

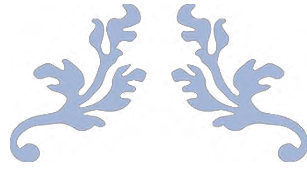
İçindekiler

İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA DURUŞMA MÜESSESESİ.....	2
Danıştay Savcısı.....	7
Duruşma Müessesesine İlişkin Yargı Kararları	10
RE'SEN TAHKİK İLKESİ.....	17
Re'sen Tahkik İlkesine İlişkin Yargı Kararları	25
İDARİ YARGILAMA USULÜNDE FERAGAT	32
Feragat Müessesesine İlişkin Yargı Kararları	34
ISLAH	40
Islaha İlişkin Yargı Kararları	44
AÇIKLAMA VE YANLIŞLIKLARIN DÜZELTİLMESİ	50
DAVAYA MÜDAHALE VE DAVANIN İHBARI 53	
Davanın İhbarı 54	
Davaya Müdahale 55	
Davaya Müdahaleye İlişkin Yargı Kararları 60	
Davanın İhbarına İlişkin Yargı Kararları 63	
MERCİ TAYİNİ	67
Merci Tayini'ne İlişkin Yargı Kararları.....	68
YARGI KARARLARININ GEREKLERİNİN YERİNE GETİRİLMESİ	69
YARGI KARARLARININ UYGULANMAMA SORUNU.....	79
İDARİ YARGILAMA USULÜNDE İSPAT VE DELİL	84
Hukuka Aykırı Deliller 88	
DELİL TÜRLERİ	93
İkrar	93
Bilirkişi	95
KANUN YOLLARI	98
Kanun Yolu Türleri.....	101
Olağan Kanun Yolları	102
İstinaf	105
Temyiz	110

Kanun Yolunda Yürütmenin Durdurulması.....	119
Olağanüstü Kanun Yolu Olarak; Yargılamanın Yenilenmesi.....	124
İvedi Yargılama Usulü	127

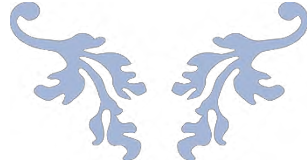
takviye

İstanbul Üniversitesi
Hukuk Fakültesi



İÜHF TAKVİYE NOTU

Bu ses kayıt notu herhangi bir ticari menfaat güdülmeksizin İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 4. Sınıf İkinci Öğretim öğrencileri tarafından gönüllü olarak hazırlanmıştır.



İDARİ YARGILAMA
HUKUKU

takviye

İstanbul Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Not : Bu notlar Prof. Dr. Aydın Gülan'ın 2018-2019 İdari Yargılama Hukuku ders ses kayıtlarının İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 4. Sınıf İkinci Öğretim öğrencilerinden gönüllü olanlar tarafından yazıya geçirilmiş halidir. Notların kontrolü İdare Hukuku Anabilim Dalı araştırma görevlileri tarafından yapılmıştır. Konuşma dilinden kaynaklanan anlam kaymaları ve cümle düşüklüklerinden dolayı tereddüte düşülmesi halinde kitapları esas almak gerekir. Kitaba veya makaleye geçmemiş görüşler kimi zaman "çalınmaktadır". Bu yüzden şahsi kullanımınız için üretilmiş bu notları başkasına vermemeniz önemle rica olunur.

13.02.2019 Tarihli Ders

İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA DURUŞMA MÜESSESESİ

Hoş geldiniz tekrar. Kaldığımız yerden devam edeceğiz. Bütün konuları bitireceğiz. Ondan sonra pratik çözmeye çalışacağız. Yeni dönemde derslerden önce inceleyeceğimiz konuya ilişkin mevzuatı, temel kavramları ve yargı kararlarını duyuracağız¹. İnternet sitemizden bakabilirsiniz. Çeşitli kitaplardaki ilgili sayfalar, konu ile ilgili mevzuat ve temel kavramlar yer alıyor. Bibliyografya, altında işlenecek konular ve kanuni düzenlemeler. Onun altında da ilgili yargı kararları. Bu üçü belirleyici olan hususlar. Esasında mevzuatı belirleyen teorik esaslar. Teorik esasların mevzuata uygunluğu açısından bakmak lazım. Yargı kararları da hepsini belirliyor.

Duruşma müessesesini bu yaklaşımla anlatacağız. Yani önce duruşmaya mevzuattan bağımsız olarak değinmek; sonra mevzuatta nasıl düzenlendiğine değinmek; sonra da yargı kararlarıyla duruşmaya ilişkin ne tip problemler çıkmış onu anlatmak. **Duruşma bir gereklilik mi diye bakarsak; yargılama usulünde duruşma bir gereklilik olarak kabul edilmemiş.** AİHM de adil yargılanmanın bir gerekliliği olarak kabul etmiyor. Dolayısıyla bir yargılamada mutlaka duruşma müessesesi olması aranmıyor. Bunun çeşitli sebepleri var. Konunun niteliğine göre olması gibi. Fakat hangi hallerde duruşma bir gereklilik olarak ortaya çıkar onu değerlendirmek lazım. Kitaplara bakarsanız, duruşmayı tanımlayan bir cümleye rastlanmıyor. Yani duruşma şudur şeklinde bir tanım yok, herkes duruşmanın hukuki rejimine giriyor. Çünkü esasında böyle çokça bilinen, hukukçu olmayanların bile hakkında bir fikir sahibi olduğu bazı şeyleri tanımlayabilmek zor. “Karar verecek hâkim karşısında taraflara söz hakkı verilmesi, aynı anda sözlü ve/veya yazılı açıklamaların alınması” Bu şekilde tarif edelim deseniz, bu duruşmanın bir yönünü ortaya koyuyor ama acaba bütün uyumsuzluk çözüm yolları bakımından böyle bir tanım mümkün mü? “Hâkim” demek mi lazım yoksa “karar verici bir merci” önünde mi demek lazım? Bu niçin önemli? Mesela duruşma yapan hâkim karar verme sırasında tayin edilmişse, ölmüşse, görevden ayrılmışsa acaba tekrar edilmesi gerekir mi? Duruşmanın, karar verecek hâkimin nezdinde mi olması lazım? Yoksa hâkimin değişmesi yargılama bakımından bir şeyi değiştirmez, doğal bir süreçtir; özellikle uzun süren davalarda hep aynı hâkim önünde gidecek denilemez. Esasında ilk başta dışarıdan baktığınızda problem olmayacak ciddi problemler, üzerinde düşünüldüğü zaman var. Bu mesela çeşitli uygulamalar nedeniyle gündeme geldi. Devlet Güvenlik Mahkemelerinde hakim olmayan subayların da heyette bulunması nedeniyle ihlal kararları verilmeye başlayınca, o duruşmalarda ayrıca bir yedek hakim duruşmalar boyunca devam edip, o hakimin katılmasının mevzuattan çıkartılması,

¹Ders kapsamında incelenen ve incelenecek kavram ve yargı kararlarına <http://idarehukuku.hukuk.istanbul.edu.tr/tr/content/ders-gerecleri/dersteiki-sunular> adresinden ulaşılabilir.

sonrasında da duruşmaları izlemiş bir hakim olarak, heyete katılarak devam etmesi şeklinde ihlal kararı çıkması önlenmeye çalışıldı. Dolayısıyla çeşitli problemleri var.

Başka şeyler de var. Ölenler oluyor, imzada bulunamadı diye yazılıyor. Karar verdikten sonra imzalayamadan ölenler oluyor. Dolayısıyla duruşma acaba nedir? Olmazsa olmazları nedir? Teorik olarak incelenmesi gereken bir husus; böyle bir tanıma girilmiyor, böyle bir teorik açıklamaya girilmiyor. Mevzuattaki düzenlemelere giriliyor. **İdari sistem açısından bakarsanız duruşma, tarafların kendisini sözlü olarak anlatabilmesi için çelişmeli yargılamanın hâkim huzurunda yapıldığı aşamalar.** Dolayısıyla duruşmalar, konunun aydınlatılması için kullanılan yargılama usullerinden birisi. Taraflara söz verilerek hâkimin yönetimi altında tarafların iddia ve savunmalarını dile getirmesine fırsat vermek, bu sayede de konuda problemleri noktaların açıklığa kavuşturulmasına ilişkin bir yargılama müessesesi olarak kullanmak. Bu, ceza hukukunun temelinde yer alıyor, aynı zamanda gözlemlemek bakımından da önem taşıyor. Duruşmalar şeklinde yapılması önemli. Hatta yeni sistemler geliştirilerek, bulunduğu cezaevi nedeniyle duruşmaya getirilemeyenlerin görüntülü olarak duruşmalara katılabilmesine imkan vermek için SEGBİS diye bir program gerçekleştirildi. Hatta son söz hakkının ona tanınması, taraflara söz verildikten sonra bile nihai duruşmada böyle kendini ifade edebilmek, durumunu dile getirebilmek bakımından ceza hukukunun temelinde yer alıyor. Ceza hukukundaki bu duruşmalar şeklindeki yaklaşımın çok geciktirmesi ve dosyanın tekemmülü bile duruşmalarda yapıldığı için, mesela nüfus kaydının getirilmesi için, daha çok tutukluların eziyet çekmemesi için getirilmiş bir şey SEGBİS. Diyelim ki nüfus kaydı eksik; nüfus müdürlüğünden nüfus kaydının sorulmasına diye bir ara kararla duruşma bitiyor. Onun için, sabahın köründe işte yola çıkartılıyor, getiriliyor, götürülüyor, işte o sırada kelepçeli oluyor, bir sürü sıkıntı çekiyor. Esasında doğru düzgün bir duruşma yapıldığı da yok, sadece dosyanın tekemmülüne ilişkin evrak oluşması. Mesela bunu giderebilmek için yeni Ceza Kanununda ve Ceza Muhakemeleri Kanununda iddianamenin kabul edilmesi denilen bir müessese getirilip, bu hususlar iddianamede tamamlanmamış ise, duruşmalar öncesi yeterli tekemmül sağlanmamış ise savcılığın iddianamesi iade edilmesi usulü var. Duruşmada gerçek anlamda bir duruşma yapılması, dosya tamamlama yapılmaması gibi. Duruşmalar açısından ele alırsak idari yargıda, konuyu ele alan birçok yazar, esasında bana çelişkili gibi gelen şu cümlelerle başlıyor; “İdari yargıda yazılı usul geçerli olduğu için duruşma istisnadır” anlamına gelen şeyler söylüyor. Başka yargılama usullerinde yazılı usul yok mu? Yani duruşmalar yapıldığı zaman da zaten zapta geçiriliyor. Onlarda da dilekçeler var. Dolayısıyla “yazılı usul olduğu için duruşma istisnadır” çok anlaşılır bir şey değil, zaten diğerlerinde de “sözlü usul geçerli, yazılı usul yok” diye bir şey yok. Ayrıca sözlü olarak tarafların dinlenmesine niçin ihtiyaç duyulmadığına dair bir açıklama lazım, mutlaka gerekmediğine dair bir açıklama lazım.

Bir internet sitesi var Fransa’da. Bir kitapta atfını gördüm baktım; ismini gizlemiş bir yargıç (idare mahkemesi hâkimi), idare mahkemesi hakimi olduğunu da söyleyerek internet sitesi açmış ve orada da çeşitli idari yargılama müesseseleriyle alay ediyor. Duruşmaya ilişkin alayı da: “Duruşmada Sudoku Oynamak” başlıklı bir makaleyle ele almış. Duruşmada sudoku oynuyormuş. “Zaten önceden karar veriyoruz, yüzde sıfır virgül sıfır biri değişiyor, zaten zabıt da tutulmuyor. İşte duruşma şöyle, adet yerini bulsun” diye biraz da abartarak, başlıkta da böyle çarpıcı olmaya çalışarak bir şey yazmış. İdari yargıda duruşmanın fazla etkili olmadığına dair uygulamaya ilişkin kaynaklarda bir hemfikir olma durumu var. Bunun zamana ve zemine göre tekrar düşünülmesi lazım. Mesela dili zayıflamış, edebiyatı gerilemiş, kendini yazılı olarak ifade imkanları azalmış sistemlerde duruşmanın elzem olduğu söylenebilir. Bizim ülkemizde olduğu gibi. Ülkemizde dil ifadesi zayıflamıştır, edebiyat gerilemiştir, kelime bilgisi

daralmıştır. Mesleğe girdiğinizde anlayacaksınız; avukatlar bile yazdığı dilekçeyi sonradan okuduğunda ne demek istediğini anlamıyor. Hakimler uyuşmazlıkta tarafların söylediklerini anlayamıyor. Dilin zayıflamasının bir göstergesi de 50 sayfalık, 60 sayfalık dilekçeler yazılması. Meramını anlatamıyor daha kısa olarak, araçlardan yoksun. Böyle bir sistemde duruşma idari yargıda da olsa yapılması elzem. Çünkü kendisini yazılı olarak tam anlatamamış bir kimsenin karar verecek olanlara bir şekilde sözlü olarak iddialarını, dayandığı temel unsurları anlatabilme ve anlaşılmasını sağlayabilme imkanı olabilir.

“Esasında duruşma adil yargılamanın onsuz olmaz bir unsuru değildir ama, esasında yargılama; uyuşmazlık konularının açıklığa kavuşturulması olduğuna göre, açıklığa kavuşturabilmek için bilirkişiden yararlanılabildiğine göre, bir açıklığa kavuşturma aracı olarak da duruşma niçin idari yargının temel müesseselerinden birisi olmasın?” Üstelik yazılı ifadenin zayıfladığı, dilbilgisinin zayıfladığı, edebiyatının gerilediği, çapraşık konuların net bir biçimde anlatılma imkanının azaldığı. İşin kötüsü, kişi kendisi anlatabilecek edebi bilgiye sahip olsa bile, karşı taraf anlayabilecek kapasitede değilse yazdığını da anlatamayacak. Okuyan bu sefer kapasitesi nedeniyle anlayamayacak. Dolayısıyla yüz yüze olmanın bir anlamı var. Şimdi birçok kimsenin yaptığı gibi mimikleriyle, elleriyle kollarıyla, şöyle oldu böyle oldu diye tarif ederek, fotoğraflar göstererek, cümleyi farklı şekillerde kurarak, bir şekilde anlaşılmasını sağlamak. Öyleyse genel anlayışın tersine, ben şimdilerde duruşma müessesesinin idare hukuku bakımından bir gereklilik olduğunu değerlendirmenize sunabilirim. Gerekçem de, hukuk dışı bir gerekçe; kendini anlatabilmekle ilgili bir şey, iddiasını anlatabilmek, olayı anlatabilmekle ilgili bir şey. Nitekim bu yüzden bizim sistemde hâkimin tarafların isteği dışında da re’sen duruşmaya hükmedebilmesine ilişkin bir düzenleme var. Doğal olarak duruşmalar yoluyla ilerlemiyor. Tarafların isteğine bırakılmış bir düzenlemesi var; hâkimin de re’sen karar verebilmesine ilişkin bir yol var. Böylelikle diyorsunuz ki -esasında bu mantığını da gösteren bir şey sezgiye dayalı olarak- hâkim de anlamadığı için veya anlatılması gereken hususlar olduğu için veya sormak ihtiyacı hissettiği bir şeyler olduğu için duruşmaya karar verebilir.

Fakat burada yine idare hukuku bakımından sıkıntılı bir husus var. Yapılan işlemi savunacak taraf duruşmada olmuyor. Olsa olsa avukatı oluyor, avukat da dilekçenin tekrarını yorumluyor. Yani işlemi yapan idarenin yetkilisi değil, idarenin personeli ama savunmak üzere orada. Dolayısıyla esas işlemi yapan idarenin yetkilisinin -yani karar merciinin- bu işlemi savunması, işleme ilişkin sözlere cevap vermesi, işlemin yapılışı konusundaki iddiaların, isnatların üzerine verdiği cevapların değerlendirilmesine ilişkin bir şey yok. Genellikle idari yargıda idarenin avukatlığı şöyle işliyor; bir dava dilekçesi geldiği zaman, avukat, dava dilekçesini, bir üst yazı yazarak bağlı olduğu bakan yardımcısına gönderiyor. Bakan yardımcısı dava konusu ile ilgili genel müdürlere bu dava dilekçesinin birer örneğini gönderiyor. Genel müdürlükler, işlemin kendi yaptıkları kısmına ilişkin, kendilerini ilgilendiren kısmına ilişkin açıklamalarını yazıyorlar. Bu avukata geliyor, avukat da üzerine hukuki formunu yazıyor. Eğer çalışkan ve mesleği konusunda hevesli birisi değilse ona ayrıca dokunmuyor; davalı, davacı, cevap veren kısmını yazıyor, bir de sonunda davanın reddini istiyoruz diyor. Birde, göreceksiniz, tuhaf bir biçimde, mesela davada hiç süre problemi yok, hiç merci problemi yok, hiç mahkeme problemi yok. “Dava dilekçesinin süre bakımından, görev bakımından, şu bakımından, bu bakımından incelenmesi ve bir aksaklık varsa usulen reddedilmesi” diyor. Var mı yok mu söyle, yani süresinde mi değil mi, 60 günlük dava süresi var, 5. günde açmış. Yönetmelik iptali, Danıştay’da açmış, başka bir yerde görev problemi de yok. Ama otomatik olarak onu yazıyor, altına esas bakımından diyor, bir cümleyle giriş yapıyor, altına gelen yazıları koyuyor. Sonunda da işte davanın reddine, ücret-i vekalet yükletilmesi kısımlarını unutmuyor, yazıyor. Ve bu

şekilde yaptığı için avukatın “dilekçemi tekrar ediyorum”dan başka yaptığı bir şey yok. Bu hâkimin esprili makalesinde de duruşmada kaç saniye konuştuklarını anlatıyor. Sanki böyle kronometre tutmuş gibi. Davalı avukatının, orada beş çeşit Fransızca “dilekçemi tekrar ediyorum” cümlesini yazmış, devrik cümleyle vs. bunlardan hangisini seçtiğine göre 10 saniye ile 17 saniye arasında sürüyor diyor.

Dolayısıyla idari yargıda duruşmadan beklenen karşı taraf, yani karşı tarafın söyleyeceği iddialara karşılık verip veremediğine göre hâkimin kanaat getireceği bir şey mümkün değil. O yüzden bu müessesenin de idari yargıdaki görünümü farklılaşmış durumda. Fransız hukukunda da böyle, Türk hukukunda da bu şekilde gerçekleşmiş. Hâkimin iddiası Türk hukukundaki gerçeği de ifade ediyor, Türk hukukunda da tanıdıklarımız benzer şeyler söylüyor. Heyet dosyayı inceleyerek duruşmaya çıkıyor, dosyayı incelediğinde esasında müzakere ediyor ve bir karar veriyor. “İptal edilmesi edilmesinde bir sakatlık var veya iptali gerektirecek bir sakatlık yok” diye. Duruşmaya çıkmadan önce zaten bir karar vermiş durumda oluyor. Duruşma, bu kararı ya değiştiriyor ya değiştirmiyor. Dolayısıyla bu karara göre süren bir şey. O yüzden de duruşmanın şekli olduğunu söylüyor. Toparlayalım ve bizdeki sistemi anlatmaya çalışalım.

İdari yargıda aşamalar, duruşmalar şeklinde gitmiyor. Dava dilekçesi, cevap dilekçesi, cevaba cevap dilekçesi ve buna cevap dilekçesi şeklinde dilekçeler şeklinde gidiyor. İptal davalarında, taraflardan birisinin isteği üzerine duruşma yapılması zorunlu. Tam yargı davalarında miktar şartı var. Her sene değişen ve belirlenen bir miktar. Bu sene 44.000 TL’ye çıktığını söyledi arkadaşlar. 44.000 TL’nin üstündeki tam yargı davalarında taraflar isterse duruşma yapmak zorunlu; 44.000 TL’nin altında olursa zorunlu değil. Ama iptal davalarında bir miktara bağlı olmaksızın, tarafların istemesi halinde duruşma yapılması zorunlu. Ayrıca mahkeme de re’sen taraflar istemese bile, duruşma yapılmasına karar verebilir. Duruşma, yargılamanın sonunda bir celse şeklinde.

(Öğrenci sorusu: Para koşulu mahkemenin istemesi halinde de var mı?) Yok, mahkemenin istemesinde yok. Zaten 44.000 TL’yi geçmeyen bir tam yargı davasında duruşma istemek demek, hakime “re’sen duruşmaya karar ver” anlamına geliyor. Burada tarafların isteğiyle bağlı olmak meselesi söz konusu. Bu 44.000 TL rakamı da dava sonunda biçilecek tazminata göre değil, tarafların talebine göre belirleniyor. O talebin tamamı kabul edilecek olsun veya olmasın 44.000 TL’den fazla bir rakam talep etmişse, duruşma talebi kabul ediliyor. Bunun maddelerdeki görünümüne bakalım:

İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 17. maddesi: “*Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinde açılan iptal ve yirmibeşbin Türk Lirasını aşan tam yargı davaları ile tarh edilen vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları toplamı yirmibeşbin Türk Lirasını aşan vergi davalarında, taraflardan birinin isteği üzerine duruşma yapılır.*”² **Bu, duruşma yapma zorunluluğunu getiren bir husus. Duruşma yapmadan böyle bir durum gerçekleştiği halde karar verilmesi bir usule aykırılık.** Dolayısıyla buna ilişkin yargı kararlarını göreceğiz.

“2. Temyiz ve istinaflarda duruşma yapılması tarafların istemine ve Danıştay veya ilgili bölge idare mahkemesi kararına bağlıdır.” Yani **kanun yolunda ise duruşma yapılması talebinin kabulü mecburiyeti yok.** Bunu öngörmüş.

² 2019 için belirlenen miktar 44.000 TL’dir.

“3. Duruşma talebi, dava dilekçesi ile cevap ve savunmalarda yapılabilir.” Duruşma talebinin zamanını öngörmüş. Davanın herhangi bir aşamasında değil, dilekçe teatisi aşaması bitmeden önce yapılması gerektiğini gösteriyor. Duruşma talebinin zamanını öngörmüş. Davanın herhangi bir aşamasında değil dilekçeler teatisi aşaması bitmeden önce yapılması gerektiğini gösteriyor.

“4. 1 ve 2 nci fıkralarda yer alan kayıtlara bağlı olmaksızın Danıştay, mahkeme ve hakim kendiliğinden duruşma yapılmasına karar verebilir.” İş uzatıyor bakın; Danıştay, hakim ve mahkeme diye. Tek hakimle bakılan dava olabilir, ilk derece mahkemesi idare mahkemesi olan olabilir veya Danıştay ilk derece mahkemesi olarak bakabilir. Davaya bakan mahkeme dese okunuşu rahatlatacak ama her seferinde ihtimalleri sayma yolunu seçiyor. Kendiliğinden duruşma yapılmasına karar verebilir.

“5. Duruşma davetiyeleri duruşma gününden en az otuz gün önce taraflara gönderilir.” En az 30 gün önce gönderilmesi kritik bir şey. Fransa’da 8 gün ve 4 günlük süreler var. 8 gün önce gelmesi 4 gün önce gelmesi, acil işlerde 2 gün önce de gönderilir diye. Bu 30 günlük süre duruşma istenmesini zorlaştırmak için getirilmiş bir şey. Çünkü en az 30 gün davayı geciktiriyor demektir. Duruşma istediğiniz zaman en az 30 gün önceden size tebligat olacağına göre dosya tekemmül edecek, siz duruşma istedikten sonra, tekemmül ettikten sonra, davaya sıra gelecek, baktığında duruşma istendiği görülecek. Dolayısıyla 30 gün önceden elinize geçmesi için en az 40 gün önceden postaya çıkartacak. Siz tebliğ alacaksınız. 30 gün sonra da duruşmaya geleceksiniz. Geciktirici bir şey. Ama niye süre öngörmüş? Duruşmaya hazırlanabilsin diye. Meha kanun Fransa’da daha düşük süre öngördüğüne göre ondan daha yukarı süre öngörmüş olması, biraz daha bunu caydırmak için davayı geciktirici özellikleri düşünerek.

Tecrübeli avukatlar şöyle yapıyorlar; duruşmada zamanında istememiş olmamak için duruşmayı her halükârda istiyor. Dilekçe teatisi sonucunda, idarenin iddialara cevap veremediğini ve lehine devam eden bir kıvama geldiğini düşünürse gecikmesin dosya diye duruşma talebinden vazgeçiyor. Böylelikle hızlandırıyor. Ama kazanıp kazanmadığı konusunda tahmini tereddütlüyse duruşmada da şansını denemek istiyor. Dolayısıyla o zaman süreyi geçmemiş oluyor. Süreyi geçirmişse de tecrübeli avukatlar dilekçe vererek, bağlayıcı olan duruşma süresi geçti ama mahkemenin re'sen duruşmaya karar verebilmesi mümkün olduğu için şu hususların aydınlığa kavuşabilmesi için duruşma açılmasına karar verilmesini istiyor.

Duruşmalara ilişkin esaslar şöyle (İYUK madde 18): “1.Duruşmalar açık olarak yapılır. Genel ahlakın veya kamu güvenliğinin gerekli kıldığı hallerde, görevli daire veya mahkemenin kararı ile, duruşmanın bir kısmı veya tamamı gizli olarak yapılır.” Duruşmalar açık olarak yapılır. Bu duruşmanın AİHM kararlarıyla adil yargılama standartlarından birisi. İstisnası var; genel ahlak ve kamu güvenliği ile ilgili. Duruşmanın bir kısmı veya tamamının gizli olarak yapılabilmesine ilişkin. Ama ilke mutlaka açık olması, açıklığın sağlanması. Eski hakimlerde gördüm, duruşmada kimse yoksa dışarıdan kalem görevlilerini getirtip oturtuyorlardı. Bizim hocalarımızda da gördüm; doktora salonlarında doçentlik jürilerinin aleniliği kuralı olduğu için hiç izlemeye kimse gelmemişse hizmetliyi veya memurlardan çağırıp oturtuyordu. Aleniyeti sağlamak önemli bir husus.

“2.Duruşmaları başkan yönetir.” Duruşmaları başkan yönetir. Bir şey soracaksanız da karşı tarafa, başkan üzerinden soracaksınız. Cevap verip karşı soru soracaksanız da yine başkan üzerinden soracaksınız. En sert sözlerini söyleseler bile, birbirleriyle söz dalaşına

girmemelerini sağlamak için başkan üzerinden. Sonuçta duyuyor, “karşı tarafa şu soruyu yöneltir misiniz”, derken karşı taraf da duyuyor ama muhatap olarak başkanı alması söz konusu.

“3.Duruşmalarda taraflara ikişer defa söz verilir.” Bu tıpkı dilekçe teatisinde olduğu gibi önce davacıya söz verecek, davalıya cevap için imkan verecek. Cevap verilmesi gereken yeni şeyler çıkabilir diye yine söz hakkı verilecek, yine cevap hakkı verilecek. Dolayısıyla burada çelişmeyi sağlıyor. Buna çelişmeli diyorlar, çelişme Türkçe olarak bana bana cazip gelmiyor. Çekişme mi acaba daha iyi olur? Çekişmeli, yani karşılıklı iddiaların birbiriyle karşılaşması, birebir o iddiaya cevap verebilmesinin beklenmesi. Böylelikle cevap tarzına göre, verip veremediğine göre esasında değerlendirilmesi. Bu sadece avukatlık başarısı olarak iyi cevap verdi vermedi değil, onu karşılayacak bir unsur ortaya koyuyor mu, bu konuyu incelemedi dediğimiz zaman, “hayır inceledik, işte raporu şudur” diyebiliyor mu? Bunun dolayısıyla karşılıklı olabilmesini sağlamak önemli. O yüzden de ikişer defa söz hakkı veriliyor. “Taraflardan yalnız biri gelirse onun açıklamaları dinlenir; hiçbir gelmezse duruşma açılmaz, inceleme evrak üzerinde yapılır.” Taraflardan yalnız biri gelirse ne olacak meselesini de tartışıyor; onun açıklamaları dinlenir. Hiçbiri gelmezse duruşma açılmaz, inceleme evrak üzerinden yapılır. Dolayısıyla tarafların gelmemesi davanın işlemiden kaldırılması sonucuna yol açmıyor. Dava devam ediyor ama duruşma açılmadığına dair kayıt gündeme geliyor. Yargı kararlarında bazen görürsünüz; “yapılan duruşmada davacı vekili geldiği görüldü, davalı gelmedi, davacıya söz verildi” gibi o durumu gösteren hususlar olabilir.

Danıştay Savcısı

Danıştay’da görülen davalarda, Danıştay savcısı işin içine giriyor. Danıştay savcısı denilen bir müessese var. Danıştay savcısının Fransa’daki karşılığı eskiden *commissaire du gouvernement* dı , şimdi *rapporteur public* adını aldı. AIHM bunun bulunmasından ötürü adil yargılama standartlarının ihlal edildiğine karar verdi. Çünkü onlarda *commissaire du gouvernement*, hükümet komiseri demek. Hükümet komiseri heyetin karar toplantısına da katılıyordu. Bunu adil yargılamaya aykırı gördü. Bunun üzerine ismini değiştirerek aynı müesseseyi muhafaza etti Fransa, kamu raportörü dedi. Bir de raportör diye naip bir üyeye raportör diyor. Naip üye, yani dosyanın sahibi olan üye heyetteki raportör; diğeri de *rapporteur public*. Bunun özelliği şuydu, çok enteresan, idari yargıya özgü bir misyonu vardı. Tarzı şuydu sonra Fransa’da da değişti. Mesela diyelim ki Conseil d’État’ın 5. Seksiyonu bakıyor. “Ey sen 5. Seksiyon, bu konudaki davalarda daha önce bu durumda bu kararı verdin, şu durumda şu kararı verdin. Şöyle bir kararın var, böyle bir reddin var. Bu dava da, daha önce verdiğin kararlardan şuna benziyor, ona göre karar ver.” diyor. Böylelikle adeta içtihat devamlılığını sağlamak için tersine bir karar vereceksen de şimdiye kadar verdiğin kararları bilerek bunun niye tersine verdiğini gerekçelendir anlamında bir hatırlatma yapıyor. Dolayısıyla esas işi oydu. Eski kararlarını hatırlatmak, benzer davalarda verdiği kararları hatırlatmak. Buna da *commissaire du gouvernement* demeleri o yüzden tuhaftı çünkü bu ne davalı ne davacı. Buna bizde Türkçeye çevirirken Danıştay savcısı denmiş. Bu cumhuriyet savcısı gibi bir savcı değil, davada herhangi bir iddiası, taraf olma özelliği yok; peki niye var, yani idari işlemi yapan idare zaten avukatla temsil ediliyor, dava açan zaten avukatla veya kendisi temsil ediyor. Bu niye var? İşte varlık nedeni, istikrarı ve içtihadı hatırlatmak. Bu da niçin; çünkü idari yargıda her zaman kanuna dayalı bir karar verilmiyor. İlkelere dayalı kararlar da verildiği için; en önemli şey ters ve birbirinden habersiz aynı konuda kararlar vermemek. Bu kararlar vermeme için de bir hatırlatmaya ihtiyaç var.

Böyle idari yargıda çok sıkıntı çekilen, birbirine benzer olaylar oldu. Mesela ekran kapatma, televizyon kapatma davalarında şöyle bir problem oldu; birkaç durumda canlı yayındaki konuk kişilik haklarını zedeleyici konuşmalar yapmış, hakaret etmiş, orada olmayanlara vesaire. İkisinde de kapatmış. Birisinde iptal etmiş, birisinde iptal etmemiş. İptal ettiğinde bakıyorsunuz diyor ki; “Televizyon canlı yayını seçeceği konuğun seçiminde gerekli özeni göstermemiştir, dolayısıyla onun hakaret etmesinden dolayı televizyona ceza verilmesi işte suçların şahsiliği prensibine aykırı değildir.” diyor. Diğerinde de; “Gerekli bütün özeni göstermesine rağmen sonuçta konuğun ne diyeceğinin sorumluluğunu televizyon üstlenemez, dolayısıyla televizyona verilen kapatma cezası hukuka aykırıdır.” Diyor. İkisi de televizyon kapatma, ikisi de canlı yayındaki bir konuğun kişilik haklarını ihlal etmesi. Nasıl birisi kapatma, birisi değil? Dolayısıyla mutlaka burada bir istikrarın sağlanması lazım. Bu sefer siyasi karar verildiği anlamına gelebilecek. İkisinin de halbuki hukuken açıklanabilir bir yönü var ama bu şekilde bir çelişkiyi hukuk kaldırmaz. Mutlaka “Daha önce bu kararı verdim ama burada konuğun konuşmasının şu yönleri bakımından farklıydı, bu konuğun seçimine ilişkin televizyon sorumluluğunu aşan gerekli özeni göstermiş olsa bile konuğun bu tip bir ihlali halinde bizatihi onun genel mahkemelerde ceza ve hukuk uyuşmazlıklarının tarafı olmasını gerektiren, televizyonun sorumluluğunu gerektirmeyen bir husustur.” gibi bilinçli bir karar yazması lazım; eskisini de mümkünse karşılayan. Dolayısıyla esas misyonu buydu. Bu işlevi Danıştay savcısı çok yerine getiremiyor. Bakın burada şöyle demiş;

“4.Danıştayda görülen davaların duruşmalarında savcının bulunması şarttır. Taraflar dinlendikten sonra savcı yazılı düşüncesini açıklar.” Dikkat ederseniz savcıya sözlü düşüncesini açıklama değil yazılı düşüncesini açıklama görevi veriyor. *“Bundan sonra taraflara son olarak ne diyecekleri sorulur ve duruşmaya son verilir.”* Bu enteresan bir biçimde savcının dosyadan önce de inceleyip ve tarafları dinledikten sonra adeta değiştirmeden yazılı düşüncesini açıklamak gibi bir çelişkiyi içeriyor. Savcı yazılı düşüncesini nasıl açıklar? Duruşmada tarafları dinledikten sonra 5 dakikada düşüncesini yazmasını bekliyor değil. Yani duruşmadan önce dosya savcıya verilmiş olacak, savcı yazılı düşüncesini yazmış olacak. Ama tarafları mahkeme dinledikten sonra, savcının da tarafların dediklerine göre değil, dosyanın daha önceki haline göre yazılı düşüncesini alacak, sonra savcının yazılı düşüncesine ilişkin de tarafların yine görüşünü alacak. Bundan sonra duruşmaya son verecek. Dolayısıyla savcının misyonu da duruşmada yazılı düşüncesini açıklamak; tarafları dinleyip düşüncesini değiştirmek değil. Tarafları dinlemeye göre bir düşünce açıklamak değil. *“...yazılı düşüncesini açıklar.”* bu anlama gelen bir şey. Bunun böyle anlamı yok, savcıya sözlü olarak açıklamasına imkan vermek düşünülebilirdi. Savcı niçin duruşmada olacak? Sadece düşüncesini okumak için düşünceyi taraflar öğrensini diye.

“5.Duruşmalı işlerde savcılar, keşif, bilirkişi incelemesi veya delil tespiti yapılmasını yahut işlem dosyasının getirtilmesini istedikleri takdirde, bu istekleri görevli daire veya kurul tarafından kabul edilmezse, işin esası hakkında ayrıca yazılı olarak düşünce bildirirler.” Bu da işte istediği dosya gelmediği takdirde savcının yapacağı bir usulü gösteriyor.

“Duruşmalı işlerde karar verilmesi”; İYUK madde 19, “Duruşma yapıldıktan sonra en geç onbeş gün içinde karar verilir. Ara kararı verilen hallerde, bu kararın yerine getirilmesi üzerine, dosyalar öncelikle incelenir.” Yani burada kastettiği de ayrıca bir bilgiye ihtiyaç varsa ara karar istenecek. Taraflar diyecek ki; “Belediye şu dosyada ona ayrı işlem yaptı, bana ayrı işlem yaptı, şu parsel hakkı getirtilir bakılırsa benim ayrımcılığa uğradığımı anlaşılabilecektir.” diyecek. Duruşmada söylenen bu söz üzerine mahkeme bunu esasa etkili görürse ara karar

çıkartacak. Belediyeden o dosyanın istenmesine karar verecek. Belediyeden o dosya geldikten sonra da öncelikli işler olarak karar verecek. “15 gün içinde karar verir”, hızı gösteriyor. Yani esasında önceden karar verdiğini de gösteriyor. Duruşmadan sonra 15 gün içinde; yani artık daha gecikmeden, bu son şeyleri de dinledikten sonra karar verilmesini istiyor.

Dolayısıyla, idari yargıda duruşmalar yapılması değil, duruşma yapılması; işin sonrasında uzaması değil, hızlı bir biçimde bitmesi. İstisnai olarak ek araştırması gereken şey çıkarsa da hemen ona ilişkin ek araştırmayı yapıp, öncelikli iş olarak duruşmalı işin sona erdirilmesi isteniyor ve bekleniyor. Bu alanda Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na da atıf var. Bakın diyor ki: “...mahkemenin sükununu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler ile elektronik işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır.” 31. madde atıfta bulunuyor, kendi düzenlemesi dışında HMK’ya. Duruşma düzenine ilişkin hüküm var³. Duruşmanın düzenine ilişkin bu hükümleri zaten biliyorsunuz. Duruşma düzenine ilişkin bu hükümlere atıfta bulunuyor.

Şimdi duruşma müessesesine ilişkin mevzuatı anlatmış olduk. Duruşma müessesesinin gerekliliğine ilişkin bir şeyler söylemiş olduk. Bu, idari yargıda duruşmanın uygulanışı, gerekliliği meselesini böylelikle fotoğraf olarak önünüze koyduk.

Duruşma, konuların aydınlatılması için kullanılan yargılama usullerinden birisi. Konunun aydınlatılması için bir yargılama usulü olarak başvurulması gerekebilir. Duruşmayı yasaklayan bir sistem, öngörmeyen bir sistem, bizzatı adil yargılama standartlarına aykırı olur. Ama duruşmanın mutlaka her durumda yapılması, konuyu geciktireceği için, makul yargılama süresi de adil yargılama standartları içinde olduğu için, duruşmanın mutlaka zorunlu tutulmasını gerektirmez. Ama ülkelerin sistemleri duruşma yapılmasını şartları nedeniyle, isteğe bağlı olmaksızın, otomatik olarak öngörebilir. Mesela ceza yargılamasının bünyesi duruşmalar yapılmasını gerektirir. Mutlaka suçlanan kimsenin dinlenilmesini gerektirir. Yüz yüze bakmayı gerektirir. Yüz yüze bakmak önemli bir şey. Yüz yüze bakmak, davanın esasını çözmek bakımından değil, keyfi karar verebilmeye engel olur. Dolayısıyla karşılıklı durmak; iddianın, savunmanın ve suçlananın karşılıklı durması önemli adil yargılama aracıdır. Özellikle yaptırım uygulanan hususlarda.

İdarede de idari yaptırım uygulanan hususlar olduğu için buna maruz kalan da aynı benzer standartları isteyebilir. Kaldı ki sadece bir yaptırım olmasa bile, uğradığı işlem, uğradığı haksızlık, uğradığı zararı dile getirmek ihtiyacı söz konusudur. Bu yüzden duruşma mecburi olmasa bile, ülkemiz bakımından olması gereken hukukta, değerlendirmenize sunduğum şey otomatik olarak her yargılamada bir duruşma olmasına ilişkin bir düzenlemenin şartlara daha uygun olduğunu, konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacağını; otomatik olduğu için, yapılacağı zaman da önceden belli olduğu için, bu bir aylık geciktirme ihtimalini ortadan kaldıracığı, ayrıca duruşma sonrasındaki 15 gün içinde karar verme gerekliliğinin olması da

³ HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU

Duruşma düzeni

MADDE 151- (1) Hâkim, duruşmanın düzenini bozan kimseyi, bunu yapmaktan men eder ve gerekirse, avukatlar hariç, derhâl duruşma salonundan çıkarılmasını emreder.

(2) Bir kimse, ihtar rağmen mahkemenin düzenini bozar veya mahkeme huzurunda uygun olmayan bir söz söylemeye veya davranışta bulunmaya devam ederse derhâl yakalanır ve hakkında dört güne kadar disiplin hapsi uygulanır. Bu fıkra hükmü avukatlar hakkında uygulanmaz.

(3) Mahkemenin düzenini bozan eylem veya mahkeme huzurunda söylenen uygun olmayan söz veya davranış, ayrıca bir suç oluşturuyor ise bu durum bir tutanak ile Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir ve gerekiyorsa, avukatlar hariç, fiili işleyenin tutuklanmasına da karar verilir.

mahkeme kararının çıkacağı zamanın öngörülebilir olmasını sağlayacaktır. Nitekim bu öngörülebilir olmasını sağlamak için Adalet Bakanlığı, her tip dava için süre belirlemesi yapıyor ve o sürenin dışına taşan durumlarda hesap soracağını belirtiyor. Dolayısıyla davanın süresinin öngörülebilirliği bakımından da duruşma bir katkı sağlayacaktır. En önemlisi de ifade edebilmek bakımından katkı sağlayacaktır. Bunun idari yargıda, olması gereken hukukta etkili olabilmesi için davalı idarenin avukatları dışında, hakimlin yetkilileri de çağırabilmesine imkan getirmek lazım. Yani o kararı veren kişilerin de duruşmada hazır bulunmak üzere çağırılması gerekir. Nitekim Vergi Usul Kanunu, vergi davalarında vergi inceleme memurunun hazır bulundurulabilmesi ve dinlenebilmesi imkanını düzenliyor. Niçin bu raporu düzenledi, niçin vergi kaçığı cezası kesti bunları açıklayabilmesi için. Dolayısıyla işlemi yapan yetkililerin de çağırılmasına ilişkin bir düzenleme olabilir. Bu kabul edilecek bir şey değil, çünkü idarenin işlerinin aksayacağı, davalar dolayısıyla yetkililerin gitmesinin yapması gereken işleri aksatacağı gibi insana çok haklı gelen yüzlerce gerekçe öne sürülebilir. Ama bu, esasında yapılan, insan hayatını etkileyen, mamelekini etkileyen işlemlerde yapılma sebebinin daha iyi idrak edilmesi ve şartlarının karar vericiler -yani hakimler- tarafından da görülebilmesi bakımından önemli ve etkin yargılama için de bir aşama olabilecek bir husustur. Burada önemli olan idarenin hızlı işlem yapmasına mı öncelik vermek; yoksa idarenin yanlış yaptığı işlem ihtimallerini gidererek daha hassas işlemler yapmasını sağlayacak bir yargılama usulüyle sigaya çekilebilmesine imkan vermek mi, buna karar vermek ihtiyacı vardır.

Duruşma Müessesesine İlişkin Yargı Kararları

Şimdi yargı kararlarından gidelim, çünkü bir düzenleme ne olursa olsun esasında son halini uyuşmazlık çıktığında yargının nasıl anladığı belirliyor. O yüzden de İdare Hukuku yargıç yapısı ile bir hukuk dalı. Yani kanunun bile, gerçekten anlamı ve kapsamı yargı kararlarından sonra oturuyor. Yargı kararları da niçin önemli; çünkü yargı kararları da somut olay adaletine baktığı için kanunun kapsamının hakkaniyeti sağlayıp sağlamadığına bakıyor. Ve kimi zaman da müsait ise o kapsamı esnetiyor, adalet için esnetiyor, adaleti sağlayabilmek için esnetiyor. O yüzden yargı kararlarının bakışından, sınamasından geçmemiş bir düzenleme esasında nihai şeklini almamış bir düzenleme. Bakalım neler var.

1) "Dava dilekçesinde duruşma yapılması isteminde bulunulduğu halde mahkemece duruşma yapılmaksızın karar verilmesi"⁴ İhtimallerden birisi bu. Dava dilekçesinde istemiş mevzuata göre bu halde duruşma yapılması zorunlu. Yapılmadı, yani acaba burada duruşma yapılsaydı da bir şey değişmeyecekti veya konu zaten açıklığa kavuşmuştu, işte 20. madde "konular açıklığa kavuştuğunda sırasıyla karar verilir" dendiğine göre heyetin duruşmaya ihtiyaç duymaması bu sakatlığı giderir mi; bu esasa etkili bir usul sakatlığı mı değil mi diye farklı fikirler geliştirilebilir. Bakın şöyle diyor:

Şirket tarafından EPDK kararına ilişkin ve bunun uygulanmasına ilişkin yapılan başvurunun reddine dair bir işlem var. Bu, idareye itiraz üzerine verilmiş bir şey. Bu, kararı açıklıyor. Bizi o ilgilendirmiyor yargılama usulü önemli. "...yapılan hatanın düzeltilmesi ve faturalara fazladan yansıtılacak miktarın düzeltilmesi amacıyla tesis edilen davaya konu işlemde hukuka

⁴ DANIŞTAY 13. DAİRE E. 2016/4111 K. 2017/55 T. 6.1.2017.

ve mevzuata aykırılık olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı şirket tarafından temyiz edilmiştir. Yargılamanın açıklığı ilkesinin amacı adli mekanizmanın işleyişini kamu denetimine açarak yargılama faaliyetinin saydamlığını güvence altına almak ve yargılamada keyfiliği önlemektir. Bu yönüyle, hukuk devletini gerçekleştirmenin en önemli araçlarından biridir.” Bakın AY madde 36, AY madde 141, yargılamanın açık ve duruşmanın yapılması, bunlara atıfta bulunmuş. Bu esasında uzak bir ihtimal, bunun tehlikesine biraz sonra değineceğim.

“2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, taraflardan birinin istemi üzerine duruşma yapılacağı kurala bağlanmıştır.” “Dava dosyasının incelenmesinden, davacı şirket tarafından, 31.12.2014 tarihinde kayda giren dava dilekçesinde duruşma yapılması isteminde bulunulduğu belirtildiği hâlde, Mahkemece duruşma yapılmaksızın karar verildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, 2577 Sayılı Kanun'un 17. maddesinin açık ve emredici hükmüne uyulmaksızın verilen temyize konu Mahkeme kararında usul hükümlerine uygunluk bulunmamaktadır.” Bu nedenle, karar düzeltme yolu açık olmak üzere bozulmasına karar verilmiş, temyiz aşamasında.

Şimdi buradan şöyle bir sorun ortaya çıkıyor. İlki yargılama usulünün önemini gösteriyor. Garip bir biçimde davanın sonucuna da yazmış. Yani iptal talep etmiş davacı, duruşma da talep etmiş. İptal talebini mahkeme duruşma yapmaksızın reddetmiş. Peki iptal talep eden davacı, duruşmayı isteyen davacı, lehine karar çıksaydı karşı taraf -davalı idare- duruşma yapılmaksızın karar verdin diye bunun bozulmasını isteyebilir miydi? Duruşmayı davalı idare istememiş. Buradaki gerekçenin ilk kısmına bakarsanız Anayasa m.36, m.141 açıklığı sağlamak vs. davayı kazanan tarafın istediği duruşma. Zaten duruşmayı isteyen taraf amacına ulaşmış, bir problem yok. Sen isteseydin, senin aleyhine çıksaydı o zaman duruşma yapılmaması problem olurdu ama sen istememişsin, karşı taraf istemiş, karşı tarafın aleyhine karar verilmiş, o temyiz etmiyor, senin de bu konuda temyiz hakkın yoktur denilecek mi yoksa bu her halükarda aleniyeti sağlamak için yapılmış bir usul olduğu için şey olacak mı? Nasıl gerekçelendirdiğinize bağlı.

“Hayır, bu esasa etkili bir şey değil, yani sonuçta yargılamanın hızını etkiler, zaten iptalle sonuçlanmış, idare zaten savunma mevkiinde, zaten dava dilekçelerinde, savunma dilekçelerinde yazmış. Ayrıca açıklayacağı bir şey olmadığı için de duruşma talep etmemiş, etseymiş ve kabul edilmeseymiş olurdu. Duruşma talep edenin amacı da gerçekleştiğine göre burada diğer tarafa imkan sağlamaz.” diyebilir misiniz? Veya “Ben etmedim ama sorun niye etmedim, o zaten istedi dolayısıyla duruşma yapılacak diye o yüzden etmedim. Onun vazgeçeceğini veya sizin duruşma yapmadan karar vereceğinizi bilseydim ben de isterdim.” diye böyle bir varsayımla ortaya çıkabilir mi? Varsayımları geçelim, bunun üzerinde durmaya gerek yok.

Şimdi bunu ortadan kaldıracak, istinaf kanun yolunda ortadan kaldıracak bir imkan var. İstinaf biliyorsunuz bozup geri göndermek yerine usuli sakatlıkları da gidererek kararı olgunlaştırmak için. Daha sonra kanun yolunu anlatırken buna değineceğiz. Her halükarda istinafta usul sakatlığı dikkate alınacak.

2)Devam edelim, bir başka husus: “İdari davalarda duruşmalara ilişkin esaslar bakımından HMK’ya atıf bulunmaması ve duruşmanın ertelenmesinin mahkemenin takdirinde olması hakkında.”⁵

⁵ DANIŞTAY 7. DAİRE E. 1988/894 K. 1992/1608 T. 20.5.1992.

“2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun olay tarihinde yürürlükte bulunan 17. maddesinin 1. fıkrasında vergi, resim ve harç vs. 200.000 TL’yi aşan vergi davalarında taraflardan birinin isteği üzerine duruşma yapılacağı duruşma gününden en az otuz gün önce taraflara gönderileceği hükme bağlanmıştır. Dosya içeriğinden 29.12.1987 tarihinde yapılan duruşma ile ilgili davetiyenin duruşmadan 29 gün önce, 1.12.1987 tarihinde postaya verildiği ve üç gün sonra yükümlü şirkete tebliğ edildiği anlaşılmaktadır. Gönderme ve tebliğ tarihleri itibarıyla yükümlü şirketin duruşmaya katılmasını engelleyici ya da zorlaştırıcı bir durum söz konusu olmadığı gibi esasen bu yönde herhangi bir iddia da ileri sürülmemiştir.” Yani 30 gün şartına uyulmamış ama, şirketin katılmasına da engel bir durum yok. Şirket de bunu öne sürmemiş.

“Diğer taraftan 2577 sayılı Kanunun 31 inci maddesinde, H.U.M. Kanunu’nun uygulanacağı haller arasında, duruşmalar yer almamıştır. İdari Yargıdaki duruşmalara ilişkin esaslar 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda düzenlenmiş olup, taraf vekillerinin duruşmanın ertelenmesi isteminde öne sürdükleri erteleme sebeplerinin takdiri münhasıran mahkemeye aittir. Bu itibarla yükümlü şirket vekilinin, H.U.M. Kanunu uyarınca mahkemenin duruşmayı erteleme gerektirdiği yolundaki iddialarının hukuki dayanağı yoktur.” diyor ve reddediyor. Yani genel bir atıf yok. Orada Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda duruşmanın ertelenmesi için getirilmiş bir imkanlar burada uygulanamaz diyor. Ne dersiniz? “Hazırlanamadık, dosyayı yeni aldım, işte tebligat geç geldi, henüz inceleyemedim.” gibi hususlar. Düzenleme bu iddiayı doğruluyor. Dikkat ederseniz atıf duruşma inzibatına ilişkin, duruşmaların düzenine ilişkin bir atıf. Kendine özgü maddelerle de idari yargıda duruşmayı düzenlemiş, diğer hususlarda atıfta bulunmamış. Kanun ilişkisi bakımından bu böyle. Ama bir şeye işaret etmek lazım. Yargılama usulünü bir bütün olarak kabul ediyor isek, atıfta bulunan maddeler atıfta bulunan hususları güvence altına almak için, yargılama usulünün diğer müesseselerinin uygulanmasına engel olmak için değil. Bu yakın zamanda disiplin hukuku bakımından gündeme geldi. Öğretim üyelerinin disiplin sürecine ilişkin Devlet Memurları Kanunu’nun disiplin hükümlerine bazı konularda atıflar vardı.

Bir iddia şuydu; bazı konularda atıfta bulunulduğuna göre atıfta bulunulmayan konular uygulanamaz. Atıfta bulunulmayan konular uygulanacak olsa onlara da atıfta bulunulurdu veya genel atıf olurdu.

Diğer iddia da şu; bazı konularda atıfa ilişkin açık düzenlemeler var ama bu konularda bakılmasını zorunlu kılmak için, işin niteliği gereği atıfta bulunulmasa bile ana kanun – özel kanun hükümleri çerçevesinde bu hükümler uygulanır, şeklinde yaklaşmaktı. Bunda da böyle bir problem var.

Değerlendirmenize sunduğum husus şu; evet gerçekten atıf yok ama atıf olmaması, yargılama hukuku müesseselerinin uygulanmasına engel olmaz. Duruşmanın inzibatına ilişkin hükümlere atıfta bulunulması niye önemli? Çünkü böyle bir atıf olmadan 4 günlük tazyik hapsine karar veremezsin. Duruşmanın disiplinini bozdun diye duruşmadan çıkartamazsın. Burada açık bir atıf yapmasının nedeni tazyik hapsine imkan vermek. Dikkat ederseniz disiplin hapsi sadece duruşmada şeyi bozdu diye, ayrıca bir ceza davası vs. olmadan. Bu hürriyeti bağlayıcı bir yaptırım. Ama bu konudaki atıf sadece o hükümler uygulanacak, diğer hükümler uygulanmayacak diye değil; bu hükmün temel hak ve özgürlükler ile ilgili yaptırım uygulamayla ilgili özelliği nedeniyle o hükme özellikle atıf. Yani diğerleri uygulanmayacak

anlamında bir atıf değil; bu, uygulanır diye bir atıf. Böyle algılamak da mümkün veya işte buna atıfta bulunmuş, diğerlerine bulunmamış; mahkemenin dediği de o; “Ben ne yapayım? Sana hak versem bile ayrıca bu duruşmayı erteleyemem. Kendi kanununda böyle bir hüküm yok. Atıfta bulunulan hükümler arasında da o maddeye atıf yok. Dolayısıyla bir şey yapamam.” diyor. Bunun çaresi ne? İşte böyle bir yorum. Yani atıfta bulunulan madde tüketici bir atıfta bulunmuyor. Sadece belirginleştirici bir atıf, diğerlerini bertaraf edici bir atıf değil. Uygulanacak olan hükmü koyacak. Niye çünkü orada inzibat ile ilgili hükümlerdeki özellikle nedeniyle. Dolayısıyla burada pekala avukatların mazeretlerinin kabul edilebilmesine imkan veren HMK’nın ilgili maddesine atıfta bulunulmuş olmasa bile yargılama hukukunun bir gereği ve duruşmaya ilişkin kanunla yapılmış o yargılama usulüne ilişkin düzenlemeler dışında bu düzenlemeleri de bir bütünlük içinde dikkate alınabilmesine imkan vermesi nedeniyle, böyle bir gerekçelendirmeye ertelemeyi yapabiliirdi ve bu ertelemeyi yapması da hukuka aykırı olmazdı. Adeta burada da çünkü, “ya imkanım olsaydı ertelerdim ama ne yapayım” gibi bir yargılama biçimi var. Neyi sağlayacak bu? İşte hakkaniyeti sağlayacak bir şey. Bunu sağlayabilmek için bir yorum metodu.

Tekrar değerlendirmenize sunayım. Bu çok kabul edilen bir yorum metodu değil ama çok ufuk açıcı bir yorum metodu. Atıfta bulunulan hallerin vurgulamak için atıfta bulunulmuş olduğunu kabul etmek; diğerlerini bertaraf etmek için değil. Diğerlerini bertaraf etmek için “HMK şu maddeleri İdari Yargılama Usulünde uygulanmaz.” demesi lazım. “HMK’nın duruşmanın dayanağına ilişkin şu hükümleri uygulanmaz, inzibata ilişkin hükümleri yanında bu hüküm de uygulanır.” diyebilmek.

3) Bir başka karara gidelim. “Duruşmanın yetkisiz mahkemede yapılması durumunda, yetkili ve görevli mahkemede tekrar yapılması gerektiği hakkında”⁶

Bu da enteresan bir olay, mahkeme ilk inceleme safhasında görev ve yetkiye bakması lazım, bakmamış. Gerçekten de çoğunlukla bakmıyor. Naip üye bakıyor, naip üye ancak getirirse oluyor. İş sonuna kadar gelmiş, duruşma da istemiş; duruşmada diyor ki; “Siz bu davaya bakamazsınız.” İYUK madde 34 gereği taşınmazın bulunduğu yer idare mahkemesi bakar. Taşınmazın bulunduğu yer idare mahkemesi Trabzon’dur siz bakamazsınız. Gerçekten dosyaya bakıyorlar, böyle. Bunun üzerine kararında görevsizlik veriyor, duruşma sonrasında. O sırada esasa ilişkin de birçok şey söyleyebilirler. Birde onu söylemek lazım, idari yargıda duruşmalarda zabıt tutulmuyor. Duruşmalar genellikle ceza yargılamasında falan izleyenler görmüştür, bir hâkimin en büyük becerisi on dakika bir şey söylemiş kişinin sözlerini beş altı satırla özetleyebilmek. Çok zor bir şey, çok dikkatli dinlemek lazım, birde karmaşık anlatmışsa falan. Bunun büyük davalarda yapılması iyice sıkıntılı olacağı için sesli zabıt alınıyor, sonra o yazıya çevriliyor. O yüzden birçok ceza davasında o eleştiriyi görüyorsunuz, on bin sayfa dava dosyası oluyor. Yirmi bin sayfa dava dosyası oluyor, kamyonetle taşıyor dava dosyası. Sonra beş gün içinde karar verilirse aleyhte karar verilen diyor ki; “yahu bu on bin sayfayı ne ara okudun da karar verdin, ne zaman okudun da karar verdin, saatte ne kadar sayfa okunabilir diye...” Esasında onlar duruşma zabıtları, normalde işte karar verilmek bakımından hepsini okumaya gerek olmadığı bir gerçek ama tabi bu aynı zamanda bir stratejik hamle de. Normalde böyle olmayan davalarda hâkim yazdırıyor. İdari yargıda duruşma zaptı yok, duruşmada söylenenleri sadece dinliyor. Hatta bazı hakimler soru da sormuyor o en kötüsü. Yani dinliyor mu dinlemiyor mu; bunu anlamakta bir problem var. Duruşmayı bitiriyor, zabıt yok. O yüzden

⁶ DANIŞTAY 8. DAİRE E. 1990/1045 K. 1991/781 T. 29.4.1991.

tecrübeli avukatlar duruşmada söyleyeceklerini birde yazılı olarak yazıyorlar ve mahkemeye duruşmada söylediklerinin de dosyaya konulması için yazılı olarak veriyor. Hatta bazıları onu özellikle yapıyor, dosyanın en üstünde, dosya incelenmek için açıldığında en son kendi özetlediği, ifade ettiği şey olsun diye. En son idarenin cevabı var dosyalara baktığımızda. Duruşmayı özellikle istiyor, güzel de bir özet yapıyor bir sayfalık. Hatta iyice tecrübeliyse hâkimin kendisine hak verirse kararda kullanacağı şeyi italik olarak ayrıca yazıyor, bu yönde bir karar verin demeye getirerek. Dolayısıyla böyle çok uğraşmadan etkileyecek bir malzemeyi sunmayı hedefliyor. Esasında takdir edilmesi gereken ince bir düşünce. Hâkim de bundan gereğinden fazla etkilenmemesi, yazdığı şeylerin karşı taraf ne şekilde cevap vermiş diye dilekçelerine esasında gidip bakması ve sonradan değerlendirmesi lazım. İdari yargıdaki duruşmada zabıt yok. Adli yargıda ve ceza yargılamasında zabıt var. Hâkim tarafların söylediklerini zabıt katibine yazdırıyor. Şimdi orada hemen, eksik yazdınız vs. gibi problemler olmasın diye de avukatların önünde de ekran var, zabıt katibinin yazdığı şeyi takip edebilmeleri için. “Bunu da söyledim, lütfen şunu da yazın” diyebilmesi için getirilmiş şeyler var. Çoğunlukla da şablonlar kullanılıyor. Mesela diyelim ki bunu söyledin mi diyor, işte diğeri kaçamak cevap veriyor, yani o anlamda söylemedim falan gibi cevap veriyor. Hakim yazdırırken kesinlikle öyle bir şey söylemedim, hiçbir şahit yok, şahitlere sorulabilir, böyle bir şeyi kesinlikle söylemedim diye yazdırıyor. Dolayısıyla bazen nüanslar kayboluyor. İdari yargıda iyice o yok, sadece hâkim heyetinin kanaat edinmesine yönelik dosyaya giren, sadece duruşma yapıp yapılmadı, taraflara söz verildi verilmedi, kim geldi gelmedi bunlara ilişkin bir husus. Onun dışında taraflara verilen bir duruşma zaptı yok. Dolayısıyla burada ne olacak, duruşmadan sonra mahkemenin görevsiz olduğu anlaşılırsa diğer mahkeme ne güzel dosya tekemmül etmiş, duruşması da yapılmış diye hemen karara mı gidecek; yoksa bu duruşma talebi yeni yetkili ve görevli heyet önünde yeniden duruşma yapılmasını mı gerektirecek? Evet gerektirir diyor.

Bakın diyor ki; *“Dosyanın incelenmesinden, davanın açıldığı, İstanbul 2. İdare Mahkemesinin kendisini yetkili görmeyerek dava dosyasını Edirne İdare Mahkemesine gönderdiği bu mahkemede daha önce İstanbul İdare Mahkemesinde yapılan duruşmadan söz edilerek davanın karara bağlandığı anlaşılmıştır. 2577 sayılı Yasanın değişik 17. maddesinin ilk fıkrası uyarınca iptal davasında davacının istemi karşısında duruşma yapılması zorunlu olup, bu duruşmanın görevli ve yetkili mahkemede yapılması gerekir.”*

Bu işte aynı zamanda heyeti etkilemeye yönelik boyutunu da göstermesi için yargının baktığı bir şey. Yani başta size bir sorun olarak dedik ya; hâkim değişmişse ne olacak, işte başka bir heyet gelmişse ne olacak? Burada bunun en somut örneğini yapıyor. Tamam duruşma yapılmış ama artık onlar karar verecek, esas hakkında karar verecek heyet değil ki, yeni heyet dinlesin, yeni heyeti ikna etmeye çalışayım. Dolayısıyla buradan yola çıkarak, bu yaklaşımla şeyi de söyleyebiliriz duruşmayı dinleyen hâkim kararda bulunamamışsa, tayin edilme nedeniyle, ölüm nedeniyle, meslekten atılması nedeniyle, istifası nedeniyle, acaba yeniden duruşma yapılması gerekir mi? Yargılamanın ekonomisi gereği böyle bir sorunu görmezden geliyor sistemler, sadece bizim sistem değil. Normalde yapılması gerekir, o yüzden de duruşmalar ceza davalarında art arda olması lazım, o yüzden de 15 gün içinde karar verilmesi lazım. Yani siz ikna ettiğinizi düşündüğünüz bir kimseyi duruşmadan çıktıktan sonra bambaşka, artık hiç o duruşmayı dinlememiş bir kimsenin karar verdiğini gördüğünüzde adil yargılama standartlarının gerçekleşmemiş olması lazım. Ama pratikte davalar uzun sürdüğü için, hâkimin ilelebet kalmasını sağlamak mümkün olmadığı için, ölüm olduğu için, her şeyi sıfırdan yapmak imkanı olmadığı için, onlarca yüzlerce duruşma şeklinde dava devam ettiği için bu, ceza davası

ve hukuk muhakemeleri davasında uygulanabilir olmaktan uzaklaşıyor. Bunu en azından ceza davasındaki son söz hakkı gibi yani son duruşma ile ilgili belirlemek lazım. Çünkü son duruşmada artık iddianame ve cevaplar icmal edildiği için, cem edildiği için, tekrarlandığı için mutlaka karar verecek heyetin önünde bir duruşma yapılmış olması gibi bir şart o iki dava için önemli. İdari dava için ise zaten bir duruşma yapıldığında zaten kendiliğinden gerçekleşecek bir şey. Dolayısıyla duruşmanın yapıldığı heyet dışında bir heyet tarafından karar verilmesi idari yargıda -hele duruşma zaptı da olmadığına göre- iyice duruşma yapılmamış anlamına gelen bir sonuç doğuruyor. Bu görevsizlikle ilgili ve işte haklı olarak da diyor ki; “Görevli ve yetkili mahkeme önünde yapılması lazım, daha önce heyetin yaptığı duruşma yeterli sayılamaz. İşin esasına giremezsin, mutlaka senin de dinlemen lazım, duruşmayı yapman lazım.”

4) “Duruşma davetiyelerinin her ikisinin de davacıya tebliğ edilerek uyuşmazlık hakkında karar verilmesinin hukuka aykırılığı hakkında.”⁷

“Olayda, davacı tarafından dava dilekçesinde duruşma talep edilmesi üzerine Mahkemece duruşma günü belirlenerek duruşma davetiyeleri taraflara tebligata çıkarılmış ise de, taraflara tebliğ edilmesi gereken duruşma davetiyelerinin her ikisinin de davacıya tebliğ edildiği anlaşıldığından, davalı idareye herhangi bir tebligat yapılmadan, idarenin duruşmaya katılmadığı belirtilmek suretiyle verilen kararda hukuka uygunluk görülmemiştir.” Hakkaniyete uygun bir şey, tarafları çelişmeye, münazaralı yargılamayı sağlamak için, tarafların ikisine de katılabilmeleri için imkan tanıyıp o zaman katılmadan bahsedilebilir. Bir tarafın haberi olmamışsa onun katılmaması iradi bir katılmama değildir. İradi olmasını sağlamak lazım, işte mesela bu gibi durumda duruşmayı erteleyerek, tekrar tebligata çıkartıp ondan sonra yapmak lazım. O yüzden de tebligat dönüşlerini bekliyorlar duruşmada olması için. Ve bazen 30 günlük şeyi yapabilmek için aylar öncesinden tebligata çıkartıyorlar. İşte mesela diyelim ki duruşma şimdi verilecekse mayıs ayına falan duruşma konuyor ki taraflara tebligat gitsin, bir de tarafların tebellüğ ettiğine dair PTT’den dosyaya tebligat dönüşleri olsun. Böylelikle iki tarafın da 30 günden daha fazla bir süre duruşma için süreleri kaldığı tebarüz etsin.

5) “Duruşmaya katılan davacı vekillerine söz hakkı verilmemesi, duruşma evresinin usulüne uygun tamamlanmaması hakkında.”⁸

“Dava; davacının sanık sıfatıyla yargılandığı davada şikayet ettiği İstanbul DGM. Cumhuriyet Savcıları ..., ..., İstanbul 1 Nolu DGM Başkanı ..., Üye Hakim ... ve Üye Hakim ... hakkında yasal işlem yapılmasına yer olmadığına ilişkin Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü’nün 25.5.2003 gün ve ... sayılı işlemin duruşma talepli olarak iptali istemiyle açılmıştır.” Hakimleri şikayet etmiş, hakimler hakkında cezai işlem yapılmamasına dair Adalet Bakanlığı işlem tesis etmiş, o işleme karşı dava açmış o yüzden idari yargıda.

“Ankara 1 Nolu İdare Mahkemesi’nce verilen 5.11.2003 gün ve E: 2003/774, K:2003/1431 sayılı kararda; şikayet edilen yargıçlar hakkında işlem yapılmasına gerek görülmediği yolunda kurulan işlemin disiplin ve ceza soruşturması açılmamasına ilişkin bir işlem olduğu, idari işlem niteliğini taşımadığı belirtilerek iptal davasına konu edilemeyeceği vurgulanmış...” Bu, ceza yargılamasının sürecindeki bir işlem, buna orada itiraz edilir, bu idari davanın konusu olamaz

⁷ DANIŞTAY 7. DAİRE E. 2004/744 K. 2004/2422 T. 13.10.2004.

⁸ DANIŞTAY 5. DAİRE E. 2004/291 K. 2004/3370 T. 29.9.2004.

diye dava konusu olabilecek bir işlem yoktur diyor. Biraz da o yüzden duruşmada herhalde söz vermemiş.

“...duruşmalara ait tutanaklara, taraf ve vekillerinin iddia ve savunmaları ile duruşma safahatına ait kısa bir özet ve varsa ara kararlarının yazılacağı belirtilmiştir. İdare Mahkemesince duruşma için belli edilen günde duruşma açılıp açılmadığı, duruşma açıldı ise, avukatlara söz hakkı tanınıp tanınmadığı konularında, temyizen incelenen kararlar duruşma tutanağı arasında çelişki bulunduğu görülmektedir.” Burada söz vermeden duruşmaya son vermiş.

“Temyizen incelenen kararda ise, davacı avukatlarının geldikleri, davalı idareyi temsilen gelen olmadığı görülerek duruşmanın açılmadığı belirtilmekte, fakat davacı avukatlarının gelmesine rağmen duruşmanın ne sebeple açılmadığı açıklanmamaktadır. Görüldüğü gibi, duruşma evresiyle ilgili olarak çelişkili ifadeler dışında sağlıklı biçimde saptanabilen, davacı avukatlarının duruşma günü hazır oldukları, fakat savunma haklarını kullanamadıkları veya kullanmadıkları, avukatlardan ...'ın usule aykırı davranıldığını belirterek şikayetçi olacağını sözlü olarak beyan ettiğiidir. Dava dosyasında yeterli açıklamanın yer almaması karşısında, duruşma evresinin usulüne uygun biçimde tamamlandığını kabule olanak bulunmamaktadır.

Bu itibarla, İdare Mahkemesince, duruşma evresi usulüne uygun biçimde tamamlanıp sağlıklı biçimde tutanağa bağlanmadan, davacı vekili Av. ...'ın Mahkeme heyetinin huzurunda sözlü olarak dile getirdiği şikayetin, reddi hakim istemini de kapsayıp kapsamadığı belirlenmeden davanın karara bağlanmasında hukuki isabet görülmemektedir. “

Bu kritik bir şey. Buradaki hukuki problem şu; ilk inceleme sırasında reddedilmesi gereken bir dava var, idari dava konusu olamayacak diye. Bu dava duruşma aşamasına kadar gelmiş, fakat bu özellik tespit edilince duruşma açılmadan karar verilmiş ve dava reddedilmiş. Dava konusu olabilecek bir işlem yok diye. Yoksa Adalet Bakanlığı'nın yaptığı işlem hukuka uygun diye değil. İlk inceleme gerekçeleriyle reddedilecek bir davada da duruşma açılması gerekir mi yoksa duruşma açılmaması bir hukuka aykırılık mı? Mahkeme diyor ki; “Esastan ret, ilk incelemeden ret bu ayrıntıya bakmam. Sen duruşmayı usulüne göre açmalıydın. Taraf avukatı gelmişse ona söz vermeliydin, ondan sonra karara gitmeliydin. Bunu yapmadığına göre, usulüne göre karar vermiş sayılmazsın.” diyor. Tersî fikir de ciddiye alınabilir; “Yahu zaten yargılanacak, yargılanmaya müsait bir işlem yoksa bunun nesine duruşma açayım?” Burada da yine aksi bir argüman öne sürülebilir; “İşlemin bu nitelikte olup olmadığını tartışmaya imkan vermeliydin. Yani dava konusu olamayacak bir işlem olmadığını iddia edecektin belki ve bu işlem de dava konusu olabiliri ikna etmeye çalışacaktın. Dolayısıyla her halükarda ilk inceleme aşamasında reddetmediğine göre, duruşma aşamasına kadar geldiğine göre, duruşma davetiyesini gönderdiğine göre duruşmaya gelenleri dinleyecektin, dinledikten sonra da gerekirse yine ilk inceleme gerekçeleriyle reddedecektin.”

