluşturan bu durumların potansiyel olarak etkili başvuru hakkının ihlaline sebep olma riski vardır.

⁵⁸⁴ Demirkol Selahattin, Mahkemelerce Ciddi Bulunmayan Anayasaya Aykırılık İddialarının Gerekçeli Olarak Karşılanmaması Sorunu Adil Yargılanma ve Etkili Başvuru Hakkı İlkeleri Bağlamında Konunun İrdelenmesi, İÜHFİM C LXVI, S.2, s.3-14, 2008.

⁵⁸⁵ REID Karen, Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Rehberi, Üçüncü Kitap (çev:Bahar Öcal Düzgören), İstanbul 2000, s.76, (Alıntıl原因:Ahmet EKİNCİ, a.g.m.s. 823)

Diğer yandan söz konusu kısıtlamalar, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru yolunda konu yönünden yetkisizlik kararı vermesine sebep olduğundan, bu alanlarda AYM önünde bireysel başvuru yoluna gitme imkanı da bulunmamaktadır. AİHM ise, bu alanlarda ileri sürülen hak ihlali iddialarını inceleyebilmektedir. Yargı yolu kapalı olan birçok işleme karşı AİHM önünde bireysel başvuru incelemesinde etkili başvuru hakkının ihlal edildiği yönünde kararlar verilmiştir.

Anayasa'da öngörülen ve yargı yoluna gidilemeyecek olan hususlar (gerçekleştirilen Anayasa değişiklikleriyle birlikte) aşağıda belirtilmiştir;

4.1.1.2.1. Cumhurbaşkanlığı işlemleri

2017 yılında yapılan değişiklik öncesinde AY md. 125'te yer alan Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı işlemler yargı denetimi dışında tutulmuş idi. Bu durum hukuk devleti açısından sorunlu bulunmakta, Cumhurbaşkanının sorumlu tutulmadığı bir sistemi öngörmekteydi. Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler yönünden ortaya çıkan hak ihlalleri giderilememekteydi. Bu işlemlere karşı Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru da yapılamamaktaydı. Diğer yandan önceden yargı yoluna başvurulamayan bu alanda var olan idari başvuru yollarının da (Ör: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'na yapılan başvuru gibi) etkili kabul edilmediği görülmektedir. Dolayısıyla bu dönemde Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerden dolayı etkili başvuru yolunun bulunmadığını söyleyebiliriz.

2017'de yapılan değişiklik ile bu ibare değiştirilmiştir. 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanunun 16 ncı maddesiyle, bu fıkarda yer alan “Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askerî Şuranın kararları yargı denetimi dışındadır.” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Böylelikle bu işlemlere karşı yargı yolu açılmıştır.

Cumhurbaşkanının yaptığı işlemler Cumhurbaşkanlığı hükümeti sisteminde, Cumhurbaşkanı kararları ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleridir. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesince yapılacağı Anayasa'nın 148. Maddesinde belirtilmiştir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yürütme adına Cumhurbaşkanının asli düzenleme yetkisine ilişkindir. Ayrıca itiraz yoluyla da mahkemelerce Anayasaya aykırılık iddiasının ciddi bulunması halinde Cumhurbaşkanlığı

kararnamesi Anayasa Mahkemesince denetlenebilecektir.⁵⁸⁶ Cumhurbaşkanı kararları yönünden ise Danıştay Kanunu'nun 24. Maddesi gereği ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay yetkili ve görevli kılınmıştır.

Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin Cumhurbaşkanı kararı nedeniyle ihlal edilmesi halinde Danıştay'a başvuru yapılmadan bireysel başvuru yoluna başvurulamayacaktır. Danıştay'ın bu anlamdaki yargısal inceleme yolunun etkili başvuru yolu olduğu varsayılmalıdır. Söz konusu durum gerek hukuk devleti açısından gerekse etkili başvuru hakkının sağlanması bakımından olumlu bir gelişmedir.

Nitekim Danıştay da Cumhurbaşkanı kararlarına karşı açılan davalara bakmaktadır. Örneğin 20/03/2021 tarih ve 31429 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesinin Türkiye Cumhuriyeti Bakımından feshedilmesine ilişkin 19/03/2021 tarih ve 3718 sayılı Cumhurbaşkanı Kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davalarda Danıştay Onuncu Dairesi, Cumhurbaşkanı kararının hukuki niteliğini inceleyerek yürütmenin durdurulması istemlerinin reddine yönelik kararlar vermiştir.⁵⁸⁷

Yine benzer şekilde İran uyruklu olan davacılar tarafından, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca istisnai olarak kazandıkları Türk vatandaşlığının aynı Kanun'un 40. maddesi uyarınca geri alınmasına ilişkin 2253 sayılı Cumhurbaşkanı Kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan dava da Danıştay Onuncu Dairesi tarafından görülmektedir.⁵⁸⁸

4.1.1.2.2. Olağanüstü hal ve savaş hali KHK'leri

AY md. 148'e göre olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.(21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanunun 16 ncı maddesiyle, bu fıkra da yer alan "sıkıyönetim," ibaresi madde metninden

⁵⁸⁶ Özdemir Yücel; Cumhurbaşkanı Kararlarının Yargısal Denetimi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ,C. 29, S. 4, 2021, s. 3211-3256

⁵⁸⁷ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 28.06.2021 tarih ve E:2021/1703 sayılı yürütmenin durdurulması isteminin reddi yönündeki kararı; benzer yönde Danıştay Onuncu Dairesi'nin aynı tarihli ve E:2021/1615; 2021/1562; 2021/1742

⁵⁸⁸ Danıştay Onuncu Dairesi'nin E:2021/3827 sayılı dosyası

çıkarılmış; “kanun hükmünde kararnamelerin” ibareleri “Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin” şeklinde değiştirilmiştir.)

Yine 2017 Anayasa Değişikliğinden önce olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmayacağı öngörüldüğünden özellikle temel hak ihlallerinin bu KHK’lardan kaynaklanması halinde somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmesi imkanı olamamaktaydı. Dolayısıyla bu KHK’ların Anayasa Mahkemesince iptali mümkün değildi. Bu durum, etkili başvuru hakkını olumsuz etkilemekteydi.

Nitekim AİHM pek çok uyuşmazlıkta, Olağanüstü Hal Valisi tarafından yapılan işlemlere karşı yargı yoluna başvurulamaması nedeniyle iç hukukta etkili bir başvuru yolu bulunmadığından 13. Maddenin ihlaline karar vermiştir.⁵⁸⁹ AİHM bu kararlarda 6. Maddedeki adil yargılanma hakkının ihlal edildiği ileri sürülse de konuyu 13. Madde çerçevesinde ele alacağını belirtmiştir.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin gelmesiyle birlikte olağan dönem KHK’ları kaldırılarak bunların yerine Cumhurbaşkanlığı kararnameleri gelmiştir. Olağanüstü dönem KHK’ları ise halen mevzuatımızda yer almaktadır.

Olağanüstü dönem KHK’larının kendisi şekil ya da esas bakımından Anayasa Mahkemesince denetlenemeyecek olsa da, buna dayalı tesis edilen bireysel işlemlerden dolayı etkili başvuru hakkının sağlanması gerekmektedir.

Ülkemizde 15 Temmuz 2016’da yaşanan darbe girişimi sonrasında Olağanüstü hal ilan edilmiş ve müteaddit defalar uzatılarak Temmuz 2018’de olağanüstü hal kaldırılmıştır. Olağanüstü hal ilan edilirken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 15. Maddesi anlamında derogasyon bildiriminde bulunulmuştur. Bu süre içerisinde pek çok Kanun hükmünde

⁵⁸⁹ Ertuş Aydın ve Diğerleri/Türkiye, AİHM, Başvuru No:43672/98, 20.09.2005; Akat/Türkiye, AİHM, Başvuru No:45050/98, 20.09.2005; Bulğa ve Diğerleri/Türkiye, AİHM, Başvuru No:43974/98, 20.09.2005; Kızılkaya/Türkiye, AİHM, Başvuru NO: 50690/99,20.11.2007; Ademyılmaz ve Diğerleri/Türkiye, AİHM Başvuru No:41496/98,41499/98, 41501/98, 41502/98, 41959/98, 41602/98, 43606/98, 03.07.2006; Soysal ve Diğerleri/Türkiye, AİHM, Başvuru No: 54461/00, 54579/00 ve 55922/00, 15.02.2007; Kazım Ünlü/Türkiye, AİHM, Başvuru No: 31918/02, 06.03.2007; Ürküt/Türkiye, AİHM, Başvuru No: 50290/99, 20.11.2007; Fahrettin Aydın/Türkiye, AİHM, Başvuru No:31695/02, 29.01.2008; Beyaz/Türkiye, AİHM, Başvuru No:16254/02, 01.07.2008

kararname çıkarılmış, bu KHK'lar kapsamında pek çok kamu görevinden çıkarma işlemi ile bazı dernek, sivil toplum kuruluşunun faaliyetine son verilmiştir. Olağanüstü hal KHK'larının kendisi yargı denetimine tabi olmamakla birlikte, içerisinde ilgililerin temel hak ve özgürlüklerine ilişkin olarak ihlal iddialarının değerlendirilebileceği etkili başvuru yolları oluşturulmaya çalışılmıştır.

Bu konuda hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hem de Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarda⁵⁹⁰ kamu görevinden çıkarılan kişinin iç hukuk yollarını tüketmesi gerektiği, bu konuda Olağanüstü Hal İşlemlerini İnceleme Komisyonunun kurulduğunu ve komisyon işleyişinin etkili başvuru yolu oluşturduğunu değerlendirilerek kabul edilmezlik kararları vermiştir.

İlgili AİHM kararında;

“... Ayrıca Mahkeme, 685 sayılı Kanun Hükmünde Kararname tarafından düzenlenen başvuru yolunun, a priori erişilebilir bir başvuru yolu oluşturduğunu tespit etmiştir. Bununla birlikte Mahkeme'nin elinde bu başvuru yolunun, başvuranın Sözleşme hükümleri bağlamındaki şikâyetlerine yeterli bir telafi sağlayamayacağının ve makul başarı beklentileri sunmadığının söylenmesine imkân sağlayacak herhangi bir unsur bulunmamaktadır. Aslında söz konusu komisyon her ne kadar yargı organı sıfatı taşımaya da, kararları yargı denetimine tabidir. Mahkeme, bununla birlikte bu sonucun, söz konusu komisyon ve ulusal yargı makamları tarafından alınan kararlar ve bu kararların etkili bir şekilde uygulanması ışığında, 685 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile hem teorik ve uygulama olarak düzenlenen başvuru yolunun gerektiğinde gerçeklik ve etkililik sorununun yeniden incelenmesi ihtimalini hiçbir biçimde etkilemediğini vurgulamaktadır...”

Olağanüstü Hal İşlemlerini İnceleme Komisyonunun kararları da idari yargıda dava konusu edilebilmektedir. Konuya ilişkin olarak idare mahkemesinin kararını istinaf aşamasında inceleyen Ankara 13. Bölge İdare Mahkemesi kararında;

“...Kamu görevinden çıkarılanların, hem Anayasa Mahkemesi hem de AİHM tarafından etkili başvuru yolu olarak kabul edilen, OHAL İşlemleri İnceleme Komisyonuna başvurabilmeleri ve başvurunun reddi halinde, bakılmakta olan davada olduğu gibi yargısal denetim yolunun açık olması, mahkeme safhasında ilgililer tarafından her türlü delil ile savunma yapılabilmesi ve çekişmeli yargılama usulü kurallarının yerine getirilmesi nedeniyle,; davacının, tesis edilen işleme karşı etkili

⁵⁹⁰ Remziye Duman Başvurusu, AYM, Başvuru No:25923, 20.07.2017; Gökhan Köksal/Türkiye Başvurusu, AİHM, Başvuru No:70478/16, 06.06.2017

başvuru yoluna sahip olduğu ve süreç içerisinde savunma hakkının bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır..”⁵⁹¹

gerekçesine yer verilmiştir.

Hakim ve savcılar açısından ise meslekten çıkarma kararlarına karşı yine olağanüstü hal döneminde çıkarılan 685 sayılı KHK yargı yolunu açmıştır. Halihazırda hakim ve savcıların KHK kapsamında meslekten çıkarılmalarına ilişkin işlemlerin yargısal denetimi Danıştay 5. Dairesi tarafından yapılmaktadır. Bunun haricinde 6087 sayılı Kanunda idari bir başvuru yolu olarak öngörülen yeniden inceleme yolu kullanılabilmektedir.

Öte yandan, Ay md. 122’de yer alan Sıkıyönetim halini düzenleyen madde 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanunun 16 ncı maddesiyle ilga edilmiştir. Anayasa değişikliğinden önce tesis edilen Sıkıyönetim komutanının işlemleri idari nitelikte olmakla beraber yargı denetimine kapalıydı. Olağanüstü hal valilerinin işlemleri bakımından geçerli olan tespitler Sıkıyönetim komutanlığı işlemleri yönünden de geçerli sayılabilir. Bu nedenle anılan işlemlere karşı da ilgili dönemde etkili başvuru yolu öngörüldüğü söylenememektedir.

4.1.1.2.3. Milletlerarası andlaşmalar

AY md. 90’a göre, usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.

Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmünde olduklarından yasama işlemi hüviyeti kazanmaktadırlar. Temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası andlaşmalar ise kanunla çatışmaları halinde milletlerarası antlaşmaya öncelik tanınmıştır.

Peki bir milletlerarası andlaşma hükmünün uygulanması sebebiyle ihlal gerçekleşmiş ise etkili bir başvuru yolu bulunmakta mıdır?

AİHM, diğer milletlerarası andlaşmalar dolayısıyla bağitlanan konular nedeniyle önüne gelen uyuşmazlıklarda yargı yetkisinin olmadığını kararlarında belirtmektedir.

⁵⁹¹ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 13. Dava Dairesi’nin 08.07.2021 tarih ve E:2020/1429, K:2021/12548 sayılı kararı

Örneğin üye devletlerin Birleşmiş Milletlerin adına eylemlerine karşı bireysel başvuru yapıldığında kabul edilemez bulunmaktadır. Devlete, üyesi olduğu uluslararası örgütün karar ve tedbirlerinden kaynaklanan bir sorumluluğun kural olarak yüklenemeyeceği genel olarak kabul edilmektedir.⁵⁹²

Ancak milletlerarası antlaşmaların kendisine karşı başvuru yapılamasa da, buna dayalı uygulama işlemi yönünden bireysel başvuru yapılması hususu düşünülebilir. Bu noktada karşımıza bir başka kavram çıkmaktadır: Ayrılabilir işlem.

Kural olarak, bir antlaşmanın uygulanması tamamen bir iç hukuk sorunu olarak ortaya çıktığında, yani yabancı devletler veya uluslararası topluluklarla ilişkileri etkilemediği sürece idari yargı düzeni tarafından denetleneceği kabul edilmektedir. Aksi durumda ise hükümet tasarrufu oluşturan bu işlemler üzerinde idari yargı yerleri denetim yapamamaktadır. Yani yabancı bir devletle ihtilaf çıkarmayacak olan, tamamen iç hukuk çerçevesinde devletin inisiyatifi ile gerçekleşen işlemlerde “ayrılabilir işlem” kuramının uygulanmasıyla, işlem iptal davasına konu edilebilecektir.⁵⁹³ İptal davasıyla incelenen bir uyuşmazlığın ise, sonrasında diğer koşullar varsa bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne götürülme olasılığı bulunmaktadır. Dahası, bu kuramı AİHM’in de milletlerarası antlaşmalardan doğan bireysel işlemler için uygulamasının önünde bir engel yoktur.

Bunun dışında, milletlerarası antlaşmanın uygulanmasını sağlamak amacıyla bir kanun çıkarılması halinde, kanunun idare ile milletlerarası antlaşma arasında bir tabaka oluşturacağı, ve böylece kanunun uygulanması niteliğindeki idari işlemin milletlerarası antlaşmadan ayrılacağı ileri sürülmektedir.⁵⁹⁴

Hali hazırda milletlerarası antlaşmaların uygulama işlemlerini AİHM’in bireysel başvuru kapsamı dışında olarak yorumlaması nedeniyle Anayasa Mahkemesinin de bu yorumun ötesine geçmesi zor görünmektedir. Bununla birlikte ayrılabilir işlem kuramı uyarınca idari yargı yerlerinin bu yolu harekete geçirmesi belki de ileriki dönemde hem Anayasa Mahkemesinin hem de AİHM’in konuya yaklaşımını değiştirebilecektir. Bu

⁵⁹² ŞİRİN Tolga, a.g.e., s.75

⁵⁹³ SEZGİNER Murat, Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 107

⁵⁹⁴ SEZGİNER, a.g.e, s. 107

durumda yargı organlarının konuların esasını incelememesi nedeniyle etkili başvuru hakkının ihlaline karar verilebilecektir.

4.1.1.2.4. Yüksek seçim kurulu kararları

AY md. 79 uyarınca, Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz. Benzer düzenleme 298 sayılı Kanun'un 132. Maddesinde de "Kurulun kararı kesindir. Aleyhine hiçbir mercie ve kanun yoluna başvurulamaz" şeklinde yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesi de Yüksek Seçim Kurulu kararları aleyhine bireysel başvuruya başvurulamayacağını belirtmiştir. Kararda;

"...Başvurucu tarafından YSK'nın yargı yeri olduğu, yargısal nitelikte kararlar verdiği ileri sürülmüş ise de YSK'nın bir yargı yeri olup olmadığı veya kararlarının yargısal nitelik taşıyıp taşımadığı tartışmasının, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yoluyla YSK kararlarını inceleme yetkisi olup olmadığı probleminin çözümlenmesine katkısı olduğu söylenemez. YSK'nın statüsünün ve verdiği kararların hukuki niteliğinin, bu kararların bireysel başvuru konusu olup olamayacağı hususunun çözümünde önemi veya ilgisi bulunmamaktadır. Tartışılması gereken temel husus, YSK'nın yargı yeri ve kararlarının da yargısal nitelikli kararlar olduğu kabul edilse dahi Anayasa'nın 79. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi karşısında YSK kararlarının bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesince incelenip incelenemeyeceği sorunudur. Bu konunun aydınlatılmasında Anayasa'nın anılan hükmünde geçen "Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz." ibaresi ve 298 sayılı Kanun'un 132. maddesinde geçen "Kurulun kararı kesindir. Aleyhine hiçbir mercie ve kanun yoluna başvurulamaz." ibaresinin ne anlam ifade ettiğine bakılmalıdır. Anılan hükümlerde yer alan "merci" ifadesiyle başvurulacak idari ve yargısal tüm yer veya makamların kastedildiği anlaşılmaktadır ve Anayasa Mahkemesi de buna dâhildir. Buna göre anılan hükümler karşısında, YSK kararlarının Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuruya konu olması mümkün değildir..."⁵⁹⁵

gerekçesine yer verilmiştir.

Bununla birlikte, AİHM, Yüksek Seçim Kurulu kararlarından kaynaklı bireysel başvuruları incelemektedir.

Bir uyuşmazlıkta başvuru YSK kararlarına karşı başka bir mercie başvurulamamasının etkili başvuru hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüşler, AİHM ise,

⁵⁹⁵ Atilla Sertel Başvurusu, AYM, Başvuru No:2015/6723, 14.07.2015

Anayasa'nın 79. maddesi uyarınca, Yüksek Seçim Kurulunun, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokolün 3. maddesi bağlamındaki şikâyetleri inceleyebileceğini tespit etmiş, uyuşmazlıkta Yüksek Seçim Kurulunun kararı üzerine, başvuranların daha sonra Mahkeme'ye sundukları şikâyeti ulusal mahkemeler önüne taşıdıklarını göstermektedir. Mahkeme bu bağlamda, Sözleşme'nin 13. maddesi doğrultusunda bir hukuk yolunun etkinliğinin mutlaka olumlu bir netice alınmasına bağlı olmadığını hatırlatmış ve 13. Maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁵⁹⁶

Söyler/Türkiye davasında ise, başvurucunun iddiaları arasında adil yargılanma hakkının ve etkili başvuru hakkının ihlal edildiği de ileri sürülmesine rağmen, AİHM bu iddialar yönünden Sözleşmenin herhangi bir bölümünde bir ihlalin söz konusu olmadığını belirterek kısa bir gerekçeyle anılan kısmı detaylı şekilde irdelememiştir.⁵⁹⁷

4.1.1.2.5. Kamu görevlileri hakem kurulu kararları

AY md. 53'e göre Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararları kesindir ve toplu sözleşme hükmündedir.

Kamu Görevlileri Hakem Kurulu Kararları da yargı denetimi dışında tutulan alanlardan biridir. Kurul, kamuda toplu iş sözleşmesine ilişkin müzakereleri yürütmektedir. Daha sonra kamu görevlilerine uygulanacak yıllık maaş zammı vs. belirlenmektedir.

Bu kararlara karşı yargı yolu kapalı olduğundan ne idare mahkemelerine başvurulabilmekte ne de bireysel başvuru talebiyle Anayasa Mahkemesine gidilebilmektedir.

Bununla birlikte, söz konusu Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararından kaynaklanan bireysel işlemler yönünden AİHM'e gidilmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır. Böyle bir ihtimalde etkili başvuru hakkının ihlali ihtimali gündeme gelebilecektir.

⁵⁹⁶ Dicle ve Sadak/Türkiye Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 48621/07

⁵⁹⁷ Söyler/Türkiye Başvurusu, AİHM, Başvuru No:29411/07,17.09.2013

4.1.1.2.6. Yüksek askeri şura kararları

2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Yüksek Askeri Şura kararlarından terfi ve kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açık hale gelmiştir.

Bu hükmün iki farklı şekilde yorumlanabileceği, ilkinde bu işlem ve kararlara yargı yolunun kapalı olduğu şeklinde değerlendirilebileceği; ikincide ise, Anayasanın ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolunun açık olduğunu düzenlediği ancak bu düzenlemeyi terfi işlemleri ve kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma kararları için geçerli saymadığı ileri sürülmektedir. Anayasa Mahkemesinin önüne bugüne kadar bu konuda herhangi bir başvuru gelmediği ifade edilmektedir.⁵⁹⁸

Uygulamada kadrosuzluk nedeniyle emekliye sevk niteliğinde verilen Yüksek Askeri Şura kararlarına karşı açılan davalarda, incelenmeksizin ret kararları verilmekte, Danıştay bu kararları onamaktadır.⁵⁹⁹ Yüksek Askeri Şuranın yargı yolu açılan kararlarına karşı ise davalar esastan incelenmektedir.

Yüksek Askeri Şura kararlarının bir kısmına karşı yargı yolunun kapalı olmasının AİHS'in 13. Maddesi anlamında etkili başvuru hakkının Türkiye aleyhine ihlal kararları verilme ihtimalini gündeme getirdiği belirtilmektedir.⁶⁰⁰

Anayasa Mahkemesi bir uyuşmazlıkta, başvuranın Yüksek Askeri Şura'nın ilişik kesme işleminin iptali istemiyle açtığı Askeri Yüksek İdare Mahkemesince reddi üzerine, ilişik kesme işleminin tarihini dikkate alarak uyuşmazlığı zaman bakımından yetkisinde görmemiştir.⁶⁰¹

⁵⁹⁸ Şirin Tolga, Bireysel Başvuru Usul Hukuku anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, Avrupa Konseyi, 2018

⁵⁹⁹ Danıştay 12. Dairesi E:2022/107, K:2022/891, 03.03.2022, Danıştay 12. Dairesi E:2020/1207, 2022/782, 01.03.2022

⁶⁰⁰ İNCEOĞLU Sibel, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s.209

⁶⁰¹ Mehmet Körkü Başvurusu, AYM Başvuru No:2013/1628, 10.06.2015

4.1.1.2.7. Hâkimler ve savcılar kurulu kararları

Anayasanın 159. Maddesine göre, Hâkimler ve Savcılar Kurulunun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz.

2010 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği öncesinde Hâkimler ve Savcılar Kurulunun tüm kararlarına karşı yargı yolu kapalı iken, 2010'dan itibaren meslekten çıkarma cezalarına karşı dava yolu açılmıştır. Bununla birlikte HSK'nın diğer kararları yönünden 6087 sayılı Kanun'da öngörülen yeniden inceleme ve itiraz yolları dışında başvuru yolu mevcut değildir. Bu başvuru yollarının etkililiği açısından AİHM'nin 2014 değişikliğinden önce verdiği Özpınar kararına göre disiplin cezasına karşı gidilen iç itiraz mekanizmasının, incelemeyi yapan Genel Kurulda kararı vermiş olan üyelerin bulunması ve diğer üyelerin sayısının ise karar sonucunu değiştirmeye yetmemesi gerekçesiyle etkili bir başvuru yolu olmadığı değerlendirilmesi yapılmıştır.⁶⁰²

Yine Kayasu/Türkiye davasında hakkında disiplin cezası verilen savcının başvurabileceği itiraz makamı o tarihteki mevzuata göre İtirazları İnceleme Kuruludur. AİHM İtirazları İnceleme Kurulunun etkililiğini araştırarak, İtirazları İnceleme Kurulunun Adalet Bakanlığı Müsteşarının da katılımı ile asıl ve yedek üyelerin birlikte toplanmasıyla karar aldığını tespit etmiştir. Disiplin yaptırımını uygulanmasına karar veren kurulda yer alan üyelerin itiraz kurulunda da yer alması ve üyelerin tarafsızlığını sağlayacak herhangi bir güvence öngörülmemesini 13. Maddenin ihlali olarak kabul etmiş, bu koşullarda başvuranın itirazını inceleyen oluşumu itibariyle HSYK'nın tarafsızlığının ciddi şekilde tartışmaya açık olduğunu belirtmiştir.⁶⁰³

Hali hazırda ise 2017 yılında yapılan referandum sonucu yapısı değişen HSK'da daire sayısı ikiye düşürülmüştür. HSK tarafından verilen meslekten çıkarma cezası dışındaki disiplin cezalarına karşı 2. Daireye yeniden inceleme başvurusunda bulunulduktan sonra 13 üyeli Genel Kurula itiraz yoluyla başvurulabilmesi mümkündür. Genel Kurul ise üye tam sayısının salt çoğunluğuyla toplanıp yine aynı çoğunlukla karar alabilmektedir.

