

Dr. Eren KALANYUVA

**AİHM KARARLARINDAN YAPILAN
HUKUKÎ NAKİLLERİN DANIŞTAY'IN
İDARE HUKUKU YAKLAŞIMINA ETKİSİ**

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	VII
KISALTMALAR.....	XVII
GİRİŞ.....	1
I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE.....	1
II. KAPSAM.....	5
III. METOD.....	7

BİRİNCİ BÖLÜM TÜRK İDARE HUKUKU İLE AİHM KARARLARI ARASINDAKİ MÜNÂSEBETİN KAVRAMSAL TEMELLERİ

I. AİHS'İN SUI GENERIS NİTELİĞİ VE TÜRK HUKUKUNDAKİ NORM DEĞERİ.....	9
A. “Avrupa Kamu Düzeni” Bağlamında AİHS’in Özellikleri.....	11
1. Ulusal Hukukta Doğrudan Uygulanabilirliği	12
a. Derhal Geçerlilik	12
b. Doğrudan Etki	14
2. Ulusal Hukuku Tamamlayıcılığı.....	18
3. “Yaşayan Belge” Niteliği.....	21
B. AİHS’in Türk Hukukundaki Norm Değeri.....	23
1. Anayasa’nın 90. Maddesi Bağlamında İleri Sürülen Görüşler..	25
2. 2004 Anayasa Değişikliği Üzerine Yeni Soru(n)lar	29
3. Değerlendirme	38
II. AİHM KARARLARININ SUI GENERIS NİTELİĞİ VE TÜRK HUKUKUNDA UYGULANMASINA DAİR ESASLAR.....	41

A. AİHM Kararlarının Hukukî Niteliği	41
B. AİHM Kararlarının Ulusal Hukuka Etkileri	46
1. Kesin Hüküm (Res Judicata) Etkisi	47
2. Görünenin Ötesindeki Etkiler	49
a. Ulusal Hukuku Tashih Edici Etkisi	49
b. Sözleşme Yorumunun (Res Interpretata) Etkisi	51
C. AİHM Kararlarının Ulusal Hukukta Uygulanmasına Dair Esaslar	56
1. Kararlara Uyma Yükümlülüğünün Hukukî Temeli ve Sınırları	57
2. Âkit Devletin Yükümlülükleri	58
a. Hakkaniyetli Tatmin Kararı	59
b. Bireysel Tedbirler	61
(1) İhlâlden Önceki Hâlin İadesi	61
(2) İncelemenin Yenilenmesi	62
c. Genel Tedbirler	65
(1) Ulusal Mevzuatın Sözleşme Hukukuna Uygun Hâle Getirilmesi	65
(2) Ulusal Mevzuattaki Hukukî Boşluğun Giderilmesi	75
(3) Ulusal Mahkemelerin İçtihat Değişikliğine Gitmesi	77
III. AİHM KARARLARININ TÜRK İDARE HUKUKUNA NÜFÜZ ETMESİNDE “HUKUKÎ NAKİLLER” TEORİSİNİN İŞLEVİ	78
A. Mukayeseli Hukukta Bir Metot Olarak “Hukukî Nakiller”	79
1. Kavramsal Kökeni	79
2. Küreselleşmenin Hukukî Nakiller Üzerindeki Etkisi	82
a. Hukukun Küreselleşmesi	82
b. İnsan Haklarının Küreselleşme Bağlamındaki Yeri	84
c. Yüksek Mahkemelerin Hukukî Nakiller Eksenli “Yeni” Rolü	87
B. İdari Yargıda AİHM Kararlarına Yapılan Atıfların “Hukukî Nakiller” Bakımından Tavsifi	91

1. Anayasal Temeli Açısından.....	91
2. İşlevsel Açıdan	94
a. Delillerle İspatlama (<i>Argumentation</i>) İşlevi.....	95
b. Gerekçelendirme (<i>Justification</i>) İşlevi.....	100
c. Meşrûiyet Kazandırma (<i>Legitimation</i>) İşlevi.....	103

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUKÎ NAKİLLER ETKİSİNİN

DANIŞTAY’IN PERSONEL – FAALİYET –

SORUMLULUK YAKLAŞIMI YÖNÜNDEN

TAHLİLİ

I. KAMU PERSONELİNİN “ÖDEV VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ” BAKIMINDAN AİHM ETKİSİ.....	109
A. Tarafsızlık ve Devlete Bağlılık Ödevi İle İfade Özgürlüğü Arasında Denge Arayışı.....	111
1. Siyasî ya da İdeolojik Fikirleri İzhâr Etme Fiili Bakımından .	113
a. Danıştay Kararlarındaki Hâkim Paradigma	115
b. AİHM Kararlarının Danıştay’ın Hâkim Paradigmasına Etkisi.....	121
(1) Radikal Fikirleri İzhâr Etme Fiilinin “İfade Özgürlüğü” Kapsamında Nitelenmesi	121
(2) Disiplin Cezasının Sebebi Olarak Radikal Fikirlerin “Kamu Hizmetine Sirâyet Etmiş Olması” Şartı	124
c. Değerlendirme.....	130
2. Sendikal Faaliyet Uyarınca Düşünce Açıklama Fiili Bakımından	133
a. Danıştay Kararlarındaki Hâkim Paradigma	134
b. AİHM Kararlarının Danıştay’ın Hâkim Paradigmasına Etkisi.....	138

(1) İdari İşlemin “Caydırıcı Etkisi” Sebebiyle Amaç Unsuru Sakatlığı Problemi.....	138
(2) Disiplin İşleminin “Zorlayıcı Toplumsal İhtiyaç” Kriterine Uygunluğu Problemi.....	141
c. Değerlendirme.....	145
B. Toplu Eylem Yasağı ile Sendikal Faaliyet Hakkı Arasında Denge Arayışı.....	148
1. Danıştay Kararlarındaki Hâkim Paradigma	152
2. AİHM Kararlarının Danıştay’ın Hâkim Paradigmasına Etkisi	155
a. Sendika Hakkını Sınırlandıran İşlemin “Zorlayıcı Toplumsal İhtiyaç” Kriterine Uygunluğu Problemi.....	155
b. Sendika Hakkının “Meşru Amaç” Yönünden Sınırının Belirlenmesi.....	159
3. Değerlendirme	163
C. Disiplin Hukukunun Esasları ile Âdil Yargılanma Hakkı Arasında Denge Arayışı.....	166
1. Danıştay Kararlarındaki Hâkim Paradigma	170
a. “Kesin” Beraat Kararının Disiplin Hukukunda Bağlayıcılığı.....	170
b. “Delil Yetersizliğinden” Beraat Kararının Disiplin Hukukunda Bağlayıcı Olmaması.....	171
2. AİHM Kararlarının Danıştay’ın Hâkim Paradigmasına Etkisi	177
a. Masumiyet Karinesinin Disiplin Hukukunda “Delillerin İspat Gücü” Bakımından Etkisi	178
b. İdari Yargıda Ceza Mahkemesi Kararlarının “İspat Vâsıtası” Niteliği ve Bu Kararlara Karşı “Sorgulayıcı Dil” Problemi	185
3. Değerlendirme	204
II. KAMU HİZMETİNİN EŞİTLİK İLKESİNE GÖRE TANZİM EDİLMESİ BAKIMINDAN AİHM ETKİSİ	208

A. Tarafsızlık İlkesinin Yorumu ile Din ve Vicdan Özgürlüğü Arasında Denge Arayışı.....	209
1. Nüfus Kamu Hizmetlerinde Bireye Dini İnancını Açıklama Yükümlülüğü Getirilmesi Bakımından	211
a. Danıştay Kararlarındaki Hâkim Paradigma	212
b. Sinan Işık v. Türkiye Kararının Nüfus Kamu Hizmetindeki Etkisi	217
c. Değerlendirme	221
2. Zorunlu Din Dersi Müfredâtında Belirli Bir Dini İnancın Telkîni Bakımından.....	225
a. Danıştay Kararlarındaki Hâkim Paradigma	228
b. AİHM Kararlarının Danıştay'ın Hâkim Paradigmasına Etkisi	231
(1) Eğitim Kamu Hizmetinde “Nesnellik” ve “Çoğulculuk” Kriterine Uygunluk Şartı.....	231
(2) Çoğulculuğun Sağlanmasında Devletin “Eylemsizlik” ve “Tarafsızlık” Ödevi.....	236
c. Değerlendirme	244
B. Lâiklik İlkesinin Yorumu ile Din ve Vicdan Özgürlüğü Arasında Denge Arayışı.....	248
1. Kamu Hizmetinden Yararlanan Bireyler Açısından	251
a. Danıştay Kararlarındaki Hâkim Paradigma	257
b. AİHM Kararlarının Hâkim Paradigma Üzerindeki Etkisi	263
(1) Lâiklik İlkesinin Radikal Yorumunda “Destekleyici Kriter” Olarak AİHM Kararlarının İşlevi	263
(2) Lâiklik İlkesinin “Temel Hak Eksenli” Yorumuna Geçiş Sürecinde “Dönüştürücü Kriter” Olarak AİHM Kararlarının İşlevi	265
2. Kamu Hizmeti Sunan Bireyler Açısından	271
a. Danıştay Kararlarındaki Hâkim Paradigma	275

b. AİHM Kararlarının Hâkim Paradigma Üzerindeki Etkisi	280
3. Değerlendirme	285
III. İDARENİN KAMU DÜZENİNİ KORUMAYA YÖNELİK İŞLEMLERİ BAKIMINDAN AİHM ETKİSİ	289
A. Regülatif Mâhiyetteki İdarî İşlemler ile Basın Özgürlüğü Arasında Denge Arayışı.....	289
1. Danıştay Kararlarındaki Hâkim Paradigma	290
2. AİHM Kararlarının Hâkim Paradigma Üzerindeki Etkisi.....	295
a. Sınırlandırma Gerekçesi Olarak “Kişilik Haklarının Korunması” Amacı ile Basın Özgürlüğü Arasında Denge Arayışı.....	299
b. Radikal Fikirlerin Sınırında “Zorlayıcı Toplumsal İhtiyaç” Kriteri ile Basın Özgürlüğü Arasında Denge Arayışı.....	319
3. Değerlendirme	323
B. Varsayıma Dayalı İdarî Kolluk Tedbirleri ile Toplanma ve İfade Özgürlüğü Arasında Denge Arayışı.....	326
1. Danıştay Kararlarındaki Hâkim Paradigma	329
2. AİHM Kararlarının Hâkim Paradigma Üzerindeki Etkisi.....	334
3. Değerlendirme	340
IV. İDARENİN SORUMLULUĞUNA HÂKİM OLAN ESASLAR BAKIMINDAN AİHM ETKİSİ.....	342
A. İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Sorumluluğunun Tespîtinde “Devletin Pozitif Yükümlülüğü” Yaklaşımının Etkisi. 342	
1. Danıştay Kararlarındaki Hâkim Paradigma	346
2. AİHM Kararlarının Danıştay’ın Hâkim Paradigmasına Etkisi	351
a. Devletin Pozitif Yükümlülüğü ve Tıbbî Hata İncelemesinde İspat Standardı Teşkil Eden Yeni Kriterler	351
b. Hastanın Bilgilendirilmesi ve Onayının Alınması Yükümlülüğüne Aykırılığın Manevî Zarar Teşkil Etmesi	363

3. Değerlendirme	370
B. Yaşam Hakkının Korunmasında Usûli Bir Güvence Olarak “Etkin Soruşturma Yükümlülüğü” ve İdarenin Sorumluluğuna Etkisi.....	375
1. Danıştay Kararlarındaki Hâkim Paradigma	376
2. AİHM Kararlarının Danıştay’ın Hâkim Paradigmasına Etkisi	380
3. Değerlendirme	397

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKÎ NAKİLLER ETKİSİNİN

DANIŞTAY’IN İDARE HUKUKU VE KARAR

GEREKÇE TASAVVURU AÇISINDAN

MODELLENMESİ

I. İDARE HUKUKUNUN KURUCU KAVRAMLARI ÜZERİNDEKİ ETKİNİN MODELLENMESİ.....	401
A. Temel Haklar Sisteminin Klâsik Bir Yaklaşım Olarak “İdarenin İmtiyazlı Karakteri” Üzerindeki Etkisi	401
1. İdare-Birey İlişkisinin “Eşitsizlik” Ekseninden “Âdil Denge” Eksenine Geçiş.....	403
2. “Pozitif Yükümlülük” Yaklaşımının İdareyi Birey Lehine Öngörme ve Tedbir Almaya Zorlayıcı Boyutu.....	414
B. İdari İşlemin Hukuka Uygunluk Denetiminde Yeni Kriterler.....	424
1. Norm Düzeyi Olarak “AİHS’e Uygunluk” Kriteri	424
2. İdari İşlemin Bireysel Haklara “Müdahale” ve “Demokratik Toplumda Gerekliklik” Yönünden Denetlenmesi	433
3. İşlemin Amaç Unsuru Yönünden Hukuka Aykırılığının Tespitinde “Caydırıcı Etki” Kriterinin İşlevi.....	444
C. Temel Haklar Sisteminin “İdarenin Varlık Sebebi” Olarak Kamu Hizmetine Etkisi.....	447

1. Kamu Hizmetinin Bireysel Hakların Sınırı Açısından “Meşrûiyet Sağlayıcı” Etkisini Yitirmesi	448
2. Kamu Hizmetinin “Pozitif Yükümlülükler” Bağlamında Yeniden İşlev Kazanması.....	455
II. İDARİ YARGIYA ÖZGÜ “KARAR GEREKÇESİ” ÜZERİNDEKİ AİHM ETKİSİNİN MODELLENMESİ	460
A. Görünenin Ötesindeki Etkiye Dair Bir Soru: “AİHM Atıflı Kararlar Danıştay’ı «AİHM’leştirdi Mi?»”	460
B. Hukukî Nakillerin Görünen Etkisine Dair Atıf Modellemesi	468
1. Anonim Atıf.....	470
2. Dekoratif Atıf	470
3. Destekleyici Atıf	471
4. Dönüştürücü Atıf	474
5. Mektuplu Atıf.....	476
6. Yanlış Atıf	477
7. Vâsıtalı Atıf.....	478
8. Zehirli Atıf	479
9. Zımnî Atıf	481
SONUÇ	483
KAYNAKÇA.....	491