

HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ VE TÜRK POZİTİF HUKUKUNDA YARGI YOLU KAPALI İŞLEMLER

*Yrd. Doç. Dr. Cengiz GÜL**

*Fatih BİRTEK***

GİRİŞ

Modern demokratik devlet uygulamasında, devletin faaliyet alanı ve dolayısıyla yetkilerinin alabildiğine genişlemiş olduğuna ve bu yetkilerin önemli bir kısmının da takdiri bir nitelik gösterdiğine tanık olunmaktadır. Günümüz modern demokrasilerinin en belirgin özelliği de işte bu noktada kendini göstermiş ve devlet, geçmiş dönemlerle kıyaslanamayacak ölçekte yükümlülük altına girmiştir. Artık günümüzde hemen her şey devletten beklenmekte, her türlü probleme devletin çözüm bulması istenmektedir. Bu durum karşısında, devletin hukuk çerçevesine alınmasını, hukukla bağlanmasını ve yönetimde keyfiliğin yerine kuralların egemen olmasını gerekli kılan hukuk devleti ilkesi, bir siyasal ideal olarak modern anayasacılığın temellerinden birini oluşturmaktadır.¹

1982 Anayasası'nın 2. maddesi, Türkiye Cumhuriyeti'nin nitelikleri arasında, *hukuk devleti* ilkesine de özel bir yer vermektedir. Gerçekten de hukuk devleti ilkesi, bütün modern demokratik rejimlerin temel bir özelliği olarak kabul edilmektedir. Hukuk devleti kavramı hakkında doktrinde farklı tanımlar yapılmaktadır. Bu tanımlardan birisi hukuk devletini; "vatandaşların hukuki güvenlik içinde buldukları, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir siyasal ve hukuki yapılanma" biçiminde anlatırken,² bir başka tanım ise bu kavramı, "hukuka dayanarak ve hukuk sayesinde"

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

** Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi.

1 Mustafa ERDOĞAN, *Anayasal Demokrasi*, 6. Bası (Tıpkı Basım), Ankara, 2004, s. 71. Ayrıca bkz. Mustafa ERDOĞAN, *Anayasa ve Özgürlük*, Yetkin Yay., Ankara, 2002, s. 17-18.

2 Ergun ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Ankara, 2003, s. 113.

de var olan devlet” biçiminde ifade etmektedir. Bu yönüyle hukuk devleti ilkesi, kurallara uymak bakımından devlet ile vatandaş arasında bir eşitlik tesis etmekte ve hukuka uymanın sadece vatandaşlar için değil, devlet için de bir zorunluluk teşkil ettiğine vurgu yapmaktadır. Ayrıca bu ilke, hukukun varlığından ziyade, hukukun devlet içinde egemen olması gerektiği gerçeğine dikkati çekmektedir.³

Anayasa Mahkemesi’ne göre de; “insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet hukuk devletidir.”⁴ Yine Anayasa Mahkemesi, devlete hukuk devleti vasfını ve güvencesini veren en önemli esasın yargısal denetim olduğuna dikkati çekmiştir.⁵

Danıştay da Anayasa Mahkemesi’nin yaklaşımına paralel olarak bir kararında, “idari tasarrufların kazai murakabeye tabi tutulması, hukuka bağlı devlet prensibinin en mütebariz ve karakteristik vasfı icabındandır”⁶ diyerek hukuk devleti ile yürütmenin yargısal denetimi kavramlarını içselleştirmiştir.

Her ne kadar bizim hukuk sistemimizde hukuk devleti şeklinde tanımlama yapılsa da, Common Law hukuk sisteminde hukuk devleti kavramının karşılığı olarak *rule of law* terimi kullanılmaktadır. Bu terim hukuk devleti anlamından çok, *hukukun devleti*, *hukukun üstün olduğu devlet* anlamını taşımaktadır. Bu nedenle *rule of law* kavramı, hukuk devleti kavramından daha geniş ve daha özgürlükçü bir anlam ifade etmektedir.⁷

Bir devletin hukukun egemen olduğu devlet olarak tanımlanabilmesi için belli bazı nitelikleri haiz olması gerekmektedir. Şüphesiz hukukun egemen

3 ERDOĞAN, *Anayasal Demokrasi*, s. 113 vd. Hukuk devleti konusunda ampirik bir inceleme çalışması için bkz. Cengiz GÜL / Ferit İZCİ, “*Hukuk Devleti Söylem ve Olgusu Üzerine Sivas İl Merkezinde Yapılan Ampirik Bir Araştırma*”, *EKEV Akademi Dergisi*, Yıl:8, Sayı: 21 (Güz), Erzurum, 2004, s. 300.

4 Anayasa Mahkemesi E. 1976/1, K. 1976/28, k.t. 25.05.1976, *AMKD*, Sayı: 14, s. 189.

5 Anayasa Mahkemesi E. 1976/43, K. 1977/44, Karar Tarihi. 27.01.1977, *AMKD*, Sayı 15, s. 117.

6 DDDGK, Esas 49/320, Karar 50/128, Karar Tarihi: 30.03.1950, *Danıştay Kararları Dergisi*, Sayı: 50-53, s. 118.

7 *Rule of Law* kavramı daha özgürlükçü olmasına karşın, Türk hukukunda ve Türk mevzuatında yaygın olarak *hukuk devleti* kavramı kullanılmaktadır. Ancak bu çalışmanın amacı bakımından özellikle, hukukun egemen olduğu devlet kavramı tercih edilecektir. *Hukukun üstünlüğü* olgusu üzerine analitik bir inceleme denemesi için bkz. Sami Selçuk, *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, İkinci Baskı, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 1999, s. 319-326. Hukuk devletinin fikri temellerinin doğal hukuk öğretisine dayandığını irdeleyen bir çalışma için de bkz. Niyazi ÖKTEM, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, Der Yay., İstanbul, 1999, s. 71 vd.

olduğu bir devletin varlığından söz edebilmek için, öncelikle devletin ege-
menliğe dayalı fonksiyonlarından olan yasama ve özellikle de yürütmenin
eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olması vazgeçilmez bir unsur-
dur.⁸ Ancak tek başına bu unsurun varlığı, vatandaşların hak ve özgürlükleri
açısından yeterli bir güvence teşkil etmemektedir. Devletin hukuk kuralları-
yla bağlılığının yanında, devletin hukuka bağlılığının, bağımsız ve tarafsız
yargı erki tarafından denetlenmesi de bir zorunluluk olarak kendini göster-
mektedir. Bundan hareketle, tüm devlet organlarının işlemlerinin yargısal
denetime açık olmasını, hukuk devletinin olmazsa olmaz bir ilke ve kuralı
olarak kabul etmek gerekir.⁹

Hukuk devletinin varlığından söz edebilmek için, “her şeyden önce ya-
sama, yürütme ve idare, hatta yargı organlarının görev alanlarının açıkça
tanımlanmış olması ve görev sınırlarına bilfiil riayet etmelerinin sağlanması
gerekir.”

Her bir devlet erkinin kendi alanında kalmasının sağlanması, ancak kuv-
vetler ayrılığı sisteminin kabulü ile mümkündür. Fikri temelini
Montesquieu’den alan kuvvetler ayrılığı kuramı,¹⁰ devletin organlara ayrıl-
masını ve her organa yalnız kendi faaliyet sahasına ait bir iktidar verilmesini
istemektedir. Bu suretle her organ, karşısında diğer organı bulacağı için ken-
di sınırları içinde kalmaya mecbur olacaktır.

1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nin 16. maddesi, “*hakla-
rı güvence altına alınmamış, kuvvetlerin ayrılığı belirlenmemiş olan toplum-
lar asla anayasaya sahip değildirler*” hükmü ile anayasal devletin olmazsa
olmaz şartı olarak, kişi hak ve özgürlükleri bakımından anayasal güvence ve
kuvvetler ayrılığı ilkesini kabul etmiştir. Kuvvetlerin ayrılmasının altında
yatan ana fikir, ancak birbirinden bağımsız olan ve karşılıklı olarak birbirle-
rini denetleyip dengeleyebilen organlar sayesinde iktidarın kötüye kullanıl-

8 Hukuk devletinin gerekleri konusunda ayrıntılı çalışmalar için bkz. Hubert
ROTTLEUNTHNER, Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Devleti, (HFSA) Hukuk Felsefesi
ve Sosyolojisi Arkivi, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, Alkım Yayınları, İstanbul, 1996, s.
51. Ömür DELİVELİ, Anayasa Hukuku, Yargı Yayınları, Ankara, 2000, s. 22. Zafer
GÖREN, Anayasa Hukukuna Giriş, 1. Baskı, Barış Yayınları, İzmir, 1997, s. 132. Ya-
vuz ATAR, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya, 2000, s. 68-78.
ÖZBUDUN, s. 113 vd.

9 Ramazan ÇAĞLAYAN, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, Gözden
Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara, 2001, s. 21.

10 Teziç, kuvvetler ayrılığı teorisinin Montesquieu’nun adıyla özdeşleştirilmesine rağmen,
bu teorisin Aristo tarafından ileri sürüldüğünü, sonra John Locke tarafından savunuldu-
ğunu, bundan sonra Montesquieu tarafından geliştirildiğini belirtmektedir. Erdoğan
TEZİÇ, Anayasa Hukuku, 8. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2003, s. 394.

masından vatandaşların korunabileceğidir.¹¹

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin cari olduğu bir devlette, kişi hak ve özgürlüklerine idari organlardan gelmesi muhtemel sınırlamaların önlenmesi, ancak hukukun üstünlüğünün devletin bütün organlarınınca, özellikle de yönetsel birimlerce kabulü ve bu organların tüm işlemlerine karşı yargısal denetim yollarının açık olması ile mümkündür. Bu açıklamalar çerçevesinde bu çalışmanın tamamında, hukukun üstünlüğü kavramına öncelik verilerek, AİHS perspektifinden Türk hukukunda yargı yolu kapatılan işlemlere (yasama kısıntılarına) farklı bir açıdan bakılmaya çalışılacaktır. Yasama kısıntılarının değerlendirilmesi hususunda, evrensel hukuk ilkelerinden hareketle, gerek AİHS ve gerekse 1982 Anayasası bağlamında bir tahlil yapılmaya çalışılacaktır.

1. Hak Arama Özgürlüğü

Bireylerin topluluk biçiminde yaşamalarının ve bu kolektif yaşamlarının sonucu olarak belli haklara sahip olmalarının sonuçlarından birisi de, haklarının ihlal edilmesi durumunda bireylere, hukuk düzeninden ihlalin ortadan kaldırılmasını ve bu suretle ortaya çıkan olumsuzlukların giderilmesini isteme hakkını tanınması olmuştur.

Yasama ve yürütme fonksiyonlarının yanında, devletin üçüncü bir işlevi olarak yargı fonksiyonu bulunmaktadır. Yargı işlevinin özü, özel kişiler arasında veya bu kişilerle devlet arasında ortaya çıkan hukuki uyumsuzlukları nihai olarak çözen kararları vermektir.¹² Lock, toplumu oluşturan bireylerin devlete devrettiği tek hakkın, yargılama hakkı olduğunu ileri sürmektedir.¹³ Bu sebeple devletin en başta gelen fonksiyonlarından biri olarak yargı fonksiyonu öne çıkmaktadır.

Bireylerin hak sahibi olmasının anlamlı hale gelebilmesi, devletin koruma fonksiyonuna ulaşabilmesine ve koruyucu mekanizmaları harekete geçirebilmesine bağlıdır. Bu sebeple hak arama özgürlüğü, genel olarak pozitif hukukça tanınmış hakların ön şartı ve usuli güvencesi olarak anlaşılır.¹⁴

Hak arama hürriyetinin temelinde, hakları ihlal edilen bireylerin, ihlalin önlenmesi ve ihlalin menfi etkilerinin ortadan kaldırılması amacıyla yetkili mercilere ve yargı makamlarına başvurabilmesi, bu hakkın ve bu hakkın kullanılabilmesi başvuru mekanizmalarının tanınması amacı yatmaktadır.

¹¹ ERDOĞAN, *Anayasal Demokrasi*, s. 200.

¹² ERDOĞAN, *Anayasal Demokrasi*, s. 350.

¹³ İlhan AKIN, *Kamu Hukuku*, İstanbul, 1990, s. 286.

¹⁴ Ali Rıza ÇOBAN, *Türk Hukukunda Hak Arama Özgürlüğü*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir 1995, s. 34.

Bu sebeple hak arama özgürlüğü, devlete pozitif düzenlemelerde bulunma yetkisi veren bir hak olması sebebiyle bağımsız bir hak görünümündedir. Hak arama özgürlüğü, diğer insan haklarının usuli güvencesini oluşturması (araç hak niteliği), hakların korunmasını ve devletten pozitif edimlerde bulunmasının talep edilmesi noktasında *öncül bir haktır*. Şüphesiz hak arama hürriyetinin konusu, diğer insan haklarını korumaktır.¹⁵

Hak arama özgürlüğü, sivil haklar kategorisi içerisinde yer almaktadır. Nitekim anayasamız da hak arama hürriyetini 'Kişi Hakları ve Ödevleri' bölümünde düzenlemiştir. Ancak bu durum, hak arama hürriyetinin negatif bir hak olduğu ve devlete yalnızca müdahale etmeme, kaçınma yükümlülüğü yüklediği anlamına gelmemektedir.¹⁶

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin birçok kararında, hak arama özgürlüğü konusunda devletin bazı pozitif edim yükümlülüklerinin bulunduğu açıkça ortaya konulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı, bir taraftan hak aramanın usuli güvencelerini teminat altına alırken aynı zamanda divan kararlarında da belirtildiği gibi, "*mahkemeye ulaşma hakkı*" olarak hak arama özgürlüğünü de kapsamakta ve koruma altına almaktadır.¹⁷

Hak arama özgürlüğü, dar anlamı itibarıyla, pozitif hukuk tarafından tanınan hakların ihlali durumunda bu ihlalin durdurulması ve menfi etkilerinin ortadan kaldırılması amacıyla *yetkili makamlara* müracaatta bulunma hakkını içermektedir. Bu sebeple hak arama özgürlüğü, mutlak olarak mahkemeye müracaat etme hakkının tanınması olarak anlaşılmalıdır. Yeri geldiğinde ihlalin durdurulması ve olumsuz etkilerinin önlenmesi amaçlarını gerçekleştirebilecek olan idari makamlar da hak arama özgürlüğü bağlamında *yetkili bir makam* olarak kabul edilebilecektir. Hak arama özgürlüğü bu özelliği sebebiyle, AİHS'nin 13. maddesinde düzenlenen *etkili başvuru hakkı* ve 6. maddede düzenlenen *adil yargılanma hakkı* ve İHEB'nin 8 ve 10. maddeleri ve MSHİUAS 2/3-a ve 14. maddeleri ile yakından ilgilidir.

a. Uluslararası Belgelerde Hak Arama Özgürlüğü

1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB)'nin 8. madde-

¹⁵ ÇOBAN, s. 36.

¹⁶ ÇOBAN, s.40.

¹⁷ Akdeniz / Türkiye başvurusunda mahkemeye göre; "Sözleşme'nin 13. maddesi, Sözleşme'deki hak ve özgürlüklere riayeti sağlamak için hangi şekil ve surette olursa olsun, ulusal düzeyde bir başvuru yolunun mevcudiyetini güvence altına almaktadır."

si:¹⁸ “Her şahsın kendisine anayasa veya kanun ile tanınan ana haklara aykırı muamelelere karşı fiili netice verecek şekilde **milli mahkemelere müracaat hakkı vardır**” hükmünü içermektedir. Ayrıca Beyanname’nin 10. maddesi de, “*herkesin, davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakça ve açık olarak görülmesini istemeye hakkı vardır*” düzenlemesini getirmiştir.

1976 tarihinde yürürlüğe giren Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (MSHİUAS)’nin¹⁹ başlangıç kısmında:

“Bu Sözleşmeye taraf devletler, Birleşmiş Milletler Şartı’nda ilan edilmiş olan ilkelere uygun olarak, insanlık ailesinin tüm mensuplarının doğuştan sahip oldukları onurun ve eşit ve devredilmez haklarının tanınmasının dünyada özgürlük, adalet ve barışın temeli olduğunu göz önünde bulundurarak,

Bu hakların kişinin doğuştan sahip olduğu onurundan kaynaklandığını kabul ederek, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’ne uygun olarak, kişisel ve siyasal özgürlüğe ve korku ve yoksulluktan kurtulma özgürlüğüne sahip özgür insan ülkesine ancak herkesin kişisel ve siyasal haklarının yanı sıra ekonomik, sosyal ve kültürel haklarından da yararlanabileceği koşulların yaratılması ile ulaşılabileceğini kabul ederek,

Birleşmiş Milletler Şartı’na göre devletlerin insan hak ve özgürlüklerine bütün dünyada saygı gösterilmesini ve bunlara uygun davranılmasını teşvik etmek yükümlülüğünü göz önüne alarak, diğer bireylere ve bağlı olduğu topluluğa karşı görevleri olan bireyin, bu Sözleşmede tanınan haklara saygı gösterilmesi ve bunların geliştirilmesi için çaba gösterme sorumluluğu altında bulunduğunu dikkate alarak, aşağıdaki hükümlerde anlaşmışlardır.” denilmektedir.

Bu sözleşmenin 2. maddesinin 3. bendi:

a. Burada tanınan hak ve özgürlükleri çiğnenen bir kişiye, bu uygulamaya resmi görevliler tarafından yapılmış olsa bile, **etkin bir yargı yolu olanağı** sağlamayı,

b. Böyle bir yargı yolu isteğinde bulunan bir kişinin yetkili yargı, yönetim ve yasama organlarınca veya devletin yasal sistemine göre yetkili başka

¹⁸ Sözleşme metinleri için bkz. Enver BOZKURT, *Türkiye’nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı*, İlaveli 3. Baskı, Ankara, 2003.

¹⁹ Türkiye bu sözleşmeyi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamış ve 4 Haziran 2003 tarihinde Onaylanan “Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi 4868 sayılı, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanununun 18 Haziran 2003 günlü 25142 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmasıyla yürürlüğe girmiştir.

makamlarca karara bağlanmak üzere bu hakkını güvence altına almayı ve yargı yolu olanaklarını geliştirmeyi,

c. Bu yoldan bir hak alındığında, bunun yetkili makamlarca yerine getirilmesini sağlamayı üstlenir,

Sözleşmenin 14/1 bendi ise, “herkes bir suçla itham edildiğinde ya da bir hukuk davasında hak ve yükümlülükleri ihlal edildiğinde **duruşma hakkına sahiptir**” hükmünü getirmektedir.

Türkiye tarafından 1954 yılında onaylanan İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (AİHS)’nin 6/1 bendi, “medeni hak ve yükümlülükleri veya hakkında herhangi bir suçlama karara bağlanırken herkesin yasayla kurulmuş tarafsız ve bağımsız bir mahkeme tarafından makul bir süre içinde **adil ve açık bir yargılanmaya hakkı vardır**” derken, 13. maddesi ise, “bu sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi sıfatla hareket eden kişilerden başka kimseler tarafından işlenmiş olsa da, ulusal bir makam önünde etkili bir hukuki yola başvurma hakkına sahiptir” hükmünü barındırmaktadır.

Uluslararası belgelerde yer alan güvenceler bakımından ikili bir ayırım yapma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu ayırmada, sözleşme hükümleri bakımından devletlerin ihlallerine karşı etkin bir yargı güvencesi (AİHM) ve bu güvenceden faydalanmak için bireysel başvuru sistemini kabul edilen AİHS’nin diğer belgelerden ayrı bir şekilde incelenmesi gerekmektedir.²⁰

Devletler üstü ve devletleri bağlayıcı münhasır bir yargı güvencesi sistemi bulunmadığı ve etkin bir bireysel başvuru mekanizmasına sahip olmadığı gerekçesiyle, İHEB ve MSHİUAS’nin iç hukuk bakımından hiçbir anlam ifade etmediğini söylemek, **07.05.2004 tarihli anayasa değişikliği ile 1982 Anayasa’nın 90/5 maddesinin son cümlesine yeni bir cümle olarak eklenen, “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır”** hükmü çerçevesinde pek mümkün gözükmemektedir. Kaldı ki, anılan düzenlemelerin evrensel hukuk kaidesi olarak kabulü ve iç hukuk bakımından bağlayıcılığı da söz konusudur.²¹ İHEB ve

²⁰ MSHİUAS’nin 28. maddesi bir insan hakları komitesinin kurulacağını öngörmüştür. Ancak hem komiteye başvuru hakkının sadece devletlere tanınmış olması hem de İnsan Hakları Komitesinin her ülke için düzenlediği yıllık raporların bir yaptırımı olmadığı gerekçesiyle, temel hak ve hürriyetler bakımından sağlanmış bir güvence olarak kabulü mümkün değildir.

²¹ Enver BOZURT / M. Akif KÜTÜKÇÜ / Yasin POYRAZ, **Devletler Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 2003, s. 77.

MSHİUAS'nin hak arama özgürlüğünde müracaat edilecek makam olarak hiçbir idari makama yer vermeden, doğrudan doğruya yargı yoluna başvuru düzenlemiş olması dolayısıyla, temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından daha güvenceli bir düzenleme olduğu aşıkardır.²²

b. İç Hukuk Açısından Hukukun Evrensel İlkeleri - Uluslararası Sözleşmeler

Hukukun üstünlüğünün kabul edildiği bir sistemde "hukukun evrensel ilkelerine saygı gösterilmesi" zorunludur. Bu zorunluluk hem kural koymada hem de kuralları uygulamada gözetilmesi gereken bir gerekliliktir.²³ Hukukun evrensel ilkeleri kavramı, hukuk devletini ve bu ilkenin gereklerini de içine alan daha geniş bir anlam taşımaktadır. Bu sebeple hukukun evrensel ilkelerinin tam bir listesini çıkarmak mümkün değildir. Ancak gerek uluslararası kabuller ve gerekse ulusal yargı mercilerince hukukun temel değerlerinden sayılan ilkeler, hukukun evrensel ilkeleri kavramı ile mütalaa edilmektedir.

Her ülkenin ulusal hukukunda bağlayıcı, emredici kurallar olduğu gibi, devletler hukukunun pozitif kurallarından bazıları da bütün devletler için bağlayıcı üstün bir nitelik taşımaktadır.²⁴ Devletler hukuku alanında *jus cogens* (buyruk kural) adı verilen bu kurallar devletlerin iç hukukuna dahil olmuştur. Türk hukuku bakımından da evrensel hukuk kaidelerinin pozitif bağlayıcılığı söz konusudur.²⁵

Temel hak ve özgürlüklerin korunmasının, evrensel hukuk ilkelerinden olduğu noktasında herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu sebeple bir hukuk devletinin, evrensel hukuk kaideleriyle kendisini bağlı hissetmesi bir zorunluluk halini almıştır.²⁶ Türk Anayasa Mahkemesi de, uluslararası hukukun vazgeçilmez kıldığı temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası

²² AİHS m. 13, "ulusal bir makam önünde etkili bir hukuki yola başvurma hakkına" yer vermektedir.

²³ ERDOĞAN, *Anayasal Demokrasi*, s. 133.

²⁴ BOZURT / KÜTÜKÇÜ / POYRAZ, *Devletler Hukuku*, s. 77.

²⁵ Jus Cogens Kurallarının bağlayıcılığı Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 53. maddesi ile koruma altına alınmıştır. Türkiye bu anlaşmayı onaylamamıştır. Ancak bu sözleşmenin hükümleri örf adet hukuku olarak Türk Hukuku'nda da geçerlidir. Anayasa'nın 15,16 ve 92. maddelerinde yer alan *milletlerarası hukuk* deyimini, milletlerarası anlaşmalar ve milletlerarası teamülleri de içine alan geniş bir kavramdır. BOZURT / KÜTÜKÇÜ / POYRAZ, *Devletler Hukuku*, s. 77 (Anlaşma metni için de bkz. Enver BOZURT / M. Akif KÜTÜKÇÜ / Yasin POYRAZ; *Devletler Hukuku Mevzuatı*, 1. Bası, Ankara 2004, s. 543.

²⁶ ERDOĞAN, *Anayasal Demokrasi*, s. 134.

hukukun genel ilkelerinin iç hukuk bakımından da en azından anayasal de-
ğerde bağlayıcı olduğunu kabul etmektedir.²⁷

Bu açıklamalardan hareketle, kişi hak ve özgürlükleri bakımından AİHS'nin ölçü norm olmakla birlikte, yegane norm olmadığı ve AİHM içti-
hatlarında belirtildiği üzere, AİHS'nin insan hak ve özgürlükleri noktasında
asgari düzenlemeler içerdiği göz ardı edilmemelidir. Bu sözleşme iç hukuk
bakımından değerlendirildiğinde, evrensel hukuk ilkelerine nazaran AİHS
hakkında *daha pozitif ve bağlayıcı* iç hukuk hükümlerinin varlığı aşikardır.
AİHS, niteliği itibariyle devletler arası bir sözleşme olması nedeniyle 1982
Anayasa'nın 90. maddesi hükümlerine tabidir. Ancak Anayasa'nın 90. mad-
desinde yer alan, "*usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası
andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık id-
diası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz*" hükümleri, uluslararası
anlaşmaların –dolayısıyla AİHS'nin– normlar hiyerarşisindeki yeri konu-
sunda tartışmaları beraberinde getirmektedir.

Öncelikle şunu belirtmek gerekirse, pozitif hukukumuzda uluslararası
hukukun Türk iç hukukuna üstünlüğünü gösteren genel bir hüküm bulun-
mamaktadır. Uluslararası anlaşmaların kanun hükmünde olması ve bunlar
aleyhine Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaması, onların üstünlüğüne
değil de özel nitelikli bir kanun olduğu yönünde yorumlanmasına vurgu
yapmaktadır.²⁸ Ancak yukarıda da belirtildiği gibi, 2004 Anayasa değişikliği
ile 90/5'e yapılan bir ek hüküm ile, kanun düzeyinde kabul edilen uluslararası
anlaşmalara bir istisna getirilmiştir. Bu hüküm de, temel hak ve özgürlük-
lere ilişkin anlaşmaların kanunlardan açıkça üstün olduğunu belirtir mahiyet-
te olmayıp, ancak hükümlerin çatışması halinde temel hak özgürlüklere iliş-
kin uluslararası anlaşmaların esas alınacağına dikkati çekmektedir. Hak öz-
gürlüklere ilişkin olmayan anlaşmalar açısından doğabilecek bir çatışmada
ise, hükümlerin özel - genel (lex specialis) ile önceki - sonraki (lex
posterior) olup olmadıklarına bakılacaktır. Uygulamada temel hak ve özgür-
lüklerle ilişkin en önemli belge olan AİHS, Anayasa Mahkemesince *bağımsız
ölçü norm* olarak değil de *destek ölçü norm* olarak kullanılmaktadır. Zira
Anayasa Mahkemesi, A.Y. m. 90'nın anlaşmaları kanun hükmünde kabul
etmesi karşısında, aynı hukuki statüde bulunan normlar arasında üstünlük
olamayacağından hareketle, anlaşmaları kanunların denetiminde bağımsız

27 Nemci YÜZBAŞIOĞLU, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku* İÜHF Yay, İstanbul 1993, s. 23.

28 BOZURT / KÜTÜKÇÜ / POYRAZ, *Devletler Hukuku*, s. 42.

ölçü norm olarak görmemiştir.²⁹ bütün uluslararası anlaşmalar, normlar hiyerarşisinde anayasa ile kanun arasında –*kanun gücünün üstünde*- bir yerde bulunmaktadır.

c. İç Hukuk Bakımından Hak Arama Özgürlüğü

Kişi hak ve özgürlüklerinin usuli güvencesini oluşturan hak arama özgürlüğü, Türk Anayasasının ilk yazılı anayasası olan 1876 tarihli Kanuni Esasi'den bu yana anayasalarımızda yer almıştır.³⁰ Kanuni Esasi m. 83, “*herkes huzur-ü mahkemede hukukunu muhafaza için lüzum gördüğü vesait-i meşruayı istimal edebilir*” hükmünü içermektedir.³¹

1924 Anayasası da Kanuni Esasi'nin 83. maddesi hükmüne aynen yer vermektedir. 1945'te m. 59, “*herkes mahkeme önünde haklarını korumak için gerekli gördüğü yasal araçları kullanmakta serbesttir*” şeklinde sadeleştirilmiştir. 1961 Anayasası ise, “*herkes meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir*” şeklinde bir düzenleme getirmiştir.

1982 Anayasası'nın 36. maddesinde, “*herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma*³² hakkına sahiptir” denilmektedir.

1982 Anayasası da öze ilişkin olarak, diğer anayasalarımızda olduğu gibi hak arama özgürlüğünü yargı makamları ile sınırlı tutmaktadır. Bu sebeple anayasal anlamda hak arama kavramı, yargı mercileri önünde hak arama olarak anlaşılmalıdır. Ancak 1982 Anayasası'nın 40. maddesi, AİHS'nin 13. maddesine benzer bir düzenleme içermektedir. 40. madde hükmüne göre; “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.”

36. madde tüm hak ihlalleri bakımından daha genel bir güvence içermekle birlikte, hak arama hürriyetini sadece yargı mercii olarak sınırlamaktadır.

29 Abdurrahman EREN, “1982 Anayasası'nın 90. Maddesindeki 2004 Değişikliği'nin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: VIII, Sayı: 3-4, Erzincan, 2004, s. 75-76.

30 Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇOBAN, *Türk Hukukunda Hak Arama Özgürlüğü*, s.44 - 47.

31 Bu hükmü tamamlayan bir diğer hükme de Kanun-i Esasi 84. maddesinde; mahkemelerin, önlerine gelen davalara bakmaktan kaçınmayacağını (ihkak-ı haktan istiknaf edememek) belirtmek suretiyle yer vermektedir.

32 Bu fıkraya 03/10/2001 tarih ve 4709 sayılı Kanununun 14. maddesi ile “Savunma” ibaresinden sonra gelmek üzere “ile adil yargılanma” ibaresi eklenmiştir.

Bunun yanında 40. madde, sadece temel hak ve hürriyetler ile ilgili olarak sınırlı olmak kaydıyla ve 36. maddeye nazaran yargı mercilerinden başka idari makamlar içerdiğinden bahisle, hak arama hürriyeti bakımından 36. maddeye nazaran daha genel ve daha geniş bir güvence içermektedir.³³ 40. madde konuluş düşüncesi bakımından AIHS m. 13.'teki "*milli makamlara müracaat*" başlıklı düzenlemeden esinlenerek hazırlanmıştır.³⁴

1982 Anayasası'nın 74. maddesi "dilekçe hakkı" başlığı ile, yetkili makamlara ve TBMM'ye başvuruyu düzenlemektedir. Bu maddede de yetkili makamlar sayılmamak suretiyle geniş tutulmuş ve genel bir düzenleme halinde düzenlenmiştir. Madde metnine, 2001 anayasa değişikliği ile, "kendileri ile başvurularının sonucu" ibaresine ek olarak, "gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir" amir hükmüne yer verilmektedir. Başvurunun neticesinin, ilgiliye gecikmeksizin bildirilmesi zorunluluğu, hak arama hürriyeti bakımından etkin bir güvence oluşturmaktadır.

Ancak Anayasa'nın 74. maddesinin son fıkrasının yaptığı atfa istinaden çıkarılan 3071 Sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'un 02/01/2003 - 4778 S.K./27. md. İle değişik 7. maddesi, "ilgililere başvurularının neticesinin en geç 30 gün içinde, gerekçeli olarak bildirileceği" hükmünü getirmiştir. Bu sebeple Anayasa'nın 74. maddesinde, hak arama hürriyeti bakımından etkin bir güvence sayılabilecek olan *gecikmeksizin* ibaresi 30 güne kadar (en geç otuz gün içinde) biçimine dönüşerek *güvence mahiyetini korumakla birlikte etkinliğini yitirmiştir*.

2. Hak Arama Özgürlüğünün Görünümleri

Yukarıda da açıklandığı gibi, hak arama özgürlüğü sadece yargı makamlarına müracaatı içeren bir özgürlük değildir. Yeri geldiğinde siyasi ve idari makamlara müracaat da hak arama özgürlüğü bakımından etkin bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır. Siyasi makamlara başvuru yolu olan "dilekçe hakkı" bir üst başlıkta incelendiğinden, bu başlık altında, AIHM kararları ve içtihatları perspektifinde adil yargılanma hakkının öncülü mahiyetinde olan, "*etkili başvuru hakkı*" ve adil yargılanma hakkının ilk donesi olan "*bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı*" inceleme konusu yapıla-

33 "40. maddede bu düzenleme biçimiyle Türkiye'de ombudsman türü özerk bir otoritenin varlığı izlenimini vermekte ve bu formülasyon biçimiyle biraz havada bir hüküm olduğu" hususunda bkz. İbrahim Ö. KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme*, İstanbul, 1993, s. 15.

34 Feyyaz GÖLCÜKLÜ / A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara, 1994, s. 299.

çaktır.³⁵

a. Adil Yargılanma Hakkının Öncülü “Etkili Başvuru Hakkı”

Başvuru hakkı, “hukuk devletinde hak ve özgürlüklerin gerçek anlamda güvence altında olabilmesi için, haklarının çiğnendiğini düşündükleri zaman kişilerin; ihlalin tespitini, duruma göre ortadan kaldırılmasını veya tazmin edilmesini sağlamak üzere başvurabilecekleri hukuki ve siyasi yolların açık olması”³⁶ şeklinde tanımlanmaktadır.

Hak aramanın en tabii yolu, bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde dayacı olmaktır. Ancak bunun yanında siyasal başvuru (dilekçe hakkı) ve ilgili idare veya bir üst idare nezdinde yapılan idari başvurular da ikincil başvuru türleri olarak karşımıza çıkmaktadır. İHEB’nin 8. maddesi, “her şahsın kendisine anayasa veya kanun ile tanınan ana haklara aykırı muamelelere karşı fiili netice verecek şekilde *milli mahkemelere* müracaat hakkı vardır” hükmü ile, etkili başvuru hakkı noktasında bu hakkın mutlaka mahkemeye müracaat şeklinde olması gerekliliğini düzenlemiştir.

AIHS m. 6’da yer alan adil yargılama hakkı; İHEB m. 10 ve Siyasal Haklar Bildirgesi’nin 14. maddesinde formüle edilen ve kısaca “*hakkaniyete uygun yargılanma hakkı*” olarak tanımlanan ilkenin gelişmiş ve AIHM içtihatları ile de sürekli gelişmekte olan bir kavramdır.³⁷ AIHM’ne göre; “Sözleşme çerçevesindeki demokratik bir toplumda, adaletin hakkaniyete uygun olarak yerine getirilme hakkı çok önemli bir yer tuttuğundan, 6. maddenin dar yorumlanması bu hükmün amacı ve gayesine uygun olmaz” Görüldüğü gibi AIHM, m. 6’nın geniş olarak yorumlanması gerektiğine vurgu yapmaktadır. Adil yargılanma hakkı uygulamasında asıl önemli olan da İnceoğlu’nun da belirttiği gibi; “*Sözleşme açısından sorgulanan şey, adil bir karar verilip verilmediği değil, adil bir karar verilebilmesi için gerekli koşulların sağlanıp sağlanmadığıdır.*”³⁸

Etkili başvuru hakkı konusunda AIHS’nin 13. maddesi ise, “*bu sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi sıfatla hareket eden kişilerden başka kimseler tarafından işlenmiş olsa da,*

35 AIHS’nin 6. maddesinde sayılan diğer güvenceler, muhakeme usulü, hükmün niteliği, iddia ve savunma hakları, masumiyet karinesine ilişkin olduğundan bu çalışmanın amacı ve sınırlandırılması bakımından inceleme kapsamına alınmamıştır.

36 ERDOĞAN, *Anayasal Demokrasi*, s. 130.

37 Fethiye ÇETİN, *Adil Yargılanma Hakkı* http://www.solgazete.net/index.php?option=com_content&task=view&id=155&Itemid=79. Erişim tarihi: 17.09.2007.

38 Sibel İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, Betaş Yay., İstanbul, 2005, s. 7. Bu konuda ayrıca bkz. ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ, *Adil Yargılanma Hakkı*, İletişim Yay., İstanbul, 2000.

ulusal bir makam önünde etkili bir hukuki yola başvurma hakkına sahiptir" hükmünü getirmektedir. Bu madde hükmü *ulusal bir makam* ibaresini içerdiğinden hak arama hürriyeti için kullanılacak yolun mutlaka yargı yolu şeklinde olması zorunlu değildir.

Etkili başvuru hakkının gerekleri ve kapsamının belirlenmesi hususunda örnek AİHM kararları³⁹ açıklayıcı olacaktır:

Aksoy v. Türkiye kararında; "sözleşmenin 13. maddesi, sözleşme'deki hak ve özgürlükler iç hukuk düzeninde hangi biçimde sağlanmış olursa olsun, bu hak ve özgürlüklerin özünün uygulanmasını sağlamak için ulusal düzeyde bir hukuk yolunun kullanılabilirliğini güvence altına almaktadır."

Airey v. İrlanda Kararında; "sözleşmenin 13. maddesi ile 6(1). fıkrasındaki haklar örtüşmektedir. Sözleşme'nin 13. maddesinin şartları 6(1) fıkrasının şartlarına göre daha hafiftir. 13. maddedeki şartların tümü, 6(1) fıkranın şartları içinde yer almaktadır"⁴⁰

Boyle ve Rice v. Birleşik Krallık Kararında; "sözleşme'nin 13. maddesinin lafzıyla yorumlanan ifade tarzına rağmen, bu maddenin uygulanabilmesi için, Sözleşme'nin "maddi" bir hükmünün gerçekten ihlal edilmiş olması bir ön şart değildir. Sözleşme'nin 13. maddesi, Sözleşme'deki hak ve özgürlükler iç hukuk düzeninde hangi biçimde korunmuş olursa olsun, ulusal düzeyde bu hak ve özgürlüklerin özünün uygulanabilmesi ve böylece bunlara aykırılık bulunduğu iddia edilebilmesi için, bir hukuk yolunun mevcudiyetini güvence altına almaktadır.

Klass ve Diğerleri v. Almanya Kararında; "bu hüküm 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 makam önünde "ihlal" in varlığını ortaya koyamaz. Sözleşme'nin gerçekten ihlal edilmiş olması, 13. maddenin uygulanması için bir ön şart olamaz.*

Mahkeme'nin görüşüne göre 13. madde, Sözleşme'ye aykırılığı iddia edilen bir tasarruftan kendisinin zarar gördüğünü düşünen bir kişinin, hem iddiaları hakkında karar verilmesini ve hem de mümkünse bir karşılık öden-

³⁹ Osman DOĞRU / Atilla NALBANT, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Derlemesi**, Cilt 1-2-3, İstanbul, 1998. Hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması, hemen bütün özgürlüklerin bir tür besleyici kaynağı olan ifade özgürlüğünün sınırlandırılması anlamına gelecektir. Bu konuda yapılmış özgün bir çalışma için bkz. Kasım KARAGÖZ, **İfade Özgürlüğü ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2004.

⁴⁰ Aynı yönde bkz. Campbell et Fell / İngiltere, De Jong, Baljet / Hollanda, Brannigon et McBride / İngiltere, Murray / İngiltere, Bouamer / Belçika Kararları.

mesini sağlamak için ulusal bir makam önünde hukuki bir yola başvurma hakkını gerektirmektedir. Böylece 13. madde, *Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini "iddia eden" herkesin, "ulusal bir makam önünde etkili bir hukuki yola başvurma hakkını güvence altına alacak biçimde yorumlanmalıdır.*

Leander v. İsveç Kararında ise daha sonraki kararlarında içtihat olarak kullandığı kriterleri ortaya koymaktadır. "Sözleşme'nin 13. maddesinin yorumlanması bakımından aşağıdaki genel ilkeler konuyla ilgilidir.

(a) Bir bireyin, Sözleşme'deki haklarından birinin ihlal mağduru olduğuna dair savunulabilir bir iddiasının bulunması halinde, **hem bu iddiası hakkında karar verilmesi ve hem de gerektiği takdirde bir tazminat elde edebilmesi için, ulusal bir makam önünde bir hukuk yoluna sahip olmalıdır.**⁴¹

(b) Sözleşme'nin 13. maddesi, **sözü edilen makamın yargısal bir makam olmasını gerektirmemektedir, ancak bu yargısal bir makam değilse sahip olduğu yetkiler ve sağladığı güvenceler, izlediği usulün etkili olup olmadığına karar verilirken önem taşır.** *Başka bir deyişle, 13. madde "olumlu sonuç alma" güvencesi değil, fakat gerekli yetkiye sahip bir makama "başvuru olanağına sahip bulunma" teminatı getirmektedir.*⁴²

(c) **Tek bir hukuk yolu, kendi başına Sözleşme'nin 13. maddesindeki şartları bütünüyle yerine getiremese bile, bir araya gelen iç hukuk yolları bunu gerçekleştirebilir.**⁴³

(d) Sözleşme'nin 13. maddesi, Sözleşmeciler devletlerin yasalarının, Sözleşme'ye veya eşdeğerdeki ulusal normlara aykırı oldukları gerekçesiyle ulusal bir makama başvurma hakkını güvence altına almamaktadır.

Mahkeme içtihatlarına göre, şikayete konu olan olayların 13. madde açısından incelenip madde hükmünün olaya uygulanması hususu gerçek ve somut bir ihlalin var olması şartına bağlı değildir. **İhlal iddiasını ulusal bir merci önüne götürme olanağının yokluğu halinde fiili bir ihlalden söz etmek mümkün olmaz.**⁴⁴

AIHS ve AIHM içtihatları ile İHEB'nin 8. maddesi hükmü karşılaştırıl-

41 Aynı yönde bkz. Rubinat / İtalya,

42 Aynı yönde Kararları için bkz. Silver Etauates / İngiltere, Leander / İsveç, Chahal / İngiltere, Klass ve Diğerleri / Almanya.

43 Aynı yönde bkz. Van Drogenbroeck / Belçika.

44 Erhan ÇAKAN, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Etkili Başvuru Hakkı**, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde13.htm>, Erişim Tarihi: 04.12.2006.

dığında, İHEB'nin başvurulacak makam olarak sadece ulusal mahkemeler öngörmesi kişi hak ve özgürlükleri bakımından daha güvenceli bir düzenlemedir. Oysa AİHS ve AİHM başvurulacak makamın mahkeme olması zorunluluğunu aramamakta, etkili ve güvenceli olmak kaydı ile idari makamların da hak arama özgürlüğü konusunda geçerli sayılacağını kabul etmektedir. Bu noktada gerek AİHS ve gerekse AİHM içtihatları sözleşmeye taraf olan ülkelere belli bir takdir yetkisi tanımaktadır. Sözleşmeye taraf devletler hak arama yolunu kendileri belirlemekte münhasır yetkilere sahiptir.

İkinci olarak, ileride görüleceği üzere AİHS m. 13 ve 6/1 bazı alanları (hükümet etme erkini doğrudan kullanan kimselerin yapmış olduğu işlemlere karşı başvuru olanağını kabul etmemekte ve bu işlemlere ilişkin olarak kabul edilemezlik kararı vermektedir) hükümetlerin kendi tasarruflarından sayarak bunları denetim kapsamının dışında tutmaktadır. Oysa İHEB'nin 8. maddesi, "her şahsın kendisine anayasa veya kanun ile tanınan ana haklara aykırı muamelelere karşı..." hükmü ile milli mahkemelere müracaat edilebilecek işlemler hakkında bir kısıtlamaya gitmemektedir. Bu yönüyle İHEB'nin 8. maddesi, daha liberal ve demokratik bir düzenleme sayılabilir.

Ancak İHEB'nin bir denetim/yargı organı bulunmadığından, 8. madde hükmüne aykırı olan ulusal işlemlerin beyannameye aykırılığını öne sürmek imkanı bulunmamaktadır. Bu yönüyle İHEB kişi hak ve özgürlükleri bakımından daha güvensiz bir durum ortaya çıkarmakta ve ulusal makamlar tarafından *ancak evrensel hukuk ilkesi olarak kabul edilebilir kurallar* cümlesinden olarak kabul edilmektedir.⁴⁵

Bütün bu açıklamalardan hareketle; AİHS'nin ve İHEB'nin 10. maddeleri ve MSHİUS'nin 14. maddesinde anlamını bulan adil yargılanma hakkının somut ve kullanılabilir bir hak olması için, öncelikle ihlal edildiğini iddia ettiği kişisel hakları bakımından etkili, fiilen sonuç veren bir başvuru hakkının varlığı zorunludur. Hak arama yollarının açık olmadığı, kişilerin ihlal edilen hakları ile ilgili olarak milli mahkemelere başvuru imkanının tanınmadığı bir sistem içerisinde kişilerin adil yargılanma hakkına sahip olduğunun söylenmesi teorik ve ütopyik olmaktan öteye geçemeyecektir.

Hukuken somut bir gerçekliğe veya pozitif bir gerekçeye dayanmadan kamu otoriteleri tarafından tanımlanması güç saikler ile bazı işlemleri yargı denetimi dışına çıkardığı bir sistem içerisinde adil yargılanma hakkının varlığından ve/veya işlerliğinden söz etmek mümkün olmayacaktır. Bu sebeple-

⁴⁵ Bkz. dipn. 15 ve dipn. 18. Ancak temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan uluslararası anlaşma hükümlerini Anayasamızın 90. maddesi hükmü gereği öncelikle uygulanması zorunlu olan bir pozitif hukuk normu olarak kabul etmek zorunluluğu vardır.

dir ki İHEB ve evrensel hukuk ilkeleri çerçevesinden bakıldığında, AİHS, gerek etkili başvuru ve gerekse adil yargılanma hakkı bakımından *asgari bir güvence sistemi* oluşturmaktadır.

AİHS ve AİHM sözleşmeye taraf olan devletlerin hukukun üstünlüğünü kabul ettiği varsayımına⁴⁶ dayanarak sözleşmeye ve divana taraf devletlere takdir hakkı, hareket serbestisi tanınmaktadır. Kişi hak ve özgürlüklerinin ihlal edilip edilmediğinin denetlenmesi hususunda devletlere takdir yetkisini tanınması, kişi hak ve özgürlükleri açısından tam bir güvence oluşturmaktan yoksundur. Oysa özgürlükler açısından en hayati olan husus, icrai- idari faaliyetlerin hukuka uygunluğunun saptanmasıdır. Çünkü idarenin faaliyetleri ile bireylerin temel hak ve özgürlüklerini doğrudan doğruya etkileyen sonuçlar sıkça meydana gelebilmektedir. Bu noktada tarihi süreç açısından bakıldığında, özgürlüklere yönelik en ciddi tehditlerin de genellikle yürütme ve idare makamlarından geldiği görülmektedir.⁴⁷

Bütün güvenceleriyle adil yargılanma hakkının hayata geçirilmesi için öncelikle ve titizlikle devletin her türlü idari işlemine karşı mahkemeye müracaat hakkının tanınması, hukuk devleti ve demokratik devlet ilkesinin olmazsa olmaz ilkesi olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bundan dolayı, etkili başvuru hakkı tanınmadan adil yargılanma hakkının tanınması, kişi özgürlükleri bakımından tam bir güvence oluşturmamaktadır.

b. Bağımsız ve Tarafsız Bir Mahkemede Yargılanma Hakkı

Sözleşmenin 6. maddesi, hukuk devleti ve demokratik devlet olmanın zorunlu bir unsuru ve gereği olarak, bireylerin haklarını koruyabilmelerini sağlamak amacıyla adil yargılanma hakkını düzenlemektedir.⁴⁸ Adil yargılanma hakkı, birden fazla ilkeyi beraberinde getiren bir haktır. 6. madde bunları sayma yoluyla belirtmektedir. Ancak bu sayma bir sınırlandırma (*numerus clauses*) şeklinde değildir. 6. madde temel nitelikte bir takım ilkeleri açıkça sayma yoluna gitmiştir. Bu ilkeler de, AİHM tarafından kavramın zorunlu sonuçları olarak belirlenmiştir.

Buna göre adil yargılanma kavramının açık unsurları, davanın kanunla kurulan tarafsız ve bağımsız mahkeme önünde, makul sürede, açık duruşma-

46 İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme'nin başlangıç bölümü: "Aynı telakkiyi taşıyan ve ideal ve siyasi ananeler, hürriyete saygı ve hukukun üstünlüğü hususlarında müşterek bir mirasa sahip bulunan Avrupa Devletleri..." ifadesini içermektedir. Sözleşme tam metni için bkz. Enver BOZKURT, *Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı*, İlaveli 3. Baskı, Ankara, 2003, s. 324.

47 ERDOĞAN, *Anayasal Demokrasi*, s. 124.

48 ÇOBAN, s. 50.

da görülmesidir. AİHM tarafından saptanan ilkeler ise; “dava hakkı ya da mahkeme önünde hak arama özgürlüğü”, “ taraflar arasında silahların eşitliği” ve de “yargılamanın vicahiliği” gibi ilkelerdir.⁴⁹

AİHS adil yargılanma hakkını bütün uyumsuzluklar için değil, yalnızca “*medeni hak ve yükümlülükler ve ceza davalarına*” ilişkin yargılamalar ile sınırlamıştır. AİHM bu kavramları üye devletlerin içi hukukundan bağımsız olarak, her olayın somut özelliğine göre otonom kavramlar olarak yorumlamaktadır.⁵⁰

Çağdaş hukuk sistemlerinde ihkak-ı hak yasaklandığından, toplum yaşamının sağlıklı olarak işleyebilmesi için bireylerin haklarını güvence altına alacak ve ihlal edilen haklarını icra edilebilir şekilde karara bağlayacak organlara ihtiyaç duyacakları açıktır. Meşru haklarını korumak ve savunmak için mahkemeye başvurma hakkı, adil bir yargılamanın başlayabilmesinin ön şartıdır.⁵¹

Avrupa İnsan Hakları Divanı, 6/1’i yorumlarken “hak arama” ya da “mahkemeye ulaşma hakkı”nı sözleşme hukukunun güvencesi altında görmüştür. Golder/ İngiltere davasında⁵², “*adil yargılamanın olabildiğine, bu nedenle bu güvencelerin ancak yargıç önüne gidebilme ile bir anlam ifade edebileceğine aksi takdirde bir devletin bütün mahkemeleri lağvederek sözleşmenin getirdiği hükmün dışına çıkmasının mümkün olacağına*” karar vermiştir. Dolayısıyla 6/1 hükmünün, mahkeme önünde hak arama hakkını da içerdiğinin kabulü zorunlu bir hal almaktadır.⁵³

AİHM’ne göre de, m. 6 açıkça mahkemeye ulaşma hakkından söz etmemekle birlikte, sözleşmenin başlangıcında yer alan hukukun üstünlüğü prensibi ve hukukun genel prensiplerinden hareketle, mahkemeye ulaşma hakkı, maddede tanınan adil yargılanma hakkına bitişik bir haktır.⁵⁴ Mahkeme önünde hak arama yolunun fiilen ya da hukuken geçici de olsa kapatılması ya da kullanımını imkansız kılar derecede şartlara bağlanıp sınırlan-

49 GÖLCÜKLÜ / GÖZÜBÜYÜK, s. 206.

50 Naz ÇAVUŞOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve A.T. Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine*, AÜSBFD, Cilt: 49, Sayı:12, Haziran 1994, s. 201.

51 Sadullah ÖZEL, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Adil Yargılama Hakkı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 2003, s. 22.

52 Aynı yönde bkz. Hakansson ve Stuerressun- İsveç ve Zander – İsveç kararları.

53 GÖLCÜKLÜ / GÖZÜBÜYÜK, s. 215.

54 ÇAVUŞOĞLU, s. 27-28.

dırılması, 6. maddenin ihlali anlamına gelecektir.⁵⁵

6/1, “herkes mahkeme tarafından davasının görülmesini istemek hakkına sahiptir” demektir. Bu hak sadece açılmış bulunan davalarla ilgili olmayıp bu kapsamda yer alan hak ve yükümlülüklerle ilgili dava yolunun açık olmasını da kapsamaktadır.⁵⁶ Dolayısıyla, *Devlet sadece mahkeme önünde hak arama hakkını yasal olarak kağıt üzerinde tanımakla kalmayacak bireyin hak aramasını sağlayıcı tedbirler de alacaktır. Mahkeme yolunu haksızca tıkayan gereksiz engellerin kaldıracaktır.*⁵⁷

O halde adil yargılanmayı talep etmek bireyler için bir hak iken, adil yargılama yapmak da devlet için bir yükümlülüktür.⁵⁸ Adil yargılanmayı talep etmek ise, ancak görülmekte olan bir dava için söz konusudur. İhlal karşısında mahkemeye müracaat hakkı tanınmadan kişinin adil yargılanma hakkını tanımak, adil yargılanma hakkını içi boş bir kavram haline getirecektir. Sözleşmeye taraf devletler hukuki veya fiili vasıtalarla mahkemeye erişim hakkını kısıtlamama yükümlülüğü altına girmektedirler.

Sonuç olarak en etkin hak arama yolunun mahkemeler önünde bağımsız ve tarafsız yargıçlar nezdinde hak arama yolu olduğu aşikardır. AİHS'nin mahkemelere müracaat hakkı konusunda, içtihadı bir düzenleme getirmesi sebebiyle hak arama özgürlüğü bakımından asgari düzeyde güvence sağlayan bir norm olduğu karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple Türk hukukunda yargı yolu kapatılan işlemlere AİHS'nin 13 ve 6/1 hükümlerinin paralelinde İHEB, MSHİUAS normları⁵⁹ ve bu normların yanında hukuk devleti, hukukun evrensel ilkeleri perspektifi ile bakmak zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

4. Türk Pozitif Hukukunda Yargı Yolu Kapatılan İşlemler

Kişiler arası ihtilaflarda olduğu kadar, bireyle devlet arasında doğabilecek uyuşmazlıklarda da bireyin devlet aleyhine dava açma imkanının tanın-

55 ÇOBAN, s. 53.

56 Mustafa TAŞKIN, **Adil Yargılanma Hakkı**, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr /aihs/madde6.htm>, Erişim Tarihi: 26.11.2006.

57 GÖLCÜKLÜ / GÖZÜBÜYÜK, s. 278.

58 Osman ASLAN, **Adil Yargılanma Hakkı**, http://www.yargitay.gov.tr /basin/faaliyetler/diger_faaliyetler/kirikkale_uni.htm, Erişim Tarihi: 26.11.2006.

59 Anayasamızın 90. maddesi: “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklerle ilişkin milletlerarası antlaşmalar ” deyimini ile AİHS'nin de içinde olduğu, İHEB, MSHİUAS ve Türkiye'nin taraf olduğu bütün uluslararası sözleşmeleri kastetmektedir. Dolayısıyla Türk hukuku bakımından AİHS ne kadar bağlayıcı ise (temel hak ve hürriyetler bakımından) Türkiye'nin taraf olduğu diğer sözleşmeler de o kadar bağlayıcıdır.

ması, hukukun üstünlüğü ilkesini tamamlayan bir gerekliliktir.⁶⁰ İnsan hak ve özgürlüklerinin korunmasının en başta gelen teminatı şüphesiz ki yargı güvencesidir. Hiçbir haklar bildirisini, insan hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından gerçek anlamda bağımsız bir yargı düzeninden daha etkin değildir.⁶¹ Hukuk devleti bakımından önemli olan nokta, yürütmenin eylem ve işlemlerinin bağımsız yargı organlarıncaya denetlenip denetlenememesidir.⁶²

Denetim sistemi ne olursa olsun, eğer yürütmenin bir kısım eylem ve işlemleri, çeşitli yollarla yargı denetimi dışında bırakılabiliyorsa, hukuk devleti ilkesinin zedelenmiş olduğu sonucuna varılabilir.⁶³ 1982 Anayasası'nın "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmüne rağmen, yine Anayasa'yı yapan asli kurucu iktidar tarafından bir takım yönetsel işlemler yargı denetimi dışında tutulmuştur. İşte bu suretle yasama organınca getirilen kısıntıya *yasama kısıntısı* adı verilmektedir. Yargı yerlerinin getirdikleri kısıntıya ise *hükümet tasarrufu veya yargı kısıntısı* adı verilmektedir.⁶⁴ Bu şekilde yargı denetiminin kapsamı dışına çıkılarak, bir takım idari işlemlere yargı bağımsızlığı tanınmaktadır.

Hükümet tasarrufu ile yasama kısıntısı kavramları sıkça birbirine karıştırılmaktadır. Hükümet tasarrufu deyimini, yürütmenin bütün işlemlerini kapsayan bir tabir değildir. Hükümet tasarrufu deyimini, bir takım *üst siyasal yönetim etkinliklerini* ifade etmede kullanılan bir terimdir. Yargı denetimine getirilen bu tür kısıntılar daha çok hukuk dışı nedenlere (işlemin mahiyeti icabı, siyasal sebep ve düşünce) dayanmaktadır.⁶⁵ Bu sebeple hükümet tasarrufları yargı kararları ile oluşmaktadır. Bu yönü itibarıyla hükümet tasarrufunu hukuksal bir nedene dayandırma imkanı yoktur.⁶⁶ Oysa yasama kısıntıları mutlaka bir hukuk normundan (anayasa veya kanun) kaynaklanan kısıntılardır. 1982 Anayasası da aşağıda sayılan işlemlere karşı yargı yolunu kapatmıştır. Doktrinde, *hukuk devletinin pürüzleri* olarak kabul edilen yasama

60 Feyyaz GÖLCÜKLÜ, 11 Nolu Protokol'den Sonra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Yeni Türkiye Dergisi, Sayı: 22, Ankara, 1999, s. 276.

61 Korhan KÜNGERÜ, *Yargı Güvencesi Örneğinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukunda Doğurduğu Sonuçlar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa, 2001, s. 6.

62 ÖZBUDUN, s. 115.

63 ÖZBUDUN, s. 115.

64 A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, *Yönetsel Yargı*, Güncelleştirilmiş 20. Baskı, Ankara, 2004, s. 20.

65 GÖZÜBÜYÜK, s. 21.

66 İsmet GİRİTLİ, *Hükümet Tasarrufları*, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1958, s. 34. Sıddık Sami ONAR, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt: 1, İstanbul, 1966, s. 441.

kısıntıları şunlardır:⁶⁷

- Cumhurbaşkanı'nın Tek Başına Yaptığı İşlemler,
- Yüksek Askeri Şura Kararları,
- Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararları,
- Memurlar Yönelik Uyarma ve Kınama Disiplin Cezaları,
- Silahlı Kuvvetler Mensupları ve Hakim ve Savcılara İlişkin Disiplin İşlemleri,
- Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri.

Bu sayılanların yanı sıra, sıkıyönetim komutanlarının işlemlerine karşı da 1402 Sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun, Ek m. 3 ile yargı yolu kapatılmıştır. Ancak bu kısıntı, kanundan kaynaklandığı için kanun koyucu tarafından kaldırılabilir.⁶⁸ Bu kısıntının kanundan kaynaklanması sebebiyle bu çalışmanın sınırlandırılması bakımından inceleme alanımız dışında kalmaktadır. Yukarıda sayılan beş tür işleme karşı dava açılmaz. Bu işlemlere karşı açılan davalar ise ön koşullar bakımından reddedilecektir.

a. Cumhurbaşkanı'nın Tek Başına Yapacağı İşlemler

Parlamente sistemde cumhurbaşkanı sorumsuzdur. Bu nedenle yaptığı her işlemde başbakan ve ilgili bakanın "karşı imzası" bulunur. Dolayısıyla parlamente hükümet sistemlerinde cumhurbaşkanları kural olarak tek başına işlem yapamazlar.⁶⁹ 1982 Anayasası'nın 105. maddesi kural olarak, cumhurbaşkanının işlemlerinin başbakan ve ilgili bakan tarafından imzalanmasını öngörmektedir. Bunun yanında cumhurbaşkanının *tek başına yapabileceği* işlemlerin bazıları karşı imza kuralının istisnası olarak düzenlenmiştir. Ancak büyük bir eksiklik olarak, 1982 Anayasası bu istisnai işlemlerin neler olduğunu tek tek düzenlememiştir.⁷⁰

Doktrinde, cumhurbaşkanının hangi işlemleri karşı imza kuralına tabi olmadan tek başına yapabileceği konusu tartışmalıdır.⁷¹ Bu konuda anayasa-

⁶⁷ Kemal GÖZLER, *İdare Hukuku*, 1. Cilt, Ekin Yay., Bursa, 2003, s. 101.

⁶⁸ GÖZLER, *İdare Hukuku*, s. 101.

⁶⁹ Kemal GÖZLER, *Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Çalışması*, Ekin Yay., Bursa, 2001, s. 235-262.

⁷⁰ Almanya, Fransa ve İspanya gibi ülkelerde de bu tip istisnalar bulunmakta ancak, bu ülke anayasalarında istisnalar tek tek sayılmaktadır. 1982 Anayasası'nın bu sayılan ülke anayasaları nazarında çok uzun olmasına karşın, siyasal iktidarın kullanılması konusunda çok önemli olan bu konuda neden ayrıntılı bir düzenleme içermediği sorusunun cevabı yoktur. Bu sebeple uzun anayasa, teknik anayasa demek değildir. GÖZLER, *İdare Hukuku*, s.205, dpn. 33.

⁷¹ Tartışmalar için bkz. GÖZLER, Kemal: *Türk Anayasa Hukuku*, s. 515-526.

da yer alan karşı imza kuralına, yine ancak anayasa ile istisna getirilebileceği ve eğer böyle bir istisna yok ise, genel kuralın geçerli olacağını savunan görüş⁷² ile birlikte, bizzat anayasanın cumhurbaşkanına tek başına işlem yapabilme yetkisi tanıdığından hareketle, sorumsuz olmasına rağmen tek başına işlem yapabileceği ve bu işlemlerden dolayı ne cumhurbaşkanı ne de başbakan veya ilgili bakanın sorumlu olacağına dair görüşü zikretmek gerekir.⁷³

Bir görüşe göre de cumhurbaşkanının devletin başı sıfatıyla yaptığı işlemler -idari işlem- sayılmayacağı için, bunların yargı denetimi dışında bırakılmasında hukuk devletiyle çelişir bir yön yoktur. Cumhurbaşkanının yürütme organının başı sıfatıyla yaptığı işlemlerin ise yargı denetimine tabi olması gerekir. Yine bu görüşe göre, cumhurbaşkanının hangi işlemleri tek başına yapabileceğini, eğer ilgili maddelerde açıklık yoksa, o yetkinin mahiyetinden çıkarmak gerektiğine de vurgu yapılmaktadır.⁷⁴

Bu konuda anılan görüşlerden de faydalanarak ortak bir çözüm yolu bulunması zorunludur. Öncelikle anayasada karşı imza kuralının istisnalarının açıkça sayılmamasının pratikte bir önemi yoktur. Anayasa açıkça istisnaları saymasa da, cumhurbaşkanına verdiği her bir yetkiyi düzenleyen maddede işlemin tek başına mı yoksa karşı imza kuralına uygun olarak mı yapılacağını, düzenlemenin yapılış biçimi itibarıyla zımnen düzenlemektedir. Bu noktada hiçbir şüphe yoktur. Ancak cumhurbaşkanının işlemleri arasında ikili bir ayırım yapmak zorunludur. Bu ayırmada cumhurbaşkanının devletin başı olarak yaptığı işlemler ile yürütme organının başı sıfatıyla yaptığı işlemlerin birbirinden ayrılması gerekmektedir. Cumhurbaşkanının devletin başı olarak yaptığı işlemlere karşı yargı yolunun kapatılmasının hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Nitekim yukarıda açıklandığı üzere, pek çok demokratik ülkenin anayasasında bu tür yasama kısıntıları bulunmaktadır. Kaldı ki, Türkiye’de cumhurbaşkanının devletin başı sıfatıyla yaptığı işlemlerin yargı denetimine tabi tutulması halinde etkili bir hukuki denetimin sağlanması mümkün olmayacaktır. Çünkü, anayasa uyarınca mahkemelerin yapacağı denetim hukukilik denetimi ile sınırlıdır. Böyle bir konunun mahkeme önüne gelmesi halinde ise hükümet tasarrufu, devletin yüksek siyaseti, üstün siyasal mülahaza gibi ilkelerden hareketle böyle bir denetimin yerinde denetimine dönüşmesi muhtemel olduğundan mahkemeler bu şekilde açılan bir davayı ön şartlar yönünden reddedecektir. Bu sebeple; hukuk dev-

72 GÖZLER, *İdare Hukuku*, s.206.

73 Metin GÜNDAY, *İdare Hukuku*, 7. Bası (Aynen Bası), Ankara, 2003, s. 358-359.

74 ÖZBUDUN, s. 116.

leti ve yargı denetimi noktasında önemli olan nokta, cumhurbaşkanının yürütmenin başı sıfatıyla yaptığı işlemlerdir. Bu işlemler anayasada sayıldığı şekli ile özü itibariyle, hiçbir mülahazaya yer bırakmayacak şekilde idari işlem kategorisine girmektedir. Anayasanın 125. maddesi “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” hükmü karşısında, cumhurbaşkanının yürütmenin başı sıfatıyla yaptığı işlemlerin yargı denetimine alınması anayasal bir zorunluluktur.

Bütün bu açıklamalardan ve anayasal düzenlemelerin ruhu ve lafzından hareketle; Cumhurbaşkanının yasamaya ilişkin işlemlerinin ve yargıya ilişkin yetkilerinin, tarafsız devlet başkanı sıfatıyla tanındığından hareketle, tek başına yapabileceği işlemlerden olduğu noktasında tartışma bulunmamaktadır.⁷⁵ Yine yürütmeye ilişkin olarak, bakanlar kuruluna başkanlık etmek, TSK'nin Başkomutanlığını temsil etmek, MGK'yı toplantıya çağırarak ve MGK'ya başkanlık etmek, gibi törensel ve sembolik nitelik taşıyan, icrai niteliği bulunmayan yetkileri de cumhurbaşkanının tek başına kullanabileceği açıktır. Asıl tartışma konusu olan ve yargı denetimi kapsamı dışına çıkarılmasında hukuk devleti ve demokrasi bakımından çok büyük sakıncaları görülen konular, cumhurbaşkanının yerine getirdiği icrai ve etkin idari işlemlerdir. Bunlar da başlıca şunlardan ibarettir;

- Üniversite Rektörlerini Seçmek (Kurucu Rektörler Hariç),
- YÖK başkanı ve üyelerini seçmek,
- Devlet Denetleme Kurulu üyelerini ve başkanını atamak,
- DDK üyelerine inceleme, araştırma ve denetleme yaptırmak,
- TSK'nin kullanılmasına karar vermek.

Anayasa'daki bu yetkilerin yanı sıra, cumhurbaşkanının tek başına kullanacağı belirtilen yetkilerin bir kısmının da kanunlarda düzenlendiği görülmektedir. Kural olarak bir işlem, başbakan ve bakanın katılımıyla icra ediliyorsa bu işlemler karşı imza kuralı çerçevesinde yargı denetimine açık tutulmalıdır. Etkin ve icrai bir işlem olup, başbakan veya ilgili bakanın katılımı ile oluşturulmasına rağmen, uygulamada bazı işlemleri 105/2 ve 125/3 bentlerinde düzenlenen yasama kısıntısı (yargı bağımsızlığı) zırhına büründürmek amacı ile cumhurbaşkanı tarafından tek başına kullanılmaktadır. Özellikle YÖK ve üniversite rektörleri, açıkça idare teşkilatı içinde yer alan ve icrai yetkiler kullanan kişi ve kuruluşlar olduğuna göre, bu atama yetkilerinin başbakan ve ilgili bakanın katılımı ile kullanılması ve karşı imza kuralı suretiyle de olsa bu işlemlere karşı yargı yolunun açık tutulması gerekmektedir.

75 ÖZBUDUN, s. 314.

Sonuç olarak, siyasal açıdan tam sorumsuz bir makamda bulunan cumhurbaşkanının etkin ve icrai nitelikte eylemlerde bulunması halinde dahi bu eylemlerin anayasaya dayanılarak yargı denetimi dışında tutulmasını, hukukun üstünlüğü ve demokratik devlet ilkeleri ile bağdaştırmak mümkün değildir.

b. Yüksek Askeri Şura Kararları

Hukuki niteliği itibarıyla gerek işlemin niteliği ve gerekse işlemi yapan organ açısından bakıldığında Yüksek Askeri Şura (YAŞ) kararlarının, tereddüde yer vermeyecek surette idari nitelik taşıdığı açıktır.

926 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetler Kanunu'nun 50 ve 94. maddeleri uyarınca çeşitli sebeplerle TSK'nden ilişkisi kesilecek personeller hakkında nihai karar verme yetkisi Yüksek Askeri Şura'ya tanınmaktadır. 926 Sayılı Kanun'un 50. maddesi, kadrosuzluk, yetersizlik, **disiplinsizlik**, **ahlaki durum** veya (d) bendindeki suçlardan hükümlülük nedeni ile aşağıda belirtilen esas ve şartlar dahilinde **subaylar hakkında** silahlı kuvvetlerden ayırma işlemi yapılır. Bu sebeplerin neler olduğu ve bunlar hakkında sicil belgelerinin nasıl ve ne zaman tanzim edileceği, nerelere gönderileceği, inceleme ve sonuçlandırma ile gerekli diğer işlemlerin nasıl ve kimler tarafından yapılacağı subay sicil yönetmeliğinde gösterilir. Bu gibi **subaylardan** durumlarının Yüksek Askeri Şura tarafından incelenmesi Genelkurmay Başkanlığı'nca gerekli görülenlerin silahlı kuvvetlerden ayırma işlemi, Yüksek Askeri Şura kararı ile yapılır. Aynı hüküm astsubaylar hakkında da tekrar edilmiştir.

Anılan mevzuat hükümlerinde de açıkça görüleceği üzere: TSK'nden subay ve astsubayların ilişkisinin kesilmesi sonucunu doğuracak olan durumlar 50. maddede sayılmaktadır. Bunlardan kadrosuzluk ve yetersizlik kriterleri yerindelik ve hizmet gereği kavramları bakımından askeri hizmetlerin iç işleyişi anlamında objektif kriterler olarak kabul edilebilir ise de, özellikle *disiplinsizlik* ve *ahlaki durum* kavramları sübjektif nitelikte kavramlar olması hasebiyle, silahlı kuvvetler personeli bakımından hukuki güvenceden yoksun kavramlardır. Bu sebeple m. 50 hükmü ve YAŞ kararlarına karşı yargı yolunu kapatan A.Y. m. 125/2 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, ilgili personel bakımından hukuki güvenceden yoksun bir durum ortaya çıkmaktadır.

1982 Anayasası'nın hazırlanması aşamasında Danışma Meclisi'nce kabul edilen metinde mevcut olmayan bu istisna, maddeye Milli Güvenlik Konseyi tarafından eklenmiştir. Konsey'in gerekçesine göre: "Yüksek Askeri Şura'nın, Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli personelin terfi ve emeklilikleri ile ilgili kararlarının özellik ve önemi dikkate alınarak, bunların idari yargı denetimi dışında kalmasını sağlamak amacı"ndan söz edilmektedir. Bu hüküm, Konsey'in, terfi ve emeklilikler ile ilgili kararların yargı önünde tartışılmasının *askeri disiplini zayıflatabileceği* düşüncesinden doğmakta-

dır.⁷⁶ Bu suretle, yerindelik denetimi yapmaları zaten yasak olan yargı makamlarının, hukukilik bakımından da denetim yapmalarının yolu kapatılmış olmaktadır. Yargı denetiminin askeri disipline zarar vereceğine ilişkin bir anlayışın demokratik ülkelerde bulunabilecek bir anlayış olmadığı kesindir. Yargı denetiminin askeri disiplini bozabileceği öngörüsü, silahlı kuvvetler personelinin mahkemeye müracaat hakkından yoksun bırakılması sonucunu doğuracak bir gerekçe olmamalıdır. Bu düzenlemenin anayasanın 2. maddesindeki *hukuk devleti* ve 10. maddesindeki *kanun önünde eşitlik* ilkeleri ile bağdaştırılması zordur.

YAŞ kararlarına karşı yargısal ve idari bir makama itiraz yolu öngörülmemiştir. Bu yönü itibariyle etkili ve usuli bir müracaat hakkı dahi öngörülmemeyerek ve etkili başvuru hakkı sağlanmamıştır. Kararlar verildiği anda kesin hüküm doğurur niteliktedir. Bu sebeplerle askeri personelin hak arama hürriyetinin kısıtlanması, başta anayasa olmak üzere, iç hukuk normu olarak da kabulü m. 90 gereği zorunlu olan İHEB'in m. 8 ve 10'da yer alan, **mahkemeye müracaat hakkına** ve MSHÜAS'nin 2/3-a bendinde yer alan, **yargı yoluna müracaat hakkına** aykırı bir düzenleme olduğu açıktır.⁷⁷

Ayrıca şunu da belirtmek gerekirse; AİHM, *askeri işlemleri ve disiplin işlemlerini*, doğrudan devlet egemenliğinin kullanıldığı işlemler olarak kabul ettiğinden bunları AİHS kapsamında değerlendirmemekte ve bu yöndeki YAŞ kararlarının Sözleşmeye aykırılık oluşturmadığı yönünde bir içtihat takip etmektedir. AİHM'nin bu yaklaşımı tartışmaya açıktır. Kapsamına aldığı hak ve özgürlükleri koruyup yargısal güvence altına almayı temel misyon edinen ve mevcut hak ve özgürlük bildirimleri içinde en güvenceli mekanizmayı getirmesiyle öne çıkan AİHS'nin yargılama kurumu olarak AİHM'nin bu yaklaşımını adil yargılanma hakkı, eşitlik ve hukuk devletinin evrensel değerleriyle bağdaştırmak bir hayli zor gözükmemektedir.

c. Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararları

1982 Anayasası Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu'nu (HSYK) yargı bölümü içinde düzenlemekle birlikte, yüksek mahkemeler başlığı altında ele almamıştır (md. 159). HSYK, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar. Kurulun başkanı Adalet Bakanı-

⁷⁶ ÖZBUDUN, s. 116.

⁷⁷ Mahkeme ve Komisyona göre medeni hak ve vecibe kavramının dışında (dolayısıyla, 6. madde ve adil yargılanma hakkı kapsamı dışında kalan) kalan uyumsuzluklar: 1- Siyasi haklar, 2- Devlet memurluğuna girme ve memurluk düzeni, 3- Yabancıların ülkeye kabulü, 4- Vergilendirme, 5- Kişi özgürlüğünün kısıtlanması, 6- Kamu fonlarından yapılan ödemeler.

dır ve Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir.⁷⁸ Kurul, adli ve idari hakim ve savcıların mesleğe kabul, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, **meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini** yapmaktadır.

1982 Anayasası'nın 159/4 hükmü uyarınca HSYK kararlarına karşı yargı yolu kapatılmıştır. Yine 2461 Sayılı HSYK Kanunu'nun 12. maddesinin son fıkrası uyarınca, **İtirazları İnceleme Kurulu'nca itiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Bu kararlar hakkında başka bir idari, ya da kazai mercie başvurulmaz.**

1961 Anayasası'nda ihdas edilen Yüksek Hakimler Kurulu kararlarına karşı Danıştay'a itiraz edilebilmekte idi. Mevcut anayasamızda yer alan 159/4 hükmünün bir benzeri 1971 yılında 1961 Anayasası m. 144'e değişiklik olarak getirilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi 27.01.1977 tarih ve E.1976/43, K. 1977/4 sayılı kararı ile bu düzenlemeyi iptal etmiştir. Anılan kararda özetle; "Yüksek Hakimler Kurulu kararlarına karşı yargı yoluna başvurmayı engelleyen dava konusu –bu karar aleyhine başka mercilere başvurulamaz– cümlesi Türkiye Cumhuriyeti'nin niteliklerinden olan insan haklarına bağlı devlet ve hukuk devleti ilkelerini bozmakta olduğundan Anayasa'nın 9. maddesindeki –değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez- yasağının içine girer ve bu nedenle anayasaya aykırıdır" demek suretiyle anayasa değişikliğinin iptaline karar vermiştir.⁷⁹

Fransa'da Yüksek Hakimlik Şurası'nın kararlarına karşı Devlet Şurası'na (Danıştay) başvurulabilmektedir. Aksi halde hakimlik teminatı zayıflamış olurdu.⁸⁰ İtalya'da 1948 tarihli İtalyan Cumhuriyeti Anayasası, Yüksek Hakimler Kurulu'nu öngörmüştür. Kurul kendi kendini yönettiği gibi ayrı bir bütçeye de sahiptir. Kurul kararları idari işlem olarak kabul edilmiş ve yargısal denetime tabi oldukları ilgili yasada öngörülmüştür. Kurulun disiplin işlemlerine ilişkin dairesinin verdiği kararlara karşı da Yüksek Temyiz Mahkemesi Daireler Kurulu önünde itiraz imkanı sağlanmıştır.⁸¹ 1982 Anayasası'na göre ise hiçbir şekilde yargı yoluna başvurulamamaktadır. Sadece 2461 Sayılı Kanun uyarınca, karar aleyhine İtirazları İnceleme Kurulu'na müracaat edilebilmektedir. Kaldı ki bu kurul da, asıl üyelere yedek üyelerin eklen-

78 Üyelerin seçim sistemleri ve sakıncaları hakkında bkz. ÖZBUDUN, a.g.e., s. 361.

79 AMKD, Sayı 15, s. 106.

80 ÖZBUDUN, s. 363.

81 Ramazan ÇAĞLAYAN, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması ve Sonuçları*, 2. Baskı, Ankara, 2001, s. 38.

mesiyle oluşan bir kurul olduğundan, bu yolun da etkili bir başvuru veya hak arama yolu olduğu tartışılabilir.⁸²

Bütün bu açıklamalardan hareketle HSYK, üyelerinin çoğunluğu hakimlerden oluşsa da, gördüğü fonksiyonun niteliği itibariyle (gerek organik ve gerekse maddi kriter bakımından) idari bir organdır. Dolayısıyla hukuk devletinin bir gereği olarak Kurul işlemlerine karşı yargı yolunun açık tutulması gerekmektedir.⁸³

Mevcut haliyle Kurul kararlarına karşı öngörülen itiraz yolu etkin bir hukuki başvuru niteliği taşıyamaması ve de yargı yolunun Anayasa 159/4 ve 2461 sayılı Kanun tarafından kapatılması nedeniyle ilgili düzenlemenin hukuk devleti ilkesi ile bağdaşır bir yönü bulunmamaktadır. Bu itibarla, hakimler ve savcılar bakımından hukuki güvenceden yoksun bir durum ortaya çıkmakta ve bu durum hakimlik teminatını içi boş bir kavram haline getirmektedir.

Anayasa m. 125 idarenin bütün eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunu açarken, idari organ niteliği ve verdiği kararların idari niteliği tartışmasız olan HSYK'nun eylemlerinin bu denetimden istisna tutulması yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatı kavramlarının içini boşaltmaktadır. Anayasa bir yandan hakim ve savcılar alelade memurlardan ayrı tutarak onlara birtakım teminatlar sağlamış, diğer yandan da kendilerine verilen disiplin cezalarına karşı mahkemeye müracaat hakları bulunan alelade memurlardan daha güvencesiz bir hale getirmiştir. Kurul kararlarına karşı, Danıştay'da⁸⁴ yargı yolu açılmalı ve hakim ve savcıların disiplin ve özlük işlemleri ile ilgili olarak İtalya'da bulunan sisteme benzer bir şekilde Danıştay'da itiraz imkanı tanınmalıdır.

d. Devlet Memurları Hakkındaki Uyarma ve Kınama Cezaları

Anayasa'nın 129/3 bendinde, uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılmayacağı belirtilmiştir. 657 Sayılı Kanun'un 135. maddesinde, "disiplin amirleri tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı itirazın, varsa bir üst disiplin amirine yoksa disiplin kurullarına yapılabileceği, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabileceği", 136/3 bendinde ise, "itiraz edilmeyen karar-

⁸² Daha geniş açıklama için bkz. Erdinç TOKLU, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli 2001, s. 44- 50.

⁸³ ÖZBUDUN, s.363. ÇAĞLAYAN, s. 38. GÖZÜBÜYÜK, s. 28-29.

⁸⁴ HSYK üyesi Danıştay üyelerinin katılmadığı Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu.

lar ile itiraz üzerine verilen kararların kesin olup, bu kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamayacağı” hükümlerine yer verilmiştir.

Anayasa'nın 90. maddesindeki yetkiye dayanarak, kişi hak ve özgürlüklerine ilişkin uluslararası sözleşme hükümleri dikkate alınarak bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Anayasa'nın 90. maddesi nazara alındığında uluslararası sözleşmelerde yer alan mahkemeye müracaat hakkı, dava hakkı, hak arama hürriyeti gibi hükümler ile Anayasa'nın yargı yolunu kapayan hükümleri çatışmaktadır. Bu sebeple Anayasa m. 90'nın amir hükmüne göre uluslararası sözleşmeler öncelikli kanun hükmü şeklinde uygulanacaktır. Ancak ortaya çıkan bu son durumda anayasanın 38, 40 ve 125. maddeleri ile 159/4, 105/2 ve 125/2. maddeleri arasında bir çatışma olduğu aşikârdır.

Anayasa'nın 36. maddesine göre, “herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı kimliği ile iddia ve savunma hakkına sahip olduğu” belirtilmiştir. Bu sebeple idari işlem niteliği tartışma konusu dahi yapılamayacak olan uyarma ve kınama disiplin cezalarına karşı yargı yolunun kapatılması, A.Y. m. 125 hükmüne aykırı bir düzenleme olmaktadır. Bu sebeple uyarma ve kınama cezalarının İHEB ve MSHİUAS hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

AİHM, memurlara ilişkin disiplin işlemlerinin sözleşme kapsamında olmadığını içtihat haline getirmiştir. AİHM, doğrudan devlet hakimiyetinin kullanıldığı alanlar olarak idari davalar, askeri yargıya ilişkin davalar, anayasa yargısı, memur ve sair kamu görevlilerinin disiplin işlemlerini adil yargılanma kapsamında değerlendirmemektedir.⁸⁵ Bu yönü itibarıyla AİHM, disiplin hukukunda meydana gelen hak ihlalleri bakımından asgari bir güvence sistemi oluşturmaktadır⁸⁶. Ancak A.Y. m. 90 kapsamında değerlendirildiğinde disiplin hukukuna ilişkin ihlaller bakımından İHEB ve MSHİUAS hükümleri uygulanma alana bulacaktır.

Uyarma ve kınama cezaları bakımından: İHEB'in 8. maddesi, “her şahsın kendisine anayasa veya kanun ile tanınan ana haklara aykırı muamelelere karşı fiili netice verecek şekilde *milli mahkemelere müracaat* hakkı vardır” hükmü ile, MSHİUAS'nin 2. maddesinin 3. bendi;

a. Burada tanınan hak ve özgürlükleri çiğnenen bir kişiye, bu uygulama resmi görevliler tarafından yapılmış olsa bile, *etkin bir yargı yolu olanağı* sağlamayı,

85 ÇOBAN, s. 52.

86 AİHM devletlerin iç hukukuna müdahale etmemek kaygısı ile böyle bir içtihatla bulunmuş olmasına rağmen, bu içtihadı kişi hak ve özgürlükleri bakımından güvence oluşturmamaktadır. Kaldı ki, bir belediyenin temizlik işlerinde çalışan personeline verdiği disiplin cezasında ne gibi bir devlet hakimiyetinin doğrudan kullanıldığı veya devletin hangi hükümlerle ilgili olduğunu doğrudan kullanıldığının izahı güçtür.

b. Böyle bir yargı yolu isteğinde bulunan bir kişinin yetkili yargı, yönetim ve yasama organlarınca veya devletin yasal sistemine göre yetkili başka makamlarca karara bağlanmak üzere bu hakkını güvence altına almayı ve yargı yolu imkanlarını geliştirmeyi taahhüt ettiği” hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

MSHİUAS'nin 14. maddesi ise, “herkes bir suçla itham edildiğinde ya da bir hukuk davasında hak ve yükümlülükleri ihlal edildiğinde ...***duruşma hakkına sahiptir.***” Bu hükümler göz önüne alındığında, gerek İHEB ve gerekse MSHİUAS, hak arama hürriyeti biçim olarak mutlak surette yargı yolu öngörmekte ve yargıya müracaat edilebilecek hak ihlalleri bakımından bir ayırım yapmamaktadır. Bu itibarla 1982 A.Y. m. 36, 40, 125 ve gerekse İHEB m. 8 ve MSHİUAS m. 14 ve 2/3-a'nın A.Y.'nin 90. maddesi kapsamında değerlendirilmesi sonucunda, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun açılması, hak arama hürriyetinin gerçekleştirilmesi ve kişi hak ve özgürlükleri bakımından etkin bir güvence oluşturması bakımından zorunlu bir düzenleme ihtiyacına dikkati çekmektedir.

Kaldı ki, böyle bir düzenleme olmasa dahi, Danıştay'ın ve idare mahkemeleri bu sayılan uluslararası hükümleri Anayasa'nın 90. maddesi çerçevesinde değerlendirerek, uyarma ve kınama disiplin cezaları hakkında da yargı denetimi yapmaya kendilerini yetkili gördüklerine ilişkin kararlar vermeye başlamışlardır. Bu kararlardan birinde özetle; “uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapayan iç hukuk kuralları yerine, adil yargılanma hakkı, hak arama özgürlüğü ve mahkemeye başvurma hakkı ilkeleri doğrultusunda dava açılması gerektiğini kurala bağlayan BM, MSHİUAS'nin 14. maddesinin uyuşmazlıkta esas alınması suretiyle davacıya 657 sayılı DMK m. 125/B-a uyarınca verilen “kınama” cezasına karşı dava açılabileceği kanaatiyle davanın esas yönünden çözümlenmesi yapılacaktır” denilmektedir.⁸⁷

Uyarma ve kınama cezaları bakımından anayasa değişikliğine gerek olmadan, A.Y. m. 90'nin lafzı ve ruhu ile birlikte uluslararası sözleşme hükümlerinin hukuk devleti anlayışı ile yorumlanması neticesinde dahi, bu disiplin işlemleri hakkında yargı yolu açılabilecektir. Ancak bu durumda, A.Y. m. 129/3 hükmü uygulanmaktan sarfi nazar edileceğinden, bu alanda bir anayasa değişikliğine ihtiyaç duyulmaktadır.

⁸⁷ Danıştay 12. Dairesi'nin 18.10.2005 gün ve E: 2004/ 4584, K: 2005/3520 kararı ve Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin Esas: 2003/1796, Karar: 2004/1212 kararı, (Kararlar için bkz. www.memurlar.net/ mahkeme kararları linki. Erişim Tarihi: 20.12.2006)

e. Silahlı Kuvvetler Mensupları İle Hakim - Savcılara Dair Disiplin İşlemleri

Anayasa m. 129/4'te silahlı kuvvetler mensupları ve Hakim ve Savcılar hakkındaki disiplin işlemlerinin yargı denetimi kapsamında olmadığı açıkça düzenlenmektedir. Hakim ve savcılar hakkındaki disiplin işlemleri ile ilgili olarak yukarıda A.Y. m. 159/4 bendi ile ilgili konuda açıklama yapıldığından, burada sadece silahlı kuvvetler mensupları hakkında disiplin işlemleri inceleme konusu yapılacaktır.

Disiplin Mahkemeleri, A.Y. m. 145 hükmüne dayanarak 16.06.1964 gün ve 477 sayılı 'Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun' ile kurulmuştur. Disiplin mahkemelerinin kuruluşunun AİHS'ne uygun olup olmadığının incelenmesinden önce, bu mahkemelerin adil yargılanma hakkı kapsamında bağımsız ve tarafsız bir yargı mercii olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. *Bağımsız mahkeme*, hiçbir organdan emir ve talimat almayan, devletin diğer organları, taraflar ya da kamuoyunun etkisinden uzak olarak yalnızca hukuka bağlı olarak karar veren mahkemedir. Divan mahkemelerin bağımsızlığı konusunda karar verirken, üyelerin atanma ve görevden alınma usulü, görev süresi, üyelere emir verme yetkisine sahip bir makamın olup olmaması, üyelerin her türlü dış etkiden korunması için gerekli önlemlerin alınıp alınmadığı gibi konuları göz önünde tutarak mahkemenin bağımsız bir görünüm verip vermediğine bakmaktadır.⁸⁸

Mahkemenin tarafsızlığından ise, mahkemenin ya da mahkeme üyelerinin davanın çözümünü etkileyecek her hangi bir önyargıya, taraflardan birinin leh ya da aleyhine duyguya ya da çıkara sahip olmaması anlaşılır. Divan, tarafsızlığı, mahkeme üyesi yargıcın tarafsızlığı (sübjektif tarafsızlık) ve mahkemenin tarafsızlığı (objektif tarafsızlık) olarak ikiye ayırmaktadır. Tarafsızlık tartışmalarında, somut olayda tarafsız davranıp davranılmadığı gözetilmektedir.⁸⁹

477 Sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun' un 2. maddesine göre, "disiplin mahkemesi, biri başkan ikisi üye olmak üzere **üç subaydan** kurulur. Astsubay, erbaş ve erlerin yargılanmalarında, üyelerden biri astsubaylardan seçilir." 3. maddeye göre ise, "başkan ve üyeler ile yedekleri, nezdinde disiplin mahkemesi kurulan **komutan veya askeri kurum amiri tarafından** bu mahke-

⁸⁸ Feyyaz GÖLCÜKLÜ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılama*, AÜSBFD, Cilt: 49, No: 12, Ocak Haziran 1994, s. 211.

⁸⁹ GÖLCÜKLÜ / GÖZÜBÜYÜK, s. 221.

menin yetkisine giren subay ve astsubaylar arasından, kıtaya veya askeri kuruma katılış sırasına göre değiştirilmemek üzere bir yıl için seçilir." Anılan maddelere bakıldığında disiplin mahkemelerinde hakim sınıfından üye bulunmamaktadır. Mahkemenin nezdinde kurulduğu komutanın birliğinde görevli bulunan subay ve astsubaylar bu mahkemede üye olarak çalışmaktadır. Bu üyeler asli görevlerine de devam etmektedirler. Bu üyeler kendi asıl görevlerinde birlik komutanına tamamen bağlıdır. Bu sebeplerle disiplin mahkemesi üyelerinin, birlik komutanının etkisi altında kalmaları ihtimalinin hayli yüksek olduğuna dikkati çekmek gerekir..

Bu mahkemeler bağımsızlık ve tarafsızlık bakımından en küçük bir teminattan dahi yoksundurlar. Bir kere, disiplin mahkemesi üyeleri birlik komutanı tarafından atanırlar ve görev süreleri bir yıldır. İkinci olarak, disiplin hazırlık soruşturması birlik komutanının emriyle başlar. Üçüncü olarak, hazırlık soruşturması sonucunda dava açılıp açılmamasına kara vermek yine birlik komutanına aittir. Dördüncü olarak, disiplin mahkemesi birlik komutanının emriyle toplanır. Beşinci olarak, disiplin mahkemeleri ve disiplin subayları silsile yoluyla nezdinde kuruldukları komutanların gözetimine ve MSB'nin teftişine bağlıdır. Her ne kadar, bu gözetim ve teftiş yetkisine dayanılarak yargı işlerine karışılmazsa da komutanın gözetimine ve bakanlığın teftişine tabi bir mahkemenin bağımsız olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Ayrıca, gerek mahkeme üyelerinin gerekse disiplin subayının hiyerarşik sicil amiri, bu mahkemede dava açılmasına karar veren, dolayısıyla sanığın cezalandırılmasını isteyen birlik komutanıdır.⁹⁰

Adil yargılamanın tarafsız bir mahkeme tarafından yapılması gerekmektedir. Ancak açıklanan sebeplerle, disiplin mahkemelerinin bırakın bağımsızlığını, tarafsızlığından bile söz etmek mümkün değildir. Bağımsızlıkları bu derece şüpheli olan bu kurumların tarafsızlığından söz etmek mümkün değildir.⁹¹ Disiplin mahkemeleri, her ne kadar Anayasa'nın yargı başlığını taşıyan üçüncü bölümünde yer alan 145. maddesinde düzenlenmiş ise de, başkan ve üyeleri, devletin organik yapısı içinde yürütme organı ve onun doğul uzantısı olan idare teşkilatı içinde yer almaktadır.

Batı tipi demokrasilerle yönetilen ülkelerde devletin yargısal işlevi, hâkimlik ve savcılık mesleklerine mensup kamu görevlileri tarafından yapılır. Kural olarak ülkemizde de böyledir. Fakat bu kurala aykırı olarak disiplin mahkemelerinin üyeleri, hâkimlik mesleğinden olmayan, başka bir deyişle

⁹⁰ Kemal GÖZLER, *Askeri Yargı Organlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu Sorunu*, <http://www20.uludag.edu.tr/~gozler/askeri.html>. Erişim Tarihi: 20.11.2006.

⁹¹ TOKLU, s. 61.

askeri hakim sınıfından olmayan subaylardan olabilmektedir. Bu durumdaki bir kuruluşu Anayasa'da mahkeme adı verilmesine bakarak öteki mahkemelerle bir tutmaya yer yoktur.⁹² AİHS'nin 6/1 maddesinde kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkeme tanımına yer verilmiş ise de, mahkemeden maksat, sadece yargı erki içinde yer almaları değildir. Düzenli mahkemelerden başka, cezaevi disiplin komisyonları, meslek disiplin kurulları, arazi satımı onay komisyonları, hakem heyetleri gibi bir çok organ da kanunla kurulmuş ve mahkeme sayılmıştır.⁹³

AİHM, *Engels ve Diğerleri Kararı*'nda; "bu madde çerçevesinde askeri disiplin cezaları ile ilgili olarak verilen Engels- Hollanda ve diğerleri kararında disiplin amirlerince verilen göz ve oda hapsi cezalarının kapsama girmediği, *ancak ağır oda hapsi cezasının özgürlüğü kısıtladığına ve maddeyi ihlal ettiğine*, zirâ bunun "silahlı kuvvetlerin bünyesindeki yaşamın normal sınırlarını aşan kısıtlamalar" dan olduğuna karar verilmiştir. Türkiye aleyhine bir başvuruda, (A.D v. Türkiye) AİHM, Türkiye'nin taraf olduğu yeni bir kararında, bir astsubaya disiplin amiri yarbay tarafından emre itaatsizlikten dolayı Askeri Ceza Kanunu m. 171'e göre verilen 21 gün oda hapsi cezasının maddenin 1/â bendini ihlal ettiğine karar vermiş ve Türkiye'yi 2000 Euro tazminat ödemeye mahkum etmiştir.⁹⁴ Somut olayda, davacının cezanın iptali için yaptığı başvuru, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) tarafından AYİM Kanunu'nun 21. maddesine göre yargı denetimi yapılamayacağından 26.04.1995 tarihli kararla, kararın düzeltilmesi talebi de 04.10.1995 tarihinde reddedilmiştir. Davacının cezası disiplin cezaevinde infaz edilmiştir.

Bu kararda, Engels vd. kararına da yollama yapılarak, kişi özgürlüğünü kısıtlayan kararların bağımsız mahkemelerce verilmesinin gerektiği belirtilmektedir. Mahkeme, bir sivil verildiğinde özgürlüğün kısıtlanması olarak değerlendirilebilecek olan bir disiplin cezasının veya tedbirinin, bir subaya verildiğinde aynı niteliğe sahip olmayacağı, ancak silahlı kuvvetler bünye-

⁹² AYİM, 477 sayılı Yasa'nın 2 ve 17. maddelerinin Anayasa'ya aykırılığı iddia edilerek itiraz yoluna başvurulduğu bir denetiminde, bu maddelerin Anayasa'ya aykırı olmadığına oy çokluğu (13'e karşı 6) ile karar vermiştir. Bu görüşün sahibi AYİM üyesi Hulusi ÖZBAKAN, Disiplin Mahkemelerinin 1961 Anayasa'nın 151. maddesi kapsamında sayılan mahkeme kavramına girmediği gerekçesiyle karşı oy veren 6 üyenin içindedir. (AYİM E. 1970/6, K. 1970/29, Karar Tarihi. 4-6-1970. AYMKD, s. 8. s. 301) Nakleden: Ramazan YILDIRIM, *Türk Askeri Disiplin Hukukuna Kısa Bir Bakış*, AYİM Dergisi, No: 14, s. 20.

⁹³ Şeref ÜNAL, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*, TBMM Yayını, Ankara, 2001.s.168-169.

⁹⁴ A.D v. Türkiye: AİHM 3. Daire, Karar Tarihi: 22.12.2005.

sindeki yaşamın normal şartları dışındaki bir kısıtlamanın hariç tutulduğunu, ayrıca maddenin devletin iç hukukunca ceza veya disiplinle ilişkili olarak nitelendirilen özgürlük kısıtlayıcı her tür mahkumiyet kararı için uygulanacağını vurguladıktan sonra, cezayı veren komutanın bağımsız olarak hareket edemeyeceği üst makamlardan kaynaklanan askeri hiyerarşi çerçevesinde yetkisini kullanması ve bu prosedüre 5/1-a maddesinde öngörülen şekilde yargılama güvencesi sağlanmaması sebepleriyle **“kısıtlamanın yetkili bir mahkemece verilen mahkumiyet kararına uygun bir tutuklama niteliğini haiz olmadığı”** şeklinde gerekçelendirmiştir.⁹⁵

Sonuç olarak; AİHM'nin A.D Kararı'nda belirtildiği üzere; “oda hapsine⁹⁶ sanığın askeri amiri karar vermektedir. Söz konusu askeri amir bu yetkisini, kendisinden daha yüksek makamların da dahil olduğu bir askeri hiyerarşi içinde kullanmakta ve kendisi bu makamlardan bağımsız olarak hareket edememektedir. Bu sebeple Disiplin Mahkemesi'nin kararı ve yaptırımı *yetkili mahkemenin mahkumiyet kararı (Sözleşme m. 5/1-a)*” bağlamında, bağımsız ve tarafsız bir mahkemeden sadır olmamaktadır.

Her ne kadar Anayasa'da yargı bölümünde sayılsa da, anayasa hükümleri incelendiğinde Disiplin Mahkemeleri'nin hakimlik mesleği mensuplarından olmayan subay ve astsubaylardan oluşacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple Disiplin Mahkemelerinin dayanağı A.Y. m. 145 olsa da, 477 sayılı Kanun'un düzenleniş biçimi ile Disiplin Mahkemeleri, Anayasa'nın 2, 36, 125. maddelerine ve AİHS'nin 5/1-a, 6/1 hükümlerine ve İHEB m .8, MSHİUAS m. 2/3-a ile 14. maddede düzenlenen; hak arama hürriyeti, mahkemeye müracaat, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede adil yargılanma hakkına aykırı bir düzenleme mahiyetini taşımaktadır.

f. Olağanüstü Hal Kanun Hükümünde Kararnameleri

Olağanüstü hallerde çıkarılan KHK'lerin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmayacağına ilişkin A.Y. m. 148 kuralı, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yoluna başvurulabilmesi gereğini içeren hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Ayrıca Anaya-

⁹⁵ Engels vd. kararına esas uyuşmazlıkta hapis cezalarının mahkemeye başvuru sonucu yargı denetiminin yapıldığını ve bu merci tarafından cezanın hukuka uygun bulunduğunu, A.D hakkında verilen oda hapsi kararının ise Disiplin Mahkemesi tarafından verildiği noktasında yargı denetimi yapılmadan verildiğinin ayırt edilmesi gerekmektedir.

⁹⁶ As. C.K m. 165'e göre: Subaylar, Astsubaylar, MSB ve TSK'de görevli devlet memurları, uzman jandarmalar ve uzman erbaşlar hakkında: 1- Uyarı, 2- Aylık Kesilmesi (1/8, 1/30), 3- Göz Hapsi (Dört Haftaya Kadar), 4- Oda Hapsi (Dört Haftaya Kadar) cezalar öngörülmektedir. AİHM'ne göre, oda hapsi; “silahlı kuvvetlerin bünyesindeki yaşamın normal sınırlarını aşan kısıtlamalar” dandır. Bu sebeple askerlik mesleğinin gerektirdiği disiplin tedbirlerinin dışına çıkmaktadır.

sa'nın, m. 15'te yer alan güvencelere rağmen, olağanüstü KHK'ler bakımından A.Y. m. 148'de denetim yasağı öngörülmesi Anayasa'nın kendi içinde çatışan normları barındırdığı şeklinde de yorumlanabilir. Bu tür KHK'ler için iç hukukumuzda yargı yolu kapalı olmakla birlikte, TBMM'nce icra edilecek olan bir siyasal denetim mekanizması ise A.Y. m.121 ve 122'de öngörülmüştür. Bu kararnamelerin AİHS Kurumları tarafından denetlenebildiklerini de ayrıca ifade etmek gerekir.⁹⁷ Ancak son yıllarda Anayasa Mahkemesi, biraz zorlama yorumla da olsa, olağanüstü KHK'lerini, aşağıda da belirtilen, kendisinin tayin ettiği kriterler açısından bir eksiklik taşıdığını düşündüğü durumlarda denetim altına almayı yetkisi kapsamında görenek gerekli kararları verebilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, olağanüstü KHK'lerin yargısal denetimi sorunu bağlamındaki ilk içtihadını, 1991 yılında verdiği (1991/1⁹⁸ ve 1991/20⁹⁹ sayılı) iki kararında ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesi bu kararlarında özetle: Bir KHK'nin denetim yasağı kapsamında görülebilmesi için, bu KHK'nin A.Y.m. 121 ve 122'de belirtilen yöntem gör çıkarılmasının yanı sıra, içerdiği düzenlemelerin de olağanüstü hal ilan edilen "yer"de ve olağanüstü halin geçerli olduğu "süre"de uygulanabilecek nitelikte olması ve getirilen düzenlemelerin "olağanüstü halin gerekli kıldığı konulardaki somut tedbirleri içermesi gerekir. Aksi halde, ilgili tasarrufun bir olağanüstü KHK olarak benimsenmesi söz konusu olamaz ve böylece bu kararnamelerin anayasaya uygunluklarının denetimi yolu açılmış olur.¹⁰⁰ Anayasa Mahkemesi bu iki iptal davasına ilaveten iki itiraz başvurusunu da 1992/36¹⁰¹ ve 2003/42¹⁰² sayılı kararlarıyla yetkisi kapsamında görenek incelemiştir. Böylelikle anayasal yasak olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesi'nin yorum yoluyla belirlediği kriterler açısından olağanüstü KHK'leri kısmen de olsa denetimi altına alması, bu kararnamelerin yargısal denetimsizliğinin hukuk devleti açısından söz konusu olan ciddi sınıncalarını da nispeten hafifletmiştir.

97 Hikmet TÜLEN, "Olağanüstü Kanun Hükmünde Kararnameleri Yargısal Denetimi Sorunu ve Anayasa Mahkemesi'nin Bu Sorunla İlgili Kararları", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: VIII, Sayı: 3-4, Erzincan, 2004, s. 86-87.

98 AMKD, S.: 27/1, s. 65-129.

99 AMKD, S.: 27/1, s.375-421.

100 TÜLEN, s. 87-88.

101 AMKD, S.: 29/1, s. 155-159.

102 16.03.2004 Tarih ve 25404 sayılı RG, s. 75 vd.

SONUÇ

1982 Anayasası'nın 2. maddesi Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu ve devletin insan haklarına saygılı olduğu ilkelerine yer vermiştir. Hukuk devleti, yönetilenler kadar yönetenlerin de hukuku bağlı olduğu, hukukun bütün kurum ve kavramları ile üstün kabul edildiği bir sistemdir. Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere; "*devlete, hukuk devleti vasfını ve güvencesini veren en önemli esas yargısal denetimdir.*"

Tarih boyunca kişi hak ve özgürlüklerine yönelik en büyük sınırlamalar, yürütme erkini kullanan organlar tarafından getirilmiştir. Bu sebeple kişi hak ve özgürlükleri bakımından gerçek bir güvenceden bahsedebilmek için, idarenin, istisnasız bütün eylem ve işlemlerine karşı bağımsız ve tarafsız bir yargı biriminde davanın görülmesini talep etme hakkı bireylere tanınmalıdır. Kişi hak ve özgürlüklerinin ihlali bakımından hak arama özgürlüğü tanınıp sağlanmadan, bireylerin bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkına sahip olduğunu söylemek gerçekçi bir anlam ifade etmemektedir. Bu sebeple bireylere öncelikle hak arama özgürlüğü sağlanmalı ve hak arama özgürlüğü pozitif hukukta güvenceli bir sisteme bağlanmalıdır. Bu özgürlüğün en yaygın ve güvenceli biçimi, bağımsız ve tarafsız yargı makamları önünde iddiaların dinlenilmesi hakkıdır. Yargı denetimi, bireyler bakımından etkin ve güvenilir bir hak arama yöntemidir.

Hak arama özgürlüğünün tanınmadığı ve bireylerin ihlal edilen hakları ile ilgili olarak bağımsız ve tarafsız bir hakim önüne çıkma imkanının sağlanmadığı bir sistemde hukuk devletinden bahsedilemeyeceği açıktır. Bu sebeptendir ki, yargı denetimi hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz ilkesi olduğu gibi, hak arama özgürlüğü de hukuk devletinin olmazsa olmaz bir parçasıdır. Hak arama yollarının açık olmadığı bir sistemde hukuk devleti tanımının önemli bir yanı her zaman eksik kalacaktır.

1982 Anayasası, 36 ve 40. maddelerinde hak arama özgürlüğüne ve ihlaller karşısında bağımsız ve tarafsız yargı organları önünde davacı ve davalı olma hakkına yer vermekte ve 125. madde hükmü ile de, idarenin bütün eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunu açarak etkin bir hak arama sistemi oluşturmaktadır. Ne var ki, bizim Anayasamıza has bir özellik olarak, demokratik devletlerin kabul ettiği ve uluslararası sözleşmelerle ortaya konan hukukun evrensel ilkeleri Anayasamızda yer almakta, fakat her bir güvenceden sonra bu güvencenin özüne aykırı olan ve kullanılmasını güçleştiren istisnalar silsilesine yer vermektedir. 1982 Anayasası'nın bu tipik zafiyeti hak arama özgürlüğü bakımından da kendini göstermektedir.

Bir yandan AİHS ve diğer uluslararası belgelerden esinlenerek A.Y. m. 36. ve 40'ta hak arama hürriyeti en geniş anlamı ile tanınmakta, diğer yan-

dan m. 125'teki "idarenin bütün eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmüne bir sonraki fıkradan başlamak üzere istisnalar getirilmektedir. Bu sebeple 2. maddesinde hukuk devleti ilkesini kabul etmiş ve hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz ilkesi olarak yargı denetimini gerekli saymış bir Anayasa'nın, yargı denetimine çok sayıda istisnaya yer vermesi kendi içinde tezat oluşturmaktadır.

Bu noktadaki tavsiyemizi yinelemek gerekirse, ilk olarak Anayasanın 125. maddesinin ruhuna uygun bir biçimde Anayasamızda yer alan yasama kısıntıları kaldırılmalıdır. Bir hukuk devletinde yargı denetimi dışında tutulan işlemlerin varlığını kabul etmek mümkün değildir. Arkasından, oluşumuna ilişkin tartışmalar bir yana, HSYK'nun kararlarına karşı yargı yolu açılmalı, hakim ve savcıların da hak arama özgürlüğüne sahip olması ve yargı güvencesinden faydalanabilmesi sağlanmalıdır. Teşekkülü bakımından yüksek yargı organlarından gelen temsilcilerden oluşsa da, gerek organik ve gerekse şekli kriterler bakımından tartışmasız bir şekilde idari nitelik taşıyan Kurul kararlarına karşı yargı yolunun açılması, hakim ve savcılar bakımından etkin bir güvence olmakla birlikte, temelde bağımsız bir yargı sistemine vücut verecek ve ülkede yaşayan bütün bireyler bakımından önemli bir teminat olarak kendini gösterecektir. Kurulun oluşumu bakımından Fransa modeli benimsendiğinden, Fransa örneğinde olduğu gibi, Kurul kararlarına karşı Danıştay'da yargı yolu açılmalı, hakim ve savcıların sicillerine¹⁰³ ilişkin olarak yine Danıştay'da itiraz yolu düzenlenmelidir.

Siyasal açıdan tam sorumsuz bir cumhurbaşkanının doğrudan kişiler üzerinde etki doğuran, icrai- idari makamlara yapılacak olan atamalarına karşı yargı yolu açılmalıdır. Parlamenter sistemlerde temel ilke cumhurbaşkanının tam sorumsuzluğu, dolayısıyla yetkisizliği olup, bütün işlemlerinin de karşı imza kuralına tabi olmasıdır. Ancak 1982 Anayasası cumhurbaşkanının karşı imza kuralına istisna olarak bir takım işlemleri tek başına yapabileceğini ve bu işlemlere karşı da yargı yoluna başvurulamayacağını düzenlemiştir. Ancak 1982 Anayasası cumhurbaşkanının hangi işlemleri tek başına yapabileceğini açıkça belirtmemiştir. Bu noktada her bir yetki için anayasa normlarının tek tek yorumlanması gerekmektedir. Bu sebeple uygulamada cumhurbaşkanı tarafından tek başına kullanılan bir çok işlem idari niteliği haiz olup, kişilerin haklarını doğrudan etkileyen icrai işlemler niteliğindedir.

Bu nedenlerle cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemler sınırlı olarak sayılmalı ve bu işlemlerden idari / icrai niteliğe sahip işlemler aleyhi-

¹⁰³ Danıştay 2. Dairesi: Esas No : 2004/5761 Karar No : 2006/1400 sayılı kararı ile: " Hakim ve Savcı sicillerinin yargı denetimine tabi olmasının hukuk devleti ve taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler nezdinde zorunlu olduğuna" karar vermiştir.

ne yargı yolu açılmalıdır. Yürütmenin tam sorumsuz kanadını oluşturan cumhurbaşkanının idari / icrai nitelikteki işlemlerinin de Anayasa'nın 125. maddesiyle yargı denetimine açılması gerekmektedir. Cumhurbaşkanının yürütmenin başı sıfatıyla kullandığı yetkilerin yargı denetiminden çıkarılmasını hukuk devleti ile bağdaştırmak mümkün değildir.

Devlet memurları hakkında verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı, A.Y. m. 90'nın açık düzenlemesi karşısında, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme normları evleviyetle dikkate alınmalı ve bu konuda 657 sayılı Kanun'un m. 135 ve 136/3'teki yargı yolunu kapayan hükümleri sarfı nazar edilerek, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı denetiminin kapısı açılmalıdır. Anayasa'nın 36, 40 ve 90. maddelerine aykırı olan 657 sayılı Kanun'un 135 ve 136/3 maddeleri Anayasaya uygun bir şekilde değiştirilmelidir.

Uyguladığı usul ve mevcut güvenceleri (güvenceden yoksun oluşu) dikkate alındığında AİHS m. 6/1 karşısında mahkeme sıfatını taşımadığı açık olan Disiplin Mahkemeleri yeniden düzenlenmelidir. Anayasanın 145. maddesi disiplin mahkemelerini öngörmekte, fakat disiplin mahkemelerinin teşekkülü hakkında açık bir hükme yer vermemektedir. Bu sebeple A.Y. m. 145'te, disiplin mahkemelerinde yer alacak olan görevlilerin hakim sınıfından olma zorunluluğu getirilmeli ve / veya disiplin mahkemeleri kararlarına karşı yargı yolu açık tutulmalıdır. Disiplin mahkemelerinde görev alan kişilerin, üstlerinin etkisinden arındırılması da sağlanmalıdır.

Askeri Ceza Kanunu'nun 165. maddesinde yer alan disiplin cezaları kişileri sosyal yaşamdan soyutlamayacak, özgürlüklerini aşırı surette sınırlamayacak şekilde AİHS m. 5/1 ve AİHM içtihatları ışığında yeniden düzenlenmeli ve özgürlükleri sınırlandıracak cezaların, mutlaka bağımsız ve tarafsız bir hakim tarafından verilmesi hükmü getirilmelidir. Askeri kişilerle ilgili olarak, meslekten ihraç kararı da dahil olmak üzere, askeri personelin gerek çalışma hayatı ve gerekse geleceğe ilişkin teminatları hakkında karar veren ve işlemlerinin idari niteliği aşık olan ve idari teşkilat içinde yer alan bir kurul, yani Yüksek Askeri Şura'nın kararlarına karşı da yargı yolu açılmalıdır.

A.Y. m. 90'a göre öncelikle uygulanması zorunlu olan kişi hak ve özgürlüklerine ilişkin uluslararası sözleşme hükümleri ile gerek anayasada sayılan ve gerekse mevzuatta yer alan yasama kısıntıları değerlendirilmeli ve sözleşmelerde ön görülen hakların ihlaline sebebiyet veren düzenlemeler kaldırılmalıdır.

Türkiye AB'ne uyum süreci çerçevesinde çoktan beri yapması gereken bir hukuk reformunu, yeni ve sivil bir anayasa hazırlamak suretiyle iyiden iyiye gündemine almıştır. Hazırlanmakta olan yeni anayasa taslağında hak

arama özgürlüğü noktasında, yürürlük Anayasamızın 36 ve 40. maddeleri ile 125. madde ve aleyhine yargı yolu kapatılan işlemlerin yer aldığı A.Y. m. 105/2 ve 125/2, A.Y. m. 159/4, A.Y. m. 129/4 ve A.Y. m. 129/3 hükümleri gözden geçirilmeli ve hukuk devleti ilkesini tüm çağdaş gerekleriyle hukuk hayatımıza taşıyacak bir anayasa değişikliği en kısa zamanda gerçekleştirilmelidir.

KAYNAKÇA

- A.D v. Türkiye Kararı**, AIHM 3. Daire, Karar Tarihi: 22.12.2005.
- AKIN, İlhan; **Kamu Hukuku**, İstanbul, 1990.
- ASLAN, Osman; **Adil Yargılanma Hakkı**,
http://www.yargitay.gov.tr/basin/faaliyetler/diger_faaliyetler/kirikkale_uni.htm,
Erişim Tarihi: 26.11.2006.
- Anayasa Mahkemesi; **AMKD**, E. 1970/6, K. 1970/29
- Anayasa Mahkemesi; **AMKD**, Sayı: 14, E.1976/1, K. 1976/28
- Anayasa Mahkemesi; **AMKD**, Sayı: 15, E.1976/43, K. 1977/44
- Anayasa Mahkemesi; **AMKD**, Sayı: 27/1, E. 1990/25, K. 1991/1
- Anayasa Mahkemesi; **AMKD**, Sayı: 27/1, E. 1991/6, K. 1991/20
- Anayasa Mahkemesi; **AMKD**, Sayı: 29/1, E. 1992/30, K. 1992/36
- Anayasa Mahkemesi; **AMKD**, Sayı: 27/1, E. 1990/25, K. 1991/1
- Ankara 5. İdare Mahkemesi; E. 2003/1796, K. 2004/1212
- ATAR, Yavuz; **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya, 2000.
- BOZKURT, Enver; **Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı**, 3. Baskı, Ankara, 2003.
- BOZKURT, Enver / KÜTÜKÇÜ, M. Akif / POYRAZ, Yasin; **Devletler Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, 2003.
- BOZKURT, Enver / KÜTÜKÇÜ, M. Akif / POYRAZ, Yasin; **Devletler Hukuku Mevzuatı**, 1. Bası, Ankara, 2004.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan; **İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara, 2001.
- ÇAKAN, Erhan; **AIHM İçtihatları Işığında Etkili Başvuru Hakkı**,
<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde13.htm>, Erişim Tarihi: 04.12.2006.
- ÇAVUŞOĞLU, Naz; "*İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve A.T. Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine*", **AÜSBF Dergisi**, Cilt: 49, Sayı:12, Ankara, 1994.
- ÇETİN, Fethiye; **Adil Yargılanma Hakkı**, <http://www.solgazete.net/index.php?>

option=com_content&task=view&id=155&Itemid=79. Erişim tarihi: 17.09.2007.

- ÇOBAN Ali Rıza; **Türk Hukukunda Hak Arama Özgürlüğü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 1995.
- DELİVELİ, Ömür; **Anayasa Hukuku**, Yargı Yayınları, Ankara, 2000.
- DOĞRU, Osman / NALBANT, Atilla; **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Derlemesi**, Cilt: 1-2-3, İstanbul, 1998.
- Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, **Danıştay Kararları Dergisi**, E. 1949/320, K. 1950/128, 30.03.1950.
- Danıştay 2. Dairesi, E. 2004/ 5761, K. 2006/1400.
- Danıştay 12. Dairesi, E. 2004/ 4584, K. 2005/3520.
- ERDOĞAN, Mustafa; **Anayasal Demokrasi**, 6. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2004.
- ERDOĞAN, Mustafa; **Anayasa ve Özgürlük**, Yetkin Yay., Ankara, 2002.
- EREN, Abdurrahman; “1982 Anayasası’nın 90. Maddesindeki 2004 Değişikliği’nin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: VIII, Sayı: 3-4, Erzincan, 2004.
- GİRİTLİ, İsmet; **Hükümet Tasarrufları**, İÜHF Yay., İstanbul, 1958.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz / GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; **AİHS ve Uygulaması**, Ankara, 1994.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; “11 No’lu Protokolden Sonra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, **Yeni Türkiye Dergisi**, Sayı:22, Ankara, 1999.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılama**, AÜSBFD, Cilt: 49, Sayı:12, Ocak-Haziran 1994.
- GÖREN, Zafer; **Anayasa Hukukuna Giriş**, 1. Baskı, Barış Yayınları, İzmir, 1997.
- GÖZLER, Kemal; **İdare Hukuku**, 1. Cilt, Ekin Yayınevi, Bursa, 2003.
- GÖZLER, Kemal; **Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Çalışması**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2001.
- GÖZLER, Kemal; **Askeri Yargı Organlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu Sorunu**, <http://www20.uludag.edu.tr/~gozler/askeri.html>. Erişim Tarihi: 20.11.2006.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; **Yönetmelik Yargı**, Güncelleştirilmiş 20. Baskı, Ankara, 2004.
- GÜL, Cengiz / İZCİ Ferit; “Hukuk Devleti Söylem ve Olgusu Üzerine Sivas İl Merkezinde Yapılan Ampirik Bir Araştırma”, **EKEV Akademi Dergisi**, Yıl:8, Sayı: 21 (Güz), Erzurum, 2004.
- GÜNDAY, Metin; **İdare Hukuku**, 7. Bası, Ankara, 2003.
- İNCEOĞLU, Sibel; **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yar-**

- gılanma Hakkı**, Betaş Yay., İstanbul, 2005.
- KABOĞLU, İbrahim Ö.; **Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme**, İstanbul, 1993.
- KARAGÖZ, Kasım; **İfade Özgürlüğü ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2004.
- KÜNGERÜ, Korhan; **Yargı Güvencesi Örneğinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukunda Doğurduğu Sonuçlar**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa, 2001.
- ONAR, Sıddık Sami; **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt:1, İstanbul, 1966.
- ÖKTEM, Niyazi; **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, Der Yay., İstanbul, 1999.
- ÖZBUDUN, Ergun; **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Ankara, 2003.
- ÖZEL, Sadullah; **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, 2003.
- ROTTLEUNTHNER, Hubert; **Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Devleti, (HFSA) Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, Alkım Yayınları, İstanbul, 1996.
- TAŞKIN, Mustafa; **Adil Yargılanma Hakkı**, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde6.htm>, Erişim Tarihi: 26.11.2006.
- TEZİÇ, Erdoğan; **Anayasa Hukuku**, 8. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2003.
- TOKLU, Erdinç; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli, 2001.
- TÜLEN, Hikmet; **“Olağanüstü Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Sorunu ve Anayasa Mahkemesi'nin Bu Sorunla İlgili Kararları”**, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: VIII, Sayı: 3-4, Erzincan, 2004.
- ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ, **Adil Yargılanma Hakkı**, İletişim Yay., İstanbul, 2000.
- ÜNAL, Şeref; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi – İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri**, TBMM Yayını, Ankara, 2001.
- YILDIRIM, Ramazan; **“Türk Askeri Disiplin Hukukuna Kısa Bir Bakış”**, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi**, No: 14.
- YÜZBAŞIOĞLU, Nemci; **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İÜHF Yayını, İstanbul, 1993.