⁶⁰² Özpınar/Türkiye Davası, AİHM, Başvuru No:20999/04, 19.10.2010

⁶⁰³ Kayasu/Türkiye Davası, AİHM, Başvuru No. 64119/00 ve 76292/01, 13.11.2008

Diğer yandan Hâkimler ve Savcılar Kurulunca tesis edilen işlemlerinin tamamının Kurul kararı şeklinde alınmaması nedeniyle hangi işlemlerin yargı denetimi dışında olduğu konusu tartışılmıştır. Konuyla ilgili Anayasa Mahkemesi kararında;

“...Yasal düzenlemeler uyarınca Genel Sekreterlik biriminin Kurulun sahip olduğu görev ve yetkiler bağlamında bir karar alma merci olmadığı açıktır. Bir başka deyişle Genel Sekreterlik makamının tek başına Kurul kararı olarak nitelenebilecek bir tasarrufla bulunması ilgili yasal düzenlemeler uyarınca söz konusu değildir. Bununla beraber Kurul kararlarına karşı yargı yolunun (meslekten çıkarma kararları dışında) kapalı olduğunu belirleyen Anayasa'nın 159. maddesi hükümünü yasal düzeyde somutlaştıran 6087 sayılı Kanun'un 33. maddesinde, meslekten çıkarma dışında kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olduğu belirtilen birimler Genel Kurul ve daireler olarak ifade edilmiştir. Kurul kararlarına karşı yargı yolunun bir istisna dışında kapalı olduğunu belirleyen bu hükümde Genel Sekreterlik zikredilmemiştir. Bu bağlamda gerek Kurula ilişkin görev, yetki ve teşkilatı düzenleyen hükümler gerekse de Kurul kararlarına dair yargı yoluna ilişkin istisnayı belirleyen kurallar dikkate alındığında (Kurul tarafından alınan bir kararın söz konusu olmadığı) salt Genel Sekreterlik tarafından tesis edilen işlemlere karşı yargı yolunun kapalı olduğunu ifade eden açık bir yasa hükmü olduğu söylenemez. Bir başka ifadeyle kategorik olarak Genel Sekreterlik tarafından tesis edilen her türlü işleme karşı yargı yolunun kapatılmadığı; Genel Sekreterliğin, Genel Kurul veya dairelerin kararına dayalı olarak tesis ettiği işlemler ile Genel Kurul veya dairelerin kararlarına hazırlık mahiyetinde olan işlemlerinin yargı denetimine kapalı olduğu anlaşılmaktadır.

56. Başvuru konusu olayda dava konusu işlem, soruşturma evrakının verilmesi talebinin Genel Sekreterlik tarafından reddine ilişkin bir tasarruftur. Genel Sekreterlik makamı tarafından talebin reddine dair işlem başvurucuya bildirilirken işleme karşı idari yargı yoluna başvurabileceği dahi ifade edilmiştir. Bu süreçte başvurucunun evrak talebine dair karar organları olan Genel Kurul veya daireler tarafından bir karar alınmadığı görülmektedir. Ancak Mahkeme, ortada Kurul tarafından alınmış bir karar bulunmamasına ve Genel Sekreterlik tarafından yapılan idari işlemlerin yargı denetimine kapalı olduğunu belirleyen açık bir kanun hükmü bulunmamasına karşın davayı incelenmeksizin reddetmiştir.

57. Bu bağlamda mahkemenin verdiği incelenmeksizin ret kararı ile mahkemeye erişim hakkına yaptığı müdahalenin kanunilik unsurunu taşımadığı sonucuna ulaşılmıştır...”⁶⁰⁴

gerekçesiyle adil yargılanma hakkının ihlaline karar verilmiştir.

Yakın tarihli bir AİHM kararında da, hâkim olan başvurucunun HSK'nın atama işlemine karşı yaptığı başvurunun reddi üzerine yargısal incelemenin mümkün olmadığı iddiası üzerine yapılan incelemede, HSK'nın kararlarının gerekçeli olmaması, çelişmeli bir süreç sunmadığı, duruşma yapıp tanıkların dinlenmediği, yeniden inceleme ve itiraz

⁶⁰⁴ Kasım İlimoğlu Başvurusu, AYM, Başvuru No:2018/17191, 24.02.2021

aşamasında usul kurallarının belirlenmediğini tespit ederek bu kararların hukuki temeller ışığında oluşmadığına dikkat çekmiştir. Dolayısıyla başvuran hakimin atama işlemine karşı mahkemeye erişim hakkının yokluğunun meşru bir amaç gütmeye ve hakkın özünün zarar gördüğünü belirterek 6/1. Maddenin ihlaline karar verilmiştir.⁶⁰⁵

Bu kararın özelliği AİHM'in hâkimlere ilişkin atama işlemlerinin 6. Madde kapsamında medeni hak olarak görmeye başlamasıdır.

4.1.1.2.8. Uyarma ve kınama cezaları

Anayasanın 129. Maddesinde “Uyarı ve kınama cezaları dışındaki disiplin cezalarına karşı yargı yolu kapatılamaz” hükmü bulunmaktaydı. Uyarma ve kınama cezalarına karşı ise yargı yoluna gidilip gidilemeyeceği konusunda Anayasa koyucu kanun koyucuya takdir yetkisi bırakmış idi. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 135. Maddesinde ise uyarma ve kınama cezalarına karşı itirazın varsa bir üst disiplin amirine yoksa disiplin kurullarına yapılabileceği belirtilmiş, bu kararlar bakımından yargı yolu öngörülmemiştir. Yapılan değişiklik ile Anayasanın 129. Maddesinde (Değişik üçüncü fıkra: 7/5/2010-5982/13 md.) “Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz.” hükmü öngörülmüş, bu doğrultuda Devlet Memurları Kanununun 135. maddesinde de 13.02.2011 tarih ve 6111 sayılı Kanunun 113. Maddesiyle değişiklik yapılmıştır.

Karaçay –Türkiye kararında AİHM, söz konusu değişikliklerden önce verdiği bir kararda uyarma ve kınama cezalarına karşı iç hukukumuzda başvuru yolunun bulunmamasını 13. Md.’nin ihlali olarak değerlendirmiştir.⁶⁰⁶

Yine sendikal faaliyetler nedeniyle hakkında uyarma cezası verilen kamu görevlilerinin yaptıkları bireysel başvurularda da AİHM;

“Somut olayda, uyarma disiplin cezasına itiraz etmek için açık olan tek başvuru yolunun, disiplin kurulu önünde idari başvuru yolu. Mahkeme mevcut davada ifade edilenlerle benzer şikayetleri daha önce incelediğini ve uyarma cezası alan bir kamu memurunun, olası suiistimalleri önlemeye ya da sadece bu tür bir disiplin tedbirinin

⁶⁰⁵ Bilgen/Türkiye Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 1571/07, 09.03.2021

⁶⁰⁶ Karaçay/Türkiye Başvurusu, AİHM, Başvuru No:6615/03, 27.03.2007

yasallığını denetlettirmeye imkan veren her türlü güvenceden yoksun olması nedeniyle Sözleşmenin 13. Maddesinin ihlal edildiği sonucuna varıldığını hatırlatmaktadır...⁶⁰⁷

gerekçesiyle etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Verilen ihlal kararları üzerine yapılan mevzuat değişiklikleri ile söz konusu işlemlere karşı idari yargı yolu açılmıştır. Nitekim idari yargı yerleri de uyarma ve kınama cezalarına karşı açılan davalara bakmaktadırlar.⁶⁰⁸

4.1.1.2.9. Spor federasyonu kararları

Anayasanın 59. maddesi uyarınca Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz.

Anayasa Mahkemesi de söz konusu kurulun kararlarına karşı bireysel başvuru yapılamayacağına hükmederek, kabul edilemezlik kararı vermektedir.⁶⁰⁹

Bununla birlikte AİHM, sporda tahkim kurulu kararlarına karşı yapılan bireysel başvuruları incelemektedir. Elbette konunun özelliğine göre başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun olarak görebilmektedir. Örneğin Kolgu/Türkiye davasında başvuru, tahkim kurulu önündeki usulün aleni olmamasından yakınmışsa da, AİHM, tarafların sözlü savunma yapabildikleri ve incelemenin oldukça teknik konularla ilgili olduğundan hareketle, olayın özel mahiyeti uyarınca adil yargılanma hakkının ihlali iddiasını açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.⁶¹⁰

Sedat Doğan/Türkiye davasında AİHM, Türkiye Futbol Federasyonu Hakem heyetinin bağımsız ve tarafsız olmadığı iddialarını incelemiş, dış baskılara karşı kurul üyelerini özellikle Yönetim Kurulunu koruyan uygun güvencelerin bulunmadığı, Tahkim Kurulunun düzeni ve işleyişiyle ilgili olarak Yönetim Kuruluna geniş yetkiler verilmesinden

⁶⁰⁷ Doğan Altun/Türkiye Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 7152/08, 26.05.2015

⁶⁰⁸ İzmir Bölge İdare Mahkemesi 2.İdari Dava Dairesi, E:2021/1721, K:2021/1337, 12.07.2021; Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi Beşinci İdari Dava Dairesi, E:2020/396, K:2021/1355, 26.03.2021

⁶⁰⁹ Abdurrahman Akyüz Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2012/620, 12.02.2013

⁶¹⁰ Kolgu/Türkiye Başvurusu, AİHM, Başvuru No:2935/07, 27.08.2013

kaynaklanan Tahkim kurulunun yapısal eksiklikleri belirtilerek bağımsız ve tarafsızlık unsurunun sağlanamadığını belirterek adil yargılanma hakkının ihlaline karar vermiştir.⁶¹¹

Benzer şekilde Ali Rıza ve Diğerleri/Türkiye davasında tahkim kurulu üyelerinin bağımsız ve tarafsız olmadığına karar vererek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Yargılamanın yenilenmesi başvurusunun yapılmaması nedeniyle iç hukuk yollarının tüketilmediğini ileri süren Hükümetin itirazı ise kararda şu şekilde karşılanmıştır;

“... Mahkeme, yargılamaların yenilenmesine ilişkin başvuruların kural olarak Sözleşme’nin 35 § 1 maddesinin uygulanması yönünden dikkate alınamayacağı hakkındaki yerleşik içtiihadını yinelemektedir (bk., diğer kararlar arasında, Korzeniak/Polonya, no. 56134/08, § 39, 10 Ocak 2017). Mahkeme, somut davada Tahkim Kurulunun kararının nihai olduğunu ve yargılamaların yenilenmesini güvence altına alan şartların mevcut olmadığını not etmektedir. Bu koşullar altında, yargılamaların yenilenmesi için yapılan bir başvuru olağanüstü bir hukuk yolu olup başvuran bu hukuk yolunu tüketmek ile yükümlü değildir (bk., Merter ve Diğerleri/Türkiye, no. 2249/03, § 33, 23 Mart 2010).

165. Mahkeme, Sözleşme’nin 35 § 1 maddesinin ispat külfetinin dağıtılmasını öngördüğünü yinelemektedir. İç hukuk yollarının tüketilmediğini iddia eden Hükümetin, Mahkemeyi, söz konusu iç hukuk yolunun etkin ve aynı zamanda teoride ve uygulamada mevcut, yani başvuranın şikâyetleri bakımından telafi imkânı ve makul başarı görünimleri sunan, erişilebilir olduğuna ikna etmesi gerekmektedir (bk. Vučković ve Diğerleri/Sırbistan, (ilk itiraz) [BD], no. 17153/11 ve 29 diğer karar, § 74, 25 Mart 2014)...”⁶¹² gerekçesini belirtmiştir.

Bu kararda Tahkim kurulu kararına karşı yargılamanın yenilenmesine gidilmesinin etkili bir başvuru yolu oluşturmadığına karar veren mahkeme bu yolun tüketilmesine somut olayın şartları çerçevesinde gerek görmemiştir. Anılan kararda da tespit edildiği üzere, sorunun kaynağının sistemsel olduğu, tahkim kurullarının TFF Yönetim Kurulundan yapısal ve işlevsel olarak ayrılması ve görevleriyle orantılı yeterince bağımsız bir statüye sahip olması için, söz konusu Tahkim Kurulunun kurumsal temelini yeniden yapılandırılması ve görevleriyle ilgili güvencelerin de temin edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.⁶¹³

Öte yandan, Anayasa’nın 59. maddesinde spor federasyonlarının yalnızca spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı zorunlu tahkim yoluna başvurulabileceği ve tahkim kurulu kararlarına karşı yargı merciine başvurulamayacağı

⁶¹¹ Sedat Doğan/Türkiye, AIHM Başvuru No:48909/14, 18.05.2021

⁶¹² Ali Rıza ve Diğerleri/Türkiye Başvurusu, AIHM, Başvuru No:30226/10, 28.01.2020

⁶¹³ AKYILDIZ Ali, Sporda Zorunlu Tahkimin Sorunlu Yapısı ve Sözleşmesel Uyuşmazlıklar, Türkiye Barolar Birliği Av. Türker Arslan Armağanı, Ankara, 2021, s. 59-80

öngörülmesine rağmen, ilgili mevzuat ile TFF kurul ve organlarının kararlarına ilişkin olarak çıkacak tüm uyuşmazlıklar bakımından ilk derece hukuk kurullarının münhasıran karar vermekle yetkili kılınması ve ilk derece hukuk kurullarının kararlarına karşı yargı yoluna başvurulmasının engellenmesinin, Anayasa'nın 59. maddesinde yer alan düzenlemeyle bağdaşmadığı gibi ilgililerin mahkemeye erişim hakkını ortadan kaldırdığı ve hak arama hürriyetinin özüne dokunduğu gerekçesiyle 5894 sayılı Kanun'un 5. Maddesinin 2. Fıkrası Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir.⁶¹⁴

Görüldüğü gibi yargı denetimine kapalı olan işlemler yönünden etkili başvuru hakkının sağlanabilmesi için AİHM, etkili iç itiraz mekanizmalarının bulunmasını daha da önemsemektedir.

Spor Tahkim Kurulu kararları bakımından AİHS'in 13. Maddesi anlamında ihlal söz konusu olabileceği gibi, somut olay medeni hak ve yükümlülük ya da suç isnadı niteliğine sahip olduğunda 6. Madde ihlallerinin de ortaya çıkabileceği belirtilmektedir.⁶¹⁵

4.1.1.3. İdareye başvuru yapılamayan haller

İdari yargıya başvurulamayan türde idari işlemler olduğu gibi, idareye başvurulamayan haller de olabilir. Bu gibi haller ilgili kanunlarda açıkça öngörülmüştür.

Bu istisnaların çoğu devletin milli güvenliği ya da ilgililerin özel hayatının gizliliğinin korunması gibi amaçlarla getirilmiştir. Bunlar dışında kuvvetler ayrılığı ilkesinin gereği olarak getirilen istisnalar da bulunmaktadır. Yine idari işlem niteliğinde olmayan icrailik vasfından yoksun birtakım işlemlerle ilgili olarak da idareye başvuru yapılamayacağı belirtilmiştir.

Söz konusu istisnaların bir kısmını Bilgi Edinme Hakkı Kanununda, bir kısmını ise Dilekçe Hakkı Kanununda açıkça görebilmekteyiz. Bunun dışında bazı idari düzenlemelerle başvuruların koşulları düzenlenirken ilk aşamada reddedileceği öngörülen başvurular

⁶¹⁴ AYM E:2017/136, K:2018/7, 18.01.2018 tarihli kararı

⁶¹⁵ İNCEOĞLU Sibel, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunda Türkiye ve Latin Modelleri, s.221

bulunmaktadır ki, belli süre, harç ve şekil koşullarına uygunluk olarak bu kısıtlar karşımıza çıkmaktadır.

Buradaki asıl sorun, kanunda bu şekilde başvuru yapılamayacak konuların belirlenmesinde değil, idarelerin bu istisnalara sığınarak başvuruları reddetme eğilimine girmeleridir.

İdareye başvuru yapılamamasının öngörüldüğü bu örneklerin bazılarına aşağıda yer verilmiştir:

-Yargı denetimi dışında tutulan işlemlere ilişkin bilgi ve belge talepleri (Bilgi Edinme Hakkı Kanunu md. 15)

-Devlet sırrı niteliğinde olan gizlilik dereceli bilgi veya belge talepleri (Bilgi Edinme Hakkı Kanunu md. 16)

-Ülkenin ekonomik çıkarına zarar verebilecek veya haksız rekabet ve kazanca sebep olabilecek bilgi ve belge talepleri (Bilgi Edinme Hakkı Kanunu md.17)

-İstihbarata ilişkin bilgi ve belgeler (Bilgi Edinme Hakkı Kanunu md. 18)

-İdari soruşturma ve adli soruşturma veya kovuşturmayla ilişkin belgeler (Bilgi Edinme Hakkı Kanunu md. 19, 20)

-Özel hayatın gizliliğini ve haberleşmenin gizliliğini ihlal edebilecek nitelikte bilgi ve belgeler, ticari sır niteliğindeki bilgi ve belgeler (Bilgi Edinme Hakkı Kanunu md. 21, 22, 23)

-Kurum içi düzenlemeler, tavsiye ve mütalaa talepleri (Bilgi Edinme Hakkı Kanunu md. 25, 27)

-Yargı organlarında görülmekte olan veya karara bağlanmış olan uyuşmazlıklara ilişkin başvurular (Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu md. 17, Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun md. 6))

-Yasama yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler (Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu md.5)

-Türk Silahlı Kuvvetlerinin sırf askeri nitelikteki faaliyetlerine ilişkin başvurular (Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu md.6)

Söz konusu alanlar kuvvetler ayrılığı gereği devlet erklerinin birbirine müdahale etmemesini sağlamak için ve diğer yandan ulusal güvenlik gibi sebeplerle gizli kalması gereken konulara ilişkin idareye başvuru yapılmasını engellemek amacıyla öngörülmüştür.

Leander/İsveç kararında AIHM bilgi-belgeye erişim açısından ulusal güvenlik gerekçesini geçerli bir sebep olarak kabul etmiştir. İç hukuk yollarının toplamdaki etkililiğine bakılarak etkili başvuru hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Benzer yaklaşımla mevzuatımızda yer alan söz konusu başvurulara yönelik istisna hükümlerinin temel hakkın kısıtlanmasında meşru sebep teşkil edeceği söylenebilir.

Ancak ilgili kanunlardaki idareye başvuru yapılamayacak olan istisna hükümleri incelendiğinde başvuru yapılamayan geniş bir kategorinin bulunduğu görülmektedir. Bu durum hakkın kullanımını engelleyecek boyuta varırsa etkili başvuru hakkının da ihlali gündeme gelebilecektir. Ayrıca istisna hükümlerinde yer alan muğlak ifadelerin de hakkın kullanımını zorlaştırmayacak biçimde yorumlanması gerekmektedir.

Bazen de, mevzuatın muğlak olmasından dolayı birtakım sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Grosaru/Romanya davasında, başvuran Seçim Kanununun ihtilaflı şekilde yorumu nedeniyle ulusal azınlığı temsil eden kişiye milletvekilliğinin verilmemesi üzerine Mahkeme, seçim kanununun ulusal azınlıklar konusuna açık olmaması ve başvurucunun itirazlarını incelemeye yetkili organların tarafsızlıkları konusunda yeterli güvencelerin bulunmaması nedeniyle 1 No’lu Protokolün 3. Maddesinin ihlal edildiğine ve seçim kanunun ihtilaflı yorumunun bir adli denetime konu olmaması nedeniyle bu maddeyle bağlantılı olarak AIHS’nin 13. Maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶¹⁶

4.1.2. Uygulamadan Kaynaklı Engeller

Etkili başvuru hakkının önündeki engellere ilişkin olarak Türkiye’deki sorunlar varlığını devam ettirmektedir. Yasama kısıntılarının, giderek azalmasıyla birlikte hala varlığını devam ettirmesi, kamu görevlilerinin –anayasal hüküm haline gelmesine rağmen-

⁶¹⁶ Grosaru/Romanya, AIHM, 78039/01, 02.03.2010

uluslararası antlaşmaları uygulamaktan çekinmesi veya uygulamaması, tanınan idari başvuru yollarının etkinliğinin sağlanamaması sayılabilecek sebeplerdendir.⁶¹⁷

Etkili başvuru hakkının önündeki uygulamadan kaynaklı engelleri ise, bu bölümde inceleyeceğiz.

4.1.2.1. Uzun süren idari süreçler

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin CM/Rec (2010)3 Sayılı Tavsiye kararında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 13. Maddesindeki ve 6/1. Maddesindeki gereklilikler hatırlatılarak devletlerin etkili iç hukuk yolları oluşturması tavsiye edilmiştir. Tavsiye kararında iç hukuk yollarının yetkili otoriteler tarafından hızlandırılmış süreçler oluşturulması suretiyle kurgulanması, süreçlerin hızlı şekilde işletilmesi, etkili, yeterli ve erişilebilir olması gerektiği vurgulanmıştır.⁶¹⁸

Buna göre devletin idari başvuru süreçlerinde de etkililiği sağlayabilmesi için başvuruların makul sürede karara bağlanmasını sağlayacak tedbirleri öngörmesi gereklidir.

AİHM zorunlu idari başvuru niteliğindeki bir başvuruyu etkili başvuru hakkı yönünden değerlendirdiği Payet kararında, itiraza konu işlemin uygulanmasını askıya almayan bir itirazın makul süre içinde karara bağlanmadığı takdirde etkili bir başvuru yolu oluşturmayacağını belirtmiştir.⁶¹⁹

Anayasa Mahkemesi, uzun süren idari süreçlerin ve sonrasında yapılan yargılamanın sonucunda oluşan süreçte, ilgililerin haklarına geç ulaşmasını genellikle adil yargılanma hakkı kapsamında incelemektedir. Buna karşın kararlarda bazen etkili başvuru hakkının gerekliliklerine dair tespitler yapmaktadır. Örneğin Sabri Çetin Başvurusunda AYM, 5233 sayılı Kanun kapsamında yapılan başvurunun inceleme aşamasının detaylı değerlendirmeleri gerektirdiğini belirterek komisyonca yaklaşık üç ayda karar verilmesi ve yargısal süreçlerle

⁶¹⁷ DEMİR Rıdvan, a.g.m., s.139

⁶¹⁸ Recommendation CM/Rec(2010)3 of the Committee of Ministers to Member States on Effective Remedies for Excessive Length of Proceedings

⁶¹⁹ Payet / Fransa Başvurusu, AİHM, Başvuru No:19606/08, 20.01.2011

beraber toplam 4 yıl 7 ay süren uyuşmazlıkta makul sürenin aşılmadığına karar vermiştir. AYM bu durumu şu şekilde belirtmiştir;

“İdari karar alma ve yargılama sürecinin uzamasında yetkili makamlara atfedilecek gecikmeler, işlemlerin süratle sonuçlandırılması hususunda gerekli özenin gösterilmemesinden kaynaklanabileceği gibi, yapısal sorunlar ve organizasyon eksikliğinden de ileri gelebilir. Zira Anayasa’nın 36. maddesi, hukuk sisteminin, idari başvuruları ve davaları makul bir süre içinde karara bağlama yükümlülüğü de dâhil olmak üzere adil yargılama koşullarını yerine getirebilecek biçimde düzenlenmesi sorumluluğunu devlete yüklemektedir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 44). Bu kapsamda, personel ve yargıç sayısındaki yetersizlik ve iş yükü ağırlığı nedeniyle yargılamada makul sürenin aşılması durumunda da yetkili makamların sorumluluğu gündeme gelmektedir (B. No:2012/1198, 7/11/2013, § 55).

65. Bununla birlikte, idari veya yargısal bir karar organına yapılan başvuru sayısında öngörülemeyecek düzeyde geçici ve olağanüstü bir artış olması nedeniyle başvuruların birikmesine bağlı olarak başvuruların karara bağlanmasında meydana gelen gecikmelerin, zamanında ve yeterli tedbirlerin alınması koşuluyla, makul sürede yargılanma hakkı açısından devletin sorumluluğunu doğurduğu söylenemeyecektir (benzer yöndeki AIHM kararları için bkz. Buchholz/Almanya, B. No: 7759/77, 6/5/1981, § 51-52; Kępa/Polonya, B. No: 43978/98, 30/9/2003; Vincent Lynch/Birleşik Krallık, B. No: 19504/06, 6/10/2009)....”⁶²⁰

Oysa, idari süreçlerin uzun sürmesi yargılama aşamasından önceki bir alana ilişkin olduğundan, etkili başvuru hakkı yönünden de uyuşmazlık incelenebilirdi. Zira, incelemenin kapsamı, doğrudan Terör tazminat komisyonunun çalışma yöntemine, inceleme yetkisine, karar süreçlerine, kendisine gelen başvuru sayısına vb. ilişkindir. Tüm bu unsurlar iç hukuk yolunun etkililiğine dair konulardır. Nitekim AYM, iç hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin değerlendirme yaparken daha önce terör tazminat komisyonlarının etkili başvuru yolu olduğunu açıklamış, bu yolun süresini de değerlendirmiş ve kamu makamlarından kaynaklanan bir gecikme olmadığını kararda belirtmiştir.⁶²¹

4.1.2.2. İdari makamların farklı usuller uygulamasından kaynaklı sorunlar

İdari Usul, kamu idaresi, kamu kurumları ve kamu kuruluşları ile bunlar adına kamu hizmeti yapan özel hukuk kişilerinin, idari faaliyetin yapılmasında hukuki sonuç doğurmaya yönelik her türlü işlemlerinin tabi olacağı süreci kapsamaktadır.⁶²²

⁶²⁰ Sabri Çetin Başvurusu, AYM, Başvuru No:2013/3007, 06.02.2014

⁶²¹ Abbas Emre Başvurusu, AYM, Başvuru No:2014/5005, 06.01.2016

⁶²² ODYAKMAZ Zehra, Hazırlanmakta Olan İdari Usul Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1997, C.1, S.2

İdari usulün kendisi ya da usuli işlemler sonuçtan bağımsız olarak temel haklar üzerinde etkiye bulunabilirler. İdari işlemin yapılışında usule aykırılık, bizzat temel hakların ihlali niteliğinde olabileceği gibi, usule aykırı yapılan işlem, temel hakların usule aykırı şekilde sınırlandırılmasına da sebep olabilir.⁶²³

İdari işlemin yapılış sürecini ifade eden idari usul, genellikle idare tarafından re'sen ve özellikle yararlandırıcı işlemlerde idari işlemin muhatabının talebiyle yani başvuruyla başlamaktadır.⁶²⁴

Türk İdare Hukukunda pek çok idari makam, farklı usuller uygulayarak idari başvuruları kendi yerleşik bakış açıları ve uygulamaları doğrultusunda cevaplandırmaktadırlar. Ancak gerek başvuru süreçleri, menfaat değerlendirmesi, inceleme usulleri, uygulanacak temel esaslar, hukuki temsil olanağı vs. gibi birçok konuda idarelerin kendi düzenleyici işlemleriyle şekillenen usuller, karmaşıklığa ve hukuki belirsizliğe yol açmaktadır. Avrupa Konseyi de zaman zaman tavsiyelerinde vatandaşların başvuru yapabilmeleri için karmaşık olmayan usuller ve mümkünse tek bir usul öngörülmesini önermektedir.

Bu hukuki dağınıklık yerine tek bir İdari Usul Yasası öngörülmesi, başvuru yolunu da tüm aşamalarıyla birlikte düzenlemesi sorunu çözebilecektir. Başvurularla ilgili süreçte idarenin ilgilileri dinlemesi, avukatla temsile olanak sağlaması, cevap hakkı vermesi, süreçte tanınan sürelerin makul olması, işlemin değerlendirilmesi sırasında itirazlarını ileri sürebilmesine imkan tanınması, işlemin gerekçelerini belirtmesi gibi usul kurallarının öngörülmesi gerekmektedir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 28.09.1977 tarih ve 31 sayılı “Bireyin İdari İşlemler Karşısında Korunması” başlıklı kararına göre dinlenilme hakkı, bilgi kaynaklarından faydalanma hakkı, hukuki yardım ve temsil, idari işlemlerin gerekçeli olması ve işleme karşı başvuru yollarının gösterilmesi şeklinde beş ilke kabul edilmiş ve üye devletlerin bu ilkeleri sağlaması tavsiye edilmiştir.⁶²⁵

⁶²³ AKYILMAZ Bahtiyar, İdari İşlemin yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara,2000, s.79

⁶²⁴ AKYILMAZ, a.g.e., s.125

⁶²⁵ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 28.09.1977 tarih ve 31 sayılı kararı

İşlemin gerekçesinin ilgiliye bildirilmesi de etkili başvuru hakkı yönünden önemli bir unsurdur. Başvuru merciinin kararının gerekçeli olmasının, ilgilinin itirazdan tatmin edici sonuç alma beklentisini yükselten boyutuyla etkililiğe katkı sağlayacağı ifade edilmektedir.⁶²⁶

Esasen bu tür usul kuralları oldukça dağınık şekilde olduğundan idarelerin derli toplu şekilde neyi uygulayacaklarını bilmesi dahi oldukça zordur. İlgilileri ne gibi haklardan yararlandıracakları, hangi prosedürleri izleyecekleri kurumdan kuruma değişmektedir. Kimisi zararın hesaplanmasında bilirkişi incelemesi yaptırırken kimisi zararı kendisi hesaplamaktadır. Kimi işlemin süreçleriyle ilgili de bilgi verirken, kimisi yalnızca sonucundan haberdar etmektedir.

İdari makamların birbirlerinden ve yargı makamlarından farklı usuller uygulaması, bireyler yönünden algılaması zor durumlar oluşturmaktadır. Hukuki öngörülebilirliği azaltmakta, hak arama özgürlüğünü kısıtlamaktadır. Oysa idari usulün işlevlerinden biri de idare ile birey arasında doğacak uyuşmazlıkların dava yoluna gerek kalmadan karşılıklı çözüme varılmasını sağlamaktır.⁶²⁷

Özellikle başvuruya ilişkin süreçlerde idare makamlarının ehliyet, süre, başvurunun şekil koşulları gibi konularda hali hazırda yargı organlarına göre daha esnek olduğu gözlemlenmektedir. Bununla birlikte, genel bir İdari Usul yasamızın bulunmaması nedeniyle idarelerin bu esneklik alanının yargısal denetimi oldukça zordur. Bazı durumlarda anılan husus keyfiliğe sebep olabilmektedir.

Örneğin bir imar planının hukuka aykırı olduğunu düşünen bir mimarın ehliyeti yargı makamlarınca (belde sakini gibi başkaca bir sıfatı olmadığı sürece) kabul edilmezken aynı kişinin idare tarafından menfaati olduğu değerlendirilerek talebi işleme alınabilir. Olumlu yönüyle bu görünümde olan değerlendirme tam tersi sonuçlar da içermeye riskine sahiptir. Örneğin başvuru yollarının gösterilmediği bir işlemde idare süresinde yapılmayan başvuruyu reddedebilecekken, yargı makamları hak arama hürriyeti çerçevesinde bunu

⁶²⁶ ÖZTÜRK, a.g.e., s. 151

⁶²⁷ ODYAKMAZ, Zehra, a.g.m.,

aykırı görerek başvuruyu süresinde görebilecektir. Ya da ihaleye katılmayan kişiyi idare ehliyetsiz görürken, yargı yerleri ehliyetli görebilecektir.

Husumet açısından da idari yargı yerine dava açılırken dilekçede yanlış hasım gösterilmesi halinde idare mahkemesi doğru hasımı tespit eder ve dilekçeyi bu idareye gönderir. Oysa idareler kendilerine yanlış şekilde gelen başvuruları doğru yere iletmek zorunda kendilerini hissetmeyebilirler. Her ne kadar Dilekçe hakkının kullanılmasına Dair Kanunda doğru idareye gönderme yükümlülüğü var ise de, idareler bu başvurunun Dilekçe hakkı kapsamında bir başvuru olduğunu kabul etmeyebilir. Bu durumda başvuru, daha baştan muhatabını bulamamış olacaktır.

Başvurunun şekil koşulları açısından da idari makamlarla yargı makamları farklı uygulamalar yapabilirler. Örneğin başvuruda tarih olması zorunluluğu bulunması halinde bazı idareler tarih olmaması halinde bunu ilk aşamada ret sebebi görüp başvuruyu incelemeyebilirler. Oysa başka bazı başka idareler bunu tali bir eksiklik olarak görebilecektir. Kimi idareler imzalı, adresli ve TC numaralı başvuruları kabul ederken, diğerleri bu unsurların olmaması halinde reddedeceğini belirtmiş olabilir.

Bu nedenle hali hazırda idareler, kendi kurum gelenekleri çerçevesinde ve kendi mevzuatına göre başvuruları ele almaktadırlar. Başvurulara cevap verecek birimin tespiti dahi zaman alabilmektedir. Farklı birimlerin sorumluluk alanına giren başvuruların doğru merciyi bulabilmesi süreci uzatmaktadır. İlgili birimin keyfi bir yöntem benimsemesi ve bu durumun denetiminin eksik olması da sorunu daha ciddileştirmektedir. İdare yapılarının karmaşıklaşması, devlet kurumlarının ortak sorumluluk alanlarının bulunması, başvuru süreçlerinin ve usullerinin birbirinden farklı olması başvuru yollarını etkili olmaktan uzaklaştırmaktadır.

Oysa İdari Yargılama Usulü Kanununda nasıl ki ülkenin her yerinde ve her idari yargı merciinde aynı usulün ve sürelerin esas alınacağını bireyler bilmektedir ve bu durum öngörülebilir bir sistem oluşturmaktadır, idari işlemlerin yapılış usulü yönünden de ayrı bir usul yasası çıkarılarak tüm idarelerin işleyişinin ortak bir zemine kavuşturulması gerekmektedir. Bu sayede idarenin işlem ve eylemlerinin denetimi de daha etkin yapılabilir olacaktır.

Bununla birlikte, idari usul yasasının getirilmesinin kendi başına mutlaka daha aydınlıklı, demokratik bir yapıya kavuşmayı gerektirmeyeceği, idari usulün temel nosyonunun ve işlevinin iyi anlaşılması halinde paylaşımın temelindeki adaletsizliklere karşı kuvvetli bir adalet şurubu işlevi görebileceği, aksi durumda ise, olumlu içerikte bir transformasyon yerine deformasyon doğuran bir avatar ile karşı karşıya kalılabileceği ileri sürülmektedir.⁶²⁸

4.1.2.3. Olumsuz idari pratikler ve yerleşik idari kültür

Olumsuz idari pratiklerin varlığı, öngörülen hukuk yolunu etkili olmaktan çıkarabilir. İdarelerin temel hak ve özgürlükler yönünden uluslararası bakış açısından uzak olumsuz yerleşik uygulamalarının var olması ve bunların değişme ihtimalinin beklenmediği durumlarda olumsuz idari pratiğin varlığı kabul edilebilir. Bu durumda artık öngörülen hukuk yolunun etkisiz hale gelmesi söz konusu olduğundan, bu hukuk yolunun tüketilmesi zorunluluğu olmayacaktır.

Çoğu zaman idarelerin aynı hukuka aykırılığı bir silsile halinde farklı ilgililer bakımından tekrar ettikleri gözlemlenmektedir. Benzer idari işlemlerin tek tek iptal edilmek zorunda kalınması yargı makamlarını gereksiz yere iş yüküne boğduğu gibi, işlemin muhatapları bakımından zaman ve emek kaybına, dava masraflarına sebep olmaktadır.

İdareler bazen hukuka aykırı uygulamayı değiştirmemekte ısrarcı olmakta, iptal kararlarını ise sadece ilgili yönünden hüküm ifade etmesi nedeniyle diğer ilgililer bakımından dikkate almamaktadırlar. Böylece herkes birbirini emsal göstererek peş peşe davalar açmaktadırlar.

İdari yargılama usulümüzde henüz pilot dava, grup dava, seri dava gibi kurumlar da bulunmadığından her bir dosya için tüm yargılama süreçleri yoğun ve yorucu şekilde sürdürülmektedir.

⁶²⁸ ÇAL Sedat, İdari Usul Kanunu ve Bilgi Edinme Hakkı Gereksinimi Üzerine, Ankara Barosu Dergisi, 2012/2, s. 165

Özellikle tazminat talepleri yönünden hem İYUK 13. Maddenin hem de 659 sayılı Kanunda getirilen sulh kurumunun uygulanmasındaki engeller giderilmemiş ve bu yollar etkili hale getirilememiştir.

İdarelerin tazminat talepleri yönünden bu yaklaşımlarının iki temel sebebi olduğu söylenebilir. Birincisi yargı kararı olmaksızın tazminat talebinin ödenmesine karar verilmesi durumunda Sayıştay denetimi yönünden idarecilerin sorumluluk altına gireceği düşüncesi, ikincisi ise bu tür ödemeler bakımından idarelerin bütçelerinde özel bir kalem olmamasıdır. Bir başka sebep olarak da, idarelerce ödenmeyen miktarların, mahkeme kararı çıkana kadar faiz gibi birtakım gelirlerinden faydalanılmak istenmesi gösterilebilir.

Esasen bu sorunların çözümünün çok zor olduğu söylenemez. Hukuka aykırı idari uygulamayı bilerek sürdüren kamu görevlisine yönelik bir sorumluluk maddesi getirilmesi ve bütçeye ödenek konulması, Sayıştay denetimi yönünden ise idarecilerin takdir yetkisinin olacağı ancak özellikle eşitlik yönünden uygun bir denetime imkan veren hükümlerin getirilmesi sorunları çözebilecektir.

Sözleşmede öngörülen bir temel hakkın ihlal edildiği iddiası ile idareye yapılan başvuruya karşı idarenin isteksiz tutumu, etkili başvuru hakkına ulaşmayı doğrudan güçleştiren bir durumdur. Eğer idare emsal teşkil eden yargı kararından sonra da başka başvuru sahipleri yönünden yine eski uygulamasına devam ediyorsa tekrar eden olumsuz idari pratik olduğu kabul edilmelidir.

Bu durum, ülkedeki idare kültürüyle ve ülkedeki hukukun üstünlüğüne saygı bakış açısıyla ilgilidir. Uyuşmazlık çıkarmaktan kaçınan, bireylerle uzlaşmaya eğilimli, sorun çözücü bakış açısıyla olaylara yaklaşan, kamu gücünü dikkatli kullanan, katılımcılığı destekleyen, açık ve erişilebilir, hesap verilebilir bir idare, zaten bireylerin haklarını en üstün seviyede koruyup geliştirmeye çalışacaktır.

Aksine yalnızca yargı kararı getirilmesi halinde hukuka aykırı uygulamasından isteksizce vazgeçen bir idare, hukuk devletinin işleyişinde önemli bir sorun teşkil eder. Yargı makamları, idarenin karşısında onu dizginleyen ve sınırlandıran makamlar olarak değil, bireyle idare arasında çıkabilecek anlayış farklılıklarından kaynaklanan hukuki ihtilafları

çözümleyecek ikincil bir mekanizma olmalıdır. İyi idare, yargıya ihtiyaç duymadan bireylerin haklarına duyarlı olan idaredir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme ile uyumsuz eylemlerin tekrar ettiği ve buna devlet otoritelerinin resmî hoşgörüsünün bulunduğu durumlarda Sözleşmeye aykırılıkları olumsuz idari pratik olarak kabul etmektedir. Bu tür idari pratiklerin tespit edildiği başvurularda başvuruların olağan hukuk yollarını tüketmesi yararsız ve etkisiz bir çaba olarak algılanmaktadır.⁶²⁹ Başvurucunun evinin, görevlerini kötüye kullanan güvenlik güçleri tarafından yakıldığı ve eziyete maruz kalındığının ileri sürüldüğü Akdivar/Türkiye davasında ulusal makamların soruşturma yapmamaları ve destek sunma konusundaki eksiklikleri “özel koşul” olarak görülmüş ve Sözleşmeye aykırılığın idari pratik olduğu tespit edilerek hukuk yollarının tüketilmesine gerek olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.⁶³⁰

Yine AİHM, bir kararında;

“...Sözleşme ve Devlet’in resmi hoşgörüsü tarafından yasaklanan ve tüm prosedürü etkisiz veya gereksiz hale getiren eylemlerin tekrarlanmasına yönelik bir idari uygulama olduğunun kanıtlanması durumunda, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı uygulanmamaktadır (İrlande/Birleşik Krallık, 18 Ocak 1978, paragraf 159, seri A no 25 ; adı geçen Akdivar ve diğerleri, 66-67. paragraflar ; Danimarka/ Türkiye (karar), no. [34382/97](#), 8 Haziran 1999 ; Kıbrıs/Türkiye [Büyük Daire], no. [25781/94](#), paragraf 99, AİHM 2001-IV). Caraher/Birleşik Krallık kararında (no. [24520/94](#), AİHM 2000-I), ‘idari uygulama’ya ilişkin içtihat aşağıdaki şekilde özetlenmiştir:

‘Komisyon, ilk ‘Yunan davasından’ (Sözleşme Rehberi 11, s. 770), idari uygulama oluşturabilmek için iki unsurun gerekli olduğunu çıkarmıştır: eylemlerin yinelenmesi ve resmi hoşgörü. Eylemlerin yinelenmesi denilince, bir dizi münferit eylem değil, ortak koşullara bağlı ciddi sayıda eylemler anlaşılmaktadır (zaman, yer veya ilgili kişilerin tavırları). Mahkeme, Sözleşme ile uyumlu olmayan bir uygulamayı, benzer türde veya aynı olan sayı olarak çok olan ve münferit veya istisnai olmayan ve bir sistem veya bir bütün oluşturan ihmallerin birikimi olarak tanımlamıştır (İrlande/Birleşik Krallık, 18 Ocak 1978, seri A no.25, s. 64, paragraf 159). Resmi hoşgörü, eylemlerin açıkça yasadışı olmalarına rağmen, bu eylemleri yapanların gözetmenlerinin, bilinçli şekilde, bunları cezalandırmak veya eylemlerin tekrarlanmasını önlemek için hiçbir tedbir almamış olmaları veya bir üst makamın, iddialar karşısında, bunların gerçekliğine ilişkin ciddi bir soruşturma başlatmayarak kayıtsız kalması veya bu şikayetlere ilişkin olarak adil bir yargılama yaptırma imkanının olmamasını (bakınız, *mutatis mutandis*, Fransa, Norveç, Danimarka, İsveç ve Hollanda/Türkiye, başvuru no. 9940-9944/82, 6 Aralık 1983 tarihli Komisyon kararı, DR 35, s. 191, paragraf 19) ifade etmektedir. Bununla birlikte, Devlet’in en

⁶²⁹ Gürcistan/Rusya, AİHM, 13255/07, 03.07.2014 (Aktaran ŞİRİN)

⁶³⁰ Akdivar ve Diğerleri/türkiye, AİHM, 21893/93, 16.09.1996 (Aktaran ŞİRİN)

yüksek kademesinde resmi hoşgörü yoksa ve bazı eylemler için takip başlatılmışsa bile, bir uygulamanın varlığına karar verilebilir çünkü üst makamlar bu eylemlerin tekrarlanmasını önlemek için etkili tedbirlerin alınmasına yönelik sorumluluğu almaktadırlar (örneğin, bkz. adı geçen Irlanda/Birleşik Krallık davası, s. 64, paragraf 159).⁶³¹

Şeklinde tekrar eden idari uygulamalara karşı resmi hoşgörünün bulunduğu durumları olumsuz idari pratik olarak kabul etmektedir.

4.1.2.4. Başvuru yollarının gösterilmemesi/yanlış gösterilmesi

İdari usulün önemli ilkelerinden biri de başvuru yollarının ve sürelerinin gösterilmesidir. İşleme karşı nereye ve ne kadar süre içinde başvurulacağını bilmesi işlem muhatabının uğrayabileceği muhtemel mağduriyetlerin önlenmesini sağlamaktadır. Ayrıca idarenin “kanunu bilmemek mazeret değildir” düşüncesine sığınmasını engellerken, idarenin hasım olmadığını da göstermektedir.⁶³²

Etkili başvuru hakkının varlığından söz edilebilmesi için başvuru yollarının varlığından haberdar olunması gerekmektedir. Bu noktada çeşitli başvuru yollarının bulunduğu, karmaşık usullerin söz konusu olduğu durumlarda, özellikle de zorunlu idari başvuru yolunun öngörüldüğü durumlarda başvuru yollarının işlemde gösterilmesi son derece önemlidir.

İdare hukukundaki başvuru yollarının ve mercilerinin parçalı bir görünüm sergilediği ve oldukça karmaşık ve teknik yapı sergilediği bizim gibi ülkelerde, devlet işlemlerinde başvuru yollarının ve süresinin gösterilmesi, özellikle hak arama özgürlüğünün sağlanması bakımından hayati öneme sahiptir.

Anayasamızın 40. Maddesine göre;

“Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.”

⁶³¹ Manole ve Diğerleri/Moldova, AİHM, Başvuru No: 13936/02, 17.09.2009

⁶³² AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, Türk İdare Hukuku, s. 546

Bu kural, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 13. Maddesinde yer alan etkili başvuru hakkının bizim Anayasamızdaki karşılığı olan 40. Maddenin birinci fıkrasından hemen sonra gelecek şekilde belirtilmiş ve esasen AİHS’te belirtilmiş bir hak olmadığı halde daha ileri bir şekilde tanınmıştır.

Anayasa’nın tüm devlet makamlarına getirdiği bu yükümlülük, bazen yetkili makamlarca yerine getirilmemekte veya yanlış şekilde yerine getirilmektedir.

AİHS’de ayrıca belirtilmemesi nedeniyle Anayasa Mahkemesince de başvuru yollarının gösterilmesi ortak koruma alanında görülmemekte, bizatihi bu konuda yapılan bireysel başvurular hakkında konu yönünden yetkisizlik gerekçesiyle kabul edilemezlik kararları verilmektedir. Ancak bazı durumlarda, ileri sürülen temel hakkın niteliğine göre özellikle süreye ilişkin konularda, Anayasa Mahkemesi böyle durumların iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı yönünden bir istisna ürettiği düşüncesindedir.

Örneğin Kommersan Kombassan başvurusunun konusu, iş kazası sonucunda yaşamını yitiren bir kişinin yakınlarının açtıkları tazminat davasıdır. Bu dava asliye hukuk mahkemesinde açılmıştır. Davayı gören mahkeme, davayı iş mahkemesi sıfatıyla gördüğünü tutanaklarda belirtmemiştir. Kısa ve gerekçeli kararda da kanun yolu süresi, tebliğ tarihinden itibaren 15 gün olarak belirtilmiştir. Yargıtay ise söz konusu davayı iş davası olarak almış, mahkemenin de iş mahkemesi sıfatıyla karar verdiğini, bu nedenle de ilgili kanun uyarınca temyiz süresinin tefhim süresinden itibaren 8 gün olduğunu belirterek temyiz dilekçesini reddetmiştir.

Konu Anayasa Mahkemesinin önüne geldiğinde ise Mahkeme, Yargıtay’ın bu yorumunun başvuru sahiplerinin temyiz hakkını kullanmalarını imkansız kılacak ölçüde ve kanunun hükümlerine olağanın dışında bir anlam verir nitelikte olduğunu ve öngörülebilir olmadığını söylemiştir. Bu olayda başvuru sahiplerinin ilgili hukuk yolunu tüketmemiş olmaları başvurunun kabul edilebilir olmasına engel oluşturmadığı gibi mahkemeye erişim hakkının ihlaline sebep olmuştur.⁶³³

⁶³³ ŞİRİN Tolga; Bireysel Başvuru Usul Hukuku, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, Ankara, 2018

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında da, ilgililerin başvuru mercilerinin işlemde gösterilmediği gerekçesiyle etkili başvuru haklarının ihlal edildiği iddiasını incelemiş ve başvuru yollarının gösterilmemesinin, Sözleşmenin ve Anayasanın ortak koruma alanı kapsamında olmadığına karar vermiştir. Söz konusu kararda:

“...Diğer taraftan Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde ve etkili başvuru hakkını düzenleyen 13. maddesinde, Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır" şeklinde bir güvence öngörülmemiştir. Anılan hükümle devlete, işlemlerinde ilgili kişilerin hangi kanun yollarına ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtme yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu itibarla Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanının dışında kalan söz konusu güvencenin bireysel başvuru kapsamında incelenemeyeceği anlaşılmaktadır (Özbakım Özel Sağlık Hiz. İnş. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti., § 32)...”⁶³⁴ şeklinde belirtilen gerekçeyle başvuru yollarının gösterilmemesi nedeniyle etkili başvuru hakkının ihlal edildiği iddiasını incelememiştir.

Bununla birlikte anayasa mahkemesinin bireysel başvuru yargısının koruma alanında olmasa da Anayasamızla getirilen bu teminat oldukça önemli bir işleve sahiptir. Esasen hak arama özgürlüğü, mahkemeye erişim hakkı gibi temel pek çok konuyla ilgisi olan başvuru yollarının gösterilmesi zorunluluğu, kişilerin haklarında tesis edilen işlemlere karşı hangi süre içinde ve nereye müracaat edebileceğine ilişkin yol çizmektedir. Anayasa Mahkemesi de, Anayasanın 40. Maddesindeki bu kuralı doğrudan uygulanabilir bir kural olarak görmektedir.⁶³⁵

Anayasanın 40. Maddesinde sadece idarenin işlemlerinden değil, tüm devlet makamlarının işlemlerinden söz edilmektedir. Dolayısıyla yargı ve yasama işlemlerinde de başvuru yollarının gösterilmesi gerektiği anlamı maddenin lafzından çıkmaktadır.

Farklı dava açma sürelerinin öngörüldüğü işlemler yönünden başvuru yollarının gösterilmesinin özel bir işlevi de vardır. Nitekim Danıştay da genel dava açma süresinden farklı bir dava açma süresi öngörülen işlemler yönünden işlemde başvuru yolu ve süresinin gösterilmemesi halinde öğrenme tarihini esas almakta ve süre aşımı nedeniyle hak kaybına yol açılmasını uygun görmemektedir. Ancak yazılı bildirimin öngörüldüğü hallerde öğrenme tarihini değil bu bildirimi esas almakta ve başvuru yollarının gösterilmediği uyuşmazlıklarda

⁶³⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 21.10.2020 tarih ve Bireysel Başvuru No:2018/37550 sayılı kararı, www.anayasa.gov.tr

⁶³⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 08.02.2014 tarih ve E:2004/84, K:2004/124 sayılı kararı

öğrenme tarihini esas alarak davayı süreaşımı nedeniyle reddeden Mahkeme kararlarını bozmaktadır.⁶³⁶

Başvuru yollarının veya süresinin yanlış gösterilmesi halinde de, Danıştay yine hak kaybına uğratmayacak bir çözümü benimseyerek işlemde gösterilen mercie iyiniyetle başvuran ilgiliyi koruyucu bir yorum yapmaktadır.

Danıştay'ın bu bakış açısı, son derece dağınık olan idare hukuku mevzuatımızda yer alan başvuru süreleri ve mercileri konusunda hataya düşen idareler nedeniyle yanlış yönlendirilen ilgilileri koruyucu niteliktedir. Zira, asıl olan mahkemeye erişimin kolaylaştırılmasıdır.

İşlemde başvuru yollarının hiç gösterilmemesi işlemi yalnızca bu sebepten iptale mahkum kılmamaktadır. Danıştay, işlemde başka hukuka aykırılık sebepleri de olması halinde ancak bu sebeplerle birlikte işlemin iptaline karar vermektedir. Aynı şekilde işlemde başvuru yollarının eksik gösterilmesi veya başvuru süresine yer verilmemesi de sadece bu sebepten işlemi iptale mahkum kılmamaktadır. Bir başka deyişle Danıştay tek başına başvuru yollarının gösterilmemesini tali şekil noksanlığı olarak görmektedir.

Oysa idari işlem metninde hangi kanun yolları ve mercilere başvurulacağı ve sürelerinin gösterilmesinin işlemin şekil unsuru yönünden Anayasanın emri olduğundan, bu emre uyulmamış olmasının ise (tali-asli şekil sakatlığı değerlendirmesi yapılmaksızın) işlemi şekil bakımından sakatlayacağı belirtilmektedir.⁶³⁷

Başvuru yollarının gösterilmesi, etkili başvuru hakkı açısından oldukça önemlidir. Başvuru yolları bilinmeden bu yolların etkin şekilde kullanımı pek de mümkün değildir. Elbette devletler veya idareler sadece işleme yazarak değil, kamuoyunda başvuru yollarını tanıtarak da bireyleri bilinçlendirebilirler. Ancak istenen faydanın sağlanabilmesi ve pratikte etkili başvuru hakkının sağlanabilmesi için idari işlemlerde başvuru yollarının gösterilmesi oldukça önemlidir.

⁶³⁶ Danıştay 13. Dairesi, E:2021/1755, K:2021/2263, 15.06.2021; benzer yönde Danıştay 13. Dairesi, E:2021/1825, K:2021/2256, 15.06.2021

⁶³⁷ AKYILMAZ Bahtiyar; İkibinli Yıllarda Türkiye’de İdari Usul: Yoksa Var Mı?, Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, 148. Yıl, Ankara 2016, s.213

Uygulamada çoğu zaman idari işlemlerde yalnızca dava yolunun ve süresinin başvuru yolu olarak gösterildiği görülmektedir. Hatta bazen idari işlemin tebliğ edilmediği de görülmektedir. (Ör. 6087 sayılı Kanun'da sadece karar sonucunun bildiriminden söz edilmesi nedeniyle uygulamada kararın kendisi tebliğ edilmemektedir) Oysa başvuru yolları sadece yargısal yollarla sınırlı değildir. İdarenin işlemlerinde yargısal yollarla birlikte idari başvuru yollarına da yer verilmesi gereklidir. Örneğin ombudsmana başvuru ya da Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumuna başvuru yolu gibi. Özellikle dava yolunun kapalı olduğu durumlarda işlemde idari başvuru yollarının gösterilmesi daha da önem kazanmaktadır. İşlemin tebliğ edilmediği durumlarda da en azından kararın sonucuyla ilgili tebliğ müzekkeresinde başvuru yolları gösterilmelidir.

Başvuru yollarının gösterilmesi AİHM tarafından doğrudan korunan bir hak olmasa da ya da AYM tarafından ortak koruma alanında kabul edilmese de, devletlerin karmaşık olmayan usuller ve başvuru yolları öngörmesi gerekmektedir. Yeni kurulan yolların varlığının bilinebilir olması konusunda devletin pozitif yükümlülüğü olmaktadır. (Bu anlamda yeni kurulan hukuk yolunun bilinebilir olması bakımından en az 6 aylık bir sürenin geçmesi aranmaktadır) Başvuru mercilerinin ve usullerinin çeşitli ve karmaşık olması erişilebilirlik unsurunu etkileyerek etkili başvuru hakkının ihlaline sebep olabilmektedir.⁶³⁸

Ayrıca yine bazı idari başvurularda işleme karşı dava açmadan önce gidilmesi zorunlu bir idari başvuru yolu varsa, buna yer verildiği, ancak ihtiyari başvuru yollarına yer verilmediği gözlemlenmektedir. Bu uygulamalar, etkili başvuru hakkının sağlanmasındaki pratik engellerden bazıları olarak karşımıza çıkmaktadır.

Etkili başvuru hakkının tam olarak hayata geçebilmesi için tüm ihtiyari ve zorunlu idari başvuru yolları ile yargı yolunun süreleriyle birlikte işlemde belirtilmesi uygun olacaktır. Bu durumun kişilerde kafa karışıklığı ve hangi yola başvuracakları konusunda bir tercih zorluğu oluşturabileceği söylenebilirse de, olması gerekenin bu usullerin sadeleştirilmesi ve başvuru usullerinin tek bir İdari Usul Yasasında toplanmasıdır.

⁶³⁸ V.M. ve Diğerleri/Belçika, AİHM, Başvuru No: 60125/11, 07.07.2015 kararında Belçika'daki başvuru yolunun teoride pratik görünmesine rağmen pratikte çok karmaşık ve uygulanması zor nitelikte olması nedeniyle erişilebilir olmadığı tespit edilmiş, 13. Maddenin ihlaline karar verilmiştir.

4.1.2.5. Zorunlu İdari Başvurular ve Zımni Ret İşlemleri Yönünden Oluşan Hak Kayıpları

AIHM ve AYM önünde bireysel başvuru yapılabilmesi için iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekmektedir. İç hukuk yollarından kasıt, zorunlu dava açılmasından önce başvurulması zorunlu olan idari başvuru yolları ile olağan kanun yollarıdır. İhtiyari başvuru yollarının da bazı durumlarda tüketilmesi gerektiğini görmüştük.

Zorunlu idari başvurular Devlet açısından ihlali gidermede iki aşamalı şansın olduğunu göstermektedir. Devlet ihlali zorunlu idari başvuru aşamasında giderebileceği gibi konunun yargı mercilerine taşınması durumunda yargı makamları aracılığıyla ihlali gidermede ikinci bir şansa sahip olacaktır.

Bununla birlikte uygulamada (yeni kurulan tazminat komisyonlarına başvurular dışında) zorunlu idari başvuru süreçlerinde ihlalin giderilmesinin sık rastlanan bir durum olmadığı, dava açmadan önce tamamlanması gereken usuli bir süreç olarak algılandığı, hatta hakka ulaşmayı geciktiren ve yavaşlatan bir aşama olarak algılandığı görülmektedir.

Oysa zorunlu idari başvuru karşısında idarenin takınacağı tutum temel hakları korumada önemli bir işlev görebilecek potansiyele sahiptir. Zorunlu idari başvuru yoluna gidilmesi, ileride yargı yoluna gidileceğinin de habercisi olabilecektir. İdare bu ihtimale karşı işlemin gerekçelerini daha ciddi şekilde gözden geçirebilecek ve gerektiğinde işlemi iptal ederek ya da yeni bir işlem tesis ederek ya da başvurunun konusuna göre tazminat ödemek suretiyle vs. sorunu kaynağında çözebilecektir.

Bu noktada özellik arz eden önemli bir konu zorunlu idari başvurularda öngörülen başvuru süresi ile dava açma süresinin genel dava açma süresinden kısa olması durumudur. Bu hal, özellikle de işlemde başvuru yolları ve süresinin gösterilmediği durumlarda ciddi hak kayıplarına yol açabilecek niteliktedir.

Böyle bir durumda öncelikle mahkemeye erişim hakkının etkileneceği söylenebilir. Sözleşmedeki bir temel hakkın ihlali iddiasına karşı öngörülen zorunlu idari başvuru yolu tüketilmeden dava açıldıysa süre aşımı nedeniyle esasa girilmeden reddedilecektir. Dolayısıyla ilgililer, süre aşımı nedeniyle yargısal denetimden mahrum kalacakları için,

diğer idari yolların da sonuç vermediği hallerde etkili başvuru hakkından yoksun kalacaklardır.

İdari işlemlerin uzunca bir süre iptal tehdidi altında kalmaları hukuki istikrar ilkesi açısından olumsuz bir durumdur. Bununla birlikte bir idari işleme veya eyleme karşı genel dava açma süresinden farklı bir dava süresi öngörülüyorsa bunun makul bir gerekçesinin bulunması gereklidir.

Örneğin ihale işlemlerinde dava açmadan önce zorunlu bir idari başvuru süreci öngörülmüştür. Buna göre ilgililer önce Kamu İhale Kurumuna başvurmak zorundadırlar. Bu başvuru yolunda 10 günlük (belirli hallerde 5 günlük) süre öngörülmüştür. Belirtilen süreden sonra yapılan başvurular süre aşımı nedeniyle reddedilmekte, dava açılması halinde de merciine tevdi edilmeyip yine süre aşımı nedeniyle reddedilmektedir.

Bir uyuşmazlıkta Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikâyet yoluyla başvurup haklı çıktıktan sonra başvuru bedelinin tarafına iade edilmemesinin mülkiyet, adil yargılanma ve etkili başvuru haklarını ihlal ettiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılmış, Anayasa Mahkemesince;

“..Başvurucunun, itirazın şikâyet başvurusu sırasında Kurumca kendisinden tahsil edilen bedellerin iade edilmesi konusunda KİK'ten talepte bulunması, Kurumun bu talebe olumsuz cevap vermesi hâlinde bu işleme karşı idare mahkemelerinde dava açması yasal olarak mümkündür. Yine başvurunun da ifade ettiği, şikâyet başvuru bedelinin yargılama gideri olarak kabul edilmesi ve buna bağlı olarak kurul kararıyla iadesine hükmedilmesi gerektiği yönündeki itirazlarını, kararlara karşı idare mahkemesinde açacağı davada ileri sürmesi imkânı da bulunmaktadır. Nitekim başvuru bedelinin niteliğinin ne olduğu, ilgili kanunda hüküm olmamasına rağmen şikâyetin haklılığının tespit edilmesi hâlinde şikâyetçiye iadesinin gerekli olup olmadığı hususlarının yargılama yapılarak mahkemece değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu açıdan, hukuki yolların etkisiz olduğunu ortaya koyan somut, kabul edilebilir gerekçeler sunmayan başvurunun, tüketilebilecek etkili bir hukuk yolunun bulunmadığına yönelik soyut değerlendirmeleri başvuru yargı yoluna başvurma yükümlülüğünden kurtarmaz. Bunun yanında şikâyet konu iddialar açısından, başvuru yollarının tüketilmesi kuralına istisna tanınmasını gerektiren özel bir durumun da bulunmadığı görülmektedir...”⁶³⁹ gerekçesiyle zorunlu idari başvuru yolunun ve sonrasında idari yargı yolunun tüketilmesinin gerektiği, dolayısıyla bu

⁶³⁹ Turkuaz Yemek Temizlik Güvenlik Hizmetleri ve Gıda Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2013/3389, 16.09.2015

uyuşmazlık yönünden KİK'e yapılacak başvurunun etkili başvuru yolu olduğunu belirtmektedir.⁶⁴⁰

Bununla birlikte mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasıyla başvuru alan bir uyuşmazlıkta AYM:

“...Sözleşmenin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. Maddesinde ve etkili başvuru hakkını düzenleyen 13. Maddesinde, Anayasanın 40. Maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yollarına ve mercilerine başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.” Şeklinde bir güvence öngörülmemiştir. Anılan hükümle devlete, işlemlerinde ilgili kişilerin hangi kanun yollarına ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtme yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu itibarla Anayasa ve Sözleşmenin ortak koruma alanının dışında kalan söz konusu güvencenin bireysel başvuru kapsamında incelenemeyeceği anlaşılmaktadır..”⁶⁴¹

AYM, aynı kararda ivedi yargılama usulünde öngörülen 30 günlük sürenin ihalenin iptali istemiyle açılan davada, idari yargı kolunda açılacak davalara ilişkin usulü belirleyen genel kanun niteliğindeki İYUK içinde yer almasını da mahkemeye erişim yönünden aleyhe bir durum olarak nitelendirmemiştir.

Zorunlu idari başvuruların etkili başvuru hakkıyla ilgili bir başka boyutu da, kanunda öngörülen özel başvuru yolları sayesinde olumlu şekilde hızlı bir çözüm yolu sağlayabilmeleridir. Örneğin Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Tazminat Komisyonunun, başvuru yapanlar hakkında tazminat taleplerine ilişkin uyuşmazlıkları çözebilmesi için etkili bir yol oluşturduğu ve bu sayede etkili başvuru hakkını güçlendirdiği söylenebilir.

Peki idareye başvuru yapılmasından sonra idarenin başvuru karşısında susması halinde nasıl bir durum oluşacaktır? Anayasanın 74. Maddesi idarelere cevap verme yükümlülüğü yüklediğinden, susma durumunda idarenin de bir karar verdiğini kabul etmek gerekmektedir. Susma, idare hukukumuzda talebin reddedildiği şeklinde bir karineye sebep olmuştur. İYUK 10,11 ve 13. Maddelerinde susmanın zımnî ret anlamına geleceğini belirterek, dava açma süresinin başlatılabileceğini kurala bağlamıştır. Bu genel kural

⁶⁴⁰ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53. Maddesinin (j) bendine 16.11.2022 tarih ve 7421 sayılı Kanunla eklenen hüküm ile, başvuru sahibinin iddialarının tamamında haklı bulunması halinde Kurul kararı ile itirazın şikayet başvuru bedelinin iadesine karar verileceği düzenlenmiştir.

⁶⁴¹ Yaşar Koşar Başvurusu, AYM, 2018/37550, 21.10.2020

haricinde ise susmanın zımnî kabul işlemi olarak kabul edilebilmesi için kanunda açık hüküm olması gerektiği kabul edilmektedir.

Zımnî ret işlemlerinin özünde iyi idare ile bağdaşmadığı düşünülebilir. Zira idare birey karşısında onun talebini reddetmeye bile tenezzül etmemiştir. Başvuruyu bir nevi yok saymıştır. Üzerine iradesini ortaya koyacak bir işlem tesis etmemiştir, umursamamıştır. Bazen de sorumluluktan kaçmak için bu yolu seçmektedir. Eğer cevap verilmezse, cevabın içeriğinde alınması gereken net tavırdan dolayı kimsenin sorumlu tutmayacağı kaçamak bir alan idare için daha güvenli gelebilmektedir. Farklı idarecilerin birbiriyle zıt görünüm sergilememek amacıyla da kullandıkları bir yöntemdir. Bazen de konunun tam bilinmemesi veya daha sonra kendileri için bağlayıcı bir durum oluşmaması için bu yapılmaktadır.

Oysa, birey talebine cevap beklerken her gün idarenin ne tür bir davranış tercih edeceğini düşünmekte ve başvurusunun olumlu sonuçlanmasını ümit etmektedir. Nihayetinde kimse daha uzun süreceği neredeyse aşikar olan yargı yolunda zamanını tüketmek istememektedir. Zımnî ret işlemi ise bireye uzlaşma şansı bile tanımamaktadır. İşlemin geri alınacağı/değiştirileceği ihtimallerini yok etmektedir. İlgililer, işlemin sebebini ya da gerekçesini bile öğrenemediği bir süreçle karşı karşıya kalmaktadır.

İdarenin zımnî ret işlemleri nedeniyle ilgililerin hak arama özgürlüğü ve etkili başvuru hakkı olumsuz etkilenmektedir. Olumsuz işlem nedeniyle idarenin iradesi tam olarak ortaya çıkmadığından yargı denetimi sırasında idarenin iradesi netleştirilmeye çalışılmaktadır.

Ancak ortada yazılı bir cevap/irade/işlem olmadığından başvuru yollarının gösterilmesi, gerekçe yükümlülüğü gibi pek çok temel ilke ortadan kalkmaktadır. Yanlış idareye yapılan başvurular veya 11. Maddedeki üst merci dışındaki bir mercie yapılan başvurular gibi durumlarda hak kayıpları ortaya çıkabilmektedir.

Özellikle zorunlu idari başvuru yolu öngörülen durumlarda ise, idarenin cevap vermemesi halinde özel hukuktaki ihtar çekilmesine benzer bir durum oluşmaktadır. Zorunlu idari başvurularda bulunabilmek için bir de dava açma süresinden farklı olarak düzenlenmiş süreler mevcutsa, idarenin susması sonrası süre koşuluna uyulmaması nedeniyle davanın da

esasının incelenememesi gibi bir durum ortaya çıkabilecek ve etkili başvuru hakkı zedelenmiş olabilecektir.

Üstelik zımni ret için kanunlarda genel dava açma süresinden farklı süreler de öngörülmüş olabilir. Gerek idareye başvuru için gerekse zımni ret işleminden sonra dava açma süresinin farklı düzenlendiği konularda, temel haklara ilişkin bir ihlal oluşması durumunda etkili başvuru hakkına yönelik bir müdahale olduğu varsayılabilir.

4.1.2.6. Harç, vekalet ücreti, adli yardım gibi konulardan kaynaklı sorunlar

Gerek idari gerekse yargısal başvuru aşamalarında alınan harç, adli yardım, vekalet ücreti, başvuru/yargılama giderleri konuları etkili başvuru hakkını engelleyici şekilde düzenlenmiş veya uygulanmakta olabilir. AİHM, birçok kararında mahkemeye erişim hakkı bağlamında dava harcı, vekalet ücreti, yargılama giderleri veya adli yardım gibi konuların hakkın kullanımını orantısız şekilde sınırlandırmadığı durumlarda geçerli sayılabileceğini uygun görmüştür.

Her ne kadar anılan konular adil yargılama hakkına dahil unsurlar olarak mahkemeye erişim hakkı bağlamındaki AİHM kararlarına konu olmuşsa da, aynı sebeplerin idari başvurular yönünden de geçerli olmaması için herhangi bir sebep bulunmamaktadır. Buna göre idareler, kanuna aykırı olmamak kaydıyla başvuru yapılmasını belli şekil ve usul kurallarına tabi tutabilirler. Eğer bu uygulamalar idari başvuru yolunun erişilebilirliğini hakkı kullanılamaz hale getirecek ölçüde engelliyorsa, bu durumda etkili başvuru hakkı zedelenmiş sayılabilir.

Diğer yandan başvuru harcı ya da başvuru giderleri Anayasanın 74. Maddesi uyarınca ancak kanunla konulabileceğinden, kanunlarda idari başvuru için bu şekilde kısıtlayıcı düzenlemeler olması halinde yine etkili başvuru hakkının sınırlandığından söz etmek gerekecektir. Ancak etkili başvuru hakkının ihlal edildiği sonucuna varmak için olayın özelliğine göre tek başına başvurunun zorlaşmış olması yeterli olmayabilir.

Bu anlamda çok yüksek başvuru harçları, vekalet ücretleri, ya da yolun kullanımını bariz şekilde zorlaştıran prosedürler, adli yardımdan yararlanamama gibi etkenler etkili başvuru hakkı yönüyle de erişilebilirliği engelleyerek hakkı işlevsiz hale getirebilmektedir.

Örneğin S.B. başvurusunda, adli yardım talebinin reddedilerek davanın incelenmemesi nedeniyle kötü muamele yasağıyla bağlantılı olan etkili başvuru hakkının ihlal edildiği iddia edilmiş, Anayasa Mahkemesi kararında:

“42. Somut başvuruda, adli yardım talebi içeren iptal davası ile başlayan yargısal süreçte sonuç olarak Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddiasının başvuruçunun beyan ve iddia ettiği en başta adli yardım koşullarının var olup olmadığı hususunda herhangi bir araştırma ve değerlendirme yapılmaksızın sadece harç ve giderlerin süresinde yatırılmaması nedeniyle Mahkeme tarafından incelenmediği anlaşılmıştır.

43. Bu doğrultuda kanun yolu inceleme aşamasında da Danıştay'ın Mahkemenin kabulü ile aynı yaklaşımı göstererek temyiz başvurusunda bulunulmamış sayılmasına karar vermesiyle başvuruçunun ekonomik durumunun söz konusu ödemeyi gerçekleştirmeye elverişli olmadığını başından beri ifade etmesine rağmen adli yardım hususunda herhangi bir değerlendirme yapılmadığı anlaşılmıştır. Özellikle başvuruçunun Daireye sunduğu ve kendisi gibi Rusya vatandaşı olup aynı koşullara sahip Çeçen uyrukluların adli yardımdan yararlandırıldığı hâlde kendisinin yararlandırılmaması ile ilgili herhangi bir değerlendirme yapılmadığı görülmüştür.

44. Beyan ettiği şartlar çerçevesinde ihlal iddialarını kanıtlamak konusunda devlete göre dezavantajlı pozisyonda olan yabancı uyruklu başvuruçunun maddi olgulara dayalı iddialarının İdare Mahkemesi tarafından herhangi bir araştırma yapılmaksızın davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi ve böylece iddiaların esas hakkında bir inceleme yapılmaması nedeniyle somut olayda başvuruçuya, kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin şikâyetler yönünden etkili başvuru imkânının sağlandığının söylenebilmesi mümkün değildir.”⁶⁴² gerekçesine yer verilmiştir.

4.1.2.7. Davanın ilk inceleme aşamasındaki sorunlar

Yargısal makamlar da kimi zaman özellikle ilk inceleme konularını katı yorumlayarak mahkemeye erişim hakkını ve adil yargılanma hakkıyla birlikte etkili başvuru hakkını ihlal etmektedirler. Zira bu gibi durumlarda davanın esasının incelenme olanağı ortadan kalkabilmektedir.

İhale uyuşmazlığına ilişkin olarak etkili başvuru hakkının ihlal edilebileceğini belirterek ehliyet ret kararını bozan Danıştay Onüçüncü Dairesi, kararda şu ibarelere yer vermiştir:

“...Dava ehliyetinin bir alt unsuru olan sübjektif ehliyetin varlığının, ihale sürecinde aday, istekli ve istekli olabileceklerle sınırlandırılması; Anayasa'nın 125,...36,...Avrupa

⁶⁴² S. B. Başvurusu, AYM Başvuru No:2017/19758, 02.12.2020

İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. ... ve “etkili başvuru hakkı “ başlıklı 13. Maddesini...ihlal edecektir.”⁶⁴³

Dava açma süresinin şekilci bir yorumla değerlendirilmesi halinde de etkili başvuru hakkının ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiği söylenebilecektir. Zira davanın esasını incelenememiş olacaktır.

Anayasa Mahkemesi, mahkemelerin usul kurallarını uygularken yargılamanın hakkaniyetine zarar getirecek ölçüde katı şekilcilikten kaçınmaları gerektiği gibi, kanunla öngörölmüş usul şartlarının ortadan kalkmasına neden olacak ölçüde aşırı esneklikten de kaçınmaları gerektiğini vurgulamaktadır.⁶⁴⁴

Anayasa Mahkemesi Osman Kızılcın başvurusunda, 5233 sayılı Kanun uyarınca yapılan başvuru üzerine dava açma süresini değerlendirmiş ve teorik olarak etkili olan bu yolun idare mahkemesinin katı ve şekilci yorumu nedeniyle pratikte etkisiz hale geldiğini belirtmiştir.⁶⁴⁵

Yine görevli ve yetkili mahkemenin tespitinde yaşanan gecikmeler ve sıkça rastlanan gönderme kararları, hasım düzeltme kararlarının dosya tekemmül ettikten sonra verilip yeniden tebligat safhasının başlaması, süre aşımı konusundaki katı yorumlamalar, idari yargı denetimine kapalı olduğu yorumu yapılan bazı konuların dar yorumlanması (örneğin: HSK genel Sekreterliğince tesis edilen işlemlere karşı yargı yolunun bulunmadığı yorumu üzerine İdare Mahkemesince incelenmeksizin ret kararı verilmesi üzerine bireysel başvuruya gidilmiş Anayasa Mahkemesi yargı denetimine kapalı olanların Kurul kararları olduğunu kararında belirtmiştir.⁶⁴⁶ Hükümet tasarrufu şeklinde değerlendirilen milletlerarası antlaşmalardan kaynaklanan uygulama işlemlerinde ayrılabilir işlem kuramının belli durumlarda gözardı edilmesi, ehliyet konusunda sınırlandırıcı yaklaşımlar da bir yandan adil yargılanma hakkıyla birlikte etkili başvuru hakkını da ihlal edebilecek konulardır.

⁶⁴³ Danıştay Onüçüncü Dairesi, E:2021/896, K:2021/1773, 18.05.2021; benzer yönde, Danıştay Onüçüncü dairesi, E:2021/72, K:2021/555, 18.02.2021

⁶⁴⁴ Yaşar Koşar Başvurusu, AYM, 2018/37550, 21.10.2020

⁶⁴⁵ Osman Kızılcın Başvurusu, AYM Başvuru No: 2021/11655, 28.07.2022

⁶⁴⁶ Seyfullah Çakmak Başvurusu, AYM Başvuru No:2018/14529, 15.12.2020

4.1.2.8. Yürütmenin durdurulması aşamasındaki şekli incelemeler

Yürütmenin durdurulması, devam eden ihlaller yönünden en önemli müdahale aracıdır. Yürütmenin durdurulması İYUK md. 27’de açık hukuka aykırılık ve telafisi imkansız zarar koşullarına bağlanmıştır.

Uygulamada yargı makamlarının iş yükünün fazla olması nedeniyle yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin kararlar şablon karar şeklinde ve gerekçesiz olarak verilmektedir. Bu şablon kararlarda yalnızca İYUK md. 27’deki koşulların gerçekleşmediği belirtilmekte, ayrıca ilgililerin iddiaları incelenmemekte ve detaylı değerlendirme yapıldığını gösteren ayrıntılara kararda yer verilmemektedir. Oysa gerekçeli karar hakkı her tür mahkeme kararı için geçerlidir. YD kararlarının da gerekçeli olarak belirtilmesi hukuk devleti açısından daha uygun olacaktır.

Yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlar ise, neredeyse bir iptal kararı imişcesine, tarafların iddialarının karşılandığı, konunun birçok yönden incelendiği ve bu değerlendirmelerin karara yansıtıldığı gerekçeli kararlar şeklinde verilmektedir. Bir uyuşmazlıkta yürütmenin durdurulmasına karar verilmiş ise, artık esasta da iptal kararı çıkması beklenebilmektedir. Aksi durumlar ise mevzuat değişikliğinden ya da önemli bir fiili durum değişikliğinden kaynaklanmaktadır. Bunun haricinde çoğu zaman yürütmenin durdurulmasına ilişkin karar, herhangi bir değişiklik yapılmaksızın esas karar olarak sonraki süreçte alınmaktadır.

Yürütmenin durdurulması kararları gerekçeli ve iddiaların genellikle karşılandığı kararlar şeklinde alınıp ilgililere tebliğ edildiğinden hukuki tatminin de büyük ölçüde gerçekleştiği söylenebilir. Yürütmenin durdurulması kararı işlemin iptal edilmesiyle aynı etkiyi doğurur. Yani işlem hiç yapılmamış sayılır. Dolayısıyla AİHS ve eki protokollerden birinin idarece ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü hallerde, ihlalin durdurulmasında oldukça etkili bir müessesedir. İdare de, yürütmenin durdurulması kararını gecikmeksizin ve en geç 30 gün içerisinde uygulamak zorundadır. Bu bağlayıcılık, yürütmenin durdurulması kararlarına etkili olma vasfı vermektedir.

Bununla birlikte, uygulamada temel haklara ilişkin olarak açılan pek çok davada yürütmenin durdurulması kararı verilmediği de görülmektedir. Ret kararının gerekçesiz

olması nedeniyle de, Mahkemenin nasıl bu sonuca vardığı, ne gibi hususları incelediği ve nasıl bir değerlendirme yaptığı anlaşılamamaktadır. Bu nedenle pek çok AİHM kararında, idare mahkemelerinin verdiği yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin kararın titizlikle yapılmış bir yargısal inceleme olmaksızın alındığı yönünde tespitler vardır. Özellikle sınır dışı etme kararlarına karşı açılan davalarda, gönderilen ülkede ilgilinin karşılaşacağı kötü muamele riskinin dikkate alınıp alınmadığının karardan anlaşılamadığı belirtilmektedir.

Yine ancak belli sürelerde yapılabilecek faaliyetlerin idarece engellenmesi gibi hallerde yürütmenin durdurulması müessesesi önem kazanmaktadır. Zira faaliyetin öngörülen zaman diliminde yapılamaması, bizatihi esasta verilecek karar farklı olsa dahi ihlali önleyememektedir. Bu durumda söz konusu davanın artık etkili bir yol olmaktan çıkması söz konusu olabilmektedir.

Örneğin, Kristal İş Sendikası başvurusunda, Bakanlar Kurulu kararı ile grevin durdurulmasına ilişkin aldığı kararda AYM;

“...Somut olayda başvuru Sendika, toplu iş sözleşmesi görüşmeleri sürerken üyelerinin menfaatlerini korumak üzere grev kararı almıştır. Bakanlar Kurulunun, 25/6/2014 tarihli kararıyla grevin uygulanması 60 gün süreyle ertelenmiştir. Başvurucu, buna yönelik olarak iptal davasıyla birlikte yürütmenin durdurulmasını da talep etmiştir.

33. 60 günlük sürenin sonunda Sendika, yetkisinin düşmesinin önüne geçmek için 6356 sayılı Kanun’un 63. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince uyuşmazlığın çözümü için Yüksek Hakem Kuruluna başvurmak veya toplu iş sözleşmesi imzalamak zorunda kalacaktır ki mevcut başvuruda da ikinci durum gerçekleşmiştir. Uyuşmazlığın Yüksek Hakem Kurulunun önüne getirilmesi durumunda ise verilen karar, Anayasa’nın 54. maddesi uyarınca kesin ve toplu iş sözleşmesi hükmünde olduğundan bu aşamadan sonra idari dava kapsamında işin esasına yönelik olarak verilecek bir iptal kararı toplu iş sözleşmesindeki hakları korumak için yapılan grev hakkını canlandıramayacaktır. Bu nedenle iptal davasının esastan karara bağlanması, somut olayın koşullarında Anayasa’nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası anlamında tüketilmesi gereken bir yol olarak nitelendirilemez.

34. Sonuç olarak mevcut başvuru yönünden, başvuru Sendikasının grev hakkının engellendiği iddiası bakımından makul bir başarı şansı sunan ve bir çözüm sağlayabilecek başvuru yolunun, Sendikasının grev kararını tekrar uygulamaya koymasına imkân tanıyabilecek yürütmenin durdurulması usulü olduğunun kabulü gerekir.”⁶⁴⁷

⁶⁴⁷ Kristal-İş Sendikası Başvurusu, AYM Başvuru No:2014/12166, 02.07.2015

gerekçesini belirtilmiştir.

Yine Jabari-Türkiye kararında AİHM;

“...Ankara İdare Mahkemesi başvuranın temyiz başvurusu üzerine, sınırdışı edilme kararını, daha zorlayıcı bir sorun olan başvuranın korkuları bakımından değil, şekli bir yasallık bakımından değerlendirmiştir....Başvuranın Ankara İdare Mahkemesi önündeki davası da, bu mahkeme sınır dışı etme kararına ilişkin olarak yürütmenin durdurulması kararı almadığı için etkili bir iç hukuk yolu olarak değerlendirilemez. Anılan mahkeme başvuranın sınır dışı edilme işleminin yürütülmesinin durdurulmasına gerek olmadığı yönündeki kararına, bu karar geçici nitelikte olduğu ve ayrı bir karar alınması gerektiği için ayrıntılı gerekçeler de göstermemiştir.”⁶⁴⁸

demektedir.⁶⁴⁹

Yürütmenin durdurulması açısından önemli olan bir başka konu da tutukluluğun kanuna uygun olup olmadığının ve aykırı ise tazminata hükmedilmesinin etkili başvuru yolu oluşturup oluşturmayacağıdır. Amerikhanov/Türkiye davasında, Hükümet iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazını ileri sürerken tutukluluğun hukuka aykırılığına ilişkin olarak yargı hizmetinin kötü işlemesinden dolayı hizmet kusuruna dayalı olarak idari yargıda tazminat davası açılabilirdiğini belirtmiş, AİHM kararda;

“...İdare Mahkemelerinin hızlı bir şekilde talepleri inceleyip, tutulmasının kanuna uygun olup olmaması sebebiyle bir sığınmacının serbest bırakılmasına ve bu kişiye tazminat verilmesine ilişkin karar verdiği dair Hükümet herhangi bir örnek sunmadığı için Mahkeme, bahsi geçen kararlardaki bulgularından uzaklaşmasını gerektirecek bir sebep görmemektedir...İdari ya da yargı mercilerine başvurunun tutukluluk koşullarında iyileşmeye ve/veya olumsuz fiziki koşullar sonucunda çekilen sıkıntılar için tazminata yol açtığı, Hükümet tarafından ibraz edilen örneklerin olmaması halinde, Mahkeme yukarıda bahsedilen davalardaki bulgularından sapmak için bir neden görmemektedir.”⁶⁵⁰

gerekçesine yer verilmiştir.

Bu örneklerden de görüldüğü üzere, yargısal bir iç hukuk yolunun da etkili bir yol olarak görülmediği kimi AİHM kararları bulunmaktadır. Burada AİHM, temel hak ihlalini

⁶⁴⁸ Jabari-Türkiye, AİHM, 40035/98, 11.07.2000

⁶⁴⁹ Anılan konunun uygulamada sıkça sorunlara sebep olması nedeniyle 04.04.2013 tarih ve 6458 sayılı Kanunun 53. Maddesinin 3. Fıkrasında yapılan düzenleme ile “Yabancı rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez.” kuralı getirilmiştir.

⁶⁵⁰ Amerkhanov/Türkiye, AİHM, Başvuru NO:16026/12, 05.06.2018, benzer yönde Batyrkhairov/Türkiye, AİHM, Başvuru No:69929/12, 05.06.2018

durdurabilecek veya önleyebilecek bir askıya alma etkisine sahip tek etkili başvuru mercii olarak (Anayasa Mahkemesine bireysel başvurudan önce) İdare Mahkemelerini belirtmekteydi. Bununla birlikte yürütmenin durdurulması incelemesi aşamasında ret kararlarının şablon gerekçelerle ve yeterli inceleme yapıldığını gösteren mahiyetten uzak olması, AİHS'in ihlali iddiasının değerlendirildiğine ilişkin hiçbir bölüm içermemesi, kişilerin özellikle sınırdışı kararlarında diğer ülkeye gönderilmesi halinde maruz kalacağı uygulama veya can korkusu gibi hususları değerlendirmemesi gibi sebeplerle etkili iç hukuk yolu oluşturmadığı belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi de bireysel başvurularda koşulların sağlanması halinde ihtiyati tedbir kararı verme yetkisini haizdir. Özellikle tutukluluğun devam ettiği uyuşmazlıklarda, bu yola gittiği görülmektedir. Ancak, Anayasa Mahkemesinin dahi bu yola gitmekte çekindiği kimi uyuşmazlıklar bulunmaktadır.

Oysa ki yürütmenin durdurulması, ilk aşamada yargı organı tarafından temel hakkın ihlal edilmesini durdurma etkisine sahip çok önemli bir araçtır. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru dosyaları yönünden de bulunan bu yetki, etkili başvuru hakkının can damarıdır.

İdare kendi işlemini başvuru üzerine durdurabilir. Ancak bu konuda takdir yetkisi olduğu ve işlemin tesis eden olarak bu konuda istekli olmayacağını düşündüğümüzde, idari yargı mercilerinin yürütmeyi durdurma müessesesini daha etkin kullanması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Birçok idari organa yapılan başvurularda, meclise yapılan başvurularda böyle bir özellik bulunmamaktadır. Bu yetkiye sahip yargı kurumları da bu yetkiyi etkin şekilde kullanamazlarsa, iç hukukta etkili başvuru hakkının sağlanması pratikte mümkün olamayacaktır. Bu nedenle temel hak ve özgürlüklere ilişkin davalarda yürütmenin durdurulması taleplerinin titizlikle incelenmesi, özellikle idari yargı hakimlerine bu konuda özel bir eğitim verilmesi gerekmektedir.

Dolayısıyla yürütmenin durdurulması müessesesinin etkin kullanılmaması halinde, şekli kararlar ve yüzeysel incelemelerle geçirilen bu aşamanın, başvuru hukuk yolunu etkili olmaktan çıkarabileceği söylenebilir.

4.1.2.9. Davanın Esasının Etkili İncelenmemesinden Kaynaklı Sorunlar

Yargı makamlarına başvurma genel olarak etkili başvuru yolu olarak kabul edilirken bazı durumlarda yargı makamlarınca davanın esası incelenirken etkili başvuru hakkını ihlal edebilecek durumlar oluşabilmektedir.

Kural olarak yargı makamlarının yargısal takdir alanına dahil hususlar bireysel başvuru yolunda incelenmemektedir. Yine kanun yolu başvurusuna konu olabilecek hususlar da bireysel başvuru yolunda incelenmeyecektir. Bununla birlikte mahkeme kararının delillerin takdirinde bariz bir keyfilik ya da öngörülemez bir yorum içermesi halinde ihlalin yargı kararından kaynaklandığına ve yeniden yargılama yapılmasına karar verilebilmektedir.

Bu noktada esastan inceleme aşamasında devletin geniş takdir yetkisinin bulunduğu varsayılan bazı işlemler yönünden yargısal denetimin hafiflediğinden bahsetmek gerekmektedir. Geçmişte hükümet tasarrufu ya da yargı kısıntısı olarak içtihatla kabul edilmiş hususların halen devam edip etmediği tartışma konusu olmuştur. Mütakabiliyet (karşılıklılık) ilkesine dayandırılan, devletin hükümrancılık/ egemenlik hakkına dayandırılan, devletin bekasını ve dış politika faaliyetlerini yakından ilgilendirdiği gerekçesine dayanılarak esastan reddedilen bazı davalar bulunmaktadır. Ör: Azınlıklara ilişkin konularda mütakabiliyet ilkesi, yabancıların Türk vatandaşlığına alınma isteklerinin reddine ilişkin, yabancıların ikamet izinlerine ilişkin, yabancıların sınır dışı edilmesi kararları, yabancılara Türkiye'ye giriş yasağı konulması kararları, devlet şeref madalyası verilmesi kararları, pasaport talebinin reddi kararları gibi.⁶⁵¹ Bununla birlikte bu konuların çoğu AİHS ve eki protokollerde yer alan haklardan olmadığından bireysel başvurunun ve dolayısıyla etkili başvuru hakkının da konusu olamamaktadırlar.⁶⁵²

Yapılan incelemenin titiz bir şekilde ve olayın tüm yönleriyle incelenmesine dayanan bir yargılama olması gerekmektedir. Aksi durumda adil yargılanma hakkıyla birlikte etkili başvuru hakkının da ihlali gibi bir sonuç ortaya çıkabilir. Yine yapılan incelemenin temel

⁶⁵¹ AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA; Türk İdari Yargılama Hukuku, s.60-65

⁶⁵² AİHS'ne ek 4 No'lu protokolde düzenlenen yabancıların topluca sınır dışı edilmeleri yasağıyla ilgili olarak taraf sayılmamaktadır. Zira Türkiye 4 No'lu protokolü imzalamış, TBMM uygun bulma kanununu çıkartmıştır. Ancak depo belgesi Avrupa Konseyi Sekreterliğine sunulmadığından taraf sıfatı bulunmamaktadır.

hak ve özgürlüklerin korunması açısından katı ve şekilci bir yaklaşımla ele alınması etkili başvuru hakkının ihlaline sebep olabilir.

Örneğin Hasan Koray Şen başvurusunda, idarenin ihmali sonucu oluşan zararın tazmini istemiyle açılan tam yargı davasında, bilirkişi raporuna istinaden talep edilen bakım ve ulaşım giderlerine ilişkin ıslah dilekçesinin reddedilmesi nedeniyle kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkıyla bağlantılı etkili başvuru hakkının ihlal edildiği iddiası ileri sürülmüş, Anayasa Mahkemesi:

“...Başvurucunun açtığı davada Mahkeme tarafından bakıcı masrafı ve ulaşım gideri yönünden verilen kararın katı bir yaklaşım içerdiği, bu yönüyle başvurunun iddialarının incelenmesine ve uygun bir telafi şansı sunmaya elverişli olmadığı anlaşılmaktadır. Mevzuatın derece mahkemesince söz konusu giderlere yönelik talebe ilişkin karar verilmesini yasaklamadığı da dikkate alındığında derece mahkemelerince ortaya konulan bu yaklaşım, temel hak ve hürriyetlerin ihlal edildiğine yönelik şikâyetin etkili bir şekilde incelenmesine imkân sağlamamıştır. Neticede başvurunun kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında olduğunu ileri sürdüğü bakıcı masrafı ve ulaşım giderine ilişkin maddi tazminat talebiyle başvurabileceği, başvurucuya asgari güvenceleri içeren, pratikte de işleyen etkili bir hukuk yolunun sunulmadığı sonucuna varılmıştır.”⁶⁵³ Gereğesiyle etkili başvuru hakkının ihlaline karar vermiştir.

Devam eden ihlali durdurmayan bir yargısal inceleme de etkisiz olacaktır. Bunun dışında gerçekleşmiş bir ihlal bakımından yeterli tazminat olanağı sunmayan yargı denetiminin söz konusu olması halinde de etkili başvuru hakkı zedelenebilir.

AİHM, ihlalin tespitinden sonra ulusal yargı yerince verilen tazminat miktarının kendi önüne gelen uyuşmazlıklarla karşılaştırmasını da yapmakta ve eğer bariz bir farklılık varsa etkili başvuru hakkının ihlaline karar vermektedir.

Ayrıca AİHM, başvuru yolunun etkili sayılabilmesi için somut olayda, ulusal mahkemenin uyuşmazlığın esasını detaylı şekilde ele alabilecek, delilleri değerlendirebilecek ve temel hakların ihlal edildiği iddialarını inceleyebilecek durumda olmasını da aramaktadır.

Çoğu zaman ulusal mahkemeler uyuşmazlığın çözümünde ulusal hukuktaki kavramlara atıf yapmaktadır. Sözleşmedeki haklara doğrudan atıf yapılarak uyuşmazlıkların

⁶⁵³ Hasan Koray Şen Başvurusu, AYM Başvuru No:2019/24604, 23.11.2022

yorumlanması bu anlamda, konunun uluslararası boyutuyla da incelendiğini gösterebilecek önemli bir kanıt olabilecektir. Bu da etkili bir yargısal inceleme yapıldığını gösterebilecektir.

Diğer yandan davanın esasında tarafların temel hak ihlali iddiasını ileri sürmemesi bireysel başvuru yolunda iç hukuk yollarını usulüne uygun şekilde tüketmediği gerekçesiyle kabul edilmezlik kararı verilmesine yol açabilecektir.

4.1.2.10. Uzun süren yargılamalar

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesinin 1. Fıkrasında adil yargılanma hakkının kapsamında makul sürede yargılanma hakkı belirtilmektedir. Geçmişte AİHM, uzun yargılamalar yönünden Türkiye’de başvuru yapılabilecek etkili iç hukuk yolu olmadığını belirterek ihlal kararları vermiştir. Bunun üzerine Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Tazminat Komisyonu oluşturulmuş ve Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru olanağı gelene kadar olan uzun yargılamalara ilişkin uyuşmazlıklara bakmıştır. Daha sonraki dönemde Anayasa Mahkemesince bireysel başvuru yoluyla incelenen uzun yargılamalar konusu burada da iş yükünün fazla olması nedeniyle Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Tazminat Komisyonu’na devredilmiştir. Hali hazırda anılan Komisyon belli bir tarihe kadar olan uzun yargılamalara ilişkin değerlendirmeleri yapmaktadır.

Bununla birlikte, uzun süren yargılamalar, yargı sisteminde yapısal bir sorun olarak mevcudiyetini sürdürmektedir. Bunun önüne geçebilmek için pek çok adımlar atılmıştır. Bunlardan bazıları; alternatif uyuşmazlık çözüm sistemlerinin desteklenmesi, yargıda hedef süre uygulamasının getirilmesi, bazı adliyelerin kapatılarak etkinlik ve verimliliğin sağlanmaya çalışılması, Uyak sisteminin etkinleştirilmesi, SEGBİS gibi görüntülü iletişim yöntemlerinin kullanılması, yargılama usullerinin basitleştirilmesine ilişkin önlemler, hakim ve personel sayısının artırılması, ihtisaslaşmaya önem verilmesi, bazı idari görevlerin mahkeme kalem müdürlerine devredilmesi, bazı işlemlerin noterler tarafından yapılabilmesinin sağlanması gibi sistemi iyileştirmeye yönelik pek çok adım atılmıştır.

Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu (CEPEJ) da uzun yargılamaların önüne geçebilmek amacıyla standartlar belirlemekte, üye ülkelerin uygulayabileceği rehberler çıkarmaktadır.

AİHM, yapısal sorunlar, organizasyon eksiklikleri ve iş yükünün fazla olması nedeniyle yargılamaların uzamasına ilişkin olarak, ilgili devletin gerekli tedbirleri almakta sorumluluğunun bulunduğu altını çizmektedir. Buna göre gecikmeler, hakimin kastı ya da kusuru olmaksızın gerçekleşiyorsa ve yapısal bazı sorunlardan kaynaklanıyorsa uzun yargılamalardan dolayı devletin sorumluluğuna gidilebilecektir. Devletin yargılama hizmetlerini, adil yargılama hakkının gereklerine uygun düzenleme sorumluluğu bulunmaktadır.⁶⁵⁴

Bununla birlikte, öngörülmez bir biçimde normalden fazla şekilde geçici olarak iş yükünün artmasından dolayı, zamanında gerekli tedbirleri aldığını ispat edebilen bir devlet, sorumluluktan kurtulabilecektir.⁶⁵⁵

Hali hazırda hukuk sistemimizde özellikle idari yargı açısından yargılama sürelerine baktığımızda; Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü 2022 verilerine göre; idare mahkemelerinde 430.816 dosya yükü (devir+yıl içinde gelen+bozularak gelen) olup, ortalama dava görülme süresi 204 gün olarak belirtilmiştir.⁶⁵⁶ Bu sayılara göre 1 yıldan az sürede dosyaların sonuçlandırılabilirdiği anlaşılmaktadır.

AİHM'in makul süreyi hesaplamasında ise sadece ilk derece mahkemesinde geçen süreler değil, bir dosyanın yargılamanın başından sürecin sona erdiği zamana kadarki tüm aşamalarının sürenin hesaplanmasında dikkate alınmasının gerektiği belirtilmektedir. Buna göre Danıştay aşaması, hatta bireysel başvuruya gidilmişse bu aşamanın da sonuçlanması açısından geçecek süre eklenerek bir değerlendirme yapılmaktadır. Bu durumda ise, oldukça uzun süre alan yargılamalar nedeniyle bireylerin mağduriyetleri doğabilmektedir. Bu mağduriyetler bir şekilde tazminata iç hukukta konu edilebilmektedir. Ancak adil yargılanma hakkının ve hukuk devletinin bir gereği olarak gerekli tedbirler de alınmaya çalışılmaktadır.

AİHM, uzun yargılamalar konusunda ceza yargılamaları, medeni yargılama ve idari yargı uyuşmazlıkları açısından farklı esaslar benimsemiştir. Ancak hepsi için geçerli olan sebepler, uyuşmazlığın niteliği ve karmaşıklığı, başvurunun gerekli özeni gösterip

⁶⁵⁴ AİHM Başvuru No:2012/13,2.7.2013

⁶⁵⁵ Buchholz/Almanya, Başvuru No:7759/77, 06.05.1981; Kepa/Polonya Başvuru No:43978/98, 30.09.2003; Vincent Lynch /Birleşik Krallık Başvuru No:19504/06, 06.10.2009

⁶⁵⁶ Adli İstatistikler 2022, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Ankara, 2022, s.257

göstermediği, devletin yapısal sorunları çözmek amacıyla üzerine düşeni yapıp yapmadığı şeklinde belirlemektedir.

Bununla birlikte, Türkiye aleyhine AİHM'e yapılan başvuruların çoğunluğunun adil yargılanma hakkından kaynaklandığı, bunların da büyük bölümünün uzun yargılamalara ilişkin olduğu görüldüğünden verilecek kararın sonucunun bir önemi kalmamaktadır. Yani "geç gelen adalet adalet değildir" sözünü doğrularcasına bizatihi yargılamanın uzunluğu bir ihlal sebebi olmaktadır.

Gurban/Türkiye davasında, şartlı salıverme imkanı olmaksızın müebbet hapis cezası alınması ve ceza yargılamalarının aşırı uzunluğu nedeniyle başvurulabilecek etkili bir hukuk yolunun olmadığı ileri sürülmüştür. Bu davada Hükümet, başvuranın kamu makamlarının davranışlarından kaynaklanan maddi ve manevi zararların tazmini için idari yargı yoluna başvurmadığını ileri sürmüştür. AİHM;

"...başvuranın normal koşullarda, sadece, iddia edilen ihlallerin telafisini sağlayabilecek ölçüde yeterli ve mevcut olan hukuk yollarına başvurması gerekmektedir. Söz konusu hukuk yollarının hem teoride hem de uygulamada kesin bir şekilde mevcut olmasının gerektiği, aksi halde erişilebilirlik ve etkililik koşulu sağlanmamış olacaktır... ileri sürülen hukuk yollarının, devlet yetkililerinin görevlerini kötüye kullandıkları belirli bir durumdan ziyade, müebbet hapis cezalarının infazına ilişkin mevzuattan kaynaklanan 3. Madde kapsamındaki şikayetle ilgili nasıl bir telafi imkanı sağlayacağı konusu açıklığa kavuşturulamamıştır. Mahkeme bu koşullarda, hükümetin bahsettiği hukuk yollarının ilgili veya yeterli olduğuna ikna olmamış ve dolayısıyla başvuranın 3. Madde kapsamındaki şikayetleri konusunda hükümet tarafından ileri sürülen iç hukuk yollarının tüketilmediğine dair itirazı reddetmiştir. " Gereğesiyle 3.,6/1. ve 13. Maddelerin ihlaline karar vermiştir.⁶⁵⁷

Anayasa Mahkemesi, idari yargıda açılan tam yargı davasında hakkaniyete aykırı karar verilmesi ve yargılamanın uzun sürmesi iddialarıyla yapılan başvuruda, idari yargı açısından makul yargılama süresine ilişkin tespitlere şöyle yer verilmiştir;

"14. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyumsuzlıklara ilişkin idari yargılama süresinin makul olup olmadığı değerlendirilirken yargılamanın karmaşıklığı ve kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvurunun yargılamanın süratle sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususlar dikkate alınır (Selahattin Akyıl, § 41).

⁶⁵⁷ Gurban/Türkiye, AİHM, Başvuru No: 4947/04, 15.12.2015

15. Anılan ilkeler ve Anayasa Mahkemesinin benzer başvurularda verdiği kararlar dikkate alındığında yaklaşık 7 yıl 2 aylık yargılama süresinin makul olmadığı sonucuna varmak gerekir.”⁶⁵⁸

Görüldüğü gibi uzun yargılamalar yönünden AİHM ve AYM, idari yargıda açılacak bir tam yargı davasını etkili başvuru yolu olarak görmemektedir.

Devletin bu noktada hareketsiz kalmaması oldukça önemlidir. Hakim ve savcılarının uzmanlaşması, görev yerlerinin sık değişmemesi, yüksek yargı kararlarının erişilebilir olması, içtihat uyumunun sağlanmış olması, hakim yardımcılarının yetiştirilmesi, kalem personelinin eğitime önem verilmesi, karar şablonlarının oluşturulması, teknolojik imkanlardan yararlanılması, iş yoğunluğunun arttığının gözlemlendiği yerlerde çözüm odaklı özel tedbirler alınması, yargılama usullerinin basitleştirilmesi, uzlaştırma ve arabuluculuğun teşvik edilmesi, idari yargıda da arabuluculuğun belli uyuşmazlıklar yönünden uygulamaya konulması, kararın geç yazılması, uyuşmazlığın sürüncemede bırakılması gibi iddiaların titizlikle incelenmesi, mevsimsel şartlardan dolayı veya güvenlik sebebiyle keşif yapılamaması gibi hallerde mümkün olduğunca görüntülü sistemlerle veya örneğin noterler veya yerine göre jandarma vs. ile tutanak altına alınan belgeler üzerinden işlem yapılmasını sağlayacak yasal düzenlemelerin yapılması, uzun yıllar süren kadastrо dosyalarının çözümü açısından farklı yollar öngörülmesi (geçici yetkili uzman hakim görevlendirilmesi gibi), tebligat yapılamaması nedeniyle oluşan gecikmelerin önüne geçilmesi için farklı usuller belirlenmesi gerekmektedir.

Elbette uzun yargılamalar konusunda etkili iç hukuk yolu oluşturulması olumlu bir gelişmedir. Ancak, yargılamanın uzun sürmesi, bizatihi başvuru iç hukuk yolunun etkililiğini azaltmaktadır. Bu durum, müfettişi denetleyen müfettiş görevlendirilmesine benzemektedir. Zira yargı zaten etkili iç hukuk yolu olması bakımından öngörülmüşken, uzun yargılamalar nedeniyle gidilecek iç hukuk mekanizması oluşturulması dolaylı olarak hukuk devletinden uzaklaştırıldığını göstermektedir. Bununla birlikte AİHM’in de uzun yargılamalardan dolayı etkili olmaktan uzaklaştığı haller bulunmaktadır.

Diğer yandan yargı makamlarındaki gecikmeler ve zorluklar alternatif çözüm yollarını gündeme getirmiştir. Bu bakımdan uyuşmazlık çözme işlevini iç hukukta yerine

⁶⁵⁸ Nurtek İnşaat Petrol Nakliye Tekstil Gıda Emlak Müşavirliği Sağlık Hizmetleri Turizm Sanayi Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2019/18327, 27.01.2021

getiren bu mekanizmaların da etkili başvuru yolu oluşturduğu tartışılabilir. Ör: Spor tahkim kurulları kararları AIHM tarafından üyelerinin bağımsız ve tarafsız olması yönüyle incelenmiş ve 6. Maddenin ihlaline karar verilmiştir. Benzer şekilde alternatif çözüm yollarındaki etkililik durumu da 13. Madde açısından incelenebilir.

Nitekim, adli ve idari yargı alanında etkili başvuru hakkının adil yargılanma hakkıyla ilgili gerekleri üzerinde yapılan çalışmalarda da, arabuluculuk ve uzlaşma konuları etkili başvuru hakkı yaklaşımıyla değerlendirilmekte ve önerilmektedir.⁶⁵⁹

Örneğin vergi uyuşmazlıkları açısından uzlaşma müessesesinin idari yargının iş yükünü azaltan etkili bir alternatif çözüm yöntemi olduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte süreçte tarafların eşitliğine dayanmaması bu nedenle de tarafların eşit şartlarda müzakeresine imkan vermemesi, uzlaşma komisyonlarının uzlaşabileceği tutarlar ile ilgili bir belirleme yapılmaması gibi nedenlerle bu yol eleştirilmektedir.⁶⁶⁰

Ayrıca, idare ile kişiler arasındaki uyuşmazlıkların dava açılmadan önce alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle çözümlenmesini öngören genel bir yasal düzenlemenin hukukumuzda olmamasının önemli bir eksiklik olduğu da ifade edilmektedir.⁶⁶¹

4.1.2.11. Aleyhe yerleşik içtihatlar ve içtihat farklılıkları

Aleyhe yerleşik içtihatlar temel olarak adil yargılanma hakkına aykırılık oluştursa da, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının istisnasını oluşturduğundan ve başvuruyu makul başarı şansından mahrum bırakarak etkisiz hale getirdiğinden aynı zamanda etkili başvuru hakkının da önündeki uygulama engellerinden biridir.

⁶⁵⁹ SANTIS Francesco De; Structural Measures Adopted By Some Council of Europe Member States To Improve The Functioning of Civil and Administrative Justice Good Practice Guide-In Addition to the Effective Domestic Remedies Required By Article 13 of ECHR, Adopted by CEPEJ Plenary Meeting on 7 December 2016

⁶⁶⁰ ŞAŞI Murat, İdari Yargı Alanındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Alternatif Bir Model “Hakim Temelli Uzlaşma”, Danıştay Dergisi, Yıl:2015, sayı:138, s.70

⁶⁶¹ ÖZBEK Mustafa, İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I), TBB Dergisi, Yıl:2005, Sayı:56, s.95

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde öngörülen ilkelere aykırı şekildeki bir yorumla yerleşen içtihadı birleştirme kararları bu anlamda, alt derece mahkemelerinin uymak zorunda olduğu kararlar olduğundan hukuk yolunun başarı şansını azaltmaktadır.

Öte yandan, içtihat farklılıklarının yoğun şekilde olması da hukuki belirsizliğe yol açabilmektedir. Her ne kadar hukuk yolundaki belirsizliklerin etkili başvuru hakkını zedelediği düşünülse de, yine de makul başarı şansı sunan hukuk yollarının tüketilmesi zorunluluğu ortadan kalkmaz.

Olması gereken ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin, temel hak ve özgürlükleri koruyucu ve geliştirici tarzda yorumlanarak oluşturulacak istikrar kazanmış içtihatların varlığıdır. Bu şekilde olması halinde, ilgili başvuru yolu da etkili hale gelmiş olabilecek, bu başvuru yolu tüketilmeden açılan davalarda ise daha önce elde edilen emsal kararlardaki çözümler örnek gösterilebilecektir.

Bir diğer konu da, özellikle yüksek yargının yerleşik içtihatlarına ulaşılabilmesidir. Bu husus bir yandan hak arama özgürlüğü ile ilgili iken diğer yandan başvuru hakkını gerek idari gerekse yargısal makamlar önünde kullanırken ortaya konulabilecektir. Zira idari ve yargısal başvuruların, yerleşik yargı kararlarıyla desteklenerek ilgili mercilere sunulması halinde sonuç alma kapasitesi yükselecektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, bir hukuk yolunun tüketildiği ve mahkemelerin konuyla ilgili yaklaşımının ortaya çıktığı durumlarda, bu kararlarda değişiklik meydana getirmeyecek yollara başvurmaları gerekmemektedir. Örneğin Belizzi/Malta kararında Anayasa Mahkemesi tarafından bozulan bir karardan sonra buna koşut karara karşı yeniden Anayasa Mahkemesine başvurulması, söz konusu yargılamanın uzunluğu da dikkate alınarak külfetli görülmüş ve bu yola başvurulması zorunlu sayılmamıştır.⁶⁶²

Benzer şekilde başvurulması gereken yargı organlarının ihlal iddiasıyla ilgili yerleşik içtihadının bulunduğu durumlarda da iç hukuk yollarının tüketilmesi ilkesinde istisnaya gidilebilmektedir. Örneğin; Yugoslavya'nın yıkılmasından sonra bu ülkenin bazı yurttaşlarına keyfi şekilde Slovenya yurttaşlığı verilmemesiyle ilgili Kuric ve

⁶⁶² Belizzi/Malta Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 46575/09, 21.06.2011

diğerleri/Slovenya davasında Mahkeme, bu uygulamanın kanunsuz ve Anayasaya aykırı olduğunun Anayasa Mahkemesi tarafından iki defa tespit edilmiş olmasına rağmen, herhangi bir genel önlemin alınmadığını kaydetmiş ve başvurucunun Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluna gitmesini gerekli görmemiştir.⁶⁶³

4.1.2.12. İdari yargı kararlarının uygulanmamasından kaynaklı sorunlar

Yargı kararlarının uygulanmaması hukuk devletinde kabul edilebilir bir durum değildir. Devletlerin etkili bir yargısal sistem kurma yükümlülüklerinin bir unsuru da yargı kararlarının uygulanmasıdır. Yerel mahkeme kararlarının uygulanmaması, özellikle de devletin kendisine karşı verilmiş olanlar yönünden AİHM’in sık karşılaştığı bir durumdur. Devletin kendi organlarına, kurumlarına, kontrolü altındaki ya da kendisine ait işletmelere karşı verilen nihai kararların Sözleşmenin gereklilikleriyle uyumlu şekilde uygulanmasını sağlama yükümlülüğü vardır.⁶⁶⁴

Yargı kararlarının geç uygulanması konusunda da iç hukuk yollarının bulunmayışı AİHM’i 13. Madde ile birlikte 6/1. Maddenin ihlal edildiği sonucuna varmasına neden olmuştur.⁶⁶⁵

Türkiye’de ise idari yargı kararlarının uygulanmasına ilişkin olarak bir icra kurumu bulunmamaktadır. Bununla birlikte Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Tazminat Komisyonu, kararların uygulanmamasından ya da geç uygulanmasından kaynaklı zararlara ilişkin yeni bir iç hukuk yolu tesis etmiştir. Bu yolun giderici tedbirler yönünden etkili olduğu söylenebilir. Bununla birlikte henüz karar verilmemiş uyuşmazlıklarda süreci hızlandırabilecek veya uygulanmamış kararların infazını sağlayabilecek etkili bir mekanizmaya ihtiyaç vardır.

Yargı kararlarının uygulanmaması ya da geç uygulanması nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle ilgili idareye karşı dava açılabilecektir. Maddi zarar yargı kararının uygulanması halinde uğranılmayacak olan zarar olup dava konusu işlemde

⁶⁶³ Kuric ve Diğerleri/Slovenya, (alıntı Bireysel Başvuru Usul Hukuku, s. 165

⁶⁶⁴ Guide to Good Practice In Respect of Domestic Remedies, s. 38

⁶⁶⁵ Guide on Article 13,s. 45

dolayı uğranılan zarar değildir. Manevi zarar ise kararın niteliğine, davacının sosyal ve kültürel durumuna göre mahkemece takdir edilebilecektir.⁶⁶⁶

Elbette, bir hukuk devletinde yargı kararlarının uygulanmaması söz konusu olmamalıdır. Ancak yargı kararlarının uygulanmaması halinde izlenmesi gereken yol konusu dahi hukukumuzda tartışmalıdır. Yargı kararının uygulanmamasının işlemden mi yoksa eylemden mi kaynaklandığı, öncesinde idareye başvuru yapılmasının gerekip gerekmediği, buna ilişkin tam yargı davasının ne şekilde ve hangi sürede açılacağı net değildir. Danıştay kararlarında bir içtihat birliği bulunmamaktadır.⁶⁶⁷ Uygulamada çoğu zaman iptal kararını alan davacı ilgili idareye başvurmak zorunda kalmaktadır.

Yine idari yargı kararlarının geç uygulanmasından dolayı da sorunlar ortaya çıkmaktadır. Örneğin kamulaştırma bedeline uygulanacak faizin yargı kararının uygulanmaması nedeniyle aradan geçen zamanda değer kaybına uğranılmasına rağmen idarece verilmemesinin bu defa mülkiyet hakkının ihlaline sebep olduğu iddialarıyla karşılaşılabilir. Bu tür uyuşmazlıklar yönünden de tazminat talepleri yönünden Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Tazminat Komisyonu yetkili kılınmıştır.

İdari yargı kararlarının geç uygulandığı her gün başına belli bir tazminatın öngörülmesi, yargı kararını uygulamayan kamu görevlisinin sorumluluğu yoluna gidilmesi, idarenin iç denetim yoluyla yargı kararlarının uygulanıp uygulanmadığını kendisinin denetlemesi bu anlamda önemlidir. Aksi durumda dava açmak ve haklı olduğunu ispat etmek durumunda kalan bireyler, ikinci defa kararın uygulanmaması nedeniyle mağdur edilmiş sayılacaklardır.

Anayasa Mahkemesi sosyal medya sitelerine erişimin engellenmesine ilişkin yürütmenin durdurulması kararını hemen uygulamayan idareye başvuru yapılmasına gerek olmadığını belirterek kararda şu gerekçelere yer vermiştir;

⁶⁶⁶ ÖZAY İl Han, Günlüğünde Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017

⁶⁶⁷ AKYILMAZ Bahtiyar, Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S.1-2, s. 468; 1980 sonrasında bir süre Danıştay ve Yargıtay, kamu görevlilerince yargı kararlarının gereklerinin yerine getirilmemesini yetki dışı sayarak Anayasanın 129/5 kapsamı dışında görmüşlerdir. Ancak daha sonra yargı kararını uygulamamanın veya geç uygulamanın bir idari işlem olduğunu ve idare açısından hizmet kusuru oluşturduğunu kabul etmişlerdir.

“Başvurucular anılan işleme karşı idari yargı merciine başvurulmasının etkili bir başvuru yolu olmadığını, dolayısıyla bu yolun tüketilmesinin gerekmediğini ileri sürmüşlerdir... Ülkemizde milyonlarca kullanıcısı olan bir sosyal paylaşım sitesine erişimin engellenmesinin bu kişilerin demokratik toplumun temellerinden olan ifade özgürlüğünü sınırlayıcı etkisi dikkate alındığında, bu tür sınırlamaların hukuka uygunluğunun acilen denetlenmesi ve hukuka aykırılık tespiti halinde sınırlamanın hemen kaldırılması demokratik hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan bir zorunluluktur. Söz konusu idari uygulamaya ilişkin yukarıda belirtilen yürütmeyi durdurma kararına rağmen başvuru sahiplerinin ihlal iddiasına konu olan twitter.com isimli siteye erişimin halen mümkün olmadığı görülmektedir. Sosyal medyada belli olay ve olgulara ilişkin olarak paylaşılan haber ve düşüncelerin zamanın geçmesiyle güncelliğini yitirip etki ve değerini kaybedebileceği açıktır. Bu durumda yargı kararının yerine getirilerek siteye erişimin ne zaman sağlanacağı konusundaki belirsizliğin sürmesi karşısında ihlali ve olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak bakımından etkili ve erişilebilir nitelikte bir koruma sağladığının söylenemeyeceği ve böylece başvuru sahiplerinin idare mahkemesine başvurmalarının etkili bir yol olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.”⁶⁶⁸

Her şeyden önemlisi yargı kararlarının uygulanmaması halinde hukuk devleti zarar görmüş olur ve bireyler haklarına kavuşmakta zorlanır, yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1. Maddesinde öngörülen devletin pozitif yükümlülüğü de yerine getirilememiş sayılır.

Guseva-Bulgaristan davasında, bilgiye erişim hakkı kapsamında idareye yapılan başvurunun reddi üzerine başvuru sahibinin elinde üç kesinleşmiş Yüksek İdare Mahkemesi bulunmasına rağmen bu kararların uygulanmadığı ve bu konuda tazminat sağlayabilecek bir iç hukuk yolunun olmadığı ileri sürülmüş, AİHM tarafından mevzuatta kararın icrası için açık bir zaman zarfının öngörülmediği, meselenin kararın uygulanmasından sorumlu idari organın iyi niyetine kaldığı, bu durumun, karar icrasının muhtemel zamanı konusunda öngörülmezliğin oluşmasına neden olduğu, bu nedenle başvuru sahibinin Sözleşmenin 10. Maddesi kapsamında haklarına yapılan müdahalenin “yasayla öngörülmüş” olmamasına sebebiyet verdiği, ayrıca başvuru sahibinin şikayeti bakımından tazminat sağlayabilecek ve olumlu sonuç elde etmesi konusunda makul bir şans sunan herhangi bir etkin hukuk yolu bulunmadığından Sözleşmenin 10. Maddesi ile birlikte ele alındığında 13. Maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir.⁶⁶⁹

⁶⁶⁸ Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu, AYM, Başvuru No:2014/3986, 02.04.2014

⁶⁶⁹ Guseva-Bulgaristan, AİHM, 6987/07, 17.02.2015

4.1.2.13. Fiili engeller

İdarenin öncelikle, görevinin yurttaşlara yardım etmek için faaliyette bulunmak olduğuna ikna olması gerekir. İdare başvurulara en iyi şekilde yanıt vermek üzere örgütlenmeli ve başvuruda bulunanların yanı sıra yararlanan kişi ile de birlikte çalışmaktan çekinmemelidir. İdari başvuru, ancak bu durumda yargıya bir alternatif olabilir.⁶⁷⁰

İdare sadece engellememekle kalmalı, başvuruları kolaylaştırıcı önlemler de almalıdır. Bunun için gerekirse elektronik başvuru sistemlerini oluşturmalı, başvuru dilekçelerinin verilebileceği yerleri başvurana en az külfet yükleyecek şekilde belirlemeli, başvurulardaki eksikliklerin tamamlanmasına olanak vermelidir.

Örneğin merkeze uzak bir köyde ikamet eden kişinin başvuru yapmak için uzun bir yol kat etmek zorunda kalması, başvuru yapmaktan onu uzak tutacaktır. Aynı şekilde kar yağması nedeniyle yolların kapalı kalması, sel felaketi nedeniyle ulaşım imkanının ortadan kalkması, deprem olması nedeniyle gerekli evrakın zayi olması durumlarında idare duruma uygun çözümler bulmalıdır.

Mümkün olduğunca caydırıcı etkilerin aza indirilmesi gerekmektedir. Örneğin küresel salgın hastalık nedeniyle iletişimin sadece internet üzerinden sağlandığı ortamda fiziki başvuru koşulu aranmamalıdır.

Uygulamada engellilerin, çocukların başvuru yapmasında da birtakım zorluklar bulunmaktadır. Mümkünse başvuru sırasında dezavantajlı gruplara yardımcı olabilecek sosyal hizmet görevlileri bulunmalıdır. Örneğin devletin gözetimi altındaki kurumlarda başvurunun yerine ulaştırılmaması, yanlış yönlendirmeler, dilekçelerin muhataplarına gönderilmemesi, özellikle cezaevindekiler yönünden yeterli hazırlık imkanı ve yardımı sunulmaması, sürelerin kaçırılmasına sebep olacak idari engellemeler veya psikolojik baskı gibi faktörler fiili engeller olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yusuf Ahmed Abdelazım Elsayad başvurusunda AYM, ilgilinin sınır dışı edilme kararından sonra hukuki yardım almak üzere avukatlarıyla ve yakınlarıyla görüşmesinin

⁶⁷⁰ VIEL Marie-Therese, İdari Başvuru ve İdari Yargı Birleşimi, Çeviren:ÖNÜT Lale Burcu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2013, Cilt.14, Sayı:1, 2012, s.67-78

engellendiği, vekaletname çıkarmasına ve avukatının dosyayı incelemesine de izin verilmediği iddiaları üzerine yaptığı incelemede, başvurunun sınırdışı kararından sonra kısa süre içinde birbirine oldukça uzak konumda olan merkezler(GGM) arasında yer değişikliğine tabi tutulduğunu, hangi merkeze sevk edildiği konusunda avukatına bilgi verilmediğini, görüşme taleplerinin sürüncemede bırakıldığını belirterek dava açılmamasının kamu makamlarının engelleyici tutumundan kaynaklandığını tespit etmiş, bu iddiaların süre aşımı nedeniyle davayı reddeden İdare mahkemesince de değerlendirilmediğini belirterek etkili başvuru hakkının ihlaline karar vermiştir.⁶⁷¹

Yine Suriye’den ülkemize gelen kişilerin açacakları davalar veya yapacakları başvurular yönünden aranan vekaletname koşulu açısından bazı zorluklar bulunmaktadır. Zira çoğu zaman geçerli kimlik belgesi dahi bulunmayan bu kişilerin vekaletname çıkarması fiilen mümkün bulunmadığından çoğu zaman başvurularının işleme alınamadığı görülmektedir.

4.1.2.14. Bütçe engelleri ve kamu görevlilerini koruyucu hükümlerin eksikliği

Özellikle tazminat talepli idari başvurular açısından etkililiğin önündeki önemli engellerden biri de, bütçede yeterli ödeneğin olmamasıdır. Genellikle belli bir konuda yoğunlaşan tazminat talepleriyle ilgili olarak yeni komisyonların kanunla kurulması ve ilgili bütçenin bu komisyonlara aktarılması yöntemi tercih edildiğinden, asıl idarede tazminat taleplerini karşılamaya uygun bütçe tahsisi yapılmadığı görülmektedir.

İdarelerin genel yaklaşımı yargı kararı olması halinde ödemenin yapılmasıdır. Hatta bu durumda dahi bütçede kaynak yoksa ödemenin uzun bir süre yapılamaması söz konusu olabilmektedir. Diğer yandan iyi idare yaklaşımına ters olarak idarelerin bütçe olması halinde dahi kimi zaman söz konusu miktarın faiz ve diğer gelirlerinden bir süre daha faydalanabilmek amacıyla ödemeyi geciktirdikleri bilinmektedir.

Ayrıca bütçe konusu, tekrar eden ihlallerin etkisini kaldırmak yönünden de oldukça önemli bir konudur. Örneğin yargı makamlarının belli bir konuda başvurunun lehine tazminata hükmettiği durumlarda, aynı konumda olan pek çok kişi emsal karar sunarak

⁶⁷¹ Yusuf Ahmed Abdulazım Elsayad, AYM Başvuru No: 2016/5604, 24.05.2018

tazminat talep etmekte, ancak idare yine de her birinin yargı kararı getirmesi yönünde hareket etmektedir. Bu nedenle sonucu belli olan pek çok konu defalarca yargı makamlarını meşgul etmektedir.

Diğer yandan yargı kararı üzerine dahi ödeme yapılması konusunda tereddütlü davranan idare, Sayıştay'ın mali denetiminde sorumluluğa tabi tutulmak istememektedir. Yerleşik bir uygulama olarak tüm idarelerde gözlemlenen genel olgu, Sayıştay'ın yargı kararı üzerine yapılan ödemelerde haklı olarak ilgili kamu görevlisini sorumlu tutmamasından dolayı, yargı kararına dayanmayan tazminat taleplerini idarelerin reddetmesidir. Bir nevi idareciler Sayıştay'ın mali denetiminden, idari yargı denetimine nazaran daha çok korkmaktadırlar. Bunun sebebi de şahsi sorumluluğun söz konusu olmasıdır. Bu nedenle idari aşamada çözümlenemeyen uyuşmazlık yargı mercilerine tekrar tekrar taşınmak durumunda kalınmaktadır.

Elbette kamu görevlisinin şahsi sorumluluğunu artırarak idari işlerin yapılmasını aksatacak şekilde korku ve tedirginlik yaratmak ve nihayetinde kamu görevlisi olmanın tercih dahi edilmeyecek bir duruma gelmesine sebep olmak pek de iyi bir çözüm olmayacaktır. Bunun yerine kamu görevlisine bir yandan güvenirken, bir yandan da yeterli bir denetime tabi tutmak, yargı organına gitmesi halinde tazminat alacağı apaçık olan uyuşmazlıklar bakımından belli bir inisiyatif alanı tanımak faydalı olabilir.

659 sayılı KHK'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı'nda bu konuda öngörülen çözüm uygulamayı rahatlatabilecek niteliktedir. Taslağın 11. Maddesinde⁶⁷²,

“Üst yönetici ve sulh komisyonu üyeleri, bu Kanun Hükmünde Kararname kapsamındaki sulhe ilişkin görevleri uyarınca aldıkları kararlar ve yaptıkları işlemler nedeniyle, görevinin gereklerine aykırı davrandıklarının mahkeme kararıyla tespit edilmesi dışında, mali ve idari yönden sorumlu tutulamazlar” kuralı bulunmaktadır.

⁶⁷²<https://mgm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/12112019152932659%20say%C4%B1%C4%B1%20KHK%20Tasla%C4%9F%C4%B1%20D%C3%BCz%20Metin.pdf>, Erişim tarihi: 25.12.2023

Böylelikle kamu görevlilerinin sulh kapsamında aldıkları kararların hukuka uygun olduğuna ilişkin karine oluşturulmuş olacak, aksi mahkeme kararıyla ispatlanmadıkça sorumluluğuna gidilmeyecektir.

Yine örneğin bütçede belli bir limite kadar haklı tazminat talepleri için ödeme yetkisi olması halinde ve bu talepler için (örneğin emsal yargı kararı sunulmasına dayalı olarak) yapılan ödemelerde Sayıştay denetiminden muaf tutulmayı sağlayan koruyucu hükümlerin öngörülmesi halinde sorun bir nebze çözülebilecektir. Tabi bu miktar belirlenirken kamunun kaynağının aktarıldığının unutulmaması ve başvurucunun koşullarının idarece titiz bir şekilde incelenmesi gerekmektedir.

İdarelerin şeffaf olabilmesini teminen her yıl bütçelerinden hangi uyuşmazlıklar için ne kadarlık ödeme yaptıklarını da kamuoyuna açıklamaları bir yönden denetim sağlayabilecektir. Menfaati olanların da kamuoyuna açıklama tarihinden itibaren dava açabilmesini sağlamak düşünülebilir. Hatta daha da ötesi istikrarlı şekilde uygulanan yargı içtihadının gereği olan ödemeyi kasten yerine getirmeyen kamu görevlisinin denetime tabi tutulması düşünülebilir.

Elbette bütçe problemi de diğer uygulama engelleri gibi sistemin bütününe ilişkin sorunların birlikte çözümünü gerektirmektedir. Yargı kararlarının tutarlı, ulaşılabilir ve yerleşik olmadığı bir ortamda emsal yargı kararının ödemeye sebep olabilmesini beklemek hayali olabilecektir. Ayrıca idarenin yaptığı iş ve işlemlerin sonucunu öngörebilecek bir vizyona sahip olup bütçelendirmede buna uygun tahsisat talep etmelidir. Bu durum, idarede uzman hukukçu, istatistikçi, mali uzman gibi bir kadronun varlığını da gerektirebilir. İyi idare ilkelerinin uygulanmaması halinde kötüye kullanımlar gerçekleşebilir.

Yine de sorun çözme odaklı, vizyon sahibi, iyi niyetli ve akıllı bir idare, isterse kendisi sebep olabileceği hak ihlallerini en aza indirebileceği gibi, gerçekleşen hak ihlallerinden doğan zararı da karşılamanın uygun yolunu bularak, yargı önünde kendini savunmak zorunda kalmaktan kendisini kurtarabilir.

4.2. Etkili Başvuru Hakkının Korunması İçin Gerekli Şartlar ve Hakkın Gelecekteki Görünümü

Son yıllarda ülkemize yönelen göçler, özellikle sınır dışı işlemleri ve idari gözetim gibi konulardaki uyuşmazlıkların yoğunlaşmasına sebep olmuştur. Bunlar dışında olağanüstü hal işlemleri, yargının artan iş yükü nedeniyle uzun süren yargılamalar, gözaltında tutma koşullarından kaynaklı tazminat davaları, yanlış tıbbi tedavilerden kaynaklı uyuşmazlıklar gibi pek çok konuda gitgide bireysel başvuru yolu kullanılmaya başlanmış, etkili başvuru hakkının önemi bir kat daha artmıştır.

Pek çok başvuru dilekçesinde etkili başvuru hakkının ihlal edildiği ileri sürülmeye, yargı makamları tarafından da kararlarda etkili başvuru hakkına yer verilmeye başlanmıştır. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru yoluna konu olan olaylarda başvuru yolunun etkililiğini incelemektedir. Özellikle Anayasa Mahkemesi tarafından Nevriye Kuruç pilot kararından sonra makul süreyi aşan yargılamalar konusunda etkili başvuru yolu oluşturulmadığı gerekçesiyle düşme kararı verilmesi toplumda geniş tartışmalara yol açmış ve etkili başvuru hakkını gündeme getirmiştir.

Etkili başvuru hakkını güçlendirmenin yolu öncelikle bu yolların kurumsal olarak etkili olmasının sağlanmasıdır. Daha sonra bu yolların pratikteki etkililiği sorgulanmalıdır. Oluşturulan yolların etkililiğinin Sözleşmenin 13. Maddesindeki gerekliliklerle uyumlu olmasına dikkat edilmelidir. Bu nedenle etkililik testi her olay yönünden başvuranların özel durumu da dikkate alınarak yapılmalıdır.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruları almaya başlamasından önceki dönemde konuyu şekillendiren AİHM içtihatları Türkiye hakkında idare hukukuna ilişkin pek çok alanda etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine ilişkin kararlar vermiştir. Nitekim AİHM kararlarının gereklerinin yerine getirilmesi amacıyla iç hukukta etkili başvuru mekanizmaları oluşturmak bakımından birçok yeni kurum kurulmuş, çeşitli idari komisyonlar ihdas edilmiştir. Öyle ki, bu durumun artık başvuru yolu enflasyonuna yol açtığı ve bizatihi bu sebeple bile bazı alanlarda etkisizliğin olduğu söylenebilecektir.

Elbette özellikle hiç başvuru yolu öngörülmeven alanlarda etkili başvuru yolları oluşturulmalıdır. Ancak hali hazırda iç hukuk yolunun öngörüldüğü alanlarda mevcut olan yolların etkinleştirilmesini sağlamak öncelikle değerlendirilmelidir.

Birçok sayıda kurum oluşturulması sorunları geçici olarak çözüme kavuştursa da, karmaşık süreçler, farklı başvuru usulleriyle birlikte kişilerin haklarına ulaşmaları teknik sebeplerle kaybolabilmektedir. Üstelik çoğu yeni mekanizma bağlayıcı karar alma gücünden yoksun, ihlali durdurma yetkisi olmayan, gerektiğinde tazminata hükmedemeyen, ihlal iddialarını etraflıca inceleyemeyen, taraflara usuli güvenceleri sağlayamayan şekilde kurgulanmıştır. Türk idari teşkilat yapısına sonradan monte edilmeye çalışılan birçok bu nitelikteki kuruma bağlayıcı karar alma yetkisi verilmesi de pek çok sorunu beraberinde getirebilecektir. Bu kurumlar idari hiyerarşi içinde üst bir makam şeklinde algılanıp bir nevi bağımsız idari otorite statüsüyle hareket etmek durumunda kalacak, yetki problemleri de ortaya çıkabilecektir. Üstelik her yeni konuya yönelik yeni bir kurum ihdası veya bu kurumlara verilen sorumluluk alanının genişlemesi şeklinde devamlı mevzuat değişikliği gerektiren durumlar ortaya çıkabilecektir.

Nitekim, Türkiye’de insan hakları kurumlarının sayısının fazla olduğu, idari yapılanmadaki sayılarının azaltılması, görev ve yetkilerin net olarak belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁶⁷³

Bunun yerine İdari Usul Yasasının çıkarılması temin edilerek, her idarenin kendi içinde kurgulanmış, ancak yeterli bağımsızlık ve tarafsızlık hükümleriyle güvence altına alınmış, temel hak ihlallerine ilişkin iddiaları inceleyebilen, belirlenecek idari usul kurallarını uygulayan, bağlayıcı kararlar alabilen ve yargı denetimine tabi tutulabilen komisyonlar oluşturulması daha gerçekçi olabilecektir. Böylelikle hali hazırda İYUK md.11,12 ve 13’te yer alan idari başvuru yolları da idari usul açısından ele alınabilecek ve işlevsel hale getirilmiş olabilecektir. Bu komisyonlar işlemi iptal etme, askıya alma, gerektiğinde tazminat verebilme yetkilerine sahip olmalı ve ilgili idarelere buna göre ek bütçe tahsisi yapılmalıdır. Hepsinden önemlisi ise pratikte etkili ve hızlı işlemesi sağlanmalıdır. Bu komisyonların kararları ise kamuoyuna açık ve erişilebilir olmalıdır.

⁶⁷³ DERVİŞOĞLU, a.g.m.,s.118

Yasama organları doğrudan ilgili bireye yönelik olarak değil, soyut ve genel kanunlar aracılığıyla insan haklarına ilişkin alanları düzenlemektedirler. Yargı makamlarının ise genellikle ihlal gerçekleşikten sonra devreye girebilmesi nedeniyle insan haklarının korunmasında ve geliştirilmesinde idarenin oldukça önemli bir rolü vardır. İdare, yetkisi dahilinde olan konularda henüz ortaya çıkmamış bir ihlali önleyebileceği gibi, devam eden bir ihlale müdahale de edebilme yetkisine sahiptir. Başvurular yoluyla ya da re'sen vakıf olduğu insan hakları konularında idarenin duyarlılığı oldukça önemlidir.

Bu nedenle öncelikle idare kültürünün gelişimi, olumsuz idari pratiklerin ortadan kaldırılması, iyi idare ilkelerinin uygulanması, bireylerin talep ve başvurularına karşı etkili cevaplarla, çözüm odaklı bakış açısıyla yaklaşılması insan haklarının korunmasını sağlayacak en önemli unsurdur.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/Rec 2007/7 sayılı Tavsiye kararında, üye ülkelerin hukuk devleti ilkeleri ve demokrasi çerçevesinde etkililiği, verimliliği ve harcanan paranın karşılığını almayı sağlayan bir idari örgütlenme ve işleyişle iyi idareyi geliştirmeyi tavsiye etmektedir.⁶⁷⁴ Tavsiye kararına ek İyi İdare Yasasının 22. Maddesinde ise, ilke olarak yargısal denetimi önceleyen idari başvuruların bulunmasının gerektiği, bunların kimi durumlarda zorunlu da olabileceği, özel kişilerin, idari işlemlere karşı başvuruda bulundukları için idarenin herhangi bir önyargısına maruz kalmamaları gerektiği belirtilmiştir.⁶⁷⁵

Yine iyi idare açısından, idare usullerinin sadeleştirilmesi ve kişisel sorumluluğun ön plana çıkarılması gerektiği de vurgulanmaktadır.⁶⁷⁶ Buna göre işlemin gerekçesine yer verilmesi, işlemde başvuru yollarının gösterilmesi, orantılılık ilkesinin gözetilmesi, aleniyet, katılımcılık gibi ilkelerin hakim olması sağlanmalı, başvuru süreçlerine ilişkin usuller kolaylaştırılarak yeknesaklaştırılmalıdır.

Zımni ret işlemlerinin de yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. İyi idare ilkeleri çerçevesinde idarenin susması sonucu sadece dava açılabilmesi amacıyla birtakım kurallar

⁶⁷⁴ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/Rec (2007)7 Sayılı Tavsiye Kararı

⁶⁷⁵ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin CM/Rec(2007)7 sayılı Tavsiye kararına ek İyi İdare Yasası (Çeviren Onur Karahanoğulları, Danıştay Dergisi, Yıl.37, S.116,2007

⁶⁷⁶ AKYILMAZ Bahtiyar, İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2003, Cilt:7, S:2

getirilmesi değil, idarenin her başvuruyu dikkatle ele alıp uygun bir cevap vermesini sağlayacak şekilde düzenlenmelidir. Bu konuda Fransa’da idarenin susmasının zımni kabul olacağı şeklinde yapılan düzenleme örnek alınabilmektedir.⁶⁷⁷

Özellikle zorunlu idari başvuru yollarının hakka ulaşmayı geciktirici değil, kolaylaştırıcı şekilde olması sağlanmalıdır. Tarafları zaman ve emek kaybına uğramaktan kurtaran, iç hukukta meselelerin hallini sağlayan, büyük tazminatlar ödenmesini ve devletin prestij kaybına uğramasını önleyebilecek idari başvuru yolları ile, hızlı ve sorunu temelde çözerek halleden bir duyarlılık geliştirilmesi sağlanmalıdır.

İdarenin objektifliğini sağlayabilmek, idari süreçlerde hızlanmayı temin etmek ve uygulamalarını istikrarlı hale getirebilmek bakımından teknolojik imkanlardan da faydalanması önem arz etmektedir. Özellikle son yıllarda kendi kendine öğrenebilen yapay zeka sistemleri ile pek çok alanda karşılaşmaktadır. İdarenin sunduğu hizmetlerde ve idari işlem süreçlerinde de yapay zekanın kullanımı etkinliği artırabilecek bir araç olabilecektir. İdari işlemlerin kişisel saikle yapılması gibi olumsuz durumların önüne geçilebilecektir. Yine idari süreçlerde yapay zeka kullanımının bu tür durumlarda idari yargı yerlerince hukuki denetim yapılmasını da kolaylaştıracağı belirtilmektedir.⁶⁷⁸

Elbette idarenin yapay zeka teknolojilerini kullanırken dikkate alması gereken bazı önemli hususlar bulunmaktadır. Buna göre etik kurallara bağlı şekilde, kişisel verilerin korunmasına özen göstererek, sistemin önyargı geliştirebileceğini öngörerek, yine idare ajanlarının denetimi altında olacak şekilde ve sorumluluğa ilişkin kuralların belirginleştirilmesi suretiyle bu teknolojinin kullanılması gerekmektedir.⁶⁷⁹

Diğer yandan idarenin idari başvurular aracılığıyla bireylerle kurduğu diyalogun uzlaşma temelli, sorunları giderici ve olumlu olması da gerekmektedir. İdare bireylerin haklarına kavuşabilmesini temin edecek bir tarzda yaklaşıma sahip olmalıdır. Kamu

⁶⁷⁷ ŞAHİN Mustafa Emre; Fransız İdare Hukukunda Yapılan Reform Bağlamında Zımni Kabul Müessesesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl:2016, S:127, s.189

⁶⁷⁸ KAPLAN Onur, Yapay Zeka Kavramına İdare Hukuku Açısından Bir Yaklaşım, III. Uluslararası Sosyal Bilimlerde Kritik Tartışmalar Kongresi, Tam Metin Bildiriler Kitabı, İzmir, Kasım 2020, s. 161 vd.

⁶⁷⁹ Abudureyimu Y. ve Oğurlu Y. (2021), Yapay Zeka Uygulamalarının Kişisel Verilerin Korunmasına Dair Doğurabileceği Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 20(41), s. 765-768

hizmetinin yürütümünde kendisi insan hakları ihlallerine sebep olmadığı gibi, varsa ihlalleri önlemeli veya yapabiliyorsa gidermelidir.

Özellikle yargı denetimine kapalı olan işlem ve eylemler yönünden idare ayrıca hassasiyet göstermelidir. Bu hassasiyet hem idari işlemin tesisi sürecinde, hem de işleme karşı başvuru aşamalarında dikkate alınmalıdır. İncelemelerde bireylerin usuli teminatlarının yeterince sağlandığından emin olunmalıdır.

İdari başvuruları bir alternatif çözüm yolu olarak benimseyen idare, bu aracı etkin şekilde kullanabilir. Bu idare açısından da faydalı olacaktır. Zira yargı organları önündeki birçok davanın takibi ekstra zaman, emek ve masrafa sebep olmaktadır. İdare, yapılan başvurulara yönelik makul bir başarı şansı sunarak başvuran bireylere umut vermelidir. Aksi halde sadece bir şekil şartı olarak kanunlarda kalan bir aşama olmaktan öteye geçemeyecektir.

İdarenin benzer durumlar karşısında sergilediği tavrın tutarlılığı da idarenin istikrarı yönünden bireylerin algısında önemli bir yer teşkil eder. Hem eşitlik ilkesini güçlendirir, hem de bireylerin beklentilerini ve öngörülerini karşılar. Her bir idari kurum gerek kendisine gelen başvurulardan gerekse resen ele aldığı konularda insan hakkı ihlallerinin yoğunlaştığı alanları tespit ederek bunları sistemselsel olarak da giderecek tedbirler almalıdır.

İdarenin faaliyetlerinin kamuya açık olması hesap verebilirliği açısından gereklidir. Şeffaflık, idarenin gizli ya da kimsenin soru soramayacağı kaçış alanlarının olmasını engeller. Kamuoyu denetiminin sağlıklı yapılabilmesine olanak sağlar. Bu bakımdan idarelerin düzenli olarak faaliyet raporlarını, stratejik planlarını, projelerini, bütçesini, kararlarını kamuya açıklaması faydalıdır.

Kamuoyuna karşı güven veren idarenin, kendi kendini iç denetimle sürekli olarak sorgulaması da önemlidir. İdarenin kendi hatalarını görüp yanlış uygulamalarını terketmesi, faaliyetlerinin sonuçlarının bilincinde olması, sonuçlarını gözlemlemesi ve sorunlara çözümsel yaklaşması gerekmektedir.

İdarenin süregelen uygulamalarında güncel değişmelere ayak uydurmayan yönler olması halinde eskide direnmemesi, yeniliğe açık olması, yanıltıcı ısrarcı olmaması,

gerekmektedir. Bunun için özellikle kamudaki yöneticilerin örnek nitelikte davranışlar sergileyen, vizyon sahibi, gerçekçi ve yeniliğe açık kişilerden seçilmesi önemlidir.

Kamu görevlilerinin düzenli olarak eğitimlere tabi tutulması, özellikle insan hakları konularında farkındalıklarının artırılması, kendi kurumlarını iyi tanınması, bireylerle olumlu iletişim kurma becerisine sahip olmaları aranmalıdır.

İdarenin, özellikle temel haklar söz konusu olduğunda kendisine tanınan yetki alanı içerisinde, mevzuata aykırı olmayan şekilde inisiyatif alabilmesi sağlanmalıdır. Cesur ve mevzuat haricindeki bürokratik engellere takılmayan ve hakları korumaya alan idare, esasen pasif bir kanun uygulayıcısı değil, devleti aktif olarak evirip çeviren güçtür. İdare her gün vardır, her yerde vardır.

İdarenin katılımcı bir anlayış benimseyerek sivil toplum, akademisyenler ve diğer devlet kurumlarıyla işbirliği içerisinde olması gerekmektedir. Bu kurumlar içerisinde doğrudan insan hakları konularıyla ilgilenenler başta yer almalıdır.

Unutulmamalıdır ki, AİHM, idari başvuru yollarını baştan etkisiz olarak kabul etmemektedir. Yalnızca ağır ihlal iddiaları açısından yargı yolu olmasını şart koşmaktadır. Bunlar dışında idari başvuru yollarındaki bağımsızlık unsurunu da katı şekilde yorumlamamaktadır.

Kamu Denetçiliği Kurumu ya da Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik kurumunun kararları doğrultusunda ilgili idarelerin tazminat ödemesini gerektiren durumların tespiti halinde bu kararları keyfi olarak uygulamayanlar yönünden sorumluluk hükümleri getirilmelidir. Diğer yandan bu kararlara dayalı olarak ödeme yapan idare yetkilileri yönünden de koruyucu kurallar öngörülmalıdır. Bu işlemlerin Sayıştay denetiminde sorun oluşturmaması sağlanmalıdır. Bu hususta 659 sayılı KHK’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının 11. Maddesinde yer alan hüküm⁶⁸⁰ geçerli bir çözüm oluşturabilecektir.

⁶⁸⁰ 659 sayılı KHK’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının 11. Maddesinde “Üst yönetici ve sulh komisyonu üyeleri, bu Kanun Hükmünde Kararname kapsamındaki sulhe ilişkin görevleri uyarınca aldıkları kararlar ve yaptıkları işlemler nedeniyle, görevinin gereklerine aykırı davrandıklarının mahkeme

Nitekim İnsan Hakları Eylem Planının “1.2. İnsan Hakları Kurumlarının Etkinliğinin Artırılması” başlığı altında Kamu Denetçiliği Kurumunun, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun, Kişisel Verileri Koruma Kurumunun, Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulunun, Kolluk Gözetim Komisyonunun, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının etkinliklerinin artırılması hedefine yer verilmiştir.

İdari başvuruların etkisizliğine yol açan fiili engellerin de kaldırılması gerekmektedir. Zira bu engeller hukuki olarak var olan etkili başvuru yollarının erişilebilirliğini engellemektedir.

İdari yargıya başvurulamayacak olan işlem ve eylemlere karşı yargı yolunun açılması bu anlamda hem hukuk devleti açısından hem de etkili başvuru hakkı açısından hayati öneme sahiptir.

İdari yargı yerlerinin ise etkililiği somut olay bağlamında ele alınmalıdır. İnsan hakları ihlallerine ilişkin uyuşmazlıkların titiz ve hassas bir şekilde incelenerek yeterli gerekçelerle kararlar kaleme alınmalıdır. Yürütmenin durdurulması müessesesi dikkatle işletilmelidir. İçtihat birliğinin sağlanması da oldukça önemlidir. Gerek idarenin yargı makamlarının istikrar kazanmış kararlarını öngörebilmesi bakımından gerekse bireylerin hak arama yolunda bunları da emsal gösterebilmesi bakımından içtihatların tutarlı, açık ve erişilebilir olması oldukça önemlidir.

Grup dava veya emsal dava uygulaması gelmeli, bu şekilde birden fazla kez aynı süreçlerin her dosya için geçirilmesi engellenmelidir. Tekrarlanan ihlaller hakkında önleyici tedbirler alınmalı, bunların uyuşmazlık haline gelmesinin önüne geçilmelidir. Bunun için çok sayıda gelen dosyalar hakkında sürecin aktörlerine (idare temsilcileri ya da ana ekonomi kaynakları) bu tür davalardaki temel yaklaşımların aktarılması gerektiği savunulmaktadır.⁶⁸¹

Türkiye’de etkili başvuru hakkına ilişkin farkındalığın Anayasa Mahkemesi ve bazı birkaç idari kurumda olduğu görülebilmektedir. Bu kurumların bakış açısının kararlarına yansımalarıyla uzun dönemde etkili başvuru hakkına ilişkin farkındalığın önce tüm yargı

kararıyla tespit edilmesi dışında, mali ve idari yönden sorumlu tutulamazlar” kuralı bulunmaktadır. Bu hüküm, hukuka uygunluk karinesi oluşturarak kamu görevlilerini koruyucu etki sağlayabilecektir.

⁶⁸¹ SANTIS, a.g.e., s.24

makamlarında sonra da tüm idari makamlara sirayet edeceği değerlendirilmektedir. Yargı makamlarının farkındalığı, bağlayıcı kararlar alınması bakımından son derece önemlidir fakat yine de yargı makamları uyuşmazlığa sonradan dahil olabilen yerlerdir. İdari makamların bu bakış açısını daha evvel kazanabilmeleri için verilecek eğitimler şarttır.

İleriki dönemde, gerek yargı yolunun kapalı olduğu alanlarda, gerekse idareye başvuru yapılamayacak alanlarda ve uygulamaya ilişkin sınırlamalar nedeniyle etkili başvuru hakkı bakımından ortaya çıkması muhtemel problemler bulunmaktadır. Bunların öngörülebilmesi ve sorun oluşturmadan önce çözümler bulunması oldukça önemlidir.

Etkili başvuru hakkı konusunda yapılan akademik çalışmaların az oluşu ve Anayasa mahkemesi dışında, yargı kararlarında geniş yer bulmaması, diğer hakların usul yükümlülükleriyle kısmen çakışan bir kapsamda olması, mahkemeye erişim hakkı kapsamında incelenen pek çok hususun aslında etkili başvuru hakkına da ilişkin olması, birlikte ileri sürüldüğü hakkın niteliğine ve somut olayın koşullarına göre gerekliliklerinin değişmesi gibi sebepler, etkili başvuru hakkı konusundaki farkındalığın gelişmesini, diğer haklara nazaran yavaşlatmaktadır.

5. SONUÇ

Türkiye’de ve dünyada yaşanan son gelişmeler, özellikle ülkemize yönelik göçlerin artması, olağanüstü hal nedeniyle ortaya çıkan ihlal iddiaları, küresel pandeminin de etkisiyle tıbbi müdahaleler ve genel olarak temel haklar üzerinde oluşan baskı, tüm bu haklar yönünden etkili iç hukuk yollarının varlığını tekrar sorgulamamıza yol açmıştır.

Etkili başvuru hakkı, bireylere temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddialarını ulusal düzeyde iletebilecekleri etkili bir hukuk yolunun var olmasını gerektirmektedir.

Bu hakkın uluslararası düzeydeki korumasında taraf olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 13. Maddesi karşımıza çıkmaktadır. AİHS md. 13 anlamında etkili başvuru hakkının sağlanabilmesi için, iç hukukta bir hukuk yolunun varlığı yetmemekte, aynı zamanda bu yolun kuramsal ve pratik olarak etkili olması gerekmektedir.

Bir yolun etkili başvuru yolu olup olmadığına ilişkin kriterleri AİHM’nin içtihatlarından ve özellikle kabul edilebilirlik kararlarından çıkarabilmekteyiz.

AİHM öncelikle tüm haklar yönünden ihlal iddiaları açısından kabul edilebilirlik incelemesi çerçevesinde iç hukuk yollarının tüketilip tüketilmediğine bakmaktadır. Uluslararası korumanın ikincilik özelliği gereği, eğer iç hukuk yolları tüketilmeden açılmış bir dava varsa burada AİHM kabul edilmezlik kararı vermektedir. Ana kural bu şekilde olmakla birlikte bu kuralın bazı istisnaları bulunmaktadır. Bunlardan biri de iç hukuktaki başvuru yolunun etkisiz olduğunun değerlendirilmesidir. AİHM’in başvuru yolunun etkisiz olduğunu tespit ettiğine ilişkin gerekçeleri, bizi etkili başvuru yolunun gerekleri konusunda da aydınlatmaktadır.

Esas incelemesi yönünden ise AİHM önünde etkili başvuru hakkının ihlal edildiğinin ileri sürülebilmesi, ancak Sözleşmenin başka bir maddesinin ihlaline ilişkin iddia ile birlikte ileri sürülebilmesine bağlıdır. AİHM, ihlal edildiği ileri sürülen temel hakkın savunulabilir olmasını yeterli görmektedir. Ayrıca sonucunda ihlal edilmiş olması koşulunu şart koşmamaktadır. Özellikle adil yargılanma hakkıyla birlikte ileri sürülen etkili başvuru hakkının, yaşam hakkı ve işkence yasağı gibi temel haklar yönünden gereklilikleri ile diğer

haklar yönünden gereklilikleri aynı değildir. İhlalin niteliğine göre bu gereklilikler değişebilmektedir. Yaşam hakkı ihlali ile işkence ve kötü muamele yasağının ihlaline ilişkin uyuşmazlıklarda daha ziyade devletin etkili soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği irdelenmektedir.

AİHM kararlarından yola çıkılarak tespit edilen kriterlere göre etkili başvuru yolunun varlığı için gerekli koşullar; kurumsal ve esasa ilişkin gereklilikler olarak ikiye ayrılmaktadır. Kurumsal gereklilikler arasında, başvurunun yapılacağı ulusal bir makam olması, bu makamın geniş yetkilerle donatılmış olması, bu makamın usuli teminatları başvurana sağlaması, kararlarının bağlayıcı olması gerekmektedir. Esasa ilişkin gereklilikler açısından ise, ulusal makamın yeterli hukuki korumayı sağlayabilecek nitelikte olması, sonuca ulaşmak için elverişli olması ve kararlarının etkili olması sayılabilir.

İç hukuk yolunun etkili olup olmaması, sonucundan bağımsız olarak değerlendirilmektedir. Potansiyel olarak sonuç alma şansı barındıran bir yol etkili kabul edilmektedir. Ayrıca başvuru yapılacak ulusal makamın yargı makamı olması zorunluluğu bulunmamaktadır. İdari ve siyasi makamlar da bu anlamda hakkın kapsamına girmektedir. Bununla birlikte ihlal edilen hakkın niteliğine göre etkili başvuru hakkının sadece yargısal makama başvuru yolu olması suretiyle sağlanabileceği de belirtilebilecektir. Öte yandan başvuru yollarının sadece birine göre değil, tüm başvuru yollarının toplamda iç hukukta etkili başvuru yolu oluşturup oluşturmadığı değerlendirilmektedir.

Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin kurduğu koruma sistemini Avrupa Konseyi üyesi ve sözleşmenin tarafı olarak benimsemiş durumdadır. Anayasanın 90. Maddesi gereği iç hukuk yönünden de etkili başvuru hakkının gereklerini yerine getirme taahhüdü bulunmaktadır. Kaldı ki, açıkça bu terim altında belirtilmese de, Anayasamızın 40. Maddesi etkili başvuru hakkına ilişkin gerekliliği içermektedir.

Kendisi de bir etkili başvuru yolu olarak kabul edilen Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun yürürlüğe girmesiyle, artık AİHM içtihatları yanında AYM içtihatları da etkili başvuru hakkının yorumlanmasında yol gösterici olmaya başlamıştır. Genel olarak AİHM içtihatlarını izlediği gözlemlenen AYM'nin bireysel başvurular açısından koruma alanı Anayasa'da belirtilen temel hak ve özgürlüklerden AİHS'de yer alanlar bakımından olup, esasen etkili başvuru hakkı adıyla Anayasada tanınan bir hak olmadığı halde bu hak

kapsamındaki ihlal iddialarını da 40. Madde ile birlikte AYM değerlendirmektedir. Gerek bireysel başvuruda bulunabilecek kişiler, gerekse ihlali gerçekleştirdiği iddia edilen muhataplar ve yargı denetimi dışında bırakılan işlemler gibi kapsam bakımından AİHM ve AYM'nin bireysel başvurular yönünden farklılıkları olsa da AYM, AİHM'in iş yükünü azaltarak etkili bir iç hukuk yolu oluşturmuştur.

Başta yasama organı olmak üzere tüm devlet organlarının etkili başvuru hakkını koruyucu şekilde faaliyet göstermesi gerekmektedir. Devlet işlemlerinin genelinin idare makamları tarafından yerine getirildiği dikkate alındığında, ihlal iddialarının yoğun şekilde karşımıza çıktığı alan idari işlem veya eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklardır. Bundan dolayı, idarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğu, kamu hizmetlerinin insan haklarına saygı çerçevesinde yürütülmesi, idarenin işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tabi olması, idarenin eylem ve işlemlerinden dolayı tazminat sorumluluğunun kabul edilmesi oldukça önemlidir.

Bu ilkelerin öncelikle benimsenerek özde uygulanması için idarenin istekli olması gerekmektedir. Bununla birlikte temel hakların idarenin faaliyetlerinden dolayı ihlal edildiğinin ileri sürülmesi halinde etkili iç hukuk yollarının öngörülmesi devletin sorumluluğundadır.

Hali hazırda idare hukukumuzda farklı türden uyuşmazlıklara ilişkin pek çok başvuru yolu bulunmaktadır. İdari başvurular doktrinde çeşitli açılardan sınıflandırılmışlardır. Her bir başvuru yolunu etkililik testinden geçirerek, AİHM ve AYM kararlarında belirtilen kriterler çerçevesinde yeniden ele almak ve etkili hale getirmek gerekmektedir.

Uygulamada özellikle tazminat olanağı sunan komisyonların etkili başvuru hakkını güçlendirdiği görülmektedir. Örneğin Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Tazminat Komisyonu, Terörden Kaynaklanan Zararların Tazmini Komisyonları gibi komisyonların teorik olarak etkili başvuru yolu içerdiği AİHM içtihatlarında belirtilmiştir. Bununla birlikte ihlalin önlenmesi, durdurulması veya ortadan kaldırılması açısından idari başvuru yollarının çoğunun etkisiz kaldığı gözlemlenmektedir. Özellikle ihlali gerçekleştiren idareye yapılan başvurular açısından “yeterince bağımsız olma” koşulu sağlanamadığından etkili başvuru hakkına ilişkin kurumsal gerekliliklerin sağlanamadığı sonucuna varılmaktadır.

AİHS'nin 13. Maddesi etkili iç hukuk yolu olarak öngörülen ulusal makamın yargısal bir makam olmasını zorunlu görmemektedir. Yine de, bazı ağır insan hakları ihlallerinden kaynaklanan iddiaların çözümü için yargı yolu öngörülmesini etkili başvuru hakkı açısından zorunlu görmektedir. Özellikle yargı organlarının hassas ve konuyu tüm yönleriyle inceleyen bir yöntem izlemesini, ihlali durdurma konusundaki yetkilerini kullanmasını, tazminat isteminin esasını incelemesini önemli bulmaktadır. Bu hususlara aykırılığın tespiti halinde adil yargılanma hakkıyla birlikte etkili başvuru hakkının da ihlal edildiğine karar verebilmektedir. Nihayet yargı kararının uygulanmaması halinde de yargısal başvuru yolu öngörülse dahi bu yolun etkisiz olduğunu değerlendirebilmektedir.

Türk idari yargısı bakımından uyuşmazlığın çözümünde ilk inceleme konuları yönünden karşımıza çıkan ihlal iddialarının yanı sıra, son dönemde olağanüstü hal dönemi işlemleri, terör tazminat komisyonu işlemleri, sınır dışı etme işlemleri gibi uyuşmazlıklara ilişkin, dava yolu öngörülme işlemler hakkında vb. pek çok kararda etkili başvuru hakkının değerlendirildiği görülmektedir.

Tüm bu başvuru yollarının birlikte değerlendirilmesinden anlaşılan şudur ki Türk idare hukukunda etkili başvuru hakkının güçlendirilebilmesi için öncelikle birey odaklı ve insan haklarına saygılı idare anlayışının geliştirilmesi gereklidir. Bu temel çerçevesinde farklı idarelerce oluşturulan pek çok başvuru yolu yerine kullanımı kolay, hızlı ve etkili bir başvuru usulünün benimsenerek tüm idareler bakımından uygulanmasının sağlanması gerekmektedir. Böylelikle bireylerde kafa karışıklığı olmadan ve dağınık birçok mevzuat içinde kaybolmadan çözüme ulaşılabilecektir. Bunun için başvuru usulünü genel olarak düzenleyen İdari Usul Yasası çıkmalıdır. İşlemin gerekçesinin bildirilmesi, başvuru yollarının gösterilmesi, katılımcılık, aleniyet gibi temel ilkelere idarece değer atfedilmelidir.

Tazminat talepleriyle yapılan başvurular yönünden idarelerin bütçelerinde belli bir kalem öngörülmesi, ödeme yetkililerine inisiyatif tanınmalıdır. Sayıştay denetimleri açısından tazminat talepli ödemelerin denetiminde belli bir esneklik sağlanarak, ödeme yapılabilmesi için mutlaka yargı kararı aranmamalıdır.

İYUK'taki hükümlerin de etkinleştirilebilmesi amacıyla yeni kurum veya kuruluş oluşturmak değil, idare içerisinde olup, ancak yeterli bağımsızlık ve tarafsızlık hükümleriyle güvence altına alınmış, temel hak ihlallerine ilişkin iddiaları inceleyebilen, belirlenecek İdari

usul kurallarını uygulayan, bağlayıcı kararlar alabilen ve yargı denetimine tabi tutulabilen komisyonlar oluşturulmalıdır. Bu komisyonlar işlemi iptal etme, askıya alma, gerektiğinde tazminat verebilme yetkilerine sahip olmalı ve ilgili idarelere buna göre ek bütçe tahsisi yapılmalıdır. Hepsinden önemlisi ise pratikte etkili ve hızlı işlemesi sağlanmalıdır. Bu komisyonların kararları ise kamuoyuna açık ve erişilebilir olmalıdır. Hali hazırda yeterli bağımsızlığı sağlamadığından kurumsal olarak etkisiz görülen bu yollar, pratik etkililiğin güçlendirilmesi ile bağımsızlık unsuruna ilişkin koşulları somut olay bağlamında bertaraf edebilecektir. Bu yapılmadığı takdirde, AİHM tarafından etkili başvuru yolu olmadığı tespit edilen her durum için yeni bir hukuki mekanizma kurgulanmak zorunda olacaktır.

İdarenin hukuka aykırı olduğu yargı kararıyla tespit edilen işlemlerinin farklı muhatapları yönünden aynı hukuka aykırılıklar devam ettirilmemeli, idari başvuru üzerine veya re'sen bu işlemlerin idarece geri alınması/kaldırılması/değiştirilmesi sağlanmalıdır.

Hukuka aykırı olduğu yargı kararıyla tespit edilen işlemlerin yeniden tesisinde kastı ya da ihmali olan kamu görevlileri hakkında sorumluluk cihetine gidilebilmelidir. Bunun için mevzuat değişikliği elzemdir.

İdari usul yasasının yakın dönemde hazırlanmaması ihtimalinde, idarelere başvuru süreleri ve usulleri arasında yeknesaklığı sağlayabilecek bir mevzuat uyumlaştırmasına gidilmesi gereklidir.

İdari başvurular yoluyla etkili başvuru hakkının sağlanabilmesi için, ihlale sebep olan işlemi tesis eden idareye insan hakları konusunda eğitim verilmesi gerekmektedir.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu ile Kamu Denetçiliği Kurumunun etkinliğinin artırılarak, kararlarının bağlayıcı hale getirilmesi ve uyguladığı usullerde yeknesaklığın sağlanması ve sadeleştirmeye gidilmesi gerekmektedir. Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun da benzer şekilde özel hayatın gizliliği konusunda iddiaları titizlikle incelemesi gerekmektedir.

Belli konulardaki tazminat taleplerine ilişkin olarak özel kanunlarla getirilen başvuru yollarının etkinliğinin sağlanması için, verilen tazminat miktarlarının ilgilileri tatmin eden

düzeyde ve faiz dahil tüm diğer fer'i alanları da kapsayacak şekilde kurgulanması gerekmektedir.

İdari yargı makamlarınca verilen ilk inceleme kararlarında katı yorumlamalardan kaçınılmalı ve hak arama özgürlüğünü geliştirecek şekilde olaylara yaklaşılmalıdır. Yürütmenin durdurulması aşamasında özellikle 3. Madde ihlali ile birlikte ileri sürülen 13. Maddenin ihlali iddialarında idare mahkemelerince konu tüm yönleriyle titiz bir şekilde ve hassasiyetle incelenmeli, şablon veya soyut ret kararları yerine, temel hak ve özgürlüklerin ihlali iddialarının karşılandığı tatminkar gerekçelere kararda yer verilmelidir. Zira, bazen yürütmenin durdurulması ihlali önlemede tek etkili araç olabilmektedir. Yargı organlarının esas incelemelerinde ise konunun tüm boyutlarıyla ve ileri sürülen ihlal iddialarının bütününe etraflıca değerlendirildiği sağlam gerekçelerle desteklenmiş kararlar verilmelidir.

Hukuk devletinin güçlendirilmesi amacıyla idari başvuruların etkinliğinin artırılması toplumda uzlaşma kültürünü yerleştirecek ve uyuşmazlıkların yargı makamları önüne taşınmasını engelleyecek niteliktedir. İdari başvurular yoluyla idareciler tarafından toplumun nabızı tutulabilir, kamunun istek ve ihtiyaçları tespit edilebilir, sorunlara daha kolay odaklanılabilir, öncelik alanları tespit edilebilir.

İdari başvuru yollarının etkinleştirilmesiyle etkili başvuru hakkı tam anlamıyla değerini bulabilir. Uyuşmazlığın oluşması açısından önleyici bir subap görevi görebilecek idari başvuruların etkin kullanılması bireylerin kısa sürede ihlal iddialarını dile getirebilmelerini ve çözüme ulaşmalarını sağlayacak, yargının iş yükünü azaltacak, hakim ve savcıların daha az dosya üzerinden daha nitelikli kararlar vermelerini ve yine idarelerce izlenebilecek kaliteli içtihatlar üretebilmesine sebep olabilecektir.

AİHM ve AYM önündeki davalar bakımından savunmaları hazırlayan Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanlığında iyi yetişmiş insan hakları alanında uzman hukukçular istihdam edilmesi, savunmalarda iç hukuk yollarının tüketilmediğine ilişkin itiraz sunulurken, özellikle idari başvuru yollarında sonuç alınmış olumlu örneklerin Mahkemeye sunulmasının sağlanması gerekmektedir.

İçtihat birliğinin sağlanması ve olumsuz idari pratiklerin ortadan kaldırılması, yargı kararlarının gecikmeksizin uygulanması, süreçlerin hızlı işleminin sağlanması

gerekmektedir. Hepsinden önemlisi iç hukukta etkili başvuru hakkının sağlanması konusunda fikir ve eylem birliği olması gerekmektedir. Unutulmamalıdır ki, temel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda yeterli özeni göstermeyen devletler, meşruiyet zemininden uzaklaşmakta ve hukuk devleti olma özelliklerinin sorgulanmasına sebep olmaktadır.





KAYNAKLAR

- AKGÜNER, AZRAK, BİLGİN, ÖZAY, YAYLA, “Hukuk Devleti, İdare Hukuku ve Danıştay, II: Ulusal İdare Hukuku Kongresi- İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, Danıştay Matbaası 1993, Ankara
- AKMAN Yahya, Dilekçe Komisyonunun Misyonu, Etkinliği, Deneyimler, Beklentiler, Bir Parlamenter Denetim Yolu Dilekçe Komisyonu Çalıştayı, TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, Ankara 2017
- AKSOY Emine Eylem; “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 13. Maddesi:Etkili Başvuru Hakkı”, Çetin Özek Armağanı, 2004
- AKTAŞ Kadir; Dilekçe Komisyonunun Misyonu, Etkinliği, Deneyimler, Beklentiler, Bir Parlamenter Denetim Yolu Dilekçe Komisyonu Çalıştayı, TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, Ankara 2017
- AKYILDIZ Ali, Sporda Zorunlu Tahkimin Sorunlu Yapısı ve Sözleşmesel Uyuşmazlıklar, Türkiye Barolar Birliği Av. Türker Arslan Armağanı, Ankara, 2021, s. 59-80
- AKYILMAZ Bahtiyar, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000
- AKYILMAZ Bahtiyar, İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2003, Cilt:7, S:2
- AKYILMAZ Bahtiyar; İkibinli Yıllarda Türkiye’de İdari Usul: Yoksa Var Mı?, Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, 148. Yıl, Ankara, 2016
- AKYILMAZ Bahtiyar; Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, S.1-2, Y.2007
- AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021
- AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil; Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021
- ATLAY Kamil; Dilekçe Komisyonunun Diğer Meclis Komisyonları İle İlişkileri, Bir Parlamenter Denetim Yolu Dilekçe Komisyonu Çalıştayı, TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, Ankara 2017
- BAŞPINAR Ahmet, Adil Yargılanma Hakkı, Danıştay Dergisi, Yıl:40, Sayı:124, 2010
- CİDECİGİLLER Aynur, İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözülmesi, Ankara, Adalet Yayınevi, Nisan 2015
- ÇAL Sedat, İdari Usul Kanunu ve Bilgi Edinme Hakkı Gereksinimi Üzerine, Ankara Barosu Dergisi, 2012/2

- ÇATAL Betül, İnsan Haklarının Korunmasında Ulusal, Bölgesel ve Uluslararası Mekanizmalar, Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, C:1, S:1, 2018
- ÇELİK Abdullah, Adil Yargılanma Hakkı Rehberi, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014
- ÇELİKYAY Hakan Sabri, Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının “Başvuru Yollarının Tüketilmesi” Ölçütü Açısından Değerlendirilmesi, İÜHFD C.LXXIII, Y:2015, S.1
- ÇIRAK Ezgi; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21, Özel S., 2019
- DEMİR Rıdvan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Etkili Başvuru Hakkı, Adalet Dergisi, Yıl:2015, Sayı:52
- DEMİRBAĞ Cengiz, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yasama Organı, Yasama Süreci ve Yasama Sürecinde Yasama_Yürütme İlişkisi, Yasama Dergisi, Yıl:2019, S.39
- DEMİRKIRAN Eyüp Kaan, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve 1982 Anayasası bağlamında Etkili Başvuru Hakkı ve Adil Yargılanma Hakkının Kapsam Alanlarının Karşılaştırılması, TAÜHFD, 2020, 2(1), s.67
- DERVİŞOĞLU, Suat; İnsan Haklarının Korunması Açısından İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları, Türk İdare Dergisi, Yıl:2010, S.466
- DOĞRU Osman, NALBANT Atilla; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Avrupa Konseyi, Yargıtay Başkanlığı, Ankara, 2012
- DÖNER Ayhan, Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2010
- DURAN Lütfi, “İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükûtu Meselesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: XII, Sayı:1, 1946, s. 130 - 199
- DURMAZ Cüneyt, EKİNCİ Hüseyin, ÇINAR İbrahim, SAĞLAM Musa, BAYSAL Mustafa,; Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Avrupa Konseyi, 2013
- EKİNCİ Ahmet; Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVIII, Y.2014
- ERDOĞAN Oğuzhan, PANK Çiğdem; Kamu Bürokrasisinin Denetiminde İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları, Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Yıl:2017, S:9

- EREN Abdurrahman, Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara 2007
- ERKUT Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Ankara, Danıştay Yayınları, 1990
- GEMALMAZ Mehmet Semih; Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, I. Cilt Bölgesel Sistemler, İstanbul, Legal, 2010
- GİRİTLİ İsmet, BİLGİN Pertev, AKGÜNER Tayfun, BERK Kahraman, İdare Hukuku, İstanbul, Der Yayınları, Haziran 2012
- GİRİTLİ İsmet, BİLGİN Pertev, İdari Kaza Ders Notları , İstanbul, 1966
- GÖZLER Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2010
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, TAN Turgut, İdare Hukuku - Cilt 1, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, 2011
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, TAN Turgut, İdare Hukuku - Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, 2012
- GÜLER İbrahim; Adil Yargılanma; Özel Hayat ve Aile Hayatına Saygı ile Etkili Başvuru Hakları Arasındaki İlişkinin Ayrıntılı Değerlendirilmesi Bakımından Önemli Bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Khan Birleşik Krallık’a Karşı Davası, TBB Dergisi, 2016
- GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, Ankara, İmaj Yayınevi, Ekim 2011
- GÜNDÜZ Ebru, AKTAŞ Alkım; Düzenleyici İşlemlere Karşı Bireysel Başvuru, Yıldırım Bayezid Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2017, Sayı:3
- GÜRAN Sait, “Hak Arama Özgürlüğünün İki Boyutu”, Anayasa Yargısı 9, Ankara, 1993, s. 23 - 41
- GÜRSEL Meltem Kutlu: “Sermaye Piyasası Kurulu’nun Denetimi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, Cilt: 7, İzmir, 2005
- HARRIS D.J., O’BOYLE M., BATES E.P., BUCKLEY C.M., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, 2009
- İNCEOĞLU Sibel, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2013
- İNCEOĞLU Sibel, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2017
- İNCEOĞLU Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınları, 2008

İnternet: AB-Türkiye İlerleme Raporları

https://www.ab.gov.tr/siteimages/birimler/kpb/2022_turkiye_report_tr_27.11.2022_2.05.pdf,

<https://www.ab.gov.tr/siteimages/resimler/2023%20T%C3%BCrkiye%20Raporu.pdf>,

İnternet:

https://www.ab.gov.tr/siteimages/trkiye_raporustrateji_belgesi_2020/turkey_report_30.10.2020.pdf, Erişim tarihleri:05.02.2023, 20.02.2024

İnternet: Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Tazminat Komisyonu İstatistikleri PowerPoint Sunusu (adalet.gov.tr), istatistikler, Erişim tarihi:12.10.2023

İnternet: AİHM İstatistikleri-ihlal kararları

https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2021_ENG.pdf, Erişim tarihi:05.02.2023

İnternet: AİHM İstatistikleri- derdest davalar

https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_pending_month_2021_BIL.PDF, Erişim tarihi:05.02.2023

İnternet: Amerikan İnsan Hakları Bildirgesi, [https://documents-dds-](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/GL9/001/94/PDF/GL900194.pdf?OpenElement)

[ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/GL9/001/94/PDF/GL900194.pdf?OpenElement](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/GL9/001/94/PDF/GL900194.pdf?OpenElement))Erişim tarihi: 13.12.2021

İnternet: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/1312020085756Convention_TUR.pdf (Erişim tarihi: 13.12.2021)

İnternet: AYM İstatistikleri https://www.anayasa.gov.tr/media/7412/bb_istatistik_2022-3-yeni.pdf, Erişim tarihi:05.02.2023

İnternet: Anayasa Mahkemesinin 10.10.2023 tarihli basın açıklaması, www.anayasa.gov.tr, Erişim tarihi:12.10.2023

İnternet: www.tdk.gov.tr/guncelsozluk, Erişim tarihi:20.4.2020

İnternet: 12 Mayıs 2004 tarihinde Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen iç hukuk yollarının geliştirilmesi hakkındaki Rec (2004)6 sayılı Tavsiye Kararı <https://rm.coe.int/16805dd18e> (Erişim tarihi:13.12.2021)

İnternet: Bilgi Edinme Çalıştay Raporu (TBMM,2013)

https://www5.tbmm.gov.tr/bilgiedinme/bilgi_edinme_calistay_raporu.pdf, erişim tarihi: 04.02.2023

İnternet: BEDK Kararı, S.2004/148, T.25.10.2004, http://www.bilgiedinmehakki.org/doc/BEDK_kararlar.pdf, Erişim tarihi:05.02.2023

İnternet: Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi

<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx> (Erişim tarihi:13.12.2021)

İnternet: BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, <https://www.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0589.pdf> (Erişim Tarihi:13.12.2021)

İnternet: 50 Soruda CIMER, Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığı, www.cimer.gov.tr, 11.08.2021

İnternet: ÇOLAK Mehmet, Etkili Bir İç Hukuk Yoluna Başvurma Hakkı, www.turkhukuksitesi.com/makale_186.Htm, Erişim tarihi:15.08.2019

İnternet: Danıştay kararları, www.danistay.gov.tr

İnternet: Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Faaliyet Raporu, www.hsk.gov.tr, Erişim tarihi:26.10.2023

İnternet: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/coktaraflioz/bm/bm_03.pdf (Erişim tarihi: 13.12.2021)

İnternet: KVKK 2021 Yılı Faaliyet Raporu <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/eaf2f71e-efa5-48e2-9326-9b7fa2813193.pdf>, Erişim tarihi:12.10.2023

İnternet: OĞURLU Yücel, “İdari Usul Kanunu Neden Acil ve Zorunludur?”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi (i.e. AÜEHFD), Cilt: IX, Sayı: 1- 2, 2005, s. 73 - 88. ÖMERBAŞ Nurben, “İdari Yargılama Usulünde Hızlandırıcı Mekanizmalar”, İdari Yargı Sempozyumu Bildirisi, 2009, <http://www.danistay.gov.tr/> (Erişim tarihi: 8 Kasım 2011).

İnternet: Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu 2022 Faaliyet Raporu

İnternet: https://ohalkomisyonu.tccb.gov.tr/docs/OHAL_FaaliyetRaporu_20172022.pdf, Erişim tarihi:12.10.2023

İnternet: Preparatory Work on Article 13 of the European Convention on Human Rights Information Document, European Commission Of Human Rights, Strasbourg, 10.05.1957, [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART13-DH\(57\)5-BIL1675402.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART13-DH(57)5-BIL1675402.pdf)

İnternet: ŞEN Ersan, Etkili Soruşturma Yükümlülüğünde Bağımsızlık ve Tarafsızlık, www.haber7.com. Erişim tarihi:15.08.2019

İnternet: Taşınmaz Mal Komisyonu <https://tamk.gov.ct.tr/tr-tr/> Erişim tarihi:12.10.2023

İŞÇİ Jülide, İdari Merci Tecavüzü, Akdeniz Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2019

İYİMAYA Ahmet; Bilgi Edinme ve Verilere Ulaşma Özgürlüğü, Ankara Barosu Dergisi, Y:2003, S.1

KALAY Jale, AİHM Kararları Işığında Etkili ve Etkin Bir İdari Yargı Denetimi, Yüksek Lisans Tezi, T. C. Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara, 2007

KAPLAN Gürsel, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011.

KARAASLAN Abdulkadir, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirliğe İlişkin Bir usul Sorunu Olarak Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kuralı ve Kanunla Kurulan Tazminat Komisyonları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara, Yıl:2017

KARAHANOGULLARI Onur, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), Ankara, Turhan Kitabevi, 2011

KAYA Cemil, İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005

KOMBE Jean François Akandji, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler (Çeviren: Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya), Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları Serisi No:7, Belçika, 2008

KUIJER Martin, Effective Remedies As A Fundamental Right, Escuela Judicial Espanola &European Judicial Training Network, Barcelona, April 2014

KURTARAN Ceren, Dava Açma Süresi Bağlamında İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10. ve 11. Maddesinde Yer Alan İdari Başvurular, Yüksek Lisans Tezi, Ankara-2019

MIFTARAJ Ehat and MUSLIU Betim, Effective Legal Remedies In Administrative Justice, National Center for State Courts, Prishtina, 2017

ODYAKMAZ Zehra / ÇINARLI Serkan, İdari Uyuşmazlıklarda Yargı Öncesi Çözüm Usullerinin Uygulanabilirliği, Ankara, Orion Kitabevi, Ekim 2013.

ODYAKMAZ, İdare Hukukunda Yargı Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri, Ankara, 2018

ODYAKMAZ Zehra, Hazırlanmakta Olan İdari Usul Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1997

ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. Bası, İstanbul 1967

ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017

ÖZAY İl Han, Devlet, İdari Rejim ve Yargısal Korunma, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1986

ÖZCAN Mehmet, Avrupa Birliğinde İnsan Hakları, Hayat Yayıncılık, İstanbul, 2012

ÖZBEK Mustafa, İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I), TBB Dergisi, Yıl:2005, Sayı:56

ÖZDEN Kemal, Ombudsman (Kamu Denetçisi) ve Türkiye'deki Tartışmalar, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010

- ÖZDEK Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara, 2004
- ÖZTÜRK K. Burak, Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015
- REID Karen, Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Rehberi, Üçüncü Kitap (çev: Bahar Öcal Düzgören), İstanbul 2000
- SANTIS Francesco De; Structural Measures Adopted By Some Council of Europe Member States To Improve The Functioning of Civil and Administrative Justice Good Practice Guide-In Addition to the Effective Domestic Remedies Required By Article 13 of ECHR, Adopted by CEPEJ Plenary Meeting on 7 December 2016
- SERTER Yusuf Sertaç; İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargı Dışı Bir Araç Olarak İdari Başvurular, Doktora Tezi, 2015
- SEZER Yasin, BİLGİN Hüseyin, “Danıştay Kararlarında İdari Başvurular”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 57, Sayı: 4, 2008
- SEZGİNER Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000
- SEZGİNER Murat, İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013
- SEZGİNER Murat, İdari Belgelere Ulaşma Hakkı-Fransa Örneği, SÜHFD, C:6, Y:1998, S:1-2
- SEZGİNER Murat, İdari Yargılama Sürecinde Yaşanılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Çalıştay Kitabı, TBMM Yayınları, Ankara, 2013
- SPIELMANN Dean, Kabul Edilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2014
- SÜSLÜ Muhammet Akif, “Karma Komisyon Çalışmaları ve Kamu Denetçiliği Kurumu ile İlişkiler”, Bir Parlamenter Denetim yolu Dilekçe Komisyonu Çalıştayı, Ankara 2017
- ŞAŞI Murat , İdari Yargı Alanındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Alternatif Bir Model “Hakim Temelli Uzlaşma, Danıştay Dergisi, Ocak 2015, Sayı:138
- ŞENOL Cem, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, XII. Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013
- ŞENOL Cem, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü ve Etkili Başvuru Hakkı, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, S:1, Aralık 2011
- ŞİRİN Tolga, Bireysel Başvuru Usul Hukuku, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, Ankara, 2018
- TEZCAN Durmuş, Adil Yargılama Hakkı ve Etkili Başvuru Hakkı Açısından Büyük Dairenin Pellegrin ve Vilho Eskelinen ve Diğerleri Kararları Işığında, 27 Mart 2007

Tarihli Karaçay-Türkiye Kararı ve T.C. Anayasa Mahkemesinin Konuya Yaklaşımı, Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, Aralık 2009

TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), Beta Yayınları, İstanbul, 2013

ULUSOY Ali D., Türk İdare Hukuku, Cilt I Genel İdari Esaslar ve İdari Teşkilat, Yetkin Yayınları, Ankara 2017

VIEL Marie-Therese, İdari Başvuru ve İdari Yargı Birleşimi, Çeviren:ÖNÜT Lale Burcu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2013, Cilt.14, Sayı:1, 2012

YILDIRIM Ramazan, İdari Başvurular, Konya, Mimoza Yayınları, 2006

YILDIRIM Zeki; 6384 Sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Olan Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun: İnsan Hakları İhlallerinin Çözümüne Dair Farklı Bir Yaklaşım, Dr Zeki YILDIRIM (adalet.gov.tr)

YILMAZ Dilşat, İdari İşlemin İcrailik Özelliği, Ankara, Astana Yayınları Tez Serisi – 3, Ekim 2014

YILMAZ Erdinç, Fransız İdari Yargı Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolları, Yurt Dışı Ziyaret Raporu, 2016

YİĞİT Özgenur, Uluslararası Hukuk, Avrupa Hukuku ve Türk Hukukunda Mülteci ve Sığınmacıların Etkili Başvuru Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, 2018

ZENGİN Mehmet Ali, Türk Hukukunda Bilgi Edinme Hakkının Sınırları, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/REC (2007) 7 Sayılı Tavsiye Kararı (Çeviren: Doç.Dr. Onur Karahanoğulları)

Guide To Good Practice In Respect Of Domestic Remedies (Avrupa Konseyi yayın)

Effective Legal Remedies in Administrative Justice (Kosova Hukuk Enstitüsü yayını)

Guide on Article 13 of European Convention on Human Rights, Council Of Europe, 2021

Preparatory Work On Article 13 of The European Convention on Human Rights, European Commission of Human Rights, Strasbourg, 10.05.1957

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Soyadı, adı : GÜLERSOY, Emine Burcu
Uyruğu : T.C.

Eğitim

Derece	Eğitim Birimi	Mezuniyet tarihi
Yüksek lisans	Gazi Üniv. Sosyal Bilimler Enst.	2009
Lisans	Ankara Üniv. Hukuk Fakültesi	2003
	Anadolu Üniv. İkt.ve İd. Bil. Fak. İşletme Bölümü	2005
Lise	Kocaeli Anadolu Lisesi	1999

İş Deneyimi

Yıl	Yer	Görev
2014-...	Hâkimler ve Savcılar Kurulu	Tetkik Hâkimi
2006-2014	Danıştay Başkanlığı	Tetkik Hâkimi
2006	Eskişehir İdare Mahkemesi	İdare Mahkemesi Üyesi
2005-2006	Ankara Bölge İdare Mahkemesi	Hâkim Adayı
2004-2005	Ankara Barosu	Avukat
2003-2004	Ankara Barosu	Stajyer Avukat

Yabancı Dil

İngilizce

Yayınlar

Sermaye Piyasası Kurulu'nun Uyguladığı İdari Yaptırımlar ve Yargısal Denetimi (Yüksek Lisans Tezi)

Hobiler

Dalış, seyahat, Türk sanat müziği



GAZİLİ OLMAK AYRICALIKTIR...