6) “Duruşmada hazır bulunmayan üyenin bu duruşmanın görüşmelerine ve bu görüşmelerde verilen karara katılmasının, yargılama hukukuna aykırı olduğu hakkında”⁹

“Dosyanın incelenmesinden; aynı gün keşifle görevli olması sebebiyle, yerine, 20.3.2006 gününde yapılan duruşmaya katılmak üzere, İdari Yargı Adalet Komisyonunca, İstanbul Birinci Vergi Mahkemesinin üyesi ... 'ın yerine katılması uygun görülen üye ... 'ın, sözü edilen duruşmada bulunmamış olmasına ve dava hakkında 24.3.2006 gününde yapılan görüşmelere

⁹ DANIŞTAY 7. DAİRE E. 2006/2873 K. 2007/1778 T. 16.4.2007.

kadar, delillerin toplanması yönünde veya başka bir nedenle herhangi bir karar da verilmemiş olmasına karşın, kararın oluşumuna katılarak tutanağı ve yazılan kararı imzaladığı anlaşılmıştır. Duruşmada hazır bulunmayan üyenin, bu duruşmanın görüşmelerine ve bu görüşmelerde verilen karara katılması, Yargılama Hukuku açısından uygun bulunmadığından; bu şekilde verilen kararda isabet görülmemiştir.”

Bu, biraz önce bahsettiğimizden farklı bir şey. Duruşmaya katılmamış, duruşma görüşmelerine katılmış. Duruşmayı izlemeyenin nihai karara katılıp katılmayacağı konusundaki karardan farklı. Duruşma sırasında keşifle görevli, yerine başka bir üye duruşmaya çıkıyor, üç kişiyi tamamlıyor ama duruşma sonrası duruşmaya ilişkin görüşmelere katılıyor. Duruşmaya katılmadığına göre duruşma görüşmelerine de katılamazsın diyor.

Duruşma müessesesinin özelliği; hem İYUK'ta buna ilişkin hükümler var, hem de buna ilişkin olarak 31. madde ile HMK'ya atıf var, hem de atıfta bulunulan madde dışındaki HMK uygulanıp uygulanmayacağı problemi ortaya çıkmış.

İki ders saatinde anlattığımız şey esasında üç dört cümlelik bir veri ama bu veriyi anlatış biçimi nedeniyle duruşmayı kanundaki düzenlenmesi dışında bir yargılama müessesesi olarak nasıl düzenlenmesi gerektiğine dair değerlendirebilirsiniz ve mesleki bakımdan bir farkınız, bir özelliğiniz olması için üzerinde beş altı saat düşünüp, on on beş saat çalışarak duruşma uzmanı olabilirsiniz. Duruşmaya ilişkin çıkmış bütün kararlar, duruşma konusundaki, yargılama usulündeki hükümler, bütün bunları öğrendiğiniz zaman duruşma uzmanlığı size kimi zaman davalarda çeşitli haklı ve kritik müdahalelerde bulunmanızı sağlayabilir. Emsal yargı kararlarıyla duruşma inzibatına ilişkin yapılacak şeyler.

Eğer hakim olacaksanız bunu bilmek, avukat olacaksanız bunu bilmek, duruşmadaki yapılacaklar yapılamayacaklar, duruşmanın sona ermesi, duruşma inzibatına ilişkin hükümlerin kimlere karşı uygulanabileceği, uygulanması gereken usul, ilk inceleme konularında duruşma açılıp açılmayacağı, birine söz verilip verilemeyeceği, bir taraf gelmedi diye duruşma açmak istemeyene gerekirse itiraz etmek, gerekirse aleyhe karar çıkarsa bozmak üzere susmak, bunlara ilişkin düzenlemeleri yapabilmek için, işte toplam diyelim ki on beş saatlik bir emekle dersi dinledikten sonra buna ilişkin bilginizi barizleştirebilirsiniz.

20.2.2019 Tarihli Ders

RE'SEN TAHKİK İLKESİ

Geçen hafta sadece duruşmayı konuşmuştuk. Bu hafta da re'sen tahkik denilen önemli bir konunun içindeyiz. Bunu değerlendireceğiz, önemli bir konu. Re'sen; görev gereği yapılan yani herhangi bir talep gerekmeden, herhangi bir başvuru olmadan, kendiliğinden yapabilme. “Kendiliğinden ve görev gereği”nin birleştiği bir terim. Tahkik de; inceleme araştırmayla ilgili bir kelime. Dolayısıyla bu idari yargının özelliklerinden birisi. Maddi gerçeği bulabilmek için gerekli gördüğü şekilde araştırma yapabilmesine imkan sağlıyor. Medeni yargıda ancak kamu düzeninden olan hususlarda mahkemenin böyle bir yetkisi var, onun dışında tarafların getirdiği malzemeye göre karar veriyor. Tarafların getirmediği hususları re'sen dikkate alamıyor, re'sen araştırmıyor ancak taraflar kendi hususlarını destekleyecek unsurları getirecek. Ceza yargılamasında çok mümkün ve gerekli. Niçin?

Çünkü ceza yargılamasında şüphelinin hem lehine hem aleyhine bütün delillerin toplanmasına ihtiyaç var. Dolayısıyla re'sen tahkikin esas hayati işlevi olan alan ceza yargılamasıdır. Ancak ceza yargılaması hukukunda gerekliliğine rağmen şu andaki mevzuat düzenlemesinde yok. Bu, şunun için getirilmiş; eskiden ceza yargılamasında, savcı iddianamelerindeki eksiklik, duruşmalar sırasında mahkeme heyetinin yazışmalarıyla tamamlanıyordu. Diyelim ki nüfus kaydı vb. diğer hususlarda re'sen tahkik ceza yargılamasını uzatıyordu. Duruşmalar rutin bilgi toplama işine dönünce, mahkemenin böyle dosyayı olgunlaştırmak için uğraşmaktansa, savcının bütün araştırmayı yapıp mahkemeye sunmasını sağlamak adına bütün işi savcılık aşamasına koydular ve savcılık aşamasında bu re'sen tahkikin yapılıp yapılmadığını anlamak için de mahkemenin iddianameyi kabul usulünü getirdiler. Dolayısıyla ceza yargılaması sırasında artık re'sen tahkik teorik olarak yok. Yani her şeyi savcı yapacak, lehte aleyhte delilleri toplayacak, ona göre iddianameyi verecek, mahkeme iddianameye bakacak, araştırılmamış eksik kalan bir kısım varsa iddianameyi reddedecek, bu sefer savcı oturacak o eksikliği giderecek. Açtıktan sonra artık iddia ve savunmayla mevcut dosya münderecatına göre ortaya bir şey çıkacak.

Dolayısıyla re'sen tahkik kanuni olarak ceza yargılamasında yok. Ama sorulduğunda fiilen yapıldığı söyleniyor. Yani eksiklik kalmışsa ve mahkeme de iddianameyi reddetmemişse veya reddedip tekrar açılan iddianamede hala eksiklik varsa artık re'sen tahkik imkanı yoktur demiyor; iddiaları araştırmak için sağa sola yazıyor, keşif yapıyor, bilirkişi incelemesi istiyor vs. Dolayısıyla fiilen ceza hukukunda var, zaten esas etkisi de ceza hukukunda ortaya çıkıyor. Ve idari yargıya iş gelirse, kanuni temeli şu anda sadece idari yargıda var:

Dosyaların incelenmesi:

Madde 20 – 1. (Değişik birinci cümle: 18/6/2014-6545/17 md.) *Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar.*” Re'sen yerine “kendiliğinden” kullanmış. Her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Dolayısıyla burada re'sen tahkikin pozitif temeli var.

“Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir. Haklı sebeplerin bulunması halinde bu süre, bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir.” Yani burada yerine getirme mecburiyeti de getirilmiş. Fransa’da re'sen tahkik biraz daha değişik. *Office du juge* dedikleri bir şey bizdeki gibi değil, onlarda bizden üstün bir yönü var. Dava açmadan da *référé* denilen bir usulle konuyla ilgili bilgi ve dokümanları toplayabilme, el koyabilme imkanı var. Yani aniden idareye giderek oradaki işlem dosyasını almak ve ondan sonra başvuru üzerine, ondan sonra da yargılamada bu işlem dosyasını yapmak türünde. Bu niçin önemli; çünkü birçok idari davada ispata yarayacak şeyler de idarede var, sizde yok. Dolayısıyla nasıl değerlendireceksiniz? Mesela geçmez alınmış bir sınav kağıdı var, dava açılıyor; sınav kağıdınız idarede, sorular idarede, cevap kağıdınız idarede, bunun doğrusunun ne olduğu idarede, dolayısıyla sizin buna ilişkin isteyeceğiniz her türlü bilgi ve belge, bu yargılamada incelenecek her türlü bilgi ve belge idarede. Dolayısıyla idareden bunu bir şekilde getirebilmeyi sağlamak lazım. Kötü niyetli idare şöyle bir usul bulmuş; kaybettim diyor. Kaybettim deyince de incelenme imkanı yok. Kimi kritik şeylerde idare bunu artık nasıl keşfetmişse aleyhine olacak belgeyi vermemek için kaybolmuştur, sorumluları araştırılmaktadır, yapılan tahkikatın

sonucu bildirilecektir falan diyor. Dehşetli bir şey! İşte o yüzden Fransa'daki *référé* usulü var. Yani gerçekte kaybolmamış bir şeyi idarenin vermeme ihtimaline karşı bizzat gidip idarenin arşivinden, işlem dosyasından alabilmeye yönelik olarak. Dolayısıyla re'sen tahkikin incelenmesinin de de böyle idareye bağlı, yazışmaya bağlı, idarenin vermesine bağlı bir boyutu var.

Gelinen noktada re'sen tahkikin gündeme getirildiği hususlar şunlar;

Re'sen araştırma ilkesinin varlık gerekçesi; niçin böyle bir müessesenin varlığına ihtiyaç var çünkü hukuka aykırılığı ispat edebilmek, maddi gerçeğe ulaşabilmek için tarafların elinde olmayan hususları da araştırmaya ihtiyaç var. Bu bir çeşit maddi gerçeğe uygun karar vermek için gereken bir husus, ispata yarayacak verileri toplamaya yönelik böyle bir şeye ihtiyaç var. İlgilinin elinde değilse idareden bunu alabilmeye ihtiyaç var. Başka idarelerdeyse bunu alabilmeye ihtiyaç var. Ayrıca idare ile kişi arasındaki eşitsizliğin giderilerek silahların eşitliğinin sağlanması gibi bir tespitte bulunulmuş. Silahların eşitliği AİHM kararlarından ortaya çıkmış bir kavram. Yargılamada insanların kullanacakları araçların eşitleşmesine ihtiyaç var. Bu nasıl olacak, idare işlem yaparken zaten tek taraflı işlem yapıyor. Dava açtığınızda idarenin yaptığı işleme karşı dava açıyorsunuz, bunu nasıl eşitleyeceksiniz, şöyle yapıyor: İdare yaptığı işlemin gerekliliğini sebebini açıklamak zorunda mahkeme önünde. Ayrıca siz de idarenin bu işleminin sebebi konusunda şüpheleriniz varsa araştırılmasını istediğiniz konuları mahkemeden isteyebiliyorsunuz. Böylelikle üstün konumda olan idare bir yandan yaptığı işlemin gerekçesini açıklamak zorunda, bu gerekçesinin dayandığı maddi delilleri açıklamak zorunda; diğer yandan siz de onun eksik açıklaması, yanlış açıklaması, maddi vakalara uygun olmayan açıklama yapması halinde mahkemeden idareye sorulması gereken hususları talep etme imkanına sahipsiniz. Dolayısıyla varlık gerekçesi yargılamadaki hakkaniyete, adalete ulaşabilmek.

Silahların eşitliğinde tereddüt edilebilir çünkü esasında silahların eşitliği açısından baktığınız zaman bu re'sen tahkik meselesi teorik de olsa sadece vatandaşa ilişkin bir şey değil, idare de re'sen tahkik isteyebilir. Mesela kişi idareden tazminat istiyordur, beş ay boyunca görevinden ayrı kalmıştır, maaşlarını istemektedir. İdare diyebilir ki, “Bunun birikmiş maaşlarının buna tazminat olarak verilmesi aşamasında, başka yerde çalışmış ve gelir elde etmiş ise bunun verilecek tazminattan düşmesi istikrar kazanmış yargı kararları gereğidir. Bunu başka gelir elde edip etmediğini de mahkemenin araştırmasını istiyorum.” diyebilir. İdare kendisi araştırabileceği gibi mahkemeden de isteyebilir. Dolayısıyla bu tam olarak silahların eşitliğini sağlayabilecek bir şey değil. Teorik olarak idare kendi yapamayacağı hususlarda bunu isteyebilir, kişi de isteyebilir. Bu yüzden bunun tek başına silahların eşitliğini sağlamaya yönelik bir araç olduğu söylenemez. Ama kişinin ulaşamayacağı delillere, ulaşamayacağı verilere ulaşabilmesinde yönelik bir hukuki araç. Dolayısıyla bunun esas işlevini maddi gerçek bakımından kullanabiliriz.

Burada gündeme getirilmesi gereken soru şu: **Re'sen araştırma bir ilke midir, bir yetki midir, yoksa görev midir?** Bunun sonucu ne, eğer bir görevse mahkemenin bunu yapmaması eksik inceleme nedeniyle kararın bozulmasını gerektirir. Yetki ise idare gerekli gördüğü hallerde bunu yapar dolayısıyla bunu yapmaması bir anlamda takdirindedir. İlke ise -yetki ve görev dışında bir ilke ise- bu ilke yargılama müessesesi olarak başvurulduğunda kullanılabilecek bir müessesenin ifadesidir. Çelişmeli yargılamada yani tarafların iddialarını

ve savunmalarını ortaya koyduğu bir yargılamada, bu yargılamaya mahkemenin de bir şeyler getirebilmesinin görev mi yoksa yetki mi olduğu esas kritik nokta. Görevi yerine getirmemekle yetkinin kullanımındaki takdir arasındaki fark bu ayrımın üzerinde durmamızı gerektiriyor.

Sonuç olarak şöyle örnekler verebiliriz; mesela idare sizden bir trafik cezasının tahsilini istiyor, siz ise daha önce ödediğinizi söylüyorsunuz ama makbuzu muhafaza etmemişsiniz. Mesela sosyal sigortalar bunu çok yapıyor. 17 yıl önceki prim borçlarını falan istiyor. 10 yıllık zamanaşımı var diyorsunuz, sosyal sigortalar arada 10 yıllık zamanaşımının dolmasına az kala birer ikişer lira yatırıp zamanaşımını tekrar tekrar başlatmış. 10 yıl önceki ödemenin makbuzu da sizde yok. Bunu nasıl ispat edeceksiniz? Yatırdım demek yeterli mi, yatırdım mahkeme araştırsın demek mi yoksa yatırdım diyorsanız yatırdığınızı ispat etmek mi zorundasınız? Size ait bir şey mi, makbuzunu muhafaza etseydin denilecek bir şey mi ya da idarede makbuz var mı yok mu araştırmak mahkemenin görevinde mi bunu değerlendirmek lazım. Yani makbuzu siz mi sunacaksınız yoksa mahkemeden bu konuyu araştırmasını istemekle yetinecek misiniz? Makbuzu sizin sunmanız gerekiyorsa sunmadığınız zaman iddianızı ispat edememiş oluyorsunuz ve aleyhinize sonuçlanıyor. Birçok kararda şöyle şeyler var; “İlgili şunu talep etmekteyse de tevsik edici bir belge gösteremediği için davada hukuka aykırılık bulunmamıştır.” diye; yani vatandaşın bekliyor. Ama bir görevse bunu mahkemenin araştırması lazım. Ama talep eden idare, talebinin aksine ilişkin belge de idarede bulunması gereken bir belge, dolayısıyla bu bir problem olarak ortaya çıkıyor. Bunun mahkeme araştırması kısmı olursa şöyle hususlar olabilir; mesela diyelim ki inşaatlarda yapı kullanma izni alabilmek için bütün işçilerin sigortalarının yattığına dair belgenin belediyeyle sunulması lazım. O inşaatteki eksiklikten bahseden idare bir yandan da yapı ruhsatı vermişse, mantiken esasında belgesi bulunmasa bile bu yapı ruhsatından önce sigortaların yattığına dair belgeyi alıp bunu vermiştir. Belge ortada olmasa bile sonraki tarihli muameleler bunu gösteriyordur denebilir. Böyle dolaylı verilerden yola çıkarak ispat edebilmek konusunda mahkemenin talep üzerine bir re’sen araştırma görevi var mı yok mu problemi ortaya çıkıyor.

Fiilen bu bir görev olarak kabul edilmiyor. Niçin kabul edilmiyor çünkü mahkemenin bununla baş edebilecek vakti olamayacağı düşünülüyor. O yüzden daha çok bu bir yetki olarak kabul ediliyor. Yetki olduğu için eğer konu kendisi için yeterli derecede netse veya dava bakımından bunu iddia edenin dile getirmesi konusunda bir kanaati varsa, bu noktadaki karar gerekçelendirmesinde bir eksik inceleme olmuyor. Dolayısıyla buradaki hukuk düşüncesi, yetkiden göreve dönüştürdüğü takdirde bir değişiklik ve bir devrim oluşturabilecek re’sen tahkik müessesesi karşımıza çıkarabilir. Gerçekliği araştırmak için bunu bir görev olarak vermek gündeme gelebilir. Ceza yargılamasında tam anlamıyla bunun bir görev olarak yetkili makama şimdiki sistemde savcılığa yüklenmesi lazım. Savcı sadece aleyhe delili değil lehe delili de araştırması lazım. Savcı bunu araştırmadığı takdirde görevini yerine getirmediği için yargılamada şüpheden sanığın yararlanmasına kadar giden bir sürecin işlenmesi lazım.

Ama idari yargıda bu bir görev olarak değil yetki olarak gündemde. Bütün karar örnekleri onu gösteriyor. Ve görevi yapmamış olmaktan dolayı eksik inceleme dolayısıyla bozulanlar az oluyor. Eksik inceleme nedeniyle bozulanlar, idareden istenilen hususları istememek gibi. Genellikle davacının istediği şeylerde haklılık görüyorsa idareden bunu istemek şeklinde yazılı bir usul gündeme getiriyor. Mesela diyelim ki sınav kağıdının

incelenmesini istiyor, idareye yazıyor, sınav kağıdını istiyor. Talep üzerine geliyor. Fakat bizim yargı sistemimiz bunu görev olarak kabul etmiyor, yetki olarak kabul ediyor deyip de tam haksız noktada bırakmamak için şunu söylememiz lazım. Mesela bir sınav ihtilafıysa idareden cevap kağıdını istiyor. Resmi olarak bu sorulara nasıl cevap vermesi gerektiğine dair bir açıklama istiyor. Esas kritik nokta şu; en düşük notla geçen bir kimsenin de sınav kağıdını istiyor, bunu değerlendirmek için. Esas cevap kağıdına göre kaç alırimdan ziyade en düşük notla geçebilenin kağıdının nasıl değerlendirildiğine bakarak bilirkişiden isteyecek. Dolayısıyla bir yandan bunu yetki kabul ediyor ama bu yetkiyi de ilgilinin talebini aşan bir biçimde denetlenebilir hale getiriyor.

Bizde böyle ilginç bir uyuşmazlık ortaya çıkmıştı. Bir dersin hocası 31 alanları bile geçirmiş. İlgili de cevap kağıtları incelenirken toplama hatası olduğu, 30 gözüktüğü için geçemediği, esasında toplama hatası olmasa 31 aldığı anlaşılmış. İtirazı nedense kabul edilmemiş. Bunun üzerine dava açmış, dava açtığında mahkeme; “toplama hatası var ama 31 geçer not değildir, dolayısıyla davacının talebinin reddine” karar vermiş. Temyize gittiğinde işte buna işaret ediyor; 31 geçer bir not değildir ama başka 31 alanlar geçmiş mi mahkemenin davacının iddiası doğrultusunda bu konuyu inceleyerek eğer o sınavda diğer 31 alanlar da geçer nota yükseltilmişse, ilgilinin o sınavda aldığı notun 31 olmasının tespiti halinde benzer bir muamele yapılması gerektiğinden bahisle eksik inceleme nedeniyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuş. Burada re’sen tahkiki farklı bir boyuta getiriyor. Bir yetki fakat bu yetkinin kullanılmasının maddi gerçeği ortaya çıkarmaya yönelik mahkemece desteklenen yönlerinin olması lazım. Yani sadece bir postacılık yaparak, oradan kağıdı alıp bilirkişiye vermek, buradan bilirkişi sonucunu alıp ona göre karar vermek değil; bunu sağlıklı bir biçimde kıyaslayacak değerlendirmeler yapmak. Bunda da bir problem var çünkü burada da idarenin eline bıraktığı için denilebilir ki; bütün kağıtları isteyip bütün kağıtlar içinde değerlendirme yapması daha doğru olur.

Fransa’da ise hiçbir sınav kağıdının dava konusu olabilmesi kabul edilmiyor. Sonuçta bu işin değerlendirilmesindeki mesafeye dikkat ederseniz; bir kere Fransa’dan birkaç adım önde; ikinci olarak bunu basit bir yetki olarak görüp sadece kağıdın üzerindeki notu geçer notla kıyaslamak aşamasında değil, bununda bir adım önünde en düşük notla geçenle kıyaslamakla ilgili bir yaklaşımı var. Ama bütün kağıtları alıp değerlendirmekten de bir adım geride. Dolayısıyla böyle ortalarda yüzen bir şey. Ne böyle proaktif bir biçimde bir kere talepte bulunursa, bir kere dava açılmışsa bu işin gerçeğinin ne olduğunu tek başına araştırarak, gidip yerinde baskın yapacak, bütün kağıtlara el koyacak değerlendirecek vs. şeklinde bir yaklaşım; ne de sadece talep üzerine onu getirip ona baktırmak şeklindeki bir yaklaşım. Bu şu değerlendirmeyi ortaya koyuyor burada yargılama müesseseleri bir denge içinde araştırılıyor. Ne tam idarenin kötü kabul edilip adeta baskınlarla taciz edilmesi şeklinde bir yaklaşım, bunu idarenin işine fazla karışmak olarak görüyor, biraz kendisini çekiyor. Ne de idarenin ‘benim takdirim budur’ demesine imkan veren bir yaklaşım.

Son dönemlerde idarenin bulduğu şeytani çözüm o. Kaybettim diyor idare. Bunu bazen öğrenciler de yapıyor. Bir öğrencinin böyle yapmasına ilişkin somut bilgi var o yüzden zaten sınavda imza alınıyordu sonra onun da çözüm olmadığı ortaya çıktı. Sınav kağıdımı kaybettiler diye iddia edebilmek için sınav kağıdını vermeden çıkmış. Notum ilan edilmedi diye de dava açmış. Peki ne olacak geçirilecek mi, tekrar sınava mı alınacak, kaldı mı kabul edilecek, girmedi mi kabul edilecek bu tip açmazlar var. Nasıl değerlendirilecek? Sınava girdiği ortada ama idareye göre sınav kağıdını vermeden çıktı. İdarede mi gerçekten

kayboldu yoksa idarede kaybolduğunu iddia etmek için ve bundan bir menfaat elde etmek için kağıdını vermedi mi? Ama idarede kaybolsa nasıl çözülecek? Gördüğünüz gibi yargılama müesseselerinin açmazları var, geçer not verebilmek mümkün değil bir yandan da hiçbir etkisi olmadan değerlendirmek de mümkün değil. Burada bulunan çözüm şöyle; o sınavda eğer sayıya bağlı hak var ise o haklardan düşmüyor. Mesela 2 sınav hakkı var ise bu bir sınav hakkını kullanmış sayılmıyor. İşte diyelim ki azami öğrenim süresi varsa azami öğrenim süresinden sayılmıyor veya yeni bir sınav hakkı veriliyor. Bunun gelişmiş de şöyle olabilir; gelişmiş mahkemenin tespit ettiği bilirkişi jürinin sınav yaparak bilgisinin yeterli olup olmadığına göre karar vermesi şeklinde olabilir. Buna niçin girmiyor idare; yerine geçerek işlem yapma anlamına geleceği için o açıdan girmiyor. Ama bir gelişmiş noktası bu olabilir.

Re'sen araştırma ilkesinin kapsamına değinelim. İlk inceleme konularına ilişkin olarak mahkemenin re'sen araştırma yapması, birinci kapsam bu. Dava açıldığı zaman davanın esasına girmeden ilk inceleme konularına mahkeme re'sen bakıyor. 14. maddede düzenlenmiş ilk inceleme konuları. 15. maddede de eksikliklerini gösteriyor. İlk inceleme konuları ne? Dava süresinde açılmış mı, taraf sayısında bir fazla dilekçe verilmiş mi, dava konusu işlem eklenmiş mi, 3. ve 5. maddede bulunması gereken şartları taşıyor mu buna ilişkin unsurlara bakıyor ve esasa girmeden ilk inceleme konularını değerlendiriyor.

İlk inceleme konularında haklılık haksızlıktan ziyade şekli esaslar var buna gireceğiz. Mesela süre yönünden reddedilmişse hiç esasa girmeden davayı reddediyor. Davada imza eksikse, nüsha eksikliği varsa dilekçe ret kararı veriyor, dilekçedeki eksikliği tamamlayıp tekrar dava açabiliyorsunuz. Başka bir mahkemenin görevli ve yetkili olup olmadığına bakıyor. Başka bir idari yargı mercii görevli ve yetkiliyse ona gönderiyor. Davalının doğru gösterilip gösterilmediğine bakıyor, davalı doğru gösterilmemişse hasım düzeltme kararı alıyor doğru hasıma gönderiyor. İdareye müracaat etmesi gerekirken dava açmadan önce müracaat etmeden dava açılmış ise idari merci tecavüzü kararı veriyor. “İlgili idareye müracaat et, o da reddederse ondan sonra dava aç” demeye getiriyor. Bunlar tamamen şekli hususlar ve re'sen inceliyor bunu. Uygulamada bunu genellikle naip üyeler yapıyor. Heyet buna bakmıyor, naip üye buna bakıp heyetin önüne getiriyor, heyet naip üyeden sonra dosyayı görmüş oluyor. Bazı çok meraklı ve gayretli mahkeme başkanları naip üyeye vermeden önce her davada bilgi sahibi olabilmek için, önünde ne tip davalar açıldığını bilebilmek için ilk incelemeye bizzat başkan bakıyor heyete getiriyor, sonra naip üyeye dilekçe teatisi aşaması bitsin diye veriyor. Naip üye, talepler üzerine heyet halinde görülecek bir davaysa, heyete talebi getiriyor, yazışmaları yapıyor. Dosya tamamen onun kontrolünde gidiyor. Naip üye heyete açıklıyor; “Bu davada davacının savunması şu, ortadaki deliller bu, davacı şunun da bunun da araştırılmasını istiyor.” Ona göre heyet karar veriyor gerekli yazışmalar yapılıyor ya da karara gidiliyor. Dolayısıyla bir dosya heyetin önüne ilk önce ilk inceleme dolayısıyla geliyor. Daha sonra yürütmeyi durdurma talebi varsa gündeme geliyor. Sonra da duruşma talebi varsa duruşmadan önce geliyor ve nihayet karar aşamasına geliyor. O sıradaki bütün işi sürdüren, kimi durumlarda önce başkan sonra naip üye kimilerinde de baştan itibaren naip üye. Dolayısıyla dosya böyle tekemmül ediyor. Muhatabınız naip üye oluyor. Re'sen tahkik bakımından da onun gündemine giriyor.

İkincisi de dava malzemesinin toplanması, maddi vakıaların araştırılması, uyuşmazlığın hukuki nitelendirilmesi, delillerin araştırılması, bu da re'sen tahkik ilkesinin kapsamında. Bununla ilgili bilgi belge isteniyor idarece, kimi zaman keşif ve bilirkişi incelemesi

yaptırılıyor. Bu en fazla kullanılan yöntemlerden birisi. Mesela imar davalarında, teknik hususlarda bilirkişinin incelemesi gereken noktalar var. Burada davacı eğer konu üzerinde uzmanlaşmış bir hukuk yardımından yararlanıyor ise mahkeme re'sen araştırma kapsamında bilirkişiye başvurduğunda, bilirkişiye sorulması gereken soruları da mahkemeye yönlendiriyor. Mahkeme de isabetli ve gerekli görürse bu soruları bilirkişiye soruyor. Kimi zaman dosyayla çok ilgilenmeyen hakimler bilirkişiye çok genel bir soru veriyorlar, kamu yararı var mı yok mu diye. İyi inceleyenler ve dosyasını takip eden kimseler söz konusu ise bilirkişinin hiçbir teknik konu dışında yorum yapamayacağı net sorular soruyor. Mesela diyelim ki, kişi başına 13 m² yeşil alan ayrılmış mıdır? Bunu bilirkişi, plandaki ölçümleri yaparak yazacak. Niçin; çünkü Planlı Alanlar Yönetmeliği kişi başına 13 m² yeşil alan ayrılmasını gerektiriyor. Dolayısıyla bilirkişinin kamu yararında olduğu gibi yorum yapacak bir alanı yok, evet ya da hayır diyecek akıbeti belli. Böyle sorular sorulduğunda, bilirkişinin bütüne ilişkin kanaati olsa bile bunu mevzuat karşısında temellendiremez ve iş takdirden çıkar, teknik bir dava içeriğinin olgunlaşmasına gider. Dolayısıyla bu noktada tarafların mahkemeden istediği şeyler re'sen tahkiki yönlendirecek hususlar. Bu kapsamda şunu söyleyebiliriz; mahkeme tarafın talep ettiği şeyi karşılamamışsa ne olacak, hiç görmemezlikten gelmişse, lehinde ve aleyhinde bir şey vermemişse ne olacak? Bu eksik incelemeyi getirir işte. O yüzden tecrübeli avukatlar sürekli bir şeyler talep ederler. Mahkeme talep edilen şeyleri mutlaka görmek zorunda. Görmek şu anlama gelir; “Hayır talebini kabul etmiyorum.” diyecek veya talebini kabul edip onun gereklerini yapacak, görmemek bir eksik inceleme. Talep hakkında hiçbir şey demeden karara gitmişse o zaman bir eksik inceleme var sonucunu doğuracak. Dolayısıyla re'sen tahkikin bir gereği de re'sen tahkik için taraflarca söylenilen şeyleri idarenin karşılaması. Şimdi günümüzde daha çok re'sen tahkik, talep üzerine re'sen tahkike dönüşmüş durumda. Şimdi dönüştüğü durum şöyle: “Re'sen tahkik yetkin çerçevesinde, davalıdan şunu iste, olaya ilişkin şunu incele, bilirkişiye olaya ilişkin görüş sor, şuna ilişkin belgeyi buradan iste” gibi esasında davacının istekleri çerçevesinde re'sen tahkik. Dikkat ederseniz bu çelişkili gibi duruyor. Kendiliğinden araştırma gibi Türkçeleştiriyoruz. Davacının talebi üzerine kendiliğinden araştırma diyoruz ama zaten davacının talebi üzerineyse kendiliğinden değil bu. Davacının talebi üzerine, bu talebe hak vererek araştırmak veya bu talebe hak vermeyerek araştırmaya gerek olmadığına karar vermek. Ama her halükarda bu talebi karşılamak. Davacı kendi getirebileceği malzemeler dışında, davalı idarede olan malzemeyi isteyerek davaya dahil edebilme imkanına mahkeme aracılığıyla kavuşmuş oluyor. Esasında burada tahkiki yapan davacı. Burada dosya için araştırılması gerekeni tespit eden davacı, sadece kendi gücü olmadığı için mahkemenin gücüyle bunları yaptırıyor. Buna belki başka bir isim vermek lazım.

Davacı hukuki yardımdan yararlanmasa, dosyasından haberdar olmasa, şunu bunu araştır demese bile mahkemenin dosyaya bakarak araştırılması gereken noktaları tespit ederek yaptığı araştırma esasında re'sen araştırma olmalı. Yoksa diğeri davacının araştırmasıdır. Ama davacı bunu bizzat mahkeme gücünü kullanarak yapar. Mesela komşu taşınmazdaki idarenin kaydını isteyecek, tapu kayıtları aleni ama tapuya gittiğiniz zaman meşru menfaatiniz olmadan memur ilgili dosyayı göstermiyor. Bunu mahkeme kararı olmadan elde edemezsiniz. Buraya baktığınızda bir şeyler yakalayacağınızı ümit ediyorsunuz. Mahkemeden istiyorsunuz; “Tapudan bu dosyayı iste.” Geldiğinde de araştıracaksınız, bakacaksınız ve kendi iddianızla ilgili bir şey bulup bulunmadığına inceledikten sonra karar vereceksiniz. Bu hususlar nedeniyle tecrübelilerin şöyle bir yöntemi var. Başta bütün

sakatlık sebeplerini ortaya koyarsa, idare eksiklikleri giderebilir diye düşünerek önce gayet zayıf, gayet üstünkörü bir dilekçeyle davayı açıyor, davalının cevabından sonra cevabında yakaladığı çelişkiler üzerine re'sen araştırılması gereken şeyleri mahkemeden istiyor ve ikinci vereceği dilekçede de esas dayanacağı malzemenin, işlem dosyasının, mahkemeye gelmiş olmasından hareketle de gerekçelendiriyor. Çünkü dava açtığımızda ayrıca siz re'sen tahkik konusunda bir şey istenmeden idare işleme ilişkin bir savunma veriyor ve savunma dışında da işlem dosyasını gönderiyor. Siz dosya gelince dosyadaki değişebilirliğe engel oluyorsunuz. Dosyada eksiklik varsa tamamlanmasına engel oluyorsunuz. Dosya artık idarenin art niyetinden çıkmış mahkemenin alanına gelmiş oluyor. Siz o dosyayı inceleyerek orada aksaklıklar çelişkiler varsa bu sefer ikinci dilekçenizde buna ilişkin yazıyorsunuz, idarenin cevabı üzerine de re'sen tahkik kapsamında istiyorsunuz. Dikkat ederseniz bir çeşit stratejiye dönmüş durumda. Bazı idareler sizin dilekçenize bakıp savunma hazırlarken, işlem dosyasını gönderirken eksiklikler varsa ona ilişkin belgeler koyuyor. Bu sefer de siz sonradan sürprizle karşılaşıyorsunuz. Dolayısıyla bu idareye karşı da bir yöntem. Bu sadece bizim idaremizin bir problemi değil; mesela Fransa'da *référé* usulüyle bizzat dosyayı idareden bile istemek değil -yani dava dilekçesini gönderip istemek değil- *référé* başvurusu üzerine dava açmadan önce o dosyayı alıp muhtemel davacının incelemesine müsait bir halde mahkemenin önüne getirmek var. Böyle bir usul olsa bizde de çok faydalı olur. Adeta mahkeme idarenin de savunucusu oluyor çünkü idarenin eleman yetersizliği vs. nedeniyle yanlışlar yapabileceğini düşünüyor.

Bu alanda en etraflıca düzenlenmiş olan vergi tarhıdır. Vergi Usul Kanunu çerçevesinde usule bağlamıştır. Vergi idaresi yeterli elemene sahip olmadığı için tarh ettiği vergilerin yüzde 95'i iptal edilir çünkü mutlaka bir usulüne uymamıştır. Ama bir yandan da gerçekten de verginin özü bakımından gerekli bir şeyi ortaya koymuştur. İdare kendi beceriksizliğinin kurbanı olmasın diye bu re'sen tahkik yöntemini mahkeme adeta idareyi savunmak için kullanıyor. En vahimi şuydu; bilirkişi kes yapıştır yapmış, Erzincan'ın Refahiye ilçesindeki bir binanın tescil edilmesine karşı dava açılmış. Davacı diyor ki bu binayı benim babam 1960 yılında yaptı bunun tescil edilecek bir yönü yok tarihi bir yönü yok. Bilirkişi de demiş ki; "Bu tarihidir ve bunun korunması gerekir. Kemaliye'nin bütün doku özelliklerini taşımaktadır. Kemaliye şöyle bir ilçedir böyle bir ilçedir." Bu dava Refahiye'ye ilişkin, bilirkişi Kemaliye demiş. Mahkeme diyor ki; "Bilirkişinin ilçelerin ismini yazmaktaki karıştırması, olabilecek yanlışlıklardandır, bu yöndeki itiraz yerinde görülmemiştir." Yani idareyi re'sen araştırmada görevli olarak kabul etmemiş ve idarenin karışıklık yapabileceğine, bilirkişinin karışıklık yapabileceğine, idarenin kimi belgeleri yeterince sağlayamayacağını görüp idareyi idareden daha fazla savunma konumuna gelmiş. Bu da idare mahkemelerinin sorgulanmasına yol açıyor. Esasında re'sen tahkik davacının lehine olması gereken bir unsurken, davalıyı savunmak için mahkemenin kullandığı bir araca dönüşebiliyor bu da varlığını sorguluyor.

Evet, re'sen tahkikin idari yargıdaki yeri, işlevi, kapsamı, anlamı, etkisi, sonucu, bunun yapısı birçok yönüyle birlikte etrafında dolanıyoruz. Böylelikle çok şey söylüyor gibi işi karıştırıyor da olabiliriz. En kritik mesele bu, re'sen tahkikin yapılmamasının hukuki sonuçlarını belirlemek. Böyle bir yetkiye ihtiyaç olduğuna hiç kuşku yok. Böyle bir yetkinin bulunması önemli, hatta giderek medeni usul hukukunda bile böyle bir müesseseye ihtiyaç var çünkü yargılama maddi gerçekliğe ulaşılabilmesini sağlamayı gerektiriyor. Medeni

hukuk uyuşmazlıklarında bazen şöyle uyuşmazlıklar var; mesela kadastrusu geçerken malıyla ilgilenmeyen kişi, mahkeme kararıyla sahip olmaya çalışıyor. İki kişi anlaşıyor birisi davayı açıyor benimdir diyor, diğeri hayır benimdir diye savunma yapıyor. Sonra mahkeme birinin iddiasını kabul ediyor, mahkeme kararıyla birisinin adına tescil ediliyor. Halbuki ikisinin de değil, anlaşmalı dava. Dolayısıyla mutlaka re'sen tahkike ihtiyaç var. Gerçekten bu ikisinden birinin mi; bir 3. kişinin olabilir mi; niye sadece tarafların getirdiğine bakayım? Yani bunun giderek zaten bir mahkeme olmanın özelliği haline gelmesi lazım. Hakimler sadece bir hakem değil, sadece tarafların ortaya koyduklarıyla karar verecek durumda olmamak gerekir; tarafların söylediklerinin aydınlatılabilmesi için araştırmaya ihtiyaç var. Niye sadece tarafların iddiasıyla bağlı kalsın. Tabi buna karşılık da deniyor ki; "Hâkim niye proaktif olsun, niye söylenmeyeni, söylenmesi gerekeni araştırsın, niye avukat olsun?" Bu problem gündeme geliyor. Mesele bu iki uç arasında bir denge aramak. Şimdi yargı kararlarına bakalım. Sonra kanuni düzenlemeye bakarız. Yargı kararlarına bakmak problemi anlamak için önemli.

Re'sen Tahkik İlkesine İlişkin Yargı Kararları

1) "İdari yargı yerlerince sebep ikamesi yapılması durumunda çelişmeli yargılama ilkesi çerçevesinde yeni durumun taraflara bildirmesi gerektiği hakkında"¹⁰

"Dava, Adana İli, Yüreğir İlçe Emniyet Müdürlüğünde istihbarat branşlı polis memuru olarak görev yapan davacının, Emniyet Hizmetleri Sınıfı İstihbarat Branş Yönergesi'nin 14. maddesinin 2. fıkrasının (ğ) bendinde yer alan "Herhangi bir adli veya idari suçtan dolayı ceza almış olanlardan istihbarat hizmetlerinde verimli olamayacağı değerlendirilenler" hükmü uyarınca istihbarat branşından çıkarılarak genel hizmet statüsüne aktarılmasına dair Emniyet Genel Müdürlüğünün 7.5.2015 tarihli işleminin iptali ile işlem sebebiyle yoksun kaldığı özlük haklarının dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır." Demek ki polis memurlarından bu sınıfta olanlara daha fazla para veriliyor. Bu da, bu sınıftan başka bir sınıfa aktarılınca daha düşük bir gelir elde etmiş. Dolayısıyla hem eski sınıfına dönmek istiyor hem de arada geçen zamanda yoksun kaldığı geliri istiyor. İdari bir suçtan dolayı 24 ay süreli bir kıdem durdurma cezası almış.

"Adana 1. İdare Mahkemesi'nin 19.4.2016 tarih ve E:2015/1223, K:2016/372 Sayılı kararıyla; idari bir suçtan almış olduğu yirmidört ay uzun süreli durdurma cezasından dolayı branştan çıkarılmasına karar verilen davacının, anılan disiplin cezasının iptali istemiyle açtığı davada; Adana 1. İdare Mahkemesi'nin 12.1.2016 tarih ve E:2015/809, K:2016/12 Sayılı kararıyla disiplin cezasının iptaline karar verilmesi sebebiyle branştan çıkarılmasına dair işlemin sebep unsurunun ortadan kalktığı;..." Yani tamam disiplin cezası aldım ama bu disiplin cezası dava açılınca iptal edildi. Dolayısıyla bu disiplin cezasını hiç almamış gibi olmam lazım. İddiası bu.

"... iptal davalarında, idari işlemler hakkında hukuka uygunluk denetimi yapıldığı, hukuka uygunluk denetiminin, idarece gösterilen sebeplerle sınırlı olmadığı, mevcut yasal düzenlemeler içinde hukuka uygun bir sebebin bulunup bulunmadığının re'sen araştırma

¹⁰ DANIŞTAY 5. DAİRE E. 2016/40478 K. 2017/11831 T. 26.4.2017.

ilkesi çerçevesinde incelenmesi gerektiği, idare tarafından işlemin sebebi olarak gösterilen mevzuat hükmünün olaya uygulanmasının mümkün olmaması durumunda; başka bir mevzuat hükmünün uygulanması sonucu aynı işlem, aynı idari makam tarafından aynı usulle tesis edilebilecekse bu gibi durumlarda açılan davalarda sebep ikamesi yapılarak olması gereken madde hükmü değerlendirilmek suretiyle karar verilebileceği,...” Burada diyor ki; “Mahkeme olarak böyle bir disiplin cezasının iptal edilip edilmediğine bakman lazımdı. Ayrıca gösterdiği sebebin doğru olup olmadığına bakman lazımdı. Kişinin disiplin cezası almış olmadığı varsayılrsa bile iptal hükmü gereği disiplin cezası kalkmış olsa bile yine de istihbarat hizmetlerinden çıkarılmasını haklı kılacak bir sebep var mı yok mu ona bak. Eğer varsa sebep ikamesi yap.” diyor.

Sebeb ikamesini idare hukukundan hatırlarsanız, yasal sebebin değiştirilmesi, mahkemenin gösterilen sebebi kaldırıp bu sonucu doğuracak başka bir sebep ortaya koyması. Yani re’sen tahkiki idare lehine kullanma diyor. Yasal sebebin değiştirilmesinin ilk örneklerinden birisi; idare bir bekçiye silahını bir üçüncü kişiye verdi diye disiplin soruşturması yapıp atmış. Yapılan yargılamada silahını başkasına vermediği, o sırada içkili olduğu, içkiliyken bir kaza çıkmasın diye silahı arkadaşlarının aldığı anlaşılmış. Baktığınızda silahını başkasına verme yok ama görev başında içkili olma gibi atılmayı haklı kılan başka bir sebep var. Bunun üzerine mahkeme diyor ki; “Her ne kadar idarenin işlemi sakatsa da yapılan yargılama sonucunda başka bir veri bu işlemi sonuç olarak doğru kılığı için sonuçta iptal edilecek bir şey yoktur.” diyor. Burada bir problem var, ilgilinin sarhoş olmadığı, oturduğu yerde içen başka kimselerin kokusundan kafasının bulandığı veya içtiği ilacın etkisiyle böyle gözüktüğü gibi bir sürü savunma ihtimalleri ortaya çıkabilir. Bu savunma ihtimallerine imkan verilmediği için bu sebep ikamesinin eleştirilecek bir boyutu var. Bu ne anlama geliyor, re’sen tahkiki idare lehine kullan ve aynı sonuca yol açacak bir sebep bulursan boşu boşuna iptal etme anlamına geliyor. Dikkat ederseniz anlam değiştirmiş durumda, mahkeme burada re’sen tahkikle idarenin avukatı rolüne bürünüyor. Esasında idarenin buna ihtiyacı olmaması lazım. Şimdi niye böyle düşünülmüş? Mahkeme bunu iptal edecek, iptal edince o bekçiye birikmiş bütün maaşları verilecek sonra yeniden soruşturma yapılacak, atılmasına karar verilecek, dava açılacak, bu sefer o para geriye alınamayacak. Usul ekonomisi gereği zaten atılabilecek bir adam olduğuna göre ha ondan atılmış ha bundan atılmış fark etmez anlamına gelen bir şey. İşte sebep ikamesini göstererek re’sen araştırma ilkesinin çerçevesine sokuyor. Gösterilen sebebin doğru olup olmadığını da araştır ona göre bir değerlendirme yap deniyor.

“... davacının disiplin cezası verilmesine sebep olan, il içi atama işlemine karşı açmış olduğu davada, dava dilekçesindeki ifadelerinden, çalıştığı hizmette verimli olamayacağı sonucu varıldığından tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.” Dikkat ediyor musunuz dava dilekçesindeki ifadelere, yargı ne kadar idareyi savunuyor. İdareyi savunmak için idareymiş gibi bakıyor.

“Adil yargılanma hakkının unsurlarından birisi silahların eşitliği ilkesidir. Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının usule dair haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelmektedir. Silahların eşitliği ilkesinin arka planında, tarafların adaletin işleyişine olan güvenlerinin korunması bulunmaktadır. Bu ise ancak diğer güvencelerle

birlikte tarafların dosyadaki tüm bilgi ve belgelerle ilgili görüş bildirme fırsatına sahip olduklarından emin olabilmeleri hâlinde sağlanabilir.

Adil yargılanma hakkının unsurlarından olan çelişmeli yargılama ilkesi, taraflara dava malzemesi hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkının tanınmasını ve bu sebeple tarafların yargılamanın bütününe aktif olarak katılmasını gerektirmektedir. Çelişmeli yargılama ilkesi, silahların eşitliği ilkesi ile yakından ilişkili olup bu iki ilke birbirini tamamlar niteliktedir. Zira çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edilmesi durumunda davasını savunabilmesi açısından taraflar arasındaki denge bozulacaktır.

Açılan bir davada idarece ileri sürülmemiş ancak idari yargı yerince dosyanın incelenmesi sonucu başka bir neden saptanmış ve idarece ileri sürülen nedenin hukuken geçerli olmadığı belirlenmiş ise idarenin ileri sürdüğü nedenin bir yana bırakılarak dosyadan saptanan nedene göre uyuşmazlığın çözümlenebilmesine idare hukukunda "sebepten ikamesi" adı verilmektedir. Dosyadan saptanan bu nedenin davaya konu işlemin tesisini haklı kılabileceği nitelikte olması durumunda davanın reddine karar verilebilecektir.

İdari yargı yerlerince sebep ikamesi yapılması durumunda çelişmeli yargılama ilkesi çerçevesinde yeni durumun taraflara bildirmek suretiyle görüş ve itirazların alınarak yeterli tartışma olanağının tanınması gerekmektedir."

Dolayısıyla burada farklı bir unsurdan bahsediyor. Sebepten ikamesini kabul ediyorsan da davayı bitir ve aleyhine sonuç çıkarttığın tarafa bu sebep ikamesi nedeniyle söz söyleme imkanı ver. Ama bu sebep ikamesi kararda yapılan bir şey olduğu için normalde bu imkanı olmuyor ancak temyiz ve kanun yollarında oluyor.

"Somut olayda, davaya konu branştan çıkarma işlemi "Adli ve/veya idari bir suçtan dolayı ceza almış olanlardan çalıştığı branşta verimli olamayacağı anlaşılanlar" hükmü uyarınca tesis edildiği halde, İdare Mahkemesince, davaya konu işlemin, "Personelin çalıştığı hizmette verimli olamayacağı veya hizmeti olumsuz etkilediği bilgi ve belgelerle anlaşılanlar" hükmü uyarınca mevzuata uygun olduğu değerlendirilerek, davaya konu işlemde hukuki isabetsizlik bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

İdare Mahkemesince, davaya konu edilen işlemde belirtilen gerekçede ve uyuşmazlığın çözümü için tarafların ileri sürdüğü iddia ve savunmalarda yer alan hususlar arasında bulunmayan bir sebebe dayanılarak inceleme yapılarak (sebepten ikamesi yapılmak suretiyle) hüküm kurulmuş ise de; dosyada yer alan bilgi ve belgelerin incelenmesinden, davacının, salt almış olduğu disiplin cezasından hareketle bulunduğu branşta verimli olamayacağı sonucuna ulaşılmasının mümkün olmaması, davalı idare tarafından, davacının, çalıştığı hizmette verimli olamayacağı veya hizmeti olumsuz etkilediğine dair bilgi/belge sunulmaması ve bu hususa yönelik olarak davacıya da savunma yapma imkanının verilmemesi nedeniyle; uyuşmazlık konusu yapılmayan bir sebebe dayalı olarak davanın reddine karar veren İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesince verilen 10.3.2016 tarihli, 2013/1989 Başvuru sayılı kararda da bu görüş benimsenmiştir. ... 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun geçici 8. maddesi gereğince uygulanmasına devam edilen 3622 Sayılı Kanun ile değişik 49. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca bozulmasına, yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, (...) oybirliğiyle karar verildi."

Şimdi burada kararın önem taşıyan noktasını tekrar değerlendirmenize sunalım. Mahkeme diyor ki; “Disiplin cezası iptal edilmiş ama disiplin cezası iptal edilse bile yine göreve uygun olmadığına dair idare bir kanaatle bunu tayin edebilirdi.” Dolayısıyla buna bakarak sebep ikamesi yaptığını iddia etmiş ve davayı reddetmiş. Mahkeme diyor ki; “Sebeb ikamesi denilen şey olur ama sen re’sen tahkike gerek görmedin, bu sebep ikamesi olabilecek şeyin, disiplin cezası olmasa da bunun bu görevde verimli olamayacağına dair veriler var mı araştırmadın, mahkeme de sana böyle veriler var diye somut örnekler ileri sürmedi, sadece disiplin cezası iptal edilmiş olsa bile bu göreve uygun olmadığına idare karar verebilir diye sebep ikamesi yapamazsın; çünkü burada bu göreve uygun olmadığına dair ne senin tarafından yapılmış bir araştırma var, ne de idarece ortaya konulmuş soyut iddia dışında somut örnek ve açıklama var.” Yani burada re’sen tahkik yapmamayı mümkün görüyor ama niçin mümkün görüyor? Mahkemenin iptal kararı vermesinin bozulması gereken bir iptal kararı olmasını doğurması bakımından mümkün görüyor. Yani “re’sen tahkik yapmak zorunda değilsin ama böyle bir kararı da re’sen tahkik yapmadan veremezsin” diyor. Burada dikkat ederseniz tersine bir yaklaşım var. “İptal edilmiş disiplin cezası nedeniyle tayin edemiyorsun. Tayini gerektiren başka sebepler olabilir ama idare bu sebepleri ortaya koymamış, sen de böyle sebepler var mı diye re’sen tahkik etmemişsin. Öyleyse sebep ikamesi yapamazsın.” diyor. Yapmamayı eksiklik olarak değil, mahkeme kararının içeriği nedeniyle, “böyle içerikte bir kararı re’sen tahkik yapmadan veremezdin madem yapmamışsın kararın hukuka aykırı” diyor. Bu noktada ilginç bir tersine formül var. Yani yapmak mecburiyetini getirmiyor, gerekçeye göre. “Madem sebep ikamesi diyorsun bu sebep ikamesini somut bilgi ve belgelerle ya idare ispat edecek sana, ya da sen araştırmış bulmuş olacaksın. **Sadece soyut olarak sebep ikamesi diye bir müessese var diye soyut bir iddiadan yola çıkarak idare lehine karar veremezsin.** Madem idare bilgi belge sunmadı sen de bu yönde bir araştırma yapmadın artık böyle bir karar veremezsin”e geliyor. Dolayısıyla dikkat ederseniz “araştırma yap değil, araştırma yapmadığın için eksik değil, bu sonuca araştırma yapmadan varamazsın” diye bir çelişki var.

2) “Talep üzerine tesis edilen bir işlemin yargısal denetiminde, İdare tarafından ileri sürülen sebeplerle bağlı olan yargı yerinin idarece ileri sürülmeyen bir sebebe dayalı olarak yargısal denetim yapma imkanına sahip olmadığı hakkında”¹¹

“Dava; Afyonkarahisar 2 nolu Acil Sağlık İstasyonunda doktor olarak görev yapan davacının, eşinin sağlık mazereti nedeniyle İzmir İline atanmak için yaptığı başvurunun reddine ilişkin 05/01/2013 günlü, 1112 sayılı davalı idare işleminin iptali istemiyle açılmıştır. Afyonkarahisar İdare Mahkemesince verilen kararla; (...) hasta olan eşinin ve eğitim gören çocuklarının bulunduğu İzmir İline atanmasına imkan bulunup bulunmadığı hususları araştırılmaksızın, sadece Yönetmelik hükümleri gerekçe gösterilerek davacının talebinin reddedilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle işlem iptal edilmiştir.”

Burada mahkemenin iptal kararı kendisinin değil idarenin araştırma yükümlülüğüne ilişkin. Yani idare; “Bir bak bakalım İzmir’de açık var mı? İzmir’de açık varsa bu adamın durumunu değerlendir, ondan sonra reddet. Halbuki sen hiç İzmir’deki durumu araştırmadan yönetmeliğe uygun değil diye reddetmişsin dolayısıyla burada idare açısından tayin talebi

¹¹ DANIŞTAY 5. DAİRE E. 2014/4325 K. 2015/10764 T. 22.12.2015.

üzerine reddederken yeterli araştırmayı yapmadın.” iddiası var. Bakalım Danıştay buna ne demiş:

“İptal davalarında, yetki ve şekil unsuru yönünden hukuka uygun olduğu anlaşılan bir idari işlemin tesisinde İdarece esas alınmış sebep hukuka uygun veya aykırı bulunmasına karşın, yargı yerince dosyanın incelenmesi aşamasında başka bir hukuka aykırılık ya da uygunluk nedeni saptanmış ise, İdarenin ileri sürdüğü sebep dışında dosyada saptanan nedene göre uyuşmazlığın çözümlenmesi, idare hukukunda "sebep ikamesi" ilkesi olarak nitelendirilmektedir. İdarenin belli bir yönde davranması zorunluluğunu ifade eden bağlı yetkinin söz konusu olduğu durumlarda, yargı yerinin, İdarenin ileri sürdüğü sebep yerine ikame ettiği sebebi, neden öncelik gördüğüne dair değerlendirmesine de yer vermek suretiyle işlemin denetimini yapmasına, re'sen araştırma ilkesinin imkan verdiği hususu yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır. Ancak, sebep ikamesinin her uyuşmazlıkta uygulanamayacağı ve somut olaya göre değerlendirilmesi gerektiği de tabiidir.”

Uyuşmazlık, sağlık mazeretine dayalı atanma talebinin reddine ilişkin işlemde doğduğu halde Mahkemece, dava konusu işlemin, sağlık mazeretinin reddi yönüyle mevzuata uygun olduğu saptandıktan sonra davacının talebinin eş durumu mazeretini de içerdiği sonucuna varılarak, işlem, eş durumu mazereti dikkate alınmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir.” Yani idare mahkemesi diyor ki; “Yönetmeliğe göre sağlık mazereti geçerli değil ama eş durumu nedeniyle de tayin isteyebilirdi. Eş durumu nedeniyle tayini mümkün mü niye bakmadın diye iptal etmişsen, eş durumu mazereti nedeniyle atanmaya bakamazsın.” diyecek.

“Böylece, İdare Mahkemesince, sebep ikamesi yapılmak suretiyle hüküm kurulmuş ise de; İdarece, bir talep üzerine tesis edilen işleme karşı açılan bu davada, yukarıda değinilen sebep ikamesi ilkesinin uygulanması olanağı bulunmadığından,...” Niye? Çünkü idare sağlık mazereti bakımından atayayım mı atamayayım mı diye baktı. Eş durumu nedeniyle değerlendirmede. Dolayısıyla zaten talepte olmayan bir şeyde sebep ikamesi olmaz diyor. *“...İdare tarafından ileri sürülen sebeplerle bağlı olan yargı yeri, İdarece ileri sürülmeyen bir sebebe dayalı olarak yargısal denetim yapma imkanına sahip değildir.”* Burada bir Türkçe ifade bozukluğu var. İdare tarafından diyor, esasından şöyle yazılsa daha kolay anlaşılır: *“Davacının idareden talep ettiği gerekçe dışında, idarenin bu tayini başka bir gerekçe ile yapıp yapamayacağını araştırmak yargı kararı ile olmaz.”* demeye getiriyor. Madem ki sağlık mazereti için tayin istedin, sağlık mazereti de buna uygun değilse, sen sanki ilgili İzmir’e ata da nasıl atarsan ata demiş gibi naklen eş durumu nedeniyle atamak mümkünken reddetti mi reddetmedi mi diye bakamazsın. Burada hukuka uygun kabul edeceksin, istiyorsa ilgili bir daha ayrıca müracaat yapsın. Sağlık mazeretini kabul etmediğin zaman eş durumu nedeniyle de tayin mümkün. En azından eş durumu nedeniyle olsun. Sağlık mazereti nedeniyle niye kabul etmemiştir; çünkü bulunduğu Manisa’da tam teşekkül hastane varsa İzmir’de de tam teşekküllü hastane var diye sağlık mazeretini kabul etmiyor. Muhtemelen öyle bir şeyden reddedildi. Ama sağlık durumu olmasa bile eş durumuyla kabul etmesi mümkün ama sen bakamazsın diyor.

Bu konuda mahkeme kişinin talebinin de sonucunu dikkate alabilir mi? Yani burada sağlık durumu nedeniyle tayin istemiş olsa esasında bir bakıma eşinin yanına gitmek istiyor diye başka türlü gidiş usulleri var mıydı, kabul edilmesini gerektiren şartlar var mıydı, sağlık mazeretinin kabul edemem ama gel seni eş durumuyla tayin edelim demek zorunda mıydı

idare? İdarenin böyle bir yükümlülüğü var mıydı? Ben memurumun iyiliğini isterim. Sen yanlışlıkla sağlık durumu nedeniyle istemişsin ama bak eş durumu nedeniyle de isteseydin atayabilirdim. Dolayısıyla herhangi bir yeni dilekçe vermene gerek kalmadan, sonuçta aynı yerde görev yapmak istediğine göre sağlık mazereti nedeniyle tayin talebinin reddine, eş durumu nedeniyle İzmir iline atanmasına karar verdim demeli miydi? İdare böyle iyi niyetle, vatandaşını memurunu düşünen, istemeği yazmadığı şeyi bile gerçekte istediğini araştırarak yapmaya çalışan bir idare olmak durumunda mı değil mi? Mahkeme bunu yargılamalı mı?

Olması gereken hukuk bakımından bence taleple bağlı saymamak lazım. Hangi taleple bağlı? Buradaki talep, eşinin yanına nakil esasında, diğeri sebep. Dolayısıyla burada talep sebepten ziyade sonuç, konu. Sonuçta “Beni İzmir’e tayin edin.” diyor. İster eşimin durumundan ister, sağlık nedeninden, ister eleman boşluğundan; dolayısıyla yorumla burası genişletilebilir.

3) “Davacının iptalini istediği işlemin dayanağı olarak gösterilen imar planı bulunduğu yere ait olmasa da re’sen araştırma ilkesi gereği asıl dayanak imar planının ortaya konulması gerektiği hakkında”¹²

“...davacı tarafından iptali istenilen işlemin hangi hususlardan hukuka aykırı olduğu ve hangi kanun maddesinin ihlal edildiği ortaya konulmasa da İdare Mahkemesince bu hususların re’sen araştırılması gerektiği gibi davacı tarafından davaya konu parselasyon planının dayanağı olarak gösterilen imar planlarının da bulunduğu yere dair olup olmadığının araştırılarak asıl dayanak imar planlarının ortaya konulması gerekmektedir. Bu durumda her ne kadar dava dilekçesinde, davaya konu olarak sunulan imar planlarının sayı ve tarihleri gösterilmiş olsa da, idari yargı merciilerinin re’sen inceleme yetkisini kullanarak davaya konu parselasyon planının bulunduğu yere ait imar planlarının varlığı araştırılarak ve davacının dava dilekçesinde açıkça parselasyon planının dayanağı olan imar planlarının iptalini isteme iradesini göz önünde bulundurarak bir karar vermesi gerekir.” Yani yanlış tarih, sayı göstermiş olsa bile bu davaya devam et diyor. Çünkü parselasyon planının temeli olan imar planının hukuka aykırı olduğunu iddia ettiğine göre bu planın tarihinde sayısında yanılabilir. Hukuki değerlendirme yanında doğru işlemi nitelendirmesi de ilgilie aittir diyor.

“İdare Mahkemesince, mahallinde yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucunda, uyumsuzluk konusu edilen Ankara Büyükşehir Belediye Meclisinin 17/02/2012 tarihli 302 Sayılı kararıyla onaylanan 1/1000 ölçekli uygulama imar planının ve Ankara Büyükşehir Belediye Meclisinin 17/10/2011 tarihli 3032 Sayılı kararıyla onaylanan 1/5000 ölçekli nazım imar planının, davaya konu parselasyon planının dayanağı olduğu gerekçesiyle iptali istenilmekte ise de; söz konusu planların davacılara ait taşınmazın bulunduğu bölgeye değil bitişik alana ait olduğu ve bu planlar ile davacıların kişisel bir menfaatinin ihlal edilmediği gibi, işlem ile arasında ciddi ve makul bir menfaat ilişkisi de olmadığından, davacıların davaya konu imar planları yönünden dava açma ehliyetinin mevcut olduğunun kabulüne hukuken olanak bulunmadığı gerekçesiyle davanın bu kısmının ehliyet yönünden reddine,...” Yani yanlış planın sayısını söylemişsin, komşu planın sayısını söylemişsin diyor ve reddetmiş.

¹² T.C. DANIŞTAY 6. DAİRE E. 2014/3563 K. 2017/1066 T. 16.2.2017.

“İdari yargıda yazılı yargılama usulünün uygulanacağı, incelemenin evrak üzerinde yapılacağı, kendiliğinden (re'sen) inceleme yönteminin kullanılacağı...” Bakın burada da yöntem diyor, ilkesi demiyor. *“... gerek yasada gerekse uygulama ve öğretide kabul edilmiştir. İdari Yargılama Usulü Kanununun 20.maddesinin 1.fıkrasında "Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeyi kendiliğinden yaparlar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesi ve her türlü bilgilerin verilmesini isteyebilirler. Bu husustaki kararların ilgililerce süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir" hükmü getirilmek suretiyle re'sen araştırma ilkesi kabul edilmiştir. Bu ilkeye göre...”* Şimdi ‘ilke’ye döndü. *“... mahkeme idareden ve davacıardan gerekli gördüğü bilgi ve belgeleri ister, keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmasına da karar verebilir.*

Diğer taraftan, davacı tarafından iptali istenilen işlemin hangi hususlardan hukuka aykırı olduğu ve hangi kanun maddesinin ihlal edildiği ortaya konulmasa da İdare Mahkemesince bu hususların re'sen araştırılması gerektiği gibi davacı tarafından davaya konu parselasyon planının dayanağı olarak gösterilen imar planlarının da bulunduğu yere dair olup olmadığının araştırılarak asıl dayanak imar planlarının ortaya konulması gerekmektedir.”

Bu dehşetli ileri gitmiş bir re’sen tahkik kararı. Yani iptali istenen işlemin yanlışlığını da sen araştıır ve doğrusunu getir diyor.

“Bu durumda her ne kadar dava dilekçesinde, davaya konu olarak sunulan imar planlarının sayı ve tarihleri gösterilmiş olsa da, idari yargı merciilerinin re'sen inceleme yetkisini kullanarak davaya konu parselasyon planının bulunduğu yere ait imar planlarının varlığı araştırılarak ve davacının dava dilekçesinde açıkça parselasyon planının dayanağı olan imar planlarının iptalini isteme iradesini gözönünde bulundurarak bir karar vermesi gerekirken aksi yönde verilen İdare Mahkemesi kararının imar planlarına dair kısmında hukuki isabet görülmemiştir.”

Yani “Orada gösterdiği sayı değil bu parselasyon planına yol açan imar planının iptalini istiyorum.” demek bir iradedir. “Bu iradenin muhatabı olan işlemi sen bul.” diyor mahkeme. Niye? Çünkü imar planı ilgili de olmayabilir. İlgilinin araştırması bu noktada teknik bir bilgi istediği için yanlış sonuç verebilir. Olayda da yanlış sonuç vermiş. Yanlış sonuç vermesine bakma, iradeyi izhar ettiğine göre sonuca bak. Biz bunu iste ıslahta da böyle diyoruz. İslah iradesi olduğuna göre, temyizden dönse, istinafta bile farklılaşsa bilirkişi raporu ona dönüşür. Halbuki iradeye bakmıyor sonuca bakıyor.

Biraz önceki tartışmaya bakalım. Oradaki gerçek irade ne; eşinin İzmir’e atanması. Sağlık nedeni esasında gerçek irade değil, iradenin gerekçesi. Dolayısıyla gerçek iradeyi bul, bu iradenin yanlış sonuçlarını sen gider ve bu iradenin gerçek muhatabını bulduktan sonra da bunun hukuka uygun olup olmadığına bak diyor. Bunu çözebilmek için de kritik bir değerlendirme yapmış ve yetkiden bahsetmiş, artık ilke değil. Dikkat ederseniz son aşamada yetki. Hatta burada görev deseydi bile daha enteresan olurdu ve tartışmaya boyut katardı. Yani bu senin görevin, böyle bir yetkin var; bu yetkiyi kullanmak da senin görevin kapsamında. Dolayısıyla onun yanlışlığına sığınarak reddedemezsin. Görevini yerine getirmek açısından bu iradenin muhatabı olan imar planını bul, çelişmeli yargılamaya tabi tut, sakatlık var mı yok mu diye bak. Sakatlık varsa iptal et, yoksa reddet demeye getiriyor.

İDARİ YARGILAMA USULÜNDE FERAGAT

Konulara devam ediyoruz. Kalan konular şunlar; feragat, ıslah, müdahale, ihbar, deliller, ispat, ivedi yargılama usulü, merci tayini, açıklama ve yanlışlıkların düzeltilmesi, yargı dışı uyuşmazlık çözüm yolları, kesin hüküm ve kanun yolları. Şimdi hızlıca feragatten başlıyoruz, ilk müessese bu. Yargılamayı, müessese müessese anlatıyoruz. Feragat etmek; “vazgeçmek, bir hakkından vazgeçmek” anlamına gelen bir sözlük anlamı var. “Ferağ” kelimesi de buradan türüyor. Feragat ve kabul konusunda idari yargılama usulü, kendisi ayrıca düzenleme yapmıyor.

Şöyle bir tartışma var feragatin gündeminde; özel hukukta taraflar anlaşabilir, hak sahibi olan feragat edebilir ama kamu hukukunda, idare hukukunda bunu mümkün saymak mümkün olabilir mi? Hukuka aykırılık olur mu? Mesela kamu adına açılmış bir ceza davasında burada acaba kabul veya feragatle davayı bitirmek mümkün mü yoksa yargılamaya devam etmek mi lazım, yargılamayı sonuna kadar götürmek lazım mı? İdare hukukundaki problem, kararın başkalarını ilgilendiriyor olması. Mesela imar davalarında, özelleştirme davalarında, kamuoyunu ilgilendiren davalarda esasında davacı, davasından feragat ettiğinde, o dava açtı diye ayrıca dava açmamış olanların da bu davanın sonucuna ilişkin beklentisinin etkilenmesinin söz konusu olmasına işaret ediliyor. Dolayısıyla idare hukuku bünyesinde bir kere dava açıldıktan sonra feragat mümkün değildir diye düşünülüyor. Bir kere yargı yerinin önüne idari işlem geldiği zaman artık davacı taşı atmıştır, davacının elinden çıkmıştır, yargının önüne gelmiştir, yargı artık bunun hukuka uygun olup olmadığına şu veya bu şekilde karar verecektir diye bakılıyor.

İkinci görüşte ise, “hayır buna ilişkin kanuni dayanak yok, idari yargıda özel bir düzenleme yok, atıf var, dolayısıyla feragati nasıl kabul etmeyeceksiniz” deniliyor. Bu tartışma Danıştay’da şöyle bir sonuca yol açtı; 6. Daire -imar dairesi- dışında bütün daireler feragati kabul ediyor. 6. Daire de davaya birkaç aşama olarak bakıp feragati kabule karar veriyor. Eğer davanın başındaysa, davanın nasıl neticeleneceğine ilişkin henüz bir emare yargılama sırasında ortaya çıkmamışsa feragati kabul ediyor. Eğer bilirkişi raporu gelmiş yürütmeyi durdurma hakkında bir karar verilmiş, davanın sonucu hakkında bir fikir verebilecek yargılama aşamasına gelinmiş ise feragati kabul etmiyor. Bunda da 6. Dairenin şöyle bir hatırası rol oynuyor; davacılar imar planı değişikliğine ilişkin açtıkları bir davayı kazanmışlar. Kazandıkları davayı, “ben feragat edeceğim, kararı bozun” diye temyiz etmişler. Ortada bir gariplik olduğunu düşünmüş yargı yeri; hem dava açıyor, hem kazanıyor, hem de temyiz edip feragat edeceğim, feragatimi kabul edin diyor diye. Sonra şöyle bir düşünceye varılmış; böyle kimi davalarda, dava açıp oluşan risk nedeniyle davalı yanında müdahil konumunda olandan veya dava konusu işlemten yararlanandan haksız kazanç sağlayıp, davadan feragat etmek gibi bir yaklaşımın aracı olarak feragatin kullanılıyor olabileceği düşünülmüş. Bu yüzden feragati, özellikle imar

¹ 2018-2019 öğretim yılında Prof. Dr. Aydın Gülan tarafından dördüncü sınıf ikinci öğretim öğrencilerine verilen 27.02.2019 tarihli İdari Yargılama Hukuku dersi ses kayıtlarının yazıya aktarılmış halidir.

konuları miktarı, bir rantı olan konular olduğu için kabul etmeme yaklaşımı var. Kabul etmemenin de bir temeli olmadığı için bunu belli bir aşamaya kadar kabul ediyor, belli bir aşamadan sonra kabul etmiyor. Aşamadan kastım da davanın nasıl neticeleneceğine ilişkin verilerin ortaya çıkması; işte bilirkişi raporunun ortaya çıkması veya yürütmeyi durdurmanın kabul veya reddine ilişkin bir karar verilmiş olması. Herhangi bir kanuni temeli olmasa bile yargılama müessesesi olarak bunlar ortaya çıkıyor biliyorsunuz. Anayasa Mahkemesi de yasal temeli olmamasına rağmen yürürlüğün durdurulması müessesesini ortaya çıkartmıştı. Bu, idare hukukunun bünyesinden çıkmış bir unsurdur deniliyor.

Feragatle ilgili kavramlar ve uygulanacak kanun maddelerine şimdi değineceğiz. Bu kısa açıklamadan sonra da zaten medeni usulde gördüğünüz için emsal kararlara bakıp bu konudaki bilgimizi pekiştireceğiz. Bakın, buna ilişkin kanun maddesi şöyle; İdari Yargılama Usulü Kanunu 31. madde², genel bir atıf maddesi; “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Vergi Usul Kanununun uygulanacağı haller” başlığını taşıyor. Burada belli müesseseleri saymış feragat ve kabulü de burada saymış. Yani kendisi ayrıca düzenlememiş, başka bir yargılama usulü kanununa atıfta bulunmuş. Zaten problem de buradan ortaya çıkıyor, kendisi bünyeye göre ayrıca düzenlemediğine göre oradaki düzenlemeden nasıl farklı bir içtihat geliştirebilir tartışması ortaya çıkıyor. Burada da olması gereken hukuk bakımından gündem şöyle; feragat ve kabulü, idare hukukunun bünyesine göre ayrıca düzenlemesi istenir ve beklenir, idari yargılama usulüne genel bir atıfta bulunmakla bu tartışmayı devam ettiriyor. Bu müessesenin idare hukukuna uyarlanması lazım, gerçekten belli konularda uygulanmamasına ilişkin hususlar var.

Bu alanda öyle enteresan gelişmeler oluyor ki mahkemeler, “Dava açılmayan işlemi de ben dava konusu yapabilirim miyim?” diye düşünüyor. Ne kadar aktif, avangart bir yaklaşım değil mi? Çünkü şundan oluyor; idareler bir dava açıldığı zaman -özellikle imar planlarında- dava açılmış işleme ilişkin yargılama devam ederken, bir yandan da ufak değişikliklerle yine bir imar planı değişikliği yapıp, aynı yönde bir plan yapıyor. Siz davayı kazandığınız zaman bitecek diye düşünüyorsunuz ama halbuki bir sonra yapılmış başka bir işlem var. Zaten o işlemi iptal edilse bile kendiliğinden tarihin tozlu sayfalarına gitmiş bir işlem. Mahkeme bunu fark ettiğinde, davacılar fark edip de ona karşı da dava açmamışsa, açılmış olan davadaki işlemi çok az değişikliği ile yeniden yapılmış işleme karşı dava açılmasa bile daha önce açılmış dava dolayısıyla, baktığı dosyaya almaya çalışıyor. “Buna da bakarım, bunu da iptal ederim.” diyor. Ya dava açılmamış buna nasıl bakarsın; en azından böyle bir şey olmaz ama öbür türlü yargılama anlamsız bir hale geliyor. Yargı labirentlerinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin

² *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Vergi Usul Kanununun uygulanacağı haller:*

Madde 31 – 1. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hakimın davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, **feragat ve kabul**, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sukununu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler ile elektronik işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır. (Ek cümle: 5/4/1990-3622/11 md.; Değişik:10/6/1994-4001/14 md.) Ancak, davanın ihbarı (...) ⁽²⁾ Danıştay, mahkeme veya hakim tarafından re'sen yapılır. (Ek cümle: 3/11/2016-6754/22 md.) Bilirkişiler, bilirkişilik bölge kurulları tarafından hazırlanan listelerden seçilir ve bilirkişiler hakkında Bilirkişilik Kanunu ve 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun ilgili hükümleri uygulanır. ⁽¹⁾⁽²⁾

kullandığı “usuli labirentler” dediği terim biraz bu tip şeylere geliyor. Bu labirentlerde bütünü göremeyen kimseler yolunu kaybediyor. Yani avukat olmak, hukuk mezunu olmak bile yetmiyor, bu konuda tecrübeli olmak daha önce yaşamış olmak, duymuş olmak, bilinçli olmak gibi şartlarla mücehhez olmak gerekiyor. Dolayısıyla bu alanlar sıkıntılı alanlar, büyük meblağlı dosyalarda büyük sıkıntı oluşturuyor. Buna ilişkin oluşmuş ekipler var bunu yapan, yani yüksek meblağlı mesela özelleştirmelere ilişkin davalar, imar planı değişikliklerine ilişkin davalar var, büyük imar hareketlerine ilişkin davalar var. Özellikle müteahhitler, yatırımcılar hukuki belirsizliği ve riski kaldıramadığı için bu tip davalardan davacıları feragat ettirmeye çalışıyor. Feragat etmek de ikna etmekle alakalı bir şey. Dolayısıyla yargı yolu esasında gerçekten bir etkin yargılama yerine, yargı aracılığı ile bir gelir elde etme biçimine dönüyor. İşte Danıştay’ın baktığı o davada gayet güzel bir amaç için avukatlar toplanıp çevre yeşillendirme, güzelleştirmeye ilişkin dernek kurmuş. Sonra anlaşılıyor ki esasında bunlar davadan feragat etmek için müteahhitle pazarlık yapıyorlar. Pazarlıkta gecikmişler karar aniden lehlerine çıkmış, bundan feragat edeceğiz diyorlar. Dolayısıyla bu alan, kağıt üzerinde ve kitaplarda yazan dışında farklı şekilde salınan bir alan. Bu alanın ayrıntılarını şimdi kararları okurken tahmin etmeye çalışın, kararları okurken neyin etkilediğini anlamak bakımından. Kararlara başlayalım.

FERAGAT MÜESSESESİNE İLİŞKİN YARGI KARARLARI

1)Kamusal nitelik taşıyan iptal davasından feragat edilip edilemeyeceği³. “Dava, Kocaeli İli, Dilovası İlçesi sınırları içinde davacı şirketin liman tesislerinin yanında faaliyette bulunmakta olan ...” ... koymuş, ben YILPORT diyeyim de siz bilmiş olun. “Konteyner Terminali ve Liman İşletmeleri A.Ş. adına Dilovası Belediye Başkanlığı tarafından verilen 04.04.2013 tarihli, 2013/24 Sayılı yapı ruhsatının iptali açılmış; İdare Mahkemesince, davaya konu işlemin dayanağı olan 1/1000 ölçekli uygulama imar planının iptaline yargı yerince karar verildiğinden dayanağı kalmayan yapı ruhsatının iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare vekili ve davalı idare yanında müdahil vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosyanın incelenmesinden, davacı vekili tarafından verilen ve Kocaeli 1. İdare Mahkemesi Yazı İşleri Müdürlüğünün kayıtlarına giren 23/03/2015 tarihli dilekçeyle davadan feragat edildiği anlaşılmıştır. Bu durumda, davacı tarafından yasal şekle uygun olarak davadan feragat edilmesi karşısında feragat başvurusu hakkında idare mahkemesince yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.”

Kocaeli 1. İdare Mahkemesi 27.02.2015’de karar vermiş, davacı 23.03.2015’de. Yani kararı verdikten bir ay sonra feragat ediyor. Yani davacı davayı kazandıktan bir ay sonra feragat ediyor. Tarihlerle tekrar bakın; 23.03.2015 tarihli dilekçeyle davadan feragat diyor. Karar tarihine bakın; Kocaeli 1. İdare Mahkemesince verilen 27/02/2015. Yani 2015 Şubat’ında kararı vermiş, 23 Mart ayında da feragat dilekçesi vermiş. Dava bitmiş, elini çekmiş davadan mahkeme, şimdi temyiz zamanı. Davacı kazandığı davaya feragat dilekçesi. Tuhaf değil mi? Karşı oyu okuyalım;

³ DANIŞTAY 6. DAİRE E. 2015/2901 K. 2017/2826 T. 20.4.2017.

“2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesiyle göndermede bulunulan 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 307. maddesinde feragat; davacının, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesi olarak tanımlanmış; Anılan hükmün, idari davaların nitelikleri dikkate alınarak ve idari dava türleri ile bağdaştığı ölçüde uygulanabileceği açıktır.” Can alıcı şey bu. “Tamam atıfta bulunmuş ama bu idare hukukuna birebir mi geçecek yoksa bünyeye uyarlanacak mı?” Daha buradan karşı oyun girişini yapıyor. Tamam ayrıca bir düzenleme yok ama ordan alınırken bünyeye uyduğu ölçüde alınacaktır. Bu tıpkı kıyas gibi, bir şeyi kıyas ediyorsanız aynısı olmaz, benzetiyorsunuz demektir. Yani zehir gibi acı dediğiniz zaman zehir anlamında kullanmıyorsunuz bunu kıyas ediyorsunuz. Burada da kıyasta olduğu gibi, onu kullanıyorum ama aynı anlamda kullanmak zorunda değilim diyor.

“Bireysel hakkın ihlaline dayanmayan, kamu yararını yakından ilgilendiren konularda açılan iptal davaları, objektif ve soyut nitelikte olup; bütünüyle kamu yararını amaçlamaktadır. Dolayısıyla iptal davalarında feragat isteminin de kamu yararı ölçütü kullanılarak karara bağlanması gerekmektedir.” Çok net gerekçelerle gidiyor. Bu kamu yararı gerekçesiyle açılmış bir davadır, feragati kabul edip etmemeye bakarken de kamu yararına bakacaksınız.

“Bireysel hakların ihlaline dayanan iptal davalarında davacının herhangi bir kısıtlama olmaksızın davasından feragat edebileceğinde duraksama bulunmamaktadır.” Yani siz 10.000 lira tazminat istediniz Tam yargı davasıyla feragat edebilirsiniz, sonuçta alamayacak olan sizsiniz ama bu bireysel bir durum değil. *“İdari Yargıda iptal davası, kural olarak ilgililerin hak ve menfaatini korumanın yanında, yürütme ve idarenin hukuka uygun davranmasını gerçekleştirmeye yönelik olup...”* Muhteşem bir cümle, idareyi dövmek için değil idareye esasında hukuka uygun davranma terbiyesi vermek için açılmış davalar bunlar. Yani bir idareye düşmanlık olarak algılanıp da açılmış bir davadan, idarenin kurtulması iyi olacak değil, bir yanlış varsa yanlıştan kurtulmasını sağladığı için esasında idarenin müteşekkik kalması gereken davalardır. Kaybettiği zaman “Çok teşekkür ederim, siz dava açmasaydınız ben yanlışlığımın farkına varmayacaktım. Sayenizde bir yanlışlık ortadan kalktı.” demesi gereken davalardır, ne güzel söylüyor. *“...bu davalardan beklenen amaç hukuk devleti ilkesinin sağlanmasıdır. Toplum ilgilendiren idari işlemlere karşı açılan iptal davaları kamusal nitelik taşıdığından, bu tür davalar açıldıktan sonra davacıların kişisel davalarda olduğu gibi davadan feragatinin kabul edilmemesi gerekmektedir.”* Çok net.

“ÇED olumlu kararı alınmadan hazırlanan davaya konu planın hukuka aykırılığının yargı yerince saptanmış olduğu, bu durumda iptali gereken imar planına dayanılarak verilen yapı ruhsatının hukuka aykırılığının yargı yerince saptanmış olduğu, buna göre bu aşamadan sonra davacı tarafından davadan feragat edilmesi durumunda dahi söz konusu işlemin hukuki varlığını sürdüreceği dikkate alındığında davacının feragat istemi yerinde görülmediğinden, işin esasının incelenerek bir karar verilmesi gerektiği oyu ile karara katılmıyorum.” İfade gayet net, hiç ayrıca yorumlamaya gerek kalmaksızın tez ve antitez burada. Buradaki temel problem de davacı bunu şantaj için açmış ve kazanınca da fiyatı daha da arttırmış ve biz feragati kabul edersek de bu şantaja cevaz vermiş olacağız, kabul etmeyelim, dolayısıyla parayla halledilebilecek bir iş olmasın. Böylelikle insanlar gerçekten yaptıkları işlemlerini yargı yoluyla oluşmuş bir şantaja dönüştürmesinler.

2) Bir başka karar okuyalım. “Aynı işlem hakkında açılan iki davadan ilk davanın geri alınmasına yönelik feragat beyanı hakkında verilen “Karar Verilmesine Yer Olmadığı” kararının bakılan dava bakımından kesin hüküm niteliği taşıyıp taşımadığı”⁴ Bu da aynı işlem için iki tane dava açmış. Niye aynı konu için iki ayrı dava açıyor? Biraz okuyalım, o sırada düşünün. Pekiyilik soru olsun bu.

“Dava; Sosyal Güvenlik Kurumu İnşaat ve Emlak Daire Başkanlığı tarafından 02.04.2013 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan “Eskişehir Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü Binası Deprem Güçlendirme ve Genel Onarımı İşi” ihalesine dair olarak davacı şirket tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine dair 12.06.2013 tarih ve 2013/UY.III-2439 Sayılı Kamu İhale Kurulu kararının iptali istemiyle açılmış; tarafları, konusu ve sebebi bu dava ile aynı olan idarî davanın önce Mahkemelerinin E:2013/71 sayısına kayden 08.07.2013 tarihinde açıldığı, anılan davada bir hüküm verilmeden önce açılan bu davanın ise 12.07.2013 tarihinde açıldığı; E:2013/71 Sayılı dosyada, davacı şirket yetkilisi tarafından sunulan ve 29.07.2013 tarihinde kayda giren dilekçeyle davadan feragat edildiğinin bildirilmesi üzerine Mahkemelerinin 01.08.2013 tarih ve E:2013/71, K:2013/101 Sayılı kararı ile “feragat sebebiyle konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığı”na karar verildiği...” Burada da yeri gelmişken onu söyleyelim. Feragat olunca şöyle bir karar veriyor mahkemeler; buna uygulamada KVYO kararı diyorlar. KVYO kararı; “karar verilmesine yer olmadığı”nın baş harfleri. Karar verilmesine yer olmadığına dair karar veriyor feragat üzerine, feragat nedeniyle. Burada KVYO kararı vermiş. “..., davadan feragatin kesin bir hükmün bütün hukuksal sonuçlarını doğurması ve ortada kesin hüküm bulunması sebebiyle bu davanın esasının incelenmesine olanak bulunmadığı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddine karar verilmiş, bu karar davacı şirket tarafından temyiz edilmiştir.” Yani aynı konulu iki dava var, birisinde feragat etmiş birisinde devam etmek istiyor. Acaba birisinde feragat etti diye diğeri de düşer mi, diğeri de bundan etkilenir mi?

“Bir davaya ait şekli anlamda kesinleşmiş olan hükmün, diğer bir davada maddi anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için, her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir. ... Kesin hüküm, yargı yerince yasada gösterilen usullerle verildikten ve olağan kanun yollarından geçerek veya kanun yollarına başvurma süreleri geçirilmek suretiyle, uyuşmazlığı nihai olarak sonuçlandırıp şekli anlamda kesinleştikten sonra, anılan kararın, tarafları, konusu ve sebebi aynı olan başka bir davada verilecek bir kararla değiştirilemeyeceğini ifade eden maddi anlamda kanuni bir gerçeklik olarak kabul edilmekte olup; yargılama faaliyetinde kesin hüküm kurumunun kabul edilmesinin başlıca amacı, nihai olarak karara bağlanmış bir uyuşmazlığın tekrar incelenmesini ve aynı uyuşmazlık için farklı yönde kararlar verilmesinin önlenmesini, bu anlamda yargı kararlarına karşı saygı duyulmasını ve bu kararlara uyulmasını sağlamak, bu şekilde de hukuki güvenliği ve istikrarı gerçekleştirmektir.

...bakılan davanın, ilk dava sonuçlandıktan sonra değil de, ilk davadan 5 gün sonra açıldığı dikkate alındığında ve davacı şirket tarafından ilk davada sunulan feragat dilekçesi ile bakılan

⁴ T.C. DANIŞTAY 13. DAİRE E. 2014/3513 K. 2014/3866 T. 1.12.2014.

davanın temyizine dair dilekçedeki beyanlar birlikte değerlendirildiğinde; ilk davada sunulan ve davadan feragat edildiğini belirten dilekçedeki iradenin, talep sonucundan vazgeçildiği anlamını taşımadığının ve aynı konuda iki dava açıldığından haberdar olunması üzerine, derdestlik itirazı ile karşılaşılması için ilk davanın geri alınmasına yönelik olduğunun kabulü gerekmektedir.” Yani burada niyet tahliline giriyor, eğer feragat etmişse yani feragat iradesi gerçekten varsa, dava açmama anlamında feragat iradesi varsa o zaman bütün davalardan feragat etmiş sayılacak. Yok öyle değil de, “Yanlışıklıkla iki dava açmışız, ikisi birden durursa davalı der ki; “orada da açtı burada da açtı”, böyle derdestlik itirazında bulunur, o zaman iş uzar. Dolayısıyla bir tanesi hukuk alanında kalsın, bir tanesi hukuk alanında kalmasın diye esasında davanın özünden vazgeçmeyi değil, iki davayı bire indirmek anlamında birisinden feragattir.” diyor, böyle anlamlandırmak lazım.

“Bu itibarla, aynı taraflar arasında aynı sebeplerle ve aynı işlemin iptali istemiyle açılmış bulunan ilk davada verilen "feragat sebebiyle konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığı"na dair kararın, bakılan davada kesin hüküm teşkil etmeyeceği sonucuna ulaşıldığından, aksi yöndeki temyize konu Mahkeme kararında isabet görülmemiştir.” Dikkat ederseniz feragate çok farklı bir anlam vermiş, işlev vermiş.

Şöyle yapıyor avukatlar, her zaman kötü niyetli değil ama insan kötü niyet de atfedebilir. Mesela diyor ki; “2. İdare Mahkemesi çok hızlı karar veriyor bu konularda ama istediğiniz daireyi de düşüremiyorsunuz, sırayla da gitmiyor. Yani 1. İdare Mahkemesinden sonraki dava 2’ye gitmiyor, böyle karışık veriyor. Bir 1’e veriyor, bir 10’a veriyor, bir 8’e veriyor, 9’a veriyor. Bilgisayarın farklı bir algoritması var, o yüzden birden fazla açıyor. Dava istediği idare mahkemesine düşmüşse; Daire değil, çünkü her Daire uzmanlığı nedeniyle aynı tip davalara bakıyor, Danıştayda farklı daireye düşmez. Yani bu tip davalar hep 6’ya gidiyorsa, örneğin ‘imar’, hep 6’ya gider; ‘ihale’ ile ilgili hep 8’e gidiyorsa hep 8’e gider. İdare mahkemesinde farklı mahkemeye düşer. Dolayısıyla çoğunlukla böyle oluyor, başka bir açıklaması yok çünkü. Niçin; sonuçta şirket yetkilileri, dava açmaya yetkili kimse dava açılıp açılmadığını bilmez mi, bu bir strateji olarak yapılıyor, hızlı gitsin diye.

Bazı mahkemelerin daha önce verilmiş kararları var, o kararlara bakarak diyor ki; “Bu mahkemeye düşerse tam da verdiği sonuç, emsal kararlarda verdiği sonuç bize uygun. Buna düşsün, gecikmesin, hızlı geçsin.” Ama burada işte bir tuhafılık var; sonuçta yani feragat açısından baktığınızda birkaç tane dava açılması bir tuhafılık. Bunu böyle kabul etmeyi de niçin yapıyor? Bu uygulamayı da bildiği için hak kaybına yol açmamak istiyor Danıştay. Öbür türlü, bir kere feragat ettiğin zaman davanın konusu haktan vazgeçiyorsun demektir; bunun dışında ayrıca kesin hüküm de oluşturur. Ayrıca dava açamazsın demesi yargılama usulüne çok daha uygun ama hakkaniyeti zedeleyecek. Bunun ama bir yandan da bir sıkıntısı var; “acaba mahkeme ile arasında farklı bir anlaşma vs. iş takibi meselesi mi var” diye de soru işareti doğuruyor. Dolayısıyla mahkemeleri de zan altında bırakıyor; “Niye ona düşürmeye çalışıyor, niye sadece hızlı olsun diye?” Dolayısıyla bu usulden vazgeçirmeye çalışıyor olsaydı, bunu kabul etmeyen bir karar verseydi Danıştay, bir daha hiç kimse bu yola başvuramazdı; şimdi bir zararı olmuyor. Halbuki “bir kere feragat ettin mi hepsinden feragat etmiştir bundan sonra aynı konuda artık açamazsın” demesi bu uygulamayı keserdi. Bir başka karara bakalım.

3) Kamu yararını yakından ilgilendiren çevre ile ilgili işlemin iptali istemiyle açılan davada feragatin kabul edilemeyeceği⁵. Kararların tarihleri, yatay ve dikey olarak baktığımızda fark ediyor. Benim başta söylediğim şey, şuandaki Danıştay'ın kararı. Buraya gelinceye kadar çeşitli sarsıntılar yaşadı Danıştay, farklı kararlar yaşadı. Bu 6. Dairede bilirkişi incelemesine kadar feragati kabul eden kararda da ayrışık oy var. Mesela 6. Dairede diyelim ki 9 tane üye 1 tane başkan var; heyet, başkan ve dört üye ile toplanıyor, yani beş kişi bir heyeti oluşturuyor. Diğerleri kendi ellerindeki dosyalar hakkında çalışıyorlar veya izinli oluyor veya hasta oluyor vs. üye sayısı ve toplanma sayısı farklı. Yani Dairenin toplam on tane yüksek hakimi var, üye ve başkan, ama toplanma sayısı beş. Şimdi üyelerden diyelim ki iki tanesi, “bilirkişi karar verinceye kadar da kabul edilmez” diye bir kanaati varsa oran değişmesin diye önce büyük bir heyet topluyorlar. Gayri resmi olarak on kişi birden konuşuyor, bu konudaki kanaat nedir diye. Sonuçta diyelim ki iki üye feragati kabul etmeyelim diyor, sekiz tane üye bilirkişiye kadar kabul edelim diyor. O zaman bu tip konuları hep o iki üyeden birisinin de bulunacağı heyetlerde konuşuyorlar ki bir tane ayrışık oy çıksın, yani bu konuda farklı oy olduğunu gösterebilir. Yoksa beş-sıfır feragati kabul eden karar çıkabilir o iki üyenin nöbetçi olmadığı zamanlarda. Amaç ne? Genel toplantıdaki eğilimi göstermek, yavaş yavaş karar biçiminin değişip değişmediğini insanların tahmin edebilmesini sağlamak. Yani bir üye bazen ikiye çıkıyor bazen üçe çıkıyor hele bazı davalarda üçe-iki karar verildiğinde, o bir kişi yer değiştirdiğinde, bir farklı kanaatte kimse geldiğinde karar bir öyle bir böyle çıkacak; büyük heyette oluşmuş çoğunluğu, bu tip kritik konularda aynı oranı heyette muhafaza ediyorlar. Yani üçe-iki kabul çıkıyorsa hep o büyük heyetteki kanaatlerine göre üçe-iki oluşacak şekilde heyeti topluyor, bu konuları orada görüşüyor, bir kabul bir ret çıkmasın, çelişki olmasın diye. Dolayısıyla esasında bunları da içeren, yargının yargılama stratejilerine ilişkin esaslara ihtiyaç var.

Bu Fransa'da 1972'de yazılmış Danièle Lochak diye birisi tarafından. Yargı, bir strateji güdüyor, bir yargılama siyaseti var; yani siyasete göre yargılama değil, yargılama siyaseti var. Mesela bunlardan bahsedilecek olsa bu yargılama siyasetinden bir tanesi de, özellikle toplumda çok tartışma doğurmuş, siyasetin gündemine gelmiş konuları hızlıca karar vermeyip mümkünse yargı kararından önce siyaset veya toplum kendi arasında halletsin diye geciktirmek, sıcak konulara hemen müdahale etmemek, bu da bir yargılama siyaseti. Biraz önce bahsettiğim “büyük heyet toplamak” bir yargılama siyaseti; dikkat ederseniz “ben ona göre heyeti oluştururum, muhaliflerin olmadığı zaman da bu konuyu gündeme getiririm” diye başkan yaklaşırsa bir problem olacak. Nitekim öyle bir başkanın hatıralarında nasıl kritik bir kararı aldığını gösteriyor; üçe-iki bir kararda çok hakkaniyete aykırı bulmuş, bütün çoğunluğu oluşturanların izinli veya hasta olduğu raporlu olduğu dönemde azınlıkta kalanlarla heyeti oluşturup kararı verdirmiş. Ondan sonra da öyle gitmiş o karar. Bunu mesela hatıralarında anlatıyor, “dönemin özellikleri nedeniyle böyle yaptım” diye. Dolayısıyla yargılamanın da siyaseti bakımından önemli. Bu lafları şundan açtım; bu kararlar daha oluşum sürecindeki kararlar. 14. Daire de 6. Daireden ayrılmış bir heyet, o da 6. Dairenin içtihadına gidiyor. İmar planı konuları 14'e gidiyor, bireysel imar uygulamaları 6'ya gidiyor, dolayısıyla 6'nın türevi. Başındaki Levent Artuk Bey de 6. Dairenin eski üyesi, dolayısıyla o kararlardaki bu gelişmeye de bakmak lazım.

⁵ DANIŞTAY 14. DAİRE E. 2013/1730 K. 2016/6687 T. 23.11.2016.

“Dava; Muğla İli, Fethiye İlçesi ile Antalya İli, Kaş İlçesi sınırları içinde bulunan Karaçay ve Eşen Çayı üzerinde kurulması planlanan Burgular-Gebeş Regülatör ve HES (Karaçay Regülatörü ve HES - Eşen Regülatörü ve HES) projesi için Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca verilen 19.06.2012 günlü, 2579 Sayılı "Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu" kararının iptali istemiyle açılmıştır.” Bu şeylerde ÇED, en tartışma doğuran problemlerden birisi. Karadenizdeki HESlerde, bu tip HESlerde en kritik ÇED raporu. Bu rapor; çevreye verdiği etkilerin nasıl giderileceğine ilişkin alınan tedbirleri içeren bir rapor. Bu raporu yeterli buluyorsa “ÇED olumlu” kararı veriyor, yetersiz buluyorsa “ÇED olumsuz” raporu, kararı veriyor. ÇED olumlu kararı veya ÇED gerek yoktur kararları da yargının en büyük tartışma konularından birisi oluyor, bu ihtilaf doğuruyor, davalar açılıyor. Burada da buna ilişkin bir dava açılmış, davadan sonra kanunu açıklıyor.

“2577 Sayılı Kanun'un 31. maddesi, idari davalarda feragat istemleri üzerine Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağını hükme bağlamaktadır. Ancak anılan yollama hükmünün, idari davaların nitelikleri dikkate alınarak ve idari dava türleriyle bağdaştığı ölçüde uygulanabileceği açıktır. İdari dava türlerinden olan iptal davaları; menfaati ihlal eden, somut, subjektif nitelikteki idari işlemlere veya düzenleyici idari işlemlere karşı açılabilir.”

Bireysel menfaate ilişkin hususu açıklıyor, bununla birlikte şöyle demiş bakın;

“Bireysel menfaat ihlaline dayanan iptal davalarında davacının herhangi bir kısıtlama olmaksızın davasından feragat edebileceğinde duraksama bulunmamaktadır.” Bunu söylemiş, halbuki bunda bile duraksama var, bireysel işlemlerde geri kalanların hakları olabilir. Mesela bazı insanlar diyor ki; “Ben devletimden tazminat mı alacağım, devlet için zaten çalıştım, gazi oldum, gazilik unvanı da istemiyorum. Ben unvan için yapmadım, gazilik maaşı da istemiyorum, gazi ve yakınlarına tanınan imkanları da istemiyorum.” Yakınları da bu sefer diyebilir ki; “Ya niye bu tip davayı açmıyorsun veya açtığın davadan feragat ediyorsun, sen gazi oldun diye aileden birisi sınavsız devlet memuru olacak, ailedekilerin çeşitli mali imkanları olacak, maaş bağlanacak. Yani sadece senin hakkın değil ki, senin üzerinden ailene de miras kalacak, mali hakları var.” Baktığınızda haklılar mı değil mi tartışılır ama sadece açanı ilgilendiren, bireysel hakkı ilgilendiren hususlarda dahi çok net değil. Vatandaşlıktan atılma meselelerinde öyle, kızıyor mesela açtığı davadan feragat ediyor; öyle ama senin çocuğun da bu vatandaşlıktan atılman dolayısıyla manevi olarak zarar görecektir, etkilenecek, sadece senin karar verebileceğin bir karar değil bu. Hukuka uygun mu değil mi meselesi.

Dikkat ederseniz idari davalarda, çok bireysel gözükenlerde bile böyle dalga dalga zincirleme etkileri var. Hatta şu bile denilebilir; “Ben bu davayı açacağım kazanacağım ama sonra kendi isteğimle vatandaşlıktan çıkacağım. Niye? Böyle gerekçelerle vatandaşlıktan atılma meşrulaşmasın, bir kere böyle örnek olay olmasın, hukuk alanında haksız bir işlem ortaya çıkmasın diye.” Bazen de böyle şeyler olabilir. “Kazanacağım ama maaşı almayacağım; kazanacağım ama parayı bir derneğe bağışlayacağım.” gibi bir sürü yönleri olabilir. Dolayısıyla, feragati çok kişiyi ilgilendiren davalarda bile mümkün müdür değil midir diye düşünmek lazım. Hatta insanların dava açmaktan masraflı olduğu için sarfınazar edeceği

durumlarda, dava açmayı kolaylaştırmak için “Acaba vatandaş adına idareye karşı, gerekirse dava açması için ombudsmanın da görevli kabul edilmesi gerekir mi gerekmez mi?” diye tartışılıyor; “Çevre konularında bir dava açtığınız zaman bilirkişi ücreti olarak en az beş altı bin lira yatırmak lazım. Yargılama giderleri, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay baktığında oraya gidiş geliş uçak masrafları, keşif, bilirkişi falan bu on bin liranın üzerinde, kimi zaman otuz binlere yaklaşan bir masraf demek. Kolay kolay açacağı bir dava olmayabilir, dolayısıyla bunu kamu denetçisi de açsın.”

Burada da bakın açılmış dava, feragat edilmesinin kabul edilmeyeceği sonucuna varılmaktadır diyor değerlendirilip dikkate alındığında. “...keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen bilirkişi raporu hükme esas alındığından, Dairemizce keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmasına gerek görülmemiş olup, söz konusu raporda özetle; ...proje için hazırlanan ÇED raporunda bu tür etkilerin neler olabileceği ve ne tür önlemler alınması gerektiğine dair bilgilere yer verilmediği görüşüne yer verilmiştir.”

“Açıklanan nedenlerle, bir kısım davacıların feragat talebinin reddine, davaya konu işlemin İPTALİNE...” Feragat etmiş bir kısım davacılar. Burada çok o olayı anlatmıyor, yani köylüler, 5-6 köylü dava açmışsa bir kısmı feragat etmiş. Bir kısmı feragat etmiş olsa bile bu feragati kabul edecek miyiz etmeyecek miyiz; burada biraz tam feragati karşılamıyor çünkü onların feragatini kabul etseniz bile davaya devam edenlerin devam etme iradesi olduğu için onların feragati davayı düşürmez hepsi feragat etmedikçe. Sadece onlar bakımından karar verilmesine yer olmadığı kararı verilebilir. Fakat işte burada bir cengaverlik yapmış, onların da feragatini kabul etmiyorum demiş bilirkişi raporu olduğu için. Dolayısıyla kabul etse ne, kabul etmese ne? Bir şey değişmeyecek ama ilke bakımından önemli. “Artık bilirkişi raporu ortaya çıkmış, hukuka aykırılığı ortaya çıkmış ben feragati kabul etmem ve karara giderim” diyor. Niçin; çünkü çevreyle ilgili ve herkesi ilgilendiren bir husus. Sadece davacıyı ilgilendirmiyor diye bakıyor.

ISLAH

Başka bir konuya geçelim. Islah’ı anlatacağız şimdi. Islahla ilgili idari yargıda bir ihtiyaç vardı, bu ihtiyaç düzenlenmiş oldu. Islahın en büyük ihtiyacı para güncellemesinde ortaya çıkıyor. Bir para talep edilen dava açıldığı zaman bunun üzerinden yatırılan bir harç var, bu harç bir masraf oluşturuyor. Üstelik davanın sonucunda talep ettiğiniz kadarı hükmedilmezse, lehinize hükmedilen kısımdan geriye kalanı da kaybetmiş sayılıyorsunuz. Bu sefer de karşı tarafın lehine avukatlık ücretine maruz kalıyorsunuz. Yani 100 bin TL istediniz, 10 bin TL’ye hükmedilirse 10 bin TL kazanmış 90 bin TL kaybetmiş sayılıyorsunuz. 90 bin TL’nin avukatlık ücretini karşıya ödüyorsunuz, 10 bin TL’nin avukatlık ücretini sizin tarafınız alıyor. Kârda mısınız zararda mısınız anlaşılmıyor; dolayısıyla buna ilişkin böyle nihai, ne miktar kazanacağınızı tahmin etmekte bir zorluk var. Bu birçok durumda bilirkişi incelemesinden sonra ortaya çıkacak bir şey. Mesela şimdi bilirkişi incelemelerinde, ölenlere veya sakat kalanlara ilişkin tazminatlar yüksek çıkmaya başladı -buna ilişkin karar okumuştuk zannediyorum sizle- yeni bir hesap tarzı çıktı ortaya; tazminatı hesaplarken bilirkişiler, ortalama ömür süresi, sosyal durumu, aylık kazancı filan çarparak bir tazminat çıkartıyor. Eskiden böyle 10 bin, 20 bin gibi tazminatlar çıkarken, şimdi milyon tazminatlar çıkıyor; bir milyon sekiz yüz bin, bir milyon iki yüz bin.

Dolayısıyla tazminat miktarı artabiliyor, fakat bunu siz ne avukat olarak ne de davacı olarak kestiremiyorsunuz. Zararınızın büyük olduğunu ortaya çıkartabiliyorsunuz, değerlendirebiliyorsunuz ama bunun boyutunu belirlemekle ilgili bir problem var. Bunu yapabilmek için de olması gereken şey; önce sembolik bir rakamla dava açmak, ondan sonra zararın tespiti, sonrasında da davanızı ıslah edip talebiniz doğrultusunda mahkemenin lehinize tazminat vereceğini düşünmek. Dolayısıyla bilirkişi ne belirlemişse bilirkişiye bir itiraz vs. gibi şeyler olmazsa kuruşu kuruşuna adeta aynı şeyi talep ettiğinizde kazanmış oluyorsunuz.

Buna mahkemeye ödenen harcı bakımından da önem veriliyor ve dolayısıyla ıslaha ilişkin hususlar bunlar. Eskiden ıslah olmadığı için bir problem gündeme geliyordu. Üstelik bu problemi Yargıtay çözdüğü halde Danıştay çözemiyordu. Daha önce belki bahsetmişimdir; bir uçak kazası dolayısıyla en büyük problem ortaya çıktı. Uçak kazasında sigorta şirketi bir para ödemiş uçağın tamiri nedeniyle, pistten çıkmış uçak, on milyon kadar bir zarar oluşmuş, sigorta şirketi ödemiş. Sonuçta, pistte gerekli bakımı yapmadığı, uçakların kayıp zarar görmesine engel olacak sistemler geliştirmediği vs. için idarenin sorumlu olduğu düşünülmüş dolayısıyla sigorta şirketi idareye karşı dava açmış fakat idari yargı dolar üzerinden müddeabih kabul etmediği için Türk lirasına çevirmiş. Sonuçta da Türk lirasına çevirdiği davayı kazandığında Türk lirası, on milyon dolar alamaz duruma düşmüş enflasyon dolayısıyla. Faizle karşılanamayan zararlar vs. gibi munzam zararlardan dava açsa idari yargıda dava süresi geçmiş, on milyon dolar karşılığı Türk lirası denmesini de kabul etmemiş, dilekçe ret kararı vermiş, mutlaka bir Türk lirası yaz demiş. Dolayısıyla Yargıtay ile Danıştay'ın uygulama farkı sıkıntı oluyordu. Yargıtay bunu kabul ediyordu, yani yabancı para cinsinden hükmetmiyor ama yabancı para cinsinin karşılığı Türk lirası şeklindeki bir müddeabihi kabul ediyordu ve bunu bir ıslah olarak görmüyordu, altın üzerinden vs. İdari yargı kabul etmeyince ıslah iyice bir gereksinim haline geldi ve şöyle bir düzenleme oldu;

İYUK 16. maddede⁶ ıslahla ilgili olarak, dilekçe teatisine ilişkin madde bu; davanın dilekçesini ona göndereceksin, o karşı cevabı verecek, ikinci dilekçe ona tebliğ edilecek, bunları yapıyor. Sonra 4. bentte, *“Taraflar, sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemezler.”* Bu maddenin ilk halindeki şey, eklenen cümle şu ıslah ile ilgili 2013'te; *“(Ek cümle: 11/4/2013-6459/4 md.) Ancak, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilinceye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere*

⁶ Tebliğat ve cevap verme:

Madde 16 – 1. Dava dilekçelerinin ve eklerinin birer örneği davalıya, davalının vereceği savunma davacıya tebliğ olunur.

2. Davacının ikinci dilekçesi davalıya, davalının vereceği ikinci savunma da davacıya tebliğ edilir. Buna karşı davacı cevap veremez. Ancak, davalının ikinci savunmasında, davacının cevaplandırmasını gerektiren hususlar bulunduğu, davanın görülmesi sırasında anlaşılırsa, davacıya cevap vermesi için bir süre verilir.

3. Taraflar, yapılacak tebliğlere karşı, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde cevap verebilirler. Bu süre, ancak haklı sebeplerin bulunması halinde, taraflardan birinin isteği üzerine görevli mahkeme kararı ile otuz günü geçmemek ve bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir. Sürenin geçmesinden sonra yapılan uzatma talepleri kabul edilmez.

4. Taraflar, sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemezler. **(Ek cümle: 11/4/2013-6459/4 md.)** Ancak, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilinceye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir ve miktar artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir. (...)

artırılabilir ve miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir.” Bakın kaç tane unsur var; tam yargı davasında olacak, miktar-süre ve diğer usul kuralları gözetilmeyecek. Kritik bir şey, nihai karar verilmeye kadar. “Nihai karar ne demek” problemi ortaya çıkacak; “harcı ödenmek suretiyle” ve “bir defaya mahsus olmak üzere” İki kritik şey burada tartışma doğuruyor; bir defaya mahsus olmak üzere tartışma doğuruyor, nihai karara kadar tartışma doğuruyor.

Nihai karar -nihai, son demek-, ilk derece mahkemesinin vereceği karar mı, yoksa istinafin, temyiz, kesin hüküm oluşturan kararı mı? Eğer ilk derece mahkemesinin kararına kadarsa, ilk derecede karar verdikten sonra siz temyizden dönen bir şeyde ıslah isteyemeyeceksiniz, temyiz aşamasında isteyemeyeceksiniz ve istinafta isteyemeyeceksiniz. Nihai karar, kesin hüküm anlamında bir nihai kararsa tüm sürecin sonuna kadar isteyebileceksiniz.

İkinci kritik şey de; “bir defaya mahsus olmak” meselesi. Bir defaya mahsus olmak demesindeki kasıt, bu alandaki belirsizliğin olmaması. İdare niçin cevap veriyor otuz gün içinde, yani bu kadar zararı yok vs. demek için. İdare de ıslah edilememesinden yana. Niçin; tazminat ağırlaşmasın diye. Ufak bir ihtimal olsa bile idare de ıslah isteyebilir; çünkü idari sözleşmelerden kaynaklanan davalarda, Türkiye’de pek örneği görülmüş değil, idare tek yanlış işlem yapmak yerine o idari davada sözleşmenin akit tarafına karşı tazminat isteyebilir; idare de tazminatını ıslah edebilir ama genellikle idareye karşı istenen bir şey bu tam yargı davalarında. Şöyle problem ortaya çıkıyor; mesela bir kişi grip hastalığı dolayısıyla kliniğe başvurduğunda ona antibiyotik iğnesi yapılmış. Antibiyotik iğnesinde de şöyle bir problem varmış daha önce hiç alerjisi olmayanlarda bile alerji başlayabilirmiş. Dolayısıyla kural olarak önce biraz iğneyi yapıp kızarıklık var mı diye baktıktan sonra bütün ilaç zerk edilirmiş. Bir anda vücut aniden alerjik reaksiyon gösteriyor ve hızla ölüme götüren bir şey. Hemen müdahale ediyorlar ancak bitkisel hayatta yaşar duruma geliyor, yani ne konuşuyor ne anlıyor sadece nefes alıp veriyor, bütün vücut bakıma muhtaç bir vaziyette. Bunun doğurduğu bir zarar var, bu zarar için işte idareye yönelik başvuruluyor, mahkeme uzun süren süreç sonunda tazminata hükmediyor. Tazminat, sekiz yüz küsur bin lira, bir kere ıslah da ediliyor. Önce ufak açıyor sonra bilirkişi sekiz yüz bin lira diyor, ıslah ediyor. Mahkeme bir kısmına hükmediyor, on bin lira kadarına da işte şöyledir böyledir diye hükmetmiyor. Bunun üzerine temyiz edildiğinde Danıştay diyor ki; “Ne sekiz yüz bin lirası, buna Türkiye yaşam standardının uygulanması lazım. Yeniden hesaplandığında en az bir milyon iki yüz bin lira olması lazım diyor tazminatın. Bir kere de ıslah etmiş, sekiz yüz bin lira demiş; şimdi mahkeme eksik hükmettin diye bozuyor. Kurallara baktığımızda ıslah edebilmesi artık mümkün değil. Dolayısıyla zarar bir milyon iki yüz bin lira olsa bile ıslah sonucunda istediği miktar sekiz yüz bin lira diye en fazla sekiz yüz bin liraya mı hükmedilebilir; yoksa bir kere ıslah iradesini kullandı diye bilirkişi ne miktara çıkartacaksa, bozmadan sonra ne miktar çıkacaksa o mu olur?

Şimdiki yaklaşım, ıslah edemez şeklinde. Benim yaklaşımım da şöyle; ıslah esasında miktara ilişkin olmaktan çok güncellemeye ilişkin bir iradeyi gösteriyor. Dolayısıyla burada feragate ilişkin kararda ne diyordu; “iki aynı davayı açmış kişi burada feragat ederken esasında derdestlik olmasın diye birisinden feragat ediyor yoksa hakkından vazgeçme sayılamaz” diye iradeye anlam veriyor. Burada da demek lazım ki, “Bilirkişinin belirlediği en üst rakamı

güncelleme şeklinde irade kullanmıştır. Temyizden sonra bilirkişi, temyizi bozma sebebini dikkate alarak daha yüksek bir miktar gösterdiğinde esasında ıslah iradesi bunu da içerir. Dolayısıyla ek harcı almak suretiyle buna hükmedilebilir. Tekrar tekrar miktar belirlemeye gerek yok. Buradaki kasıt bilirkişinin belirlediği miktara davanın konusunu getirmektir.” Mesela bu yorumlardan birisi olabilir.

İkinci yorum şöyle olabilir; “Her bir aşama ayrı davadır, her bir aşamada bir kerede istenir anlamındadır bu. Nihai karar, yani ilk derece mahkemesi kararı verinceye kadar ıslah istedi karar verildi; Danıştay’a gidip bozulup geldiği zaman bu ikinci bir defa isteme olayıdır. Yani ilk bir karar verinceye kadar bir defa istenir demek bu; bozmadan sonra geldiğinde tekrar bir defa isteyebilir. Bir daha bozulup gelse tekrar bir defa isteyebilir.” Dolayısıyla buradaki bir defa, o anlamda bir defadır. Bunu kıyaslayacağımız Danıştay’ın bir de içtihadı var. Danıştay’ın kıyaslanacak şeyi şu; “bir defa karar düzeltme istenir” diyordu. Karar düzeltme şimdi kalktı. Bir davada ancak bir defa karar düzeltme istenir. Onun üzerine şöyle bir problem çıktı ortaya; mesela ilgili davayı açıyor, lehine karar çıkıyor, iptal kararı alıyor. İdare, temyiz ediyor; Danıştay da lehine onuyor, iş bitti diye düşünüyorsunuz. İdare karar düzeltme istiyor, karar düzeltmede bu sefer bozuyor. Bir anda sürprizle karşılaştınız, “bir defa istenir” dendiği için de bir anda karşınıza bozma çıktı veya tersi oldu; “Ee ben isteyemeyecek miyim? **Bir defa istenir dendiği zaman bunu bir defa taraflardan herhangi birisi mi ister, yoksa taraflar mı birer kere ister?**” Danıştay zorladı ve dedi ki; “Bir defa istenir”den kasıt, bir tarafın istemesidir. Dolayısıyla idare karar düzeltme istedi ve talebi doğrultusunda karar çıktıysa, o davada diğer taraf da karar düzeltme isteyebilir.” Yani karar düzeltmenin karar düzeltmesi. Sonra pişman oldu, bundan da döndü ama buradaki ‘bir’i böyle yorumladı; her bir taraf için ‘bir’. Mesela ben de olsam bu ‘bir’i şöyle yorumlardım; ‘bir’ her bir ilk derece incelemesi için bir. İlk birinci derece incelemede istedi, bozulup geldikten sonra bu artık ilk derece yargılamanın ilk defa yapılanı değil; bozmadan sonra usuli müstesna hakların olduğu, yargılama kurallarının farklı işlediği yeni bir yargılama süreci. Burada da bir defa istenir dolayısıyla güncelleyebilir, sorun bitebilir. Davacı lehine ve gerçek zararın ödenmesine yönelik böyle bir imkanı kanunun düzenlemesindeki eksiklikler nedeniyle hala sorunu çözemez hale getirmiş durumda sistem. Bu ‘bir defa istenir’i böyle yorumluyor; ‘nihai kararı’ yargılama bitinceye kadar diye yorumluyor. Halbuki bu farklı yorumlarla aşılabilecek bir husustu. Burada da işte Anayasa Mahkemesi veyahut Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gidecek, hak ihlali kararı verilecek de ancak o zaman dönebilecek bir şey bu veya kanun koyucu, bu konuda yeterli birikim olursa, şikayetler gündeme gelirse bu ‘bir defa’yı değiştirecek ve diyecek ki; “Yargılama aşamasında herhangi bir sebeple yeni bir bilirkişi incelemesiyle veya yeni bir aşamada farklı bir miktar çıkması halinde karar düzeltmesi, ıslahı mümkündür.” Hatta belki diyecek ki ıslahtaki miktar güncellemesi ıslahın kendisi değil sadece bir görünümüdür, önemli olan ıslah iradesidir. Bir kere ıslah iradesi ortaya çıkmışsa her şekilde miktar değişimi yapabilir, harcını ödemek suretiyle, ortaya çıkan haklı verilere dayanarak ıslah bir kere talep edilmiştir. **Islah, miktar mıdır yoksa miktarı değiştirme iradesi midir?** Islaha, miktarı değiştirme iradesi anlamı verip, miktarın güncellenmesini farklı farklı ıslah talepleri olarak kabul etmeyip, ‘bir kere istenir’in kapsamında saymak. Bir kere istenir, iki üç kere güncellenebilir. Dolayısıyla mesele, bir kere ıslah iradesini ortaya koymak meselesi.

Bazen çünkü ıslah da etmeyebilir, o ne anlama gelir? Mesela sembolik olaraktır, bir lira tazminat istiyordur yani buradaki tazminat miktarı değil, idarenin bu konudaki hatalı davranışını tespit etmek amacım diye düşünüp ıslah iradesini kullanmayabilir. Danıştay, “ıslah iradem yok, ben böyle sembolik yapmak istiyorum”u kişinin iradesine bırakılabilir. Ama “bir kere güncellemek istiyorum” diyene de; “bir kere yaptın, bilirkişi kararı değiştiğinde olmaz” denilememeli. Bu dediğimiz örnekler bilirkişi itirazı üzerine birçok kere çıkabilecek olduğu için böyle bir anlam vermek lazım.

ISLAHA İLİŞKİN YARGI KARARLARI

1) “İslah müessesesinin işletilebilmesi için, davanın görülmesi sırasında davacının durumunda değişiklik yaratabilecek yeni hususların ortaya çıkması halinde, davacıya cevap vermesi için süre verilmesi gerektiği hakkında”⁷ Burada da kararda karşı tarafın cevap vermesine ilişkin bir husus var. “...davacının Çorum İl Sağlık Müdürlüğü emrinde fiilen çalışmadığı dönemde yoksun kaldığı döner sermaye tutarı ile Çorum İl Tarım Müdürlüğü emrinde çalıştığı dönemde aldığı döner sermaye tutarı arasındaki fark ara kararı ile sorulmuş, davalı İdarece ara kararına verilen cevapta iki tutar arasındaki farkın 27.707,61 TL olduğu bildirilmiştir.

Bunun üzerine Mahkeme, Danıştay Beşinci Dairesinin 10/06/2014 günlü, E:2011/274, K:2014/5021 sayılı kararının bozulan kısmına uyararak, davacının talebinin 10.000 TL olması nedeniyle ve talepten fazlasına hükmedilemeyeceği gerekçesiyle davacının Çorum İl Sağlık Müdürlüğü emrinde fiilen çalışmadığı dönemde yoksun kaldığı 10.000 TL maddi tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine hükmedilmiştir.

Davacı, ara kararının kendisine tebliğ edilmemesi nedeniyle döner sermaye farkının 27.707,61 TL olduğunu öğrenemediğini ve dava konusu müddeabihi ıslah yoluyla artırma hakkını kullanamadığı belirterek, verilen kararın hukuka aykırı olduğunu;...” söylemiş, bu da ilginç bir şey. “27 bin lira yoksun kaldığının farkına varamadığım için 10 bin lirayla gitti, ıslah edemedim.” diyor. “17 bin lira daha alacağım olacaktı, bozulmasını istemektedir.” diyor.

“...ıslah müessesesinin, idari yargıda da uygulanma imkanı getirilmiş; tam yargı davalarında, dava dilekçesinde belirtilen miktarın, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin artırılmasına olanak tanınmıştır. Anılan değişiklikte, ilgililerin uğramış olduğu maddi kaybın dava dilekçesinde göstermiş oldukları tutardan fazla olmasına rağmen, Mahkemelerce taleple bağlı kalınarak, istemden fazlasına hükmedilmemesi nedeniyle doğan hak kayıplarının giderilmesi amaçlanmıştır. Davacı vekili tarafından verilen ve 20/05/2015 tarihinde kayda giren temyiz dilekçesiyle, dava dilekçesinde 10.000,00 TL olarak bildirilen maddi tazminat isteminin ıslah yoluyla 27.707,61 TL'ye çıkarıldığı ve harcının tamamlandığını belirterek, artırılan maddi tazminat miktarı esas alınarak Mahkeme kararının bozulması istenilmektedir.” Ne dersiniz, hakkaniyet duygusu ne der size burada, ıslahı kabul edelim mi etmeyelim mi? “Ben ara kararı görseydim, yoksun kaldığım miktarın 27.707 lira olduğunu görseydim ıslah edip harcımı yatırıp bu tazminatı alacaktım. Bana bildirmediğiniz ben de ıslah

⁷ DANIŞTAY 5. DAİRE E. 2015/4089 K. 2015/8104 T. 20.10.2015.

edemedim.” diye temyiz ediyor. Kabul edilir mi? Adalet duygunuz neyi gerektiriyor? Yoksa ne yapalım bu nihai karar verilinceye kadar, ilk derece incelemenin sonuna kadar dolayısıyla yapmamışsın geçmiş olsun mu diyeceksiniz? Bakalım Mahkeme bir çözüm yolu bulmuş mu?

“...ara kararların taraflara tebliğ edilmesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte, davanın görülmesi sırasında davacının durumunda değişiklik yaratabilecek yeni hususların ortaya çıkması durumunda davacıya cevap vermesi için süre verilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, Mahkemece verilen ara karar sonucunda davacının yoksun kaldığı döner sermaye miktarının daha fazla olduğunun anlaşılması üzerine, davacının ıslah müessesesini işletebilmesi için ara kararının davacıya tebliğ edilerek davacının cevabı alındıktan sonra veya cevap süresi geçtikten sonra karar verilmesi gerekirken, bu usul uygulanmadan davacının dava dilekçesindeki talebi göz önünde bulundurularak karar verilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır.” Mahkeme bakın şöyle yapmış; ıslahın kanundaki düzenlenmesini farklılaştırmamak için ıslah müessesesi üzerinden giderek kararı bozmamış, başka bir müesseseden gitmiş. O da şu; çelişmeli yargı dedikleri husus; “Tarafların cevap vermesi gereken hususlar kanunen kendisine bildirilmesine dair bir usul kuralı olmasa bile, “bakalım buna ne diyeceksin” diye tarafa bildirilmesi lazım.” diyor. “Madem ki 27 bin lira diye bir rakamın çıktığı bir yazı var, bunu karşı tarafa bildirme yükümlülüğü normalde yok ama yeni bir durum ortaya çıkıyor. Söylediği 10 bin liradan daha büyük bir zararı olduğunu ortaya çıkartıyor. Ne diyeceksin diye bunu göndermen lazımdı” diyor. Dolayısıyla çelişmeli yargının gereği bir tarafın cevap vermesi; değerlendirmesi gereken şeyi kendisinin değerlendirmesine sunmadan ve buna cevap verme süresi geçmesini beklemeden, cevap vermesi üzerine veya süre geçtiği için cevap vermeyeceğinin anlaşılmasını beklemeden karara gitmen usule aykırıdır diyor. Esasında ıslahtaki bir aksaklığı, ıslah müessesesinin düzenlenişini bozmadan çözüyor, başka bir müessese üzerinden giderek, yargılama usulü üzerinden giderek. Çok başarılı bir çözüm yolu. ıslahın yeni oluşmakta olan hukuki rejimine girmiyor, tartışmalı bir alana girmiyor ama sonuçta da ıslah edebilmesine imkan verecek bir ilk derece yargılamaya dönüş imkanı getiriyor. Böylelikle usule aykırılık nedeniyle bozulacak, 27 bin liralık miktarı ilgiliye bildirecek, o da bildirilmesi üzerine “27 bin liraya ıslah ediyorum” diyecek, onun üzerine de mahkeme bu miktara karar veremeyecek. Dolayısıyla önemli bir yaklaşım.

Karşı oy, “...davalının ikinci savunması üzerine davacıya cevap süresi verilmesini gerektiren koşul, “davalının ikinci savunmasında davacının cevaplandırmasını gerektiren hususlar bulunması” halidir. Dava konusu uyuşmazlıkta bu koşul bulunmamaktadır. Keza, 2577 sayılı Kanun’da ara kararlarının taraflara tebliğini zorunlu kılan bir hüküm yoktur. Kararın bu haliyle incelenmesi gerekir. Bu nedenle, var olmayan bir usul hükmüne dayandırılan bozma kararına katılmıyoruz.” “Cevaplandırılması gereken hususlar bulunması halindedir”; dava konusu uyuşmazlıkta cevaplandırılacak bir hukuki uyuşmazlık yok miktar vardır. Miktarın da farkı ayrıca bildirilmesi gerekmez diyor. Esasında bu da mekanik bir hukuki yaklaşımı gösteriyor. Mekanik olarak, hukuki yenilik değildir bu maddi rakam meselesidir. Hukuki illiyette cevap verilir, maddi rakamda ne cevap verecek? Cevap vermeyecek ama bunu ıslah edebilecek, dolayısıyla karşı oyun isabetli olmadığını düşünüyorum.

2) “İslah olanağı olmaması nedeniyle tazminat istemi yüksek tutulan zor ve karmaşık davada, vekalet ücretinin nisbi değil maktu olarak belirlenmesi gerektiği hakkında”⁸ Bu da çok enteresan bir karar.

“Dava; davacılarından küçük ...'ın sol koluna uygulanan aşının usulüne uygun yapılmadığı ve bu durumun kolda gelişim bozukluğunun ortaya çıkmasına sebebiyet verdiği iddiasıyla uğranıldığı ileri sürülen 350.000 TL maddi ve 400.000 TL manevi zararın tazmini istemiyle açılmıştır.”

“İdare Mahkemesi'nce; hazırlanan bilirkişi raporu hükme esas alınarak davalı idarenin sorumlu tutulamayacağını anlaşıldığı gerekçesiyle davacıların tazminat talebi yerinde görülmeyle davanın reddine karar verilmiştir.” Bilirkişi raporu hükme esas alınarak idarenin sorumlu tutulamayacağını anlaşıldığı gerekçesi. *“İdare Mahkemesi, davanın reddi yanında reddolunan tazminat için nispi hesap yapılmak suretiyle 25.450 TL vekâlet ücretinin davacılarından alınarak davalı idareye verilmesine karar vermiştir.”* Bakın 350 bin lira yani 25 bin lira onda bir gibi değil mi neredeyse. Yüksek bir vekalet ücreti. Davayı kaybettiği gibi bir de üstüne para verme durumunda kalmış. Şimdi burada ne olacak? Bu önemli. Vekalet ücreti kısmına gelince yani gerçekten de idareyi sorumlu tutmuyor ama vekalet ücreti ne olacak?

“Davanın tümüyle reddi nedeniyle, talep edilen tazminat miktarı üzerinden nispi olarak hesaplanan 25.450 TL tutarındaki vekalet ücreti hesaplanmıştır. Vekalet ücreti olarak hükmedilen miktarın hak arama hürriyeti ve mahkemeye erişim hakkı bağlamında incelenmesi gerekmektedir.” Müthiş bir giriş. Vekalet ücreti bakımından hak arama hürriyeti. “Böyle bir yüksek vekalet ücreti olduğu zaman insanlar hakkını aramaktan sarfınazar ederler mi?” meselesi var. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 90. madde uluslararası anlaşmaların uygulanması, Anayasa'nın 148. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi... bir sürü metinden bahsediyor. “Bu tip değerlendirmeye baktığında farklı sonuçlar doğurabilir.” diyor.

“Açılan bir tam yargı davasında istenilen tazminatın miktarının, ancak bilirkişi incelemesi ve benzeri araştırmalardan sonra elde edilen verilere göre mahkemece takdir edildiği bilinmektedir. Tazminat davasının bu özelliği gereği, gerçekte hak edilen tazminat miktarının dava açılmadan önce davacılar tarafından tam olarak bilinmesi veya öngörülmesi mümkün değildir.” Dikkat ederseniz tazminata hak kazanmış olup olmamasını tartışmıyor. Hak kazandığı düşüncesiyle bir tazminat miktarı belirlerken bunu nasıl belirleyeceğim? İslahın olmadığı bir dönemde olabilecek en yüksek miktarı belirtmem gerekir ki bilirkişi lehime bir sonuç çıkartırsa, mahkeme de lehime hükmederse taleple bağılılık olduğu için zararımı tazmin edeyim.

“Talep miktarının sonradan düzeltilmesi (ıslah), tazminat davasının başındaki belirsizlik karşısında bir güvence oluşturabilecekse de, davanın açıldığı tarihte 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda böyle bir kuruma yer verilmemiştir. Dolayısıyla, hak kaybına uğramak istemeyen davacılar için, tazminat taleplerine dair miktarları yüksek tutmaktan başka seçenek bulunmamaktadır.” Müthiş yani böyle bakmak lazım sanki olaya,

⁸ DANIŞTAY 15. DAİRE E. 2013/5237 K. 2016/3596 T. 16.5.2016.

insanın adalet duygusunu tatmin ediyor, ne noktalara bakıyor. Avukat için iyi bir şey değil, avukat tabi 25 bin lira alacak iken şimdi alamayacak.

“Sonuç olarak, ıslah olanağı bulunmaması sebebiyle tazminat istemi yüksek tutulmak zorunda kalınan, gerçekte hak edilen tazminat miktarı kestirilemeyen, çözümü davanın her iki tarafı için de zor ve karmaşık olan böylesi bir dava sonucunda, reddedilen maddi tazminat miktarı üzerinden 25.450 TL tutarında nisbi vekalet ücretine hükmedilmesi, hak arama özgürlüğünü ve mahkemeye erişim hakkını kullanan davacının, kullandığı hak sebebiyle olağan dışı ağırlıkta bir mali yük altına girmesi sonucunu doğurmuştur. Böyle bir sonucun, hak arama özgürlüğüne ve mahkemeye erişim hakkına, olağan dışı bir kısıtlama getirdiği ortadadır.” Gayet etkileyici bir gerekçe, çok kısa, hiç işin hikaye kısmı yok, böyle vatan millet sakarya gibi süslü şeylere girmemiş. Çok net olarak gidiyor. “Ona olağandışı bir yük getiriliyor, zaten başta kestirilemediği için siz eğer vekalet ücretini, mahkeme masraflarını istismar edilmesin, gereksiz yere mahkemeler boş davalarla uğraştırılmasın, yüksek miktarlı davalarla uğraştırılmasın diye getiriyorsanız, bunun böyle bir sakıncayı koruyacak bir işi yok ki; bu zaten baştan kestiremezdi, baştan belirleyemezdi zaten haklı olup olmadığını baştan her iki taraf da kestiremez. Yani şimdi idare lehine verildi ama idarenin aleyhine de verilebilirdi. Miktar da çok yüksek olabilirdi. Sonuçta sol kolu gitmiş, kendi kabahati mi değil mi buna ilişkin çeşitli unsurlar kendi kabahati olup olmadığına dair çıkıyor. Özellikle, elektrik telleri nedeniyle yüksek gerilim hatlarına kapılma nedeniyle, oyun oynama nedeniyle, kaçak elektrik çekme nedeniyle. Mesela kaçak elektrik çekmiş, çocuğu o sırada kaçak elektrik çeken hatta kapılıyor; bu, kendi kusurudur, zarar görenin yakınlarının kusurudur, üçüncü kişinin kusurudur vs. gibi çeşitli problemler ortaya geliyor. Öyle midir yoksa idare kişiyi kendi kusurundan bile koruyup kaçağa zamanında müdahale etseydi, buna engel olsaydı bu kazaya sebebiyet verilmezdi. İdarenin ihmalinden mi kaynaklanmıştır, idareye yüklenecek mi yoksa kişinin üzerinde mi bırakılacak?” Baştan kestirmek zor böyle olaylarda. Dolayısıyla bunda ister istemez böyle açacaktır diyor.

“Bu durumda reddedilen maddi ve manevi tazminat için ayrı ayrı ve maktu olmak üzere vekalet ücretine hükmedilmesi gerekecektir.” Kanunda olmayan bir şeyi gayet net ve ikna edici gerekçelerle ortaya koyuyor ve yargılama usulü gibi kanuna bağlı olan bir alanda adalet duygusunu gerçekleştirebilecek istisna getiriyor. Zaten Carl Schmitt’in de ortaya koyduğu mesele şu; şimdi hep deniliyor ya “büyük sayılarda, bilgisayarlar çok daha isabetli kararlar veriyor” diye; esas mesele, kanunun düzenlemesine uygun kararın hukuka aykırı olabileceğini hissedip, onu bağlantıları koparmadan, yani kendi sayılamayacak bir şekilde istisna getirebilmek. Carl Schmitt; “Gerçek güç, istisna getirendedir.” diyor; kural koyanda değil, istisna getiren. Kural koyma esasında gerçek gücü göstermez, istisna getirmek gerçek gücü gösterir. Niçin; çünkü istisna öyle getireceksin ki keyfi olmayacak, kabul edilebilir kavram bağlantıları koyacaksın ve bütündeki yapıyı bozmayacak. O zaman kural koyandan daha büyük bir güç gösteriyorsun. Böyle hukukun ve bilimlerin bütüncüllüğü içinde; şöyle bir istisna değil; “Karar veren ben değil miyim, uysa da verdim, uymasa da verdim, ona tazminat hükmedilemez, avukatlık ücreti hükmedilemez.” Bu gerçek güç değil; bu keyfilik ve karar tutmaz. Ama öyle bağlantılar kuruyor ki bu bağlantılar sayesinde, bu kuralı ihlal etmeyen, tam tersine geliştiren ve adaletsizliğine engel olan bir boyutu oluyor. Dolayısıyla istisna, istisna olarak değil, kuralın

tabii, adilleştirici, meşrulaştırıcı bir bütünlüğünü oluşturuyor. Zaten yapıdaki temel problem de bu.

O yüzden hukukla ilgili şeylerde gerçek mesele şu noktaya ilişkin belirlemede; şimdi bunu bir keyfilik olarak yapmamanın ölçütü şu, idare hukuku içinde bunu çeşitli kavramlarla bütüne bağlıyorsunuz. İdare hukukunun da içinde yer aldığı hukukta, hukukun diğer alanlarında bağlantıları kuruyorsunuz. Hukukun da içinde yer aldığı sosyal bilimlerde bağlantılarını kuruyorsunuz. Sosyal bilimlerin de içinde yer aldığı bilimdeki bağlantılarını kuruyorsunuz. Dolayısıyla tıpkı beyindeki nöronların bir network oluşturması, hepsinin birbirine bağlı olması gibi böylelikle bütüncüllüğü sağlıyorsunuz ve arada sırtıtmıyor. Arada böyle kopuk dışarıdan getirilmiş zorla konulmuş kanserli bir hücre görünümü yok. Çeşitlendirerek kuvvetlendiriyorsunuz. Dolayısıyla esasında bir bütünlüğü parçalarına bölerek hassaslaştırmış daha ayrıntıyı idrak eden ama o ayrıntıyı da bütünden koparmayan, bütünle bağlantılarını kuran bir hale getirmiş oluyorsunuz. Bu yüzden de çeşitli bilimlerin kavramlarının kullanılmasına ihtiyaç var. Sadece hukukun değil. O yüzden mesela idare hukukunda, yargılama hukukunda bir kavramı kullandığınız zaman, “ıslah” dediğiniz zaman, bunun diğer yargılama hukukunun dallarındaki ıslahla da bütünlüğünü kurmanız lazım. Yargılama hukuku dallarındaki bütünlüğü kurmak yetmez, genel olarak maddi hukuktaki kavramlarla bütünlüğü kurmanız lazım. Yani bunu gerçekleştirmek lazım.

Bu mesela tıpla örnekleme yapılsa şöyle bir problem var; beynin bir kısmı hasar görüyor. Beynin hasar gören kısmı felç veya anevrizma nedeniyle eğer bütünüyle bağlantılarını koparmamışsa, o hastalığı aşıyor; yani konuşma bölgeniz kanama nedeniyle zarar görmüş konuşamıyorsunuz ama bütünlük kopmamışsa üzerinden atlıyor bağlantı ve sizi tekrar konuşmanın içine çekecek şeyi kuruyor. Hatta ilginç bir şey var, yapılan araştırmalara göre beyin ameliyatı olacak bir kimseye ayrıntılı bir biçimde ameliyatın ne olacağı, riskin ne olacağı, hangi duyu organlarının zarar görebileceği anlatılırsa beyin tedbirini alıyormuş ve ameliyattan önce zarar görebilecek bölümleri bypass yapabilecek bağlantıları kurabiliyormuş. O bölüm tamamen zarar görse bile, mesela konuşma bölümü tamamen zarar görse de ameliyattan sonra konuşuyormuş, yani doktor ayrıntılı bir biçimde nasıl olacağını ikna etmişse, ameliyat öncesi o bölümün bypassını yapıyor veya böyle bir şey olmamış sonradan zarar gördüğünde atlamalar yapmaya çalışıyor; yani onu nasıl atlayacağına ilişkin bilim çalışıyor. Ortadaki karanlık kesik noktayı nasıl atlayıp bağlantı kuracak; bütün mesele işte o bir noktayı sağlamak, yani o çoğaltılmış olan bir şeyi bir nokta haline tekrar getirebilmek. Eğer hukuk eğitiminde böyle bütüncül eğitim verilmiyorsa, yargılama usulünde bütüncül eğitim verilmiyorsa, öğrenilen birbirinden kopuk her bilgi esasında kavramı kolaylaştırmak yerine uzaklaştırmaya çalışıyor. Yani diyelim ki “ben medeni usulcü değilim, onu anlamam”; “ben medeni hukukçu değilim onu anlamam”; “ben bundan sonra idare hukuku çalışmayacağım zaten, beni geçirin medeni hukuk, ticari hukuk davaları yapacağım”; böyle yaptığınız zaman işte o bütüncüllük kurulamıyor, esasında uzmanlaşarak bütünden kopuyorsunuz. Bütünden koptuğunuz için de esasında o uzmanlaşma zararlı sonuç doğuran bir uzmanlaşma oluyor. Bütün mesele bütüncüllüğü sağlayabilmek, bütünlüğü sağlayabilmek.

Şimdi ben de bir felsefe profesörünün röportajını okuduktan sonra öyle yapıyorum. Her sene önem verdiği metinleri tekrar okuyormuş, her sene okuduğunda da yeni şeyler anlıyormuş

okuduğu şeylerden. “Metin değişmiyor ama ben değişiyorum.” diyor. Mesela bugün Nurullah Kunter’in -internetten de alabilirsiniz- son ders konuşmasını okudum, bunu anlatıyor. İşte bu bütüncüllükten bahsediyor farklı bir biçimde, ne kadar kavramların önemli olduğundan bahsediyor. Mesela “mecburi” ile “zaruri”nin birbiriyle aynı şey olmadığını, bunun zorunlu olarak karşılanamayacağını, bunun hukuktaki ne gibi bir farkı oluşturacağına ilişkin bölümü var. Bu 1981’de yapılmış bir şey, “benim son ders konuşmamdır” diyor; “şu kadar yıldır son dersteki son konuşmamda anladığım şeyi size söyleyeyim” diyor. Bir emek mahsulü olduğu için, bir düşünce mahsulü olduğu için her okunuşta yeni bir şey anlaşılıyor.

Esasında bu bütünlüğü tıptaki, mühendislikteki, biyolojideki, fizikteki, kimyadaki, medeni hukuktaki, yargılama hukukundaki kavramlarla, yani sırf bu ıslahı bile, idari yargılama usulü müessesesi olarak değil, yargılama hukukunun bir dalı olarak, idari yargılama usulünün bir müessesesi olarak baktığınızda bütünlüğünün içine koyuyorsunuz. Bunu da hukukun içine koymak lazım; hukuku da diğer bilimlerin içine koymak lazım. Ne kadar bunu götürebiliyorsanız. O yüzden mesela yeni hukuk okuyanlar bunu idrak ediyorlar, bir noktada anlayamıyorsa esasında çalışmamaktan değil genel kültürün eksik olmasından anlayamıyor. Hatta bazıları bir kitap listesi yapıyor, bazı hocalar böyle kitap listesi veriyor. Kitap listesiyle, hap diye olacak bir şey değil ama anlayamadığını, işin içinden çıkamadığını, sezgiyle sebebini buluyor. Bunun sebebi benim edebiyat bilgimin eksikliği, felsefe bilgimin eksikliği, mantık bilgimin eksikliği diye adını koyuyor. Ne kadar uzak bağlantı ama bunu anlayabilmek için buradan gitmek lazım. Buradan gitmediği takdirde bir önceki kararı çıkartamaz, bu karardaki kadar sağlam yazamaz. Yani bu karardaki sağlam yazıya baktığınızda fazladan bir şey yok, işin hikâye kısmı yok, sağlam bir biçimde bağlantıları kuruyor. İstisnayı “uysa da yaptım uymasa da yaptım” dememek için öyle konumlandırıyor ki, bu istisna esasında bütünün zenginleştirici bir geneli oluyor. Dolayısıyla istisna değil geneli çeşitlendirmiş oluyor, böylelikle bütünlüğü bozmuyor. Gelişme evreleri geliştireyim derken bağlantıları kopartmıyor, hücreyi normal büyüyen bir hücre haline getiriyor, kanserli bir hücre olmaktan çıkartıyor. Kanserli hücre de büyüyor, gerçekten sağlıklı büyüyen hücre de büyüyor; dolayısıyla büyüme kanserli mi değil mi bunu anlayabilmek için bu bağlantılara bakmak lazım.

AÇIKLAMA VE YANLIŞLIKLARIN DÜZELTİLMESİ¹

Bugün açıklama ve yanlışlıkların giderilmesine ilişkin maddeleri göreceğiz; İYUK 29 ve 30. maddeler². 29. madde “Açıklama” başlığını taşıyor, eski dilde “tavzih”. Danıştay’ın eski tarihli bir kararında, “kararda ipham ve tenakuzun mevcudiyeti halinde mümkün olabilir” diyor. “İpham”, belirsizlik; “tenakuz”, çelişki. Dolayısıyla kararın açıklanması isteğiyle amaçlanan husus; kararın belirsiz ve açık olmayan taraflarını veya birbirine aykırı görünen iki hüküm fıkralarını ortadan kaldırarak, gerçek anlamını meydana çıkarmak suretiyle yerine getirilmesini kolaylaştırmak diyoruz. Dolayısıyla da kararın gerçek anlamından başka türlü yorumlanması, anlamının değiştirilmesi önlenmiş oluyor. O bakımdan da özellikle idari yargı kararının uygulanmasını gereği gibi yapabilmek bakımından, idareye yol gösterebilmek veya davacının davadan beklentisini sağlayabilmek, açığa kavuşturabilmek açısından önem arz ediyor. Ama özellikle vurgulayalım, açıklama yoluyla daha önce verilen bir kararın değiştirilmesi olanağı söz konusu değil. Karardaki hüküm fıkralarının birbiriyle çelişkisini ortadan kaldırmak ve yeri geldiğinde belirsizliği gidermek amacıyla gündeme getirilmiş bir müessese “açıklama”. Bakın, nasıl düzenlenmiş Kanunda; “Madde 29 – 1. Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar yeterince açık değilse yahut birbirine aykırı hüküm fıkralarını taşıyorsa, taraflardan her biri kararın açıklanmasını veya aykırılığın giderilmesini isteyebilir.” Demek ki iki durumda gündeme gelebilir, “yeterince açık olmadığı durumda veyahut da birbirine aykırı hüküm fıkralarını taşıyorsa, yani çelişki ve belirsizlik durumlarında taraflardan her biri kararın açıklanmasını veya aykırılığın giderilmesini isteyebilir” demiş.

“2. Açıklama dilekçeleri karşı taraf sayısından bir nüsha fazla verilir.” Bu aynı dava dilekçesindeki gibi. Dava dilekçesinde de biliyorsunuz aynı kural söz konusu. “3. Kararı vermiş olan daire veya mahkeme işi inceler ve gerek görürse dilekçenin bir örneğini, belirleyeceği süre içinde cevap vermek üzere, karşı tarafa tebliğ eder” “Gerek görürse”, demek ki gerek görmezse karşı tarafa dilekçenin bir örneğini tebliğ etmesine ve onun bu konudaki

¹ 2018-2019 öğretim yılında Dr. Öğr. Üyesi Cenk Şahin tarafından dördüncü sınıf ikinci öğretim öğrencilerine verilen 06.03.2019 tarihli İdari Yargılama Hukuku dersi ses kayıtlarının yazıya aktarılmış halidir.

² Açıklama:

Madde 29 – 1. Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar yeterince açık değilse, yahut birbirine aykırı hüküm fıkralarını taşıyorsa, taraflardan her biri kararın açıklanmasını veya aykırılığın giderilmesini isteyebilir.

2. Açıklama dilekçeleri karşı taraf sayısından bir nüsha fazla verilir.

3. Kararı vermiş olan daire veya mahkeme işi inceler ve gerek görürse dilekçenin bir örneğini, belirleyeceği süre içinde cevap vermek üzere, karşı tarafa tebliğ eder, cevap iki nüsha olarak verilir. Bunlardan biri, açıklama veya aykırılığın kaldırılmasını isteyen tarafa gönderilir.

4. Görevli daire veya mahkemenin bu husustaki kararı, taraflara tebliğ olunur.

5. Açıklama veya aykırılığın kaldırılması, kararın yerine getirilmesine kadar istenebilir.

Yanlışlıkların düzeltilmesi:

Madde 30 – 1. İki tarafın adı ve soyadı ile sıfatı ve iddiaları sonucuna ilişkin yanlışlıklar ile hüküm fıkrasındaki hesap yanlışlıklarının düzeltilmesi de istenebilir.

2. 29 uncu maddenin son fıkrası dışında kalan hükümleri, bu istekler hakkında da uygulanır.

3. Yanlışlıkların düzeltilmesine karar verilirse, düzeltme ilamın altına yazılır.

değerlendirmelerini almasına veya cevabını almasına gerek yok. “Cevap iki nüsha olarak verilir. Bunlardan biri, açıklama veya aykırılığın kaldırılmasını isteyen tarafa gönderilir.” Dolayısıyla demek ki mahkeme eğer gerek görürse açıklamaya ilişkin talebi gönderecek ve bu yönde diğer tarafın cevabını almak durumunda.

“4. Görevli daire veya mahkemenin bu husustaki kararı, taraflara tebliğ olunur.” Dolayısıyla açıklamanın uygun görülüp görülmediği ve ne üzerine yapıldıysa o metin. Son hüküm de “5. Açıklama veya aykırılığın kaldırılması, kararın yerine getirilmesine kadar istenebilir.” Dolayısıyla açıklamaya ilişkin kararın verilebilmesi açısından bir süre sınırlaması da söz konusu. Demek ki açıklama veya aykırılığın kaldırılması, kararın yerine getirilmesine kadar talep edilebiliyor. Karar yerine getirildikten sonra, uygulandıktan sonra kararı veren mahkemeden açıklama talebinde bulunmak mümkün değil.

Yeri gelmişken yanlışlıkların düzeltilmesine bakalım. “Madde 30 – 1. İki tarafın adı ve soyadı ile sıfatı ve iddiaları sonucuna ilişkin yanlışlıklar ile hüküm fıkrasındaki hesap yanlışlıklarının düzeltilmesi de istenebilir. 2. 29 uncu maddenin son fıkrası dışında kalan hükümleri, bu istekler hakkında da uygulanır.” 29 uncu maddenin son fıkrası, süre meselesiydi, yani kararın yerine getirilmesine kadar istenebiliyordu. Halbuki demek ki yanlışlıkların giderilmesinde aynı nitelikte bir süre sınırlaması söz konusu değil. 30.maddenin bu hükmünde her zaman yanlışlıkların giderilmesinin talep edilmesinin mümkün olduğunu anlıyoruz.

Burada dikkat edilmesi gereken birtakım hususlar var. **Yanlışlığın düzeltilmesi isteğinin kabulü durumunda buna dair karar nasıl verilecek?** Esas kararın taraflardan getirilecek nüshalarıyla karar dosyasına ve dava dosyasına olan asılların altına yanlışlık yazılıyor. Demek ki yanlışlığın giderilmesi söz konusu olduğunda taraflardan istiyoruz kararları. Dava dosyasında ve karar dosyasında verilen kararları alıyor mahkeme ve o kararların altına ilgili düzeltim metnini yazıyor. Açıklama bakımındansa, neticede ayrı bir karar ama dikkat edin o ayrı kararın esas ve karar numarası açıklanan kararla aynı. Yalnızca tarihi değişik olmuş olacak. Bu çerçevede dikkat edeceğimiz önemli hususlardan bir tanesi de, açıklama ve yanlışlığın düzeltilmesine dair kararlar esas kararların hüküm fıkrasını değiştiremezler, yeni bir hüküm kuramazlar. Dolayısıyla mahkemeye esaslı bir yanlışlığı, davanın esasına ilişkin bir yanlışlığı düzeltme imkânı tanımıyor. Dolayısıyla esası veren mahkeme, bu yöndeki açıklama veya yanlışlığın düzeltilmesi talebini fırsat bilerek karara bağlamayı unuttuğu işlemler hakkında karar veremiyor. Yapmış olduğu esasa ilişkin hukuka aykırılıkları, yargılama usulüne ilişkin hukuka aykırılıklarını gidermeye girişemez. Bu yöndeki taleplerin kabulü mümkün değil. Çünkü bu nitelikteki yanlışlıkların, hataların, hukuka aykırılıkların ancak kanun yolları söz konusuysa ancak o durumlarda, o kanun yollarından çıkacak bir karar çerçevesinde giderilmesi mümkün olabilir. İstinafta yeri geldiğinde Bölge İdare Mahkemesince kendiliğinden veyahut da temyizde bir bozma kararı üzerine düzeltilmesi gerekecektir. Ki bu kararlar, açıklama ve yanlışlığın düzeltilmesi kararları, nihai kararlar değil; dolayısıyla temyiz ve itiraz başvurusuna konu edilemezler. Bir nevi ara karar niteliğinde değerlendirmek gerekir. Ama şayet açıklama yoluyla daha önce verilen bir kararın değiştirilmesi mümkün bulunmamasına rağmen eğer öyle bir açıklama ve yanlışlığın düzeltilmesi kararı verilmiş ve bu aslında söz konusu kararın değiştirilmesi anlamına geliyorsa, böyle bir sonuç doğuruyorsa bunlar ayrı olarak kanun yollarına konu edilebilir. Dolayısıyla bu gibi durumlarda demek ki bu

açıklama, şayet aslında yapılmaması gerektiği halde kararın değiştirilmesi anlamına geliyorsa sırf bu sebeple, ayrı olarak kanun yolu başvurusuna konu edilecektir. Ama böyle bir durumda bu kanun yolu başvurusu, kararın esasına ilişkin kanun yolu başvurusundan ayrı olarak sınırlı bir incelemeyle söz konusu olacak. Açıklamayla veya yanlışlıkların düzeltilmesiyle kararın değiştirilmesi durumunu ortaya koymak ve mahkemeden de, daha doğrusu kanun yolunu tatbik eden merciden de bu durumu tespit edip, bu nedenle bozma veya kaldırma kararı vermesini talep edeceğiz.

Açıklama, ancak kararı veren mahkemeden istenebilir. Biraz önce de söylemiştim tekrar hatırlatayım; açıklama, kararın yerine getirilmesine kadar istenebilir. Buna karşılık yanlışlıkların düzeltilmesinde bu tür bir süre sınırlaması söz konusu değil. Bu gibi talepler, yani açıklama talebinde bulunulmuş olması veya yanlışlıkların giderilmesi talebinde bulunulmuş olması kanun yolu süresini durdurmaz. Dolayısıyla, karar tebliğ edildi, kanun yolu süresi başladı, bu arada bir açıklama talebi var veya yanlışlıkların giderilmesi talebi var. Sırf bu taleplerin yapılmış olması kanun yolu süresinin durmasını sağlamaz. O bakımdan da süre işler, akılda tutmak gerekir.

1)“Yargı kararının nasıl uygulanacağına ilişkin açıklama isteminde bulunulamayacağı hakkında”³ Öyle bir açıklama talebinde bulunulmuş ki idare karar verildikten sonra bu kararın nasıl uygulanacağını sormuş açıklama talebinde. Şimdi dikkat edin burada önemli bir nüans var. Açıklama yargı kararlarını nasıl uygulanacağını gösterebilmek bakımından son derece önemli. Ama açıklama talebinde bulunurken bu kararın nasıl uygulanması gerektiğini sorma hakkımız söz konusu değil. Eğer hakikaten bir belirsizlik veya çelişki varsa hüküm fıkralarında, bunun giderilmesini isteyeceksiniz. Dolayısıyla bu giderildikten sonra yargı kararının nasıl uygulanması gerektiği noktasında gereğini idare yapacak, yeri geldiğinde birtakım takdir yetkisi de söz konusu olabilir. Dolayısıyla mahkeme diyor ki; “Benden yargı kararını nasıl uygulayacağını yazmamı isteme. Eğer bir açıklamaya muhtaç bir durum varsa açıklayayım, gidereyim o belirsizliği veya tenakuzu; ama sana yargı kararını nasıl uygulayacağını dikte etmem. Böyle bir müessese söz konusu değil.” Bunu vurgulamaya çalışıyor ve bu nitelikte yapılan başvuruların kabul edilemeyeceği açık. Açıklama kararına binaen nasıl uygulanması gerektiğinin takdir ve tespiti kendisindedir.

Böyle bir karar var diye açıklamanın fonksiyonunu gözden çıkarmamak lazım. Gerçekten de yargı kararının uygulanmasında gereksiz birtakım tereddütlere yol açacaksa veya mahkemenin verdiği karar doğrultusunda değil de başka türlü bir uygulama gündeme getirilecekse, o zaman mutlaka açıklama talebinde bulunmak gerekli, bunu akıldan çıkarmamak lazım. Bunu nasıl yapacağımızı bilebilmek önemli.

Bir yokluk bahsinde zamanında, yıllar önce bir akademisyen gelmişti ve “bana bir disiplin cezası verdiler” dedi. Sözlü olarak uyarılmasına diye yazılı bir disiplin cezası. Böyle bir disiplin cezası türü, düzenlemesi herhangi bir disiplin mevzuatında daha doğrusu disiplin kanunu ve yönetmeliğinde söz konusu değil. Davasını açtı ve mahkeme dedi ki; “Böyle bir disiplin cezası mevzuatta herhangi bir şekilde öngörülmemiştir. Dolayısıyla da ortada idari

³ İDDK., E. 2016/675 K. 2016/507 T. 2.3.2016.

davaya konu edilecek bir işlem yoktur.” Bu ne anlama geliyor? Yokluk anlamına mı geliyor? Gittiği verdi idareye -çünkü dosyasında duruyor bu- “Kaldır, ben dava açtım.” dedi. İdare de, “sen reddedilmişsin bu davadan, dolayısıyla da ben hiçbir şey yapmam, kaybetmişsin” dedi. Dolayısıyla böyle bir durumda ne yapması lazım? Yargı yerlerinin işte olabildiğince geniş yorumlayarak maddeyi, yardım etmesi gerekir. Bizim ona tavsiyemiz, bu kararın nasıl uygulanacağı değil, ne anlama geldiğini sormak. Böyle bir durumda her ne kadar maddi hükümde yokluk demese bile, o zaman açıklamada pekala böyle bir işlemin var olamayacağı, yokluk anlamına geldiği sebebiyle ben davayı reddettim” diye bir açıklama yapabilmesi mümkün ve hukuk devletinin tesisi açısından da gerekli. Hakikaten mahkeme de verdi ne anlamına geldiğini, o zaman tabi idare bunu uygulamaktan imtina edemedi. O yüzden demek ki kimi hallerde hakikaten önem taşıyor bu açıklama ve gereğinde yanlışlıkların düzeltilmesi müessesesi.

Aslında basiretli bir idare bakımından yeri geldiğinde bu açıklık olmadığı pekala anlaşılabilir bir durum. Ama madem ki anlayamıyorlar idareler ve uygulamaktan imtina ediyorlar pekala işte yardım talebinde bulunabilirsiniz. Şunu diyebilir; “Haklısın, ben zaten kararı verdim. Burada bir belirsizlik söz konusu değil ama idare de tam tersini uyguluyor, dolayısıyla demek ki idarenin uygulaması durumunda bir belirsizlik olduğu vakıa olarak ortada.” Böyle bir açıklamanın hüküm fıkrasını değiştirme mahiyetinde sonucu yok. Yani mümkün mertebe hüküm fıkrasını değiştirecek mahiyette olmamasını akılda tutarak, açıklığa kavuşturulması doğru ve yerinde olur. Ama dediğim gibi gerekçeler özellikle tatmin edici bir şekilde yazılsa zaten bu belirsizliğe veya tereddütlere gerek kalmayacak.

DAVAYA MÜDAHALE VE DAVANIN İHBARI

Şimdi gelelim davanın ihbarı ve davaya müdahale konularına. İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesi var, davanın ihbarı ve davaya müdahale bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanununa atıfta bulunuyor. Dolayısıyla demek ki davanın ihbarı ve davaya müdahalede temel referansımız Hukuk Muhakemeleri Kanunu. Ama sizler artık biliyorsunuz ki idari yargı İYUK 31. maddeyi uygulamasında mutlak bir şekilde gönderme yapılan maddeleri her durumda uygulama yoluna gitmiyor. Çünkü, haklı olarak tabi bir yerde bunu yapıyor. Diyor ki idari yargılamaya ilişkin birtakım yargılama usulü ilkeleri, medeni yargılama usulünü düzenleyen kurallardan, ilke ve esaslardan farklı. En başta ne söz konusu; re’sen inceleme. Re’sen inceleme yetkisi olması, özellikle iptal davalarının objektif niteliği söz konusu. Dolayısıyla da “Ben bu gönderme kapsamında HMK’daki kuralları uygulayım ama idari yargının bünyesine uygun olduğu ölçüde uygulayım. Sözünü ettiğimiz o idari yargılamaya ilişkin ilke ve esasların el verdiği ölçüde uygulayım.” şeklinde bir yönelimi var. Bunu belirli bir zaman, özellikle genişlettiği zaman bu yönelimi eleştirenler de söz konusu. “Orada sana gönderme yapılmış, niçin farklılaştırıyorsun” diye. Ama idari yargı bakımından açıkçası bu bir zaruret hali gibi duruyor ve dolayısıyla da her ne kadar burada bu yönde bir hüküm olmasa bile 31. Maddede, “gönderme yapılan kurallar, idari yargının ilke ve esaslarına, bünyesine uygun ölçüde uygulanır” diye bir ibare görmesek bile mündemiç olarak kabul ediyor ve dolayısıyla da dediğim gibi birebir, her durumda mutlak olarak uygulanması söz konusu olmuyor. Davaya müdahale bakımından da size göstereceğim yargı kararlarında zaten göreceksiniz bu durumu.

Mutlak bir şekilde uygulanmadığını, bir takım farklı durumların ve kararların ortaya çıktığını değerlendirmenize sunacağız.

Peki nereden kaynaklanıyor bu sözünü ettiğimiz zaruret? İdari yargının tek amacı, taraflar arasındaki uyuşmazlığı gidermek değil, yeri geldiğinde davacının menfaatine yönelik olarak kararlar vermek değil. Evet amaçlarından bir tanesi, temel varlık sebebi bu ama aynı zamanda bilhassa iptal davaları gibi objektif davalarda hatırlıyorsanız idarenin hukuk rotasından sapmasını önlemek ve hukuk düzenini sağlamak. O nedenle gerek iptal davalarının bu objektif niteliği, gerekse re'sen inceleme vb. nitelikteki kendine özgü ilke ve esaslar 31. maddenin uygulanmasını da yeri geldiğinde HMK'dan ve medeni yargılama usulü kurallarından farklılaştırıyor.

Davanın İhbarı

Şimdi "ihbar" ile başlayalım. İhbar, davada taraf olmayan üçüncü kişinin davaya katılmasını sağlamak üzere davadan haberdar edilmesi. Kısaca böyle açıklıyoruz. 31.madde, biraz önce söyledim, HMK'ya gönderme yapıyor⁴ ama dikkat edin bakın son cümlesinde, *"davanın ihbarı (...) Danıştay, mahkeme veya hakim tarafından re'sen yapılır."* diyor. HMK'da ihbar müessesesini göreceğiz, orda böyle bir hüküm söz konusu değil. O yüzden özel olarak düzenleme gereği duyulmuş. Bu hüküm ne anlama geliyor? Demek ki taraflar talep etmese de mahkeme re'sen, davanın tarafları haricinde söz konusu davadan etkilenecek olanlara davayı ihbar edebilir. Çok lafzıyla da anlamamak lazım. Sanki taraflar mahkeme haricinde delilleri getiremezler veya mahkemeden talep edemezler diye de anlamamak gerekir. Mahkeme kendisi gerekli görürse re'sen yapabilir ama taraflar kendileri de yapabilirler doğrudan. Hatta mahkemeden de yapılmasını talep edebilirler. Ama buradaki önemli husus HMK'da olmayan bir düzenlemenin, aslında mahkemelere yönelik yükümlülüğünün kanunla getirilmiş olması. Esasen böyle bir düzenleme niye yapma gereği duyulmuş?

Neticede idari yargıdaki davaların niteliğinden kaynaklanıyor. Özellikle iptal davalarında objektif niteliğe haiz olan davalar bakımından. Öyle bazı idari işlemler var ki yalnızca doğrudan muhatabını ilgilendirmez başka kişileri de hatta çok sayıdaki kişiyi ilgilendirir. Bir imar planı düşünün davacısı var ama birçok insanı da ilgilendiriyor veya belirli kişilerin dava açmak bakımından hukuki yararı olurken, idarenin yanında katılacak olan belirli kişiler bakımından da o davanın reddi bakımından hukuki yararı söz konusu. Düşünün imar planından söz ettik, imar planıyla bir parseli yeşil alandan çıkartmışsınız konut alanına sokmuşsunuz. Dolayısıyla burada menfaati ihlal edilenler var; mesela semt sakinleri var, menfaatlerini görebiliyoruz ama bir taraftan da burada yatırım yapacak parsel sahibi söz konusu, yapı yapacak parsel sahibi. Dolayısıyla onu da etkileyen bir karar olduğundan hiç şüphe yok. Veyahut da bir ÇED davasını düşünün, burada da daha geniş menfaat grupları söz konusu. ÇED bir yatırım için verilir, ÇED olumlu raporunun iptali gündeme geldiğinde bundan

⁴ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Vergi Usul Kanununun uygulanacağı haller:

Madde 31 – 1. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; ... üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, ... Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır. **(Ek cümle: 5/4/1990-3622/11 md.; Değişik:10/6/1994-4001/14 md.)** Ancak, davanın ihbarı (...) ⁽²⁾ Danıştay, mahkeme veya hakim tarafından re'sen yapılır. **(Ek cümle: 3/11/2016-6754/22 md.) (...)**

etkilenecek çok sayıda kişi var. Bir başka benzer durum da diyelim ki bir akaryakıt istasyonunun lisansının iptalini istedi belirli bir mesafede ki başka bir akaryakıt istasyonu işletmecisi; dolayısıyla böyle bir davada o akaryakıt istasyonu lisans iptal kararı çıkarsa, lisans sahibini etkileyeceğinden de kuşku yok. Özel hukukta da tasarruflar bakımından hiç kuşku yok ki başka üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerinin etkilenmesi söz konusu. Zaten o yüzden de birazdan asli müdahale vesaire gibi konulardan bahsedeceğiz. Ama idari yargı bakımından çok daha yoğun ve geniş kapsamlı bir şekilde ortaya çıkıyor. O nedenle de davanın ihbarı aslında idari yargıda daha da büyük önem arz eden bir mesele şeklinde karşımıza çıkıyor. HMK'daki davanın ihbarını düzenleyen 61. maddeye bakalım:

“MADDE 61- (1) Taraflardan biri davayı kaybettiği takdirde, üçüncü kişiye veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceğini düşünüyorsa, tahkikat sonuçlanıncaya kadar davayı üçüncü kişiye ihbar edebilir.” Burada mahkemenin ihbar mecburiyetinden söz edilmiyor. *“(2) Dava kendisine ihbar edilen kişinin de aynı şartlarda bir başkasına ihbarda bulunması mümkündür ve bu şekilde ihbar tevali ettirilebilir.”* Tevali; sürdürülebilir, devam ettirilebilir demek. O, ona ihbar edecek; o, ona ihbar edecek. Dolayısıyla bakın buradan bir düzenleme söz konusu ama ihbarın idari yargıda önemine binaen mahkemenin de bunu re'sen yapması, dikkate alması öngörülmüş. Bu çerçevede de mahkeme demek ki davadan etkilenenleri tespit ederek ihbar gerektiği durumlarda bu ihbarı yapmak durumunda.

Hemen söyleyelim buraya değinmişken; adli yargıdaki düzenleme de rücu üzerine kurulmuş. Ama bu düzenlemeyi idari yargıda değerlendirirken bu “rücu” kavramını geniş olarak yorumlamak lazım, dar olarak yorumlamamak gerekiyor. Çünkü rücunun ötesinde bir şey idari yargıdaki etkilenme meselesi. İdari yargıda da bir rücudan bahsediyoruz ancak ne zaman söz konusu oluyor? Hani idarenin bir hizmet kusuru vardır, idareye dava açılır, idare de ondan sonra memuruna rücu eder. Kaldı ki o rücu davası da zaten adli yargıda görülür. Ama onun haricinde bu gibi hallerde kuşkusuz kusuru gündeme gelen kamu görevlisine mahkemenin ihbarı olabilir ama bunun dışındaki hallerde de, rücu mekanizmasının gündeme gelmeyeceği hallerde de, esas olarak da ciddi bir etkilenmenin söz konusu olduğu hallerde, menfaat çapında bu ilgiyi ve alakayı kurabildiğimiz hallerde davanın ihbarı gerekir diyoruz.

Demek ki mahkemenin, yani idari yargıcın bu davanın neticesinde kimlerin etkilendiğini ve kimlere ihbar edilmesi gerektiğini takdir etmesi gerekiyor. Şüphesiz bu konuda bir takdir yetkisi var. Her biçimde etkilenen olarak değerlendirmesi mümkün değil, yargı kararlarında da göreceğiz, ihbar edilmeyi gerektirecek derecede bir etkilenme olduğu durumlarda. Dolayısıyla etkilenmeden tereddüt duyulmayan hallerde mahkemenin davayı ihbar etmesi gerekliliği söz konusu. **Aksi takdirde eğer ihbar edilmesi gerekliliği tespit edilebiliyorsa, bu konuda herhangi bir tereddüt söz konusu değilse, mahkeme ihbarda bulunmamışsa bu bir bozma veya kaldırma sebebidir, yargılama usulü hatasıdır.** Gerek Danıştay gerekse Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarında gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında bu vurgulanmış. Özellikle Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarında ve AİHM kararlarında bir hak ihlali olarak gündeme getirilmiş.

Davaya Müdahale

Davaya müdahale deyince İdari Yargılama Usulü Kanunu 31. maddesi madem gönderme yapıyor bunu akılda tutmak lazım. Yalnız bir husus var, asli müdahale - fer'i müdahale meselesi. Bakın, İdari Yargılama Usulü Kanununda 31. madde düzenlendiğinde o tarihteki Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda asli müdahale açık olarak düzenlenmemiş. Ama asli müdahale gibi bir müesseseye gerek olduğu kabul edilip asli müdahale her ne kadar açıkça yazmasa bile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda içtihadı olarak kabul ediliyordu ama bu 31. madde düzenlemesi yapılırken HMK'da asli müdahale düzenlemesi olmadığı için fer'i müdahaleyi kastettiği daha rahat bir şekilde kabul ediliyordu. Şimdi 31. maddedeki atıf duruyor ama HMK değişti. HMK değişince fer'i müdahalenin yanında asli müdahale de açık olarak düzenlendi ve bizim idari yargıda asli müdahalenin mümkün olmadığına ilgili tartışmamız daha da hararetli bir hale geldi. Acaba HMK'da düzenlendiği kapsamıyla asli müdahale idari yargıda da söz konusu olabilir mi? Bakalım ne diyor asli müdahale, ondan sonra da tartışalım:

Asli müdahale

MADDE 65- (1) Bir yargılamanın konusu olan hak veya şey üzerinde kısmen ya da tamamen hak iddia eden üçüncü kişi, **hüküm verilinceye kadar** bu durumu ileri sürerek, yargılamanın taraflarına karşı aynı mahkemede dava açabilir.

(2) Asli müdahale davası ile asıl yargılama birlikte yürütülür ve karara bağlanır.

Acaba idari yargının, hani o sözünü ettiğimiz, bünyesi ve yapısı asli müdahaleye **imkân tanır mı?** Alıp bu HMK'daki hükümleri idari yargıda tatbik edilmemiz mümkün olabilir mi? Bir kere dava açma meselesi bir tartışma yaratacak. İdari yargıda biliyorsunuz dava açma süreleri, kısa süreler. Çünkü İdari işlemlerde idareye güven ve istikrar ilkeleri dikkate alınarak böyle belirlenmiş. Dolayısıyla birçok yerde her zaman belki olmayabilir ama birçok halde şöyle bir durum zuhur edecek; asli müdahale ne demek; davada ve onun yanında taraf olacaksınız. Asli müdahale dava açma hükmüyle gündeme gelebilecek bir şey. Dolayısıyla süre kaçtığı halde pekala, süresi geçen aşılın bir idari işlemin davaya konu edilmesi söz konusu. İdari yargıda süreye ilişkin hükümlerimiz var. Bunlar kamu düzeninden. Dolayısıyla da kanunla belirlenmesi gerektiğinden hiç kuşumuz yok. Baktığımızda biz İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun ilgili hükümlerine, asli müdahale sebebiyle bu sürenin tekrar canlanabileceği veya asli müdahale söz konusu olduğunda idari yargıda bu süreyi düzenleyen hükümlerde istisna tespit edileceğine ilişkin bir hüküm bulunmuyor. O bakımdan da bir kere bu açıdan oldukça tartışmalı ve kabul edilmesi zor olan bir müessese.

Başka hangi durumda uyumsuzluk gösterebilir? Şimdi diyor ki ilgili maddeyi okuduğunuzda, asli müdahale davasından bahsediyor değil mi, aynı mahkemede dava açabilir yargılamanın taraflarına karşı. Dolayısıyla da baktığınızda davacı özel kişi genel olarak tabi kamu tüzel kişileri de birbirlerinin işlemlerine karşı dava açabilirler ama birçok durumda da özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi. Şimdi siz böyle bir hükmü alıp idari yargıda aynen uygulamaya kalktığınızda bu şu anlama gelecek; özel hukuk kişinin de bir idari davada davalı konumuna oturtulması söz konusu olacak. Bu hiçbir şekilde olamaz demiyoruz. Biliyorsunuz istisnaen özel hukuk kişileri davalı konumunda bulunabilirler. Birkaç tane örneği de var. Mesela kanunla idari işlem yapma yetkisine oluşturulmuş özel hukuk kişileri; Organize Sanayi Bölgeleri, özel okullar vs. veya kamu hizmetini görüyorsa. Bakıyoruz idari yargıda olsa bile olsa davalarda özel hukuk kişilerinin davalı konumunda olduğunu görüyoruz ama bunlar son

derece istisnai. Bu üstelik dediğim gibi kamusal bir yetki kullandığında, kamu hizmeti gördüğünde. Onun haricinde özel hukuk kişilerinin davalı konumuna oturtulabilmesi, görülmesi mümkün değil, bunun genelleştirilmesi de söz konusu olmaz. Halbuki buna izin verdiğinizde, bu maddenin uygulanmasına, böyle bir durum hasıl olacak. Bir kamu tüzel kişinin başka bir kamu tüzel kişisine açmış olduğu dava vesilesiyle gündeme geldiğinde de davayı açan kamu tüzel kişisini, davacı olan kamu tüzel kişisiyle birlikte hasım göstermek gibi bir durum da teorik olarak gündeme gelecekse o da garip olur. O nedenle de esas olarak asli müdahalenin idari yargıda özellikle bu haliyle uygulanabilmesi pek mümkün değil. O bakımdan asli müdahaleden söz eden bir takım Danıştay kararları var ama bilin ki, bu maddenin, idari yargıda asli müdahale müessesesinin adli yargıda yapılandığı şekilde uygulanabilmesi yine idari yargının yapısına, idari yargıya ilişkin ilke ve esaslara uyan bir durum değil. Zaten İYUK 31. madde düzenlenirken de asli müdahale tatbik edilsin diye düzenlenmedi o tarihlerde. Tekrar ediyorum, o tarihlerde ve yine Medeni Yargılama Kanununda asli müdahaleye ilişkin karar olmayınca kanun koyucunun kafasında fer'i müdahalenin transfer edilmesi söz konusuydu. Ama sonra HMK'ya gelince asli müdahale, 31. maddede de bir ayrıma gidilmeyince bu tartışmalar gündeme geldi. Dolayısıyla belki de bu tartışmayı kesmek bakımından 31. maddeye bu açıklığı gündeme getirecek ve yalnızca fer'i müdahalenin mümkün olduğunu söyleyen bir madde yazılması, bir hüküm getirilmesi belki de doğru ve yerinde olabilir diyoruz.

Fer'i müdahale, asıl idari yargının bünyesine uyan, idari yargıda görülen, tatbik edilen müessese.

Fer'i müdahale

MADDE 66- (1) *Üçüncü kişi, davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla, tahkikat sona erinceye kadar, fer'i müdahil olarak davada yer alabilir.*

“Tahkikat sona erinceye kadar” diyor. Bakalım idari yargıda da böyle olacak mı?. Nasıl olacak davaya müdahale usulü? Bir kere yazılı dilekçe ile olur. Kimler başvuruda bulunacak? Bir şekilde davanın kazanılmasında veya reddedilmesinde hukuki yararı olan kişiler söz konusu olacak. Dolayısıyla bunlar, idare yanında da katılabilirler, müdahale edebilirler; davacı yanında da pekala müdahale edebilirler. Bunun için yazılı bir dilekçe vermek durumundalar. İhbar vesilesiyle de öğrenmiş olabilirler veya ihbar yapılmamış olsa bile kendi imkanlarıyla da öğrenmiş olabilirler. Önemli olan öğrenmeleri ve bu yönde talepte bulunmaları. Maddede gösterilmemiş ama davanın taraflarının sayısından bir fazla sayıda dilekçe verilmesi gerekir müdahale dilekçesinde. Doğrudan davaya bakan yargı yerine veya ona gönderilmek üzere, hani İYUK 4. maddesinden söz etmiştik, oradaki mahkeme veya mercilere verilmesi söz konusu. Bu çerçevede mahkeme, bir kere müdahale söz konusu olduğunda bu müdahale dilekçesine cevap verebilmeleri için davanın taraflarına müdahaleye ilişkin olarak cevaplarını vermek üzere talebi gönderecek. Onlar da müdahale talebinin doğru ve yerinde olup olmadığına ilişkin cevaplarını verecekler, görüşlerini açıklayacaklar. Kuşkusuz mahkeme o cevaplarla, o görüşlerle bağlı değil. Sonrasında da müdahale talebinin kabul edilip edilemeyeceğine karar vermek durumunda. Bu müdahale talebinin kabulü veya reddine ilişkin karar da kural olarak nihai bir karar olarak kabul edilemez.

Şöyle birtakım tespitlerimiz var; bir kere katılma isteğinin kabulü halinde katılma isteğinde bulunan tarafın taraf sıfatını kazanması asli müdahalede olduğu gibi mümkün değil.

Dolayısıyla katıldığı tarafla birlikte hareket etmesi gerekir. müdahalenin kabul edildiği andan itibaren birtakım yazışmalarda bulunması söz konusu. Dolayısıyla takibi, müdahale talebinin kabul edildiği tarihten sonraki aşamalar bakımından geçerli. Onun öncesindeki birtakım mahkemenin almış olduğu kararlar bakımından bunların düzeltilmesini isteyebilmesi, itiraz edebilmesi söz konusu değil. Bu çerçevede müdahil, yanına katıldığı tarafın yararına olan iddia ve savunma vasıtalarını ileri sürebilecek, destekleyici kanıtlar getirebilecek diyoruz. Ama yani katıldığı tarafın açıklamalarına iddialarına aykırı olmamak kaydıyla her türlü usul işlemlerini yapabilecek olması her şeyi sağlamıyor. Dolayısıyla medeni yargılama hukukundan da biliyorsunuz ondan ayrı olarak birtakım taleplerde bulunması imkânı söz konusu değil. Bu çerçevede örneğin bilirkişi istememişse kendisinin bilirkişi talebinde bulunması mümkün değil. Yürütmenin durdurulması talep edilmemişse kendisinin ona müdahil olarak yürütmenin durdurulması talebinde bulunması mümkün değil. Yürütmenin durdurulması talep edilmiş ama reddedilmiş, itiraz edilmedi; eğer yanında katıldığı taraf etmiyorsa mümkün değil veya kabul edildi diyelim ki idare tarafında yer alıyorsa o bakımdan da demek ki ondan bağımsız olarak istekte bulunma hakkı vermiyor katılan tarafa fer'i müdahalenin niteliği gereği.

Şimdi bazı yargılama hukukçuları mesela Turgut Candan -eski bir Danıştay üyesidir, Danıştay başsavcısıdır, oldukça da önemli bir eseri de var- diyor ki; “Davaya müdahale ve davanın ihbarı aslında idari yargıda gereksiz bir müessesedir. Zira idari yargıda re’sen inceleme söz konusudur. O bakımdan da mahkeme zaten tarafların iddia ve savunmalarıyla da bağlı değil, istediği belgeyi istediği yerden elde edebilir. Dolayısıyla da davayı kendisi yürütür, adli yargıdan farklıdır. O nedenle bu müesseselere ihtiyaç bulunmamaktadır.” Ama buna katılmak çok mümkün değil çünkü re’sen inceleme yetkisi verilmiş olması bir idari yargıca yine de belirli bir yardımı alma, yani aslında dinlenilmesi gerekenlerin dinlenilme hakkından mahrum edilmesi durumunun olmaması gerekir. Tabii ki istediği yerden belgeleri talep edebilir ama onun aklına gelmeyen fark edemeyeceği birtakım belgelerin sunulması veyahut da yeri geldiğinde yine düşünemeyeceği, tespit edemeyeceği birtakım hukuka aykırılık gerekçelerinin davanın tarafları yanında ileri sürülebilmesi, hep sözünü ettiğimiz o idari davanın objektifliği ve bilhassa da idarenin hukuk düzeninden sapmasının önlenmesi açısından gerekli ve kıymetli olduğu kanaatindeyiz. O bakımdan da müdahale ve ihbar müessesesi idari yargı için de gerekli diyoruz ve aksi yöndeki görüşlere pek katılmadığımızı da söyleyelim.

Dedik ki, yazılı müracaat ile yapılacak. Müdahale dilekçesinde dava konusu uyuşmazlık ile olan menfaat ile ilgisinin ortaya konulması lazım. Yani niçin seni etkiliyor da bu davaya katılma talebinde bulunuyorsun? Zira bu menfaat ilişkisi konmazsa müdahale talebinin reddedilmesi icap edecek. Davaya katılmak istediği tarafı, hangi tarafın yanında davaya katılmak istiyorsa onu da açıkça belirtmesi gerekir. Bu yönde bir beyanda açıkça bulunmamışsa mahkeme dilekçenin mahiyetinden kimin tarafında yer almak istediğini anlayabiliyorsa dilekçeyi kabul eder ve o tarafın yanında katılımına izin verir. Eğer hiçbir şekilde anlaşılmıyorsa o zaman bu durumda müdahale talebi reddedilebileceği gibi, bazıları da diyor ki, dilekçe red kararında olduğu gibi eksiklik giderilerek yeniden müracaat edilmesi için süre verilmesi söz konusu olabilir. Müdahale talebi reddedilse bile davanın, kanun yolu aşamasında da idari yargıda müdahale gündeme gelebileceğinden aslında tekrar açık bir şekilde müdahale talebi

yapılması söz konusu olacağı için kimi durumlarda bu gibi eksiklikler de dilekçelerde zaten giderilebilme imkanına sahip diyoruz.

Karar, katılana değil davanın taraflarına ve davalısına yönelik olarak verilir ama kararda katılanın iddia ve savunmalarına ve katılana yer verilmesi gerekir. Danıştay kararları söz konusu, kararda katılana yer verilmediği durumlarda iddia ve savunmalarından bahsedilmediği hallerde veyahut da davanın neticesi, yani karar müdahale tebliğ edilmediği durumlarda bunun bir bozma sebebi olduğunu öngören yine Danıştay içtihatlarımız söz konusu.

“Davaya katılan idari yargıcı tarafından katılma talebine ilişkin olarak verilen kararı müstakilen temyiz edilemez ve buna ilişkin olarak kanun yoluna başvurulamaz.” diye bir şey söz konusu, birtakım yerlerde yazılanlar çizilenler var. Diyelim ki bir karar verildi. Kararın tarafı temyiz etmedi, kendisinin temyiz edip etmeyeceği sorusu gündeme geliyor. İlgili yargı kararlarında göstereceğiz ve son dönemdeki içtihatlar çerçevesinde bunun mümkün olmadığını söylüyoruz. Aksi yönde birtakım kararlar var onları da göstereceğim size netleştireceğiz. Fakat şu durumda, bir kanun yolu açılması gündeme gelse, ben müdahale talebinde bulundum, müdahale talebim reddedildi, kabul edilmedi. Bu bir ara karar ama sonra karar verildi, bu karar neticesinde benim iddiam; “Ben bu davada müdahil sıfatıyla var olmak durumundaydım.” Dolayısıyla bu iddiaya binaen, bu gibi hallerde artık ilgili kararın temyizi söz konusu olması gerekir. Tabi şey durumu hala açıkta; ben davanın tarafı değilim, davanın tarafı olmayan birisi nasıl olur da kararı kanun yoluna götürebilir? Ama burada önemli olan gerekçenin niçin götürüldüğü; benim müdahale talebimin kabul edilmediği, edilmesi gereken ve edilmediği gerekçesiyle pekala bu kanun yoluna gidilebilmesinin mümkün olması gerekir ve Danıştay’ın da o yönde içtihadı var.

Başka size hatırlatacağımız, vurgulayabileceğimiz bir şey; **Davaya katılmanın yürütmenin durdurulması isteminin incelenmesine etkisi.** Hukuk Muhakemeleri Kanununda eski bir hüküm sebebiyle adli yargıda önlem olarak, idari yargıda da eskiden davaya katılma olayı söz konusu olduğunda yürütmenin durdurulması kararları bekletiliyordu. Bu katılma kararlaştırılsın, kabul veya reddedilsin, ondan sonra bakılıyordu. Böyle olduğu için o dönemlerde hakikaten çok istismar edildi. Şöyle düşünün idare bir işlem tesis etmiş, dava açılmış, yürütmenin durdurulması talebi var. Bu yürütmenin durdurulması talebinin geciktirilmesi amacıyla sürekli birtakım kişiler idare yanında davaya müdahale talebinde bulunuyorlardı ve her biri için bu müdahale taleplerinin tetkik edilmesi, tespit edilmesi, karar verilmesi gündeme gelip de ötelenmesi söz konusu olduğunda yürütmenin durdurulması kararı verilene kadar deyim yerindeyse atı alan Üsküdar’ı geçiyordu. Özellikle imar davalarında mesela çok gündeme geldi, bir yerde işte yapılaşma söz konusu olacak, semt sakinleri veya çevreye duyarlı kişiler dava açıyorlar. Bundan sonra aslında herhangi bir ciddiyeti olmayan katılma talepleri, ilgisi olmayanların katılma talepleri gündeme gelince mahkeme, bakacak değerlendirecek ciddiyetine karar verecek. Böyle durumlarda yürütmenin durdurulması kararını ötelediğiniz zaman, çok gecikiyor tabi o kararı vermek ve yürütmenin durdurulması müessesesinden beklenen faydalar da elde edilemiyordu. Sözünü ettiğim medeni yargılamaya ilişkin hükümler çıkarılınca artık idari yargılamaya daha da rahatladı ve hatta aslında onun öncesinde de içtihadıyla şunu getirdi, dedi ki; “İdari yargılamadaki davalarda katılım talebinde bulunulması, davaya müdahale talebinde bulunulması, yürütmenin durdurulması kararlarının

verilmesini geciktirmez.” O nedenle de demek ki kötü niyetli kişilerin süreci kilitlemesine, yürütmenin durdurulması kararının verilmesinin geciktirilmesine artık müsaade etmiyor idari yargı.

Biraz önce de söyledim, şimdi de hatırlatmış olayım. HMK’da farkındaysanız davaya müdahale tahkikata kadar belirlenmiş; idari yargı da ise her ne kadar geçmişte bazı kararlar olsa da ancak ilk derece yargılaması sonuçlanana kadar yapılacağı ve kanun yolunun da mümkün olmayacağı kararları olsa da son dönemdeki yerleşik kararlar uyarınca görüyoruz ki idari yargıda müdahale talebi davanın her aşamasında gündeme gelebiliyor. O nedenle de ilk derece yargılaması bitmiş, kanun yoluna gitmiş yine de bu yönde yapılan başvuruları kanun yolu mercileri kabul ediyorlar. Bu da işte yine idari yargılama hukukunun, usulünün adli yargılama hukuku ve usulünden farklılığını gösteren bir uygulama olarak, içtihadı bir uygulama olarak karşımıza çıkıyor. Hep aynı mantık var, hani madem re’sen inceleme yetkisi söz konusu, zaten mahkeme yeri geldiğinde kendi araştırmasını, tetkikini yapacak, madem ki bu davalar objektif davalar diyerek demek ki adli yargıdaki hükmün aksine idari yargılamadaki kendine özgü ilkeler uyarınca müdahale talebi yalnızca ilk derece yargılamasında değil, kanun yolu aşamasında da yapılabilir ve kabulü mümkündür diyoruz. Adli yargıda ama göreceksiniz veya gördünüz öyle bir durum söz konusu değil. Mesela istinaf aşamasında kabul görmüyor müdahale talebi.

Davaya Müdahaleye İlişkin Yargı Kararları

1) Kararları birlikte inceleyelim sonrasında da zaman kaldığı ölçüde merci tayini meselesine geçebiliriz. Dolayısıyla şu an için Danıştay’ın benimsediği içtihat bu, ondan önce bir içtihadı var biraz önce söylemiştim o içtihadından dönmüş oldu. Peki daha eski bu kararı neyi ifade ediyor⁵;

“Dava, davacının maliki olduğu İzmir İli, Karabağlar İlçesi, Bozyaka Mahallesi, ... pafta, ... ada, ... parsel sayılı taşınmazın bulunduğu yerde 2981 Sayılı Kanun hükümleri uyarınca yapılan ıslah imar planı uygulaması neticesinde üçüncü kişi (müdahillerin murisi) lehine kanuni ipotek konulmasına dair işlemin iptali istemiyle açılan davada, ...” “müdahilin, davanın tarafı olan davalı idarelerce istinaf yoluna başvurulmamış olması sebebiyle tek başına yaptığı istinaf başvurusunun incelenmesine olanak bulunmadığı gerekçesiyle davalı idareler yanında müdahilin istinaf başvurusunun incelenmeksizin reddine, karar verilmiş; bu karar davalı idareler yanında davaya katılan vekili tarafından temyiz edilmiştir.” Bir imar planı davası. Şöyle düşünün, işte imar planı yapılmış, dava açılmış diyelim ki bir iptal kararı verilmiş. O davada ama parsel sahibi tarafından müdahale yapılmış çünkü bu davada iptal kararı verilmesinden olumsuz yönde etkileniyor, davanın reddinde menfaati söz konusu. Ama idare kanun yoluna, istinafa gitmemiş. Kendisi de idare gitmediği halde ondan ayrı olarak taraf sıfatına haizmişçesine, hatta ne diyelim asli müdahil gibi kanun yolu, istinaf talebinde bulunmuş. Ne demiş o kararında Danıştay, şimdi bakın uzun bir karar şöyle bir hükmü var, bu asli müdahale meselesi, özellikle benim hani size anlattığım gibi 6100 sayılı Kanunda asli müdahale açıkça düzenlenince gündeme geldi ve bu çerçevede şöyle birtakım

⁵ T.C. DANIŞTAY 6. DAİRE E. 2017/915 K. 2017/2524 T. 12.4.2017.

değerlendirmelerde bulunuyor mahkeme; “Aslında asli müdahale idari yargının da bünyesine uygundur.” Kendine göre de bir ayırım yapıyor, ikiye ayırıyor. “Eğer kişi davalı idare yanında müdahil oluyorsa, ona asli müdahale denmesi lazım, bu asli müdahale anlamındadır. Ama kişi eğer davacı yanında müdahale talebinde bulunuyorsa orada fer’i müdahale geçerli bir usuldür.” Bunu söylerken de işte birtakım ayırımlar yapıyor ama bilin ki bu yaptığı ayırım ve asli müdahalenin idari yargıda kabul edilebileceğine dair çok sağlam gerekçeler değil. Çünkü bir kere dava olması meselesini es geçiyor. Hem bir taraftan alalım tatbik edelim diyor ama hem de HMK’da demin birlikte gördüğümüz gibi ayrı bir dava şeklinde görülmesi, asli müdahilin yeni bir dava açma maksadında gündeme gelebileceğini de es geçiyor. Çünkü kendisi başka bir dava olmadan aynı davada taraf sıfatını veriyor, idare yanında müdahale edilene.

Bir takım bu yönde gerekçeleri var, bu gerekçeleri açıkladıktan sonra da “*Taraflardan birinin istinaf safhasında sunduğu bir dilekçenin bir gerekçe olmaksızın reddedilmesi ya da incelenmemiş olması adil yargılanma hakkının bir alt başlığı olan mahkemeye erişim hakkına da aykırı düşmektedir.*” Bir kere mahkeme zaten taraf sıfatını vermemiş aslında müdahile, orada şöyle; davacı-davalı-müdahil, o kendisi taraf konumuna soktu, bu durumda diyor ki “*Bu durumda müdahil tarafından yapılan istinaf başvurusunun da bu kapsamda olduğu görüldüğünden, davanın tarafı olan davalı idarelerce istinaf yoluna başvurulmamış olması sebebiyle tek başına yaptığı istinaf başvurusunun incelenmesine olanak bulunmadığı gerekçesiyle davalı yanında yer alan müdahilin istinaf başvurusunun incelenmeksizin reddine karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.*” Yani bu tarihli karar çıktığında bizim de ilgimizi çekti zaten o zaman ne dedik; demek ki artık Danıştay müdahilin davaya katıldığı taraftan bağımsız olarak söz konusu taraf kanun yoluna gitmese de, kanun yoluna gidebileceğini ve dolayısıyla onu asli müdahil olarak gördüğünü söyledik.

Kararda dediğim gibi bunu söyleyeceğiz. Aslında birçok katılmayacağımız gerekçe var, hatta yalnızca müdahale ile ilgili değil, idari yargıdaki davaların niteliğine bağlı olarak da bir hata var. “*Bir kimsenin bir idari işlemin iptali istemiyle dava açabilmesi o kimsenin o işlemin muhatabı olmasına bağlıdır.*” Doğru mu sizce? İlla muhatap mı olması gerekir. Muhatap kimdi? İşlem kime yönelik olarak tesis ediliyorsa doğrudan muhatap alınıyordu. Halbuki hep söylüyoruz menfaat şartı da gerekli olduğu için idari yargıda iptal davası açabilmek açısından ele alırsak mutlaka muhatap olunması gerekmez. Titiz bir şekilde kaleme alınmamış, en azından vurgulamak istediği hususu yanlış gösteriyor. Böyle bir karar verdi.

2) Karar ne zaman verilmişti? 12/04/2017. İdari Dava Daireleri Kurulu 19/10/2017. Çok kısa bir süre sonra bir dakika dedi İdari Dava Daireleri Kurulu ve neticede karara bakalım⁶. “...*anılan hükümler uyarınca, davanın taraflarından olmayan, dava sonucunda hakkında hüküm kurulmayan ve ancak yanında katıldığı tarafa yardımcı olabilen müdahilin, yanında davaya katıldığı tarafın kanun yollarına başvuramaması durumunda, tek başına kanun yollarına başvurabilmesi hukuken mümkün değildir.*” dedi ve yine asli içtihadına geri döndü ve aslında da asli müdahalenin mümkün olamayacağını ve şayet taraflar kanun yoluna gitmediyse

⁶ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2017/2682 K. 2017/3159 T. 19.10.2017.

müdahillerin onlardan bağımsız olarak kanun yoluna gidebilmesinin mümkün olmadığını ortaya koyan bir karar.

3) Devam edelim bakalım başka ne kararlarımız varmış. Bakın önemli; “Müdahile duruşma davetiyesi çıkarılmaması ve yargılama sonucu verilen kararın müdahilin hukuki durumunu doğrudan etkileyeceğinin dikkate alınmamasında hukuki isabet bulunmadığı hakkında”⁷

“Dava, Karabük Üniversitesinde Fizik Yrd. Doçent olarak görev yapmakta olan davacı tarafından, Hacettepe Üniversitesi Mühendislik Fakültesi, Fizik Mühendisliği Bölümü, "Yüksek Enerji ve Plazma Fiziği" Anabilim Dalında açılan bir adet yardımcı doçentlik kadrosuna başka bir kişinin atanmasına dair işlemin iptali istemiyle açılmıştır.” Böyle bir durumda ne olması lazım, zaten öncesinde daha eğer bir kadroya şayet birisi atanmışsa o atanma işlemine karşı başka birisi de dava açıyorsa o kadroya atanana ihbar gereklidir. Senden talep edilemese bile mahkeme olarak artık bunun ondan etkileneceğinde kuşku olmadığı için davanın ihbarında bulunmak gereklidir. Şimdi böyle devam eden bir davada müdahil olmuş herhalde, sonrasında da ne karar vermiş; *“Mahkemece yapılan yargılama sürecine dair olarak; 18/09/2013 tarihli ihbar kararının diğer kişiye 10/10/2013 tarihinde tebliğ edildiği, davalı idarece 27/03/2015 tarihinde tekemmülden sonra duruşma talep edildiği, 01/04/2015 tarihinde müdahale talebinde bulunduğu bu talebin 03/06/2015 tarihinde mahkemece kabul edildiği, bu tarihten itibaren gerekli tüm tebligatların müdahile de yapıldığı, Mahkemece 09/12/2015 günü saat 10.00 da duruşma yapılmasına karar verildiği buna dair duruşma davetiyelerinin davalı idareye 26/10/2015, davacıya ise 27/10/2015 tarihinde tebliğ edildiği; ancak...”* şimdi dikkat edin, diğer tebligatlar yapılıyor *“...davalı yanında müdahile ise duruşma davetiyesi çıkarılmadığı, 09/12/2015 tarihinde ise davalı idare ve davacı vekillerinin katılımıyla duruşmanın tamamlandığı görülmektedir.”* Dolayısıyla sırf bu duruşma davetiyesinin çıkarılmamış olmasını bir usul hatası ve bozma sebebi olarak öngörmüş. Duruşma davetiyesi çıkarıldı, yanında katıldığı taraf duruşmaya gelmedi, ben duruşmada birtakım açıklamalarda bulunabilir miyim? Bulunabilirim, yanında katıldığı tarafın iddialarına, gerekçelerine aykırı olmamak kaydıyla. Buna izin veriyor idari yargı.

Ne demiş bakın sonucunda; *“Bu durumda; davacı tarafından iptali istenilen yardımcı doçent kadrosuna ataması yapıp dava süreci devam ederken bilfiil bu kadroda görev yapmakta olan müdahilin, yargılama sonucunda verilen karar hukuki durumunu doğrudan etkileyeceğinden savunma ve savunmanın önemli bir unsuru olan duruşmaya çağırılmaksızın verilen kararda usul hükümlerine uyarlık bulunmadığından temyize konu kararın bu sebeple bozulması gerekmektedir.”* Aslında, büyük ölçüde fiilen zaten duruşmadan önce mahkeme kararında veriyor biliyorsunuz ama ne olursa olsun neticede resmi olarak verilmediği teorik olarak da bu kararı değiştirme imkanı olabileceği için demek ki bu aşamada bunun savunma imkanından mahrum bırakılması müdahilin, esaslı bir hata ve dolayısıyla bozma sebebi olarak öngörülmüş.

⁷ T.C. DANIŞTAY 8. DAİRE E. 2016/3040 K. 2017/7 T. 16.1.2017.

4) “Başvuru, idari yargıda görülen uyuşmazlıkta müdahilin davaya etkili katılımının sağlanmaması ve asıl taraf olmaksızın müdahilin kanun yollarına başvuramayacağı gerekçesiyle temyiz talebinin incelenmeksizin reddedilmesi nedenleriyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.”⁸ Peki ne söz konusu; yine müdahilin kendisi kanun yolu başvurusunda bulunmak istiyor taraftan ayrı olarak. Ne demiş Anayasa Mahkemesi;

“Bireylere menfaatlerini etkileyen işlemlere karşı dava açabilmelerinin yanı sıra üçüncü şahıslarca açılmış ve doğrudan taraf olmadıkları ancak sonucu itibarıyla menfaatlerini etkileyen bir davada iddia ve savunmalarını dile getirebilmeleri amacıyla davaya katılma olanağının sağlanması da mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirilmesi gereken güvencelerden biridir.” Bir kere bunu akılda tutmak gerekir demek ki mahkemeye erişim hakkıyla ilgili bir müessese, aynı zamanda. Adil yargılanma güvencelerinden biridir diyor, devam ediyor bunu hak dolayısıyla açıklıyor.

“Bununla birlikte adil yargılanma hakkının davanın doğrudan tarafı olmayan ferî müdahile asıl tarafa sağlanan tüm imkân ve hakların mutlak ve koşulsuz olarak tanınmasını zorunlu kılacak nitelikte bir güvenceyi bünyesinde barındırdığı söylenemez. Bu bağlamda adil yargılanma hakkının ferî müdahilin yanında davaya katıldığı tarafın iradesiyle uyuşmayan usul işlemlerini yapabilmesini garanti altına almadığı ifade edilmelidir.”

“Dolayısıyla asilin yargılamayı devam ettirmeme yönündeki iradesine rağmen ferî müdahilin davayı sürdürebilmesine imkân tanınması biçiminde adil yargılanma hakkından doğan anayasal bir zorunluluğun bulunmadığı vurgulanmalıdır.” şeklindeki ifadelerin devamında da neyi kabul ediyor? Fer’i müdahale, idari yargıda söz konusu olması ve bu bağlamda taraflardan ayrı olarak müdahile kanun yoluna başvurma imkanlarının haklarının getirilmemesi adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelmez. Bakın burada ikili de düşünmek lazım yani bunu da unutmamak gerekir. Tarafın bu noktadaki iradesini ortadan kaldıracak bir başvuru aynı zamanda. Davacı taraf yanında müdahilseniz davacı taraf davaya devam etmemek istiyorsa, bu yönde bir iradesi varsa taraf sıfatına haiz olurken sizin davaya devam etmeniz büyük ölçüde aynı zamanda onun hukuk iradesine aykırı bir sonuç doğmasına da sebebiyet veriyor. Ayrıca bunu da değerlendirmesi gerekli.

Davanın İhbarına İlişkin Yargı Kararları

1)“Uyuşmazlık konusu bayilik lisansı sahibine dava ihbar edilmeksizin dava konusu lisansın iptaline karar verilmesinde hukuki isabet bulunmadığı hakkında”⁹ Hatırlarsanız demiştik ki idari yargılamayı anlatırken etkilenme ciddi bir boyuttaysa, davanın ihbarını zorunlu kılıyorsa, bu durumda taraflar talep etmese de ihbarın yapılması gereklidir. Böyle bir davada işte bu ihbarı yapmamış ve ilgililerin katılımına olanak tanımamış olmasını başlı başına bir yargılama usulünün hukuka aykırılığı olarak gündeme getiriyor. Bakın aslında katılsaydı esasen verilen karar bence değişmeyecekti. Bunu bilemeyiz ama sırf katılma imkanından mahrum bırakılması, ihbar yapılmaması neticede davanın ihbar yapılmak suretiyle tekrar incelenmesi zaruriyetini doğuruyor. Esas olarak belki de özellikle davanın her durumda aynı

⁸ AYM AKDENİZ İNŞAAT VE EĞİTİM HİZMETLERİ A.Ş.BAŞVURUSU, E. 2015/2909, T. 19.07.2018.

⁹ DİDDK E. 2014/1859 K. 2015/2502 T. 4.6.2015.

sonuca ulaşacağını düşünüyorsanız, sonra da sırf bu gerekçeyle kararların bozulması, kaldırılması istenmiyorsa bunu arzu etmeyen öngörüp bundan etkilenecek olan tarafın, bunu mahkemeye; “Ey mahkeme sen buna ihbar et.” demesi, ihbarı etmek noktasında bunu zorlaması gerekir ki sonradan sırf ihbar yapılmadı diye kararın verilmesi gecikmesin. Dolayısıyla mahkemeyi, böyle bir usul hatası yaptığını anladığınızda, bu sizin özellikle işinize yarıyorsa, çünkü sonrasında ihbar edilmemiş olması sebebiyle kararın bozması mümkün ise pekala ihbar talebinde bulunulması doğru ve rasyonel, mantıklı bir tutum olarak gözüktür.

2) “Davanın sonucunun müdürlük görevine ataması yapılan kişiyi doğrudan etkileyeceğinden davanın ihbarı yapılması hakkında”¹⁰ Yine aynı durumda bir şey. Olay neymiş bir bakalım olaya. “*Dava, Gaziantep İl Afet ve Acil Durum Müdürlüğü emrinde araştırmacı olarak görev yapan davacının, vekaleten yürüttüğü Gaziantep İl Afet ve Acil Durum Müdürlüğü görevinden alınması üzerine bu göreve başka kişinin atanmasına dair Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının 5.5.2015 tarih ve 10237 Sayılı işleminin iptali ve bu göreve kendisinin atanmasına karar verilmesi istemiyle açılmıştır.*” Dolayısıyla başka kişinin atanmasına dair karara dava açılınca o başka kişiye karşı davanın ihbar edilmesi ve katılımının sağlanması söz konusu. Ben idare isem, mahkeme ihbar etmemişse de kendim ya mahkemeden talep edebilirim ya da bizzat kendim de -böyle bir imkanı var- ihbar ederim. Ama neticesinde böyle bir durum söz konusu olduysa demek ki usul eksikliği sebebiyle kararın bozulması gündeme geliyor.

3) “*Başvuru, idari işlemin iptali istemiyle üçüncü kişi tarafından açılan davanın işlemin lehine tesis edildiği kişiye ihbar edilmemesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.*”¹¹

“*Şırnak İl Özel İdaresi tarafından, Silopi tır parkının bulunduğu taşınmazın 300 m²’lik kısmının ikinci etap çalışmaları tamamlanıncaya kadar lokanta, market, fırın, WC-duş üniteleri donatılarının prefabrik olarak yapılması ve işletilmesi amacıyla kiraya verilmesi işi için 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 51/g maddesi uyarınca pazarlık usulü ile ihale gerçekleştirilmiştir.*” Neye karşı dava açılıyor, ihaleye karşı değil mi, dolayısıyla ihaleyi alan birisi var, o ihaleyi alan kişiye karşı iptal talebinde bulunuyor ve ihaleyi kazanana ihbar edilmiyor. Muhtemelen karar bu sebeple bozulmadı bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi’nin önüne geldi. Anayasa Mahkemesi bakalım ne demiş. “*Üçüncü kişilerin kendi menfaatlerini etkileyen bir davaya katılmaları için belli koşullar ve usul kurallarının öngörülmesi, bu koşullar ve kurallar davaya katılmayı imkânsız kılmadığı ya da aşırı derecede zorlaştırmadığı sürece mahkemeye erişim hakkına aykırılık oluşturmaz. Ancak yargı merciince bu koşul ve kuralların hukuka açıkça aykırı olarak yanlış uygulanması sonucunda kendilerini etkileyen uyuşmazlıklarda menfaatlerini korumak isteyen kişilerin davaya katılmalarına engel olunması mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir. Bu nedenle mahkemelerin bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini irdelerken ve usul kurallarını uygularken yargılamanın hakkaniyetine zarar getirecek nitelikte yorum ve değerlendirmelerden kaçınmaları gerekir.*”

¹⁰ DANIŞTAY 5. DAİRE E. 2016/36083 K. 2017/4419 T. 23.2.2017.

¹¹ ANAYASA MAHKEMESİ YUSUF BİLİN BAŞVURUSU E. 2014/14498 T. 26.12.2017.

Somut olayda ilk derece mahkemesinin takdir yetkisini davanın başvurusu ihbar edilmemesi yönünde kullanması sonucu başvurunun ilk derece mahkemesindeki yargılama sürecine katılmadığı görülmektedir.” Demek ki bakmış ve bu davada etkilenmiyor en azından açık bir etkilenme olduğu söz konusu değil. İhbara gerek yok kararı vermiş. “Mahkemenin söz konusu uygulamasının 2577 sayılı Kanun’un 31. maddesine dayandığı dikkate alındığında başvurunun mahkemeye erişim hakkına yönelik müdahalenin kanuni dayanağının mevcut olduğu sonucuna varılmıştır.” Bir kere kanun dayanağı yönünden şartlar uyumuştur diyor her bir unsur bakımından hak ihlali.

“... bireylerin üçüncü şahıslarca açılan ancak sonucu itibarıyla menfaatlerini etkileyen bir davada iddia ve savunmalarını dile getirebilmelerinin de mahkemeye erişim hakkının bir gereği olduğu gözden uzak tutulmamalıdır (bkz. §44). Somut olayda ihalenin iptalinin başvurunun menfaatini doğrudan etkilediği dikkate alındığında davanın başvurusu ihbar edilmemesi suretiyle mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalede usul ekonomisinin sağlanmasındaki kamusal yararın başvurunun davaya katılmasındaki bireysel yararının görmezden gelinmesini gerektirecek önem ve ağırlıkta olduğu hususunda ciddi kuşklar oluşmaktadır. Bu nedenle meşru amacın varlığının aşağıda müdahalenin ölçülülüğüyle birlikte ele alınmasının daha uygun olacağı değerlendirilmiştir.”

Bakın burada da önemli husus şu, tartışılabilir bir nokta. Özetini söyleyeceğim kararın. Bu karar sınavda sorduğumuz veya en azından benzer bir karardı yanlış hatırlamıyorsam. Kararda diyor ki; evet davanın ihbarı söz konusu olması gerekir ve müdahale hakkının tanınması lazım ama onda da şöyle bir şey gündeme getirmiş. demiş ki, bana bireysel başvuru yoluna uygun olarak bir dilekçe yazdın ya, bu dilekçede hakkının ihlal edildiği ile ilgili gerekçeleri var. O yazdığı gerekçelerde niçin ihbara kendisinin katılması gerektiğini açıklarken, aynı zamanda eğer katılsaydı neler söyleyeceğini de söylüyor. Dolayısıyla bunları söylemekten mahrum edildiğini açıklıyor, demiş. Sonra da ben buna bakıyorum, bu söylediklerini zaten bu davada söylemiş. Dolayısıyla da aslında bir nevi yenilenmesi gerekmez, zaten söyleyeceklerini idare veya yanında katılan taraf hangisiyse dile getirdiği için adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği sonucuna varılmış¹². Şimdi bakın ihbarın zorunlu olduğuna karar veriyor ama diyor ki ben bakıyorum söyleyeceklerine ve görüyorum orda onun söylediklerini zaten yanında katılma talep edeceğin taraf söylemiş. Dolayısıyla da bir hak ihlali söz konusu değil.

O davada esasında yeri geldiğinde pekala başka şeyler de söyleyebilme ihtimali söz konusu olabilirdi. Neticede müdahil sıfatıyla konsantrasyonu, motivasyonu, değerlendirmesi

¹² “Öte yandan başvurunun müdahale dilekçesinde dile getirdiği, uyumsuzluk konusu edilen ihalenin iptalini gerektirecek herhangi bir hukuka aykırılık unsuru bulunmadığıyla ilgili tüm hususların davalı konumundaki idare tarafından hem ilk derece mahkemesindeki yargılama sırasında savunma dilekçesinde hem de Danıştaya sunulan temyiz dilekçesinde ileri sürülmüş olduğu görülmektedir. Dolayısıyla gerek ilk derece mahkemesinin delilleri değerlendirme sürecinde gerekse Danıştayın söz konusu kararın temyiz denetimini gerçekleştirdiği süreçte belirtilen hususlara vâkıf olduğu ve bu suretle bir sonuca ulaştığı anlaşılmaktadır. Bir başka ifadeyle başvurunun müdahale dilekçesinde, menfaatlerinin örtüştüğü davalı idare tarafından yargılama sürecinde ileri sürülmemiş ve ilk derece mahkemesi kararındaki değerlendirmelere ilave bir değerlendirme/inceleme yapılmasını gerektirecek herhangi bir hususa yer vermediği tespit edilmiştir. Bu durumda ilk derece mahkemesinin 2577 sayılı Kanun’un 31. maddesindeki davanın ihbarına ilişkin usul hükümlerini yerine getirmemiş olmasının somut olayın özel koşullarında başvurusu aşırı ve katlanılamaz bir külfet yüklediği, bu sebeple başvurunun mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olduğu anlaşılmıştır.”

filan farklı olabilirdi. Başka bir takım araştırmalar olabilirdi ve Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru dilekçesinde dile getirdiği hususlardan başka birtakım hususlar gündeme getirebilirdi ve bunlar da davanın gidişatına pekala etki edebilirdi. O bakımdan da yani ne söylediğine bakarak hak ihlalinin olup olmadığına karar vermek bence doğru değil. Burada esas nokta, kritik husus davanın ihbarının zorunlu olup olmadığının tespit edilmesi. Zorunluysa artık esasen söyleyeceğini söylemiş diyebilmesi, mahkemenin kendisini idarenin yerine koyması ve ilk derece mahkemesinin yerine koyması doğru ve yerinde değil bence.

4) Buraya baktığınızda diyor ki; takdir yetkisi var yerel mahkemelerin ne zaman ihbar durumunu tartışıp tartışmayacağı konusunda¹³. Dolayısıyla ben kategorik olarak kendim her durumda hak ihlalidir, ihbar edilmesi gerekir demem ama bakıyorum, ister istemez bakmak durumundayım. Böyle olduğu zamanlarda da yeni bir kanun yolu müessesesi aslında açılmış oluyor, bir temyiz merci gibi bakıyor veya istinaf merci. Diyor ki benim gördüğüm kadarıyla eğer ciddi bir ilişki, menfaat bağı söz konusuysa, böyle durumlarda artık ihbar edilmesinin zorunlu olduğu tespitini yapmak durumundayım. Edilmemişse de adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verebilirim. Üstelik bu kararların öncesinde de taleple gündeme gelecek şekilde tazminat olabilir ya da biliyorsunuz artık bireysel başvuru yollarında, yargılamanın yenilenmesiyle ilgili bir karar çıkması söz konusu olur ki bu kararda da öyle. Dolayısıyla da bu karara istinaden şimdi ne olacak; yargılanmanın yenilenmesi gündeme gelecek ve ihbar edilecek ilgili tarafa, ondan sonra davanın tekrar görülmesi söz konusu. Bakın bir ihbarın yapılmaması nelere kâdir? Kaç sene belki davanın yeniden görülmesi söz konusu olacak.

Istanbul Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

¹³ AYM Sema Calgav ve Oya Yamak Başvurusu, B. No: 2015/13950, T. 24.05.2018.

MERCİ TAYİNİ

MADDE 44 - 1. Yetkili mahkemenin bir davaya bakmasına fiili veya hukuki bir engel çıktığı veya iki mahkemenin yargı çevresi sınırlarında tereddüt edildiği veya iki mahkemenin de aynı davaya bakmaya yetkili olduklarına karar verdikleri hallerde dava dosyaları, tarafların veya mahkemelerin istemi üzerine merci tayini için:

a) Uyuşmazlığın aynı yargı çevresindeki mahkeme veya mahkemeler arasında çıkması halinde, o yargı çerçevesindeki bölge idare mahkemesine,

b) Sair hallerde Danıştaya,

Gönderilir.

2. Danıştay ve bölge idare mahkemesi görevli ve yetkili mahkemeyi kararlaştırır.

3. Danıştay ve bölge idare mahkemesinin bu konuda vereceği kararlar kesindir.

Bu madde esas olarak maddede belirtilen nedenlerle davaya bakacak mahkemenin belirlenmesinde duraksama yaşanması halinde ne olacağını düzenliyor. Bunun yanında olumlu yetki uyuşmazlığı olarak nitelendirilebilecek mahkemeler arasında birtakım uyuşmazlıklar çıktığında nasıl giderileceğine ilişkin kural koymuş. Hangi durumlarda ortaya çıkıyor, birinci olasılık fiili veya hukuki engel bulunması hali. Bu gibi durumlarda aslında yetkili mahkeme belli ama mesela fiili engel bakımından davaya bakması mümkün olamıyor. Örneğin, mahkeme binasının; yer sarsıntısı, yangın, su basması, terör eylemi gerçekleştirilmiş olması gibi nedenlerle görev yapılamaz hale gelmesi durumunda mahkemenin söz konusu davaya bakması mümkün olmaz. Biliyorsunuz ki geçmişte Sakarya'da ve Van'da depremler yaşadık maalesef, bu depremlerden sonra mahkemeler prefabrik barakalarda çalıştı. Üstelik o depremlerde yakınları vefat eden veyahut da bizzat mahkemelerde çalışanlardan hayatını kaybedenler oldu. Bakıldığında prefabrik yerlerde görev yapmaktansa pekala bu maddedeki fiili engel durumu gerekçesiyle merci tayini yoluna gidilebilirdi. Demek ki bu gibi hallerde merci tayini söz konusu olacak. Birinci olasılık bu.

İkinci olasılık, iki mahkemenin yargı çevresinin sınırında duraksama nedeniyle yetkili mahkemenin belirlenmesi sorunu gündeme geliyor. Demek ki dava açılmış olacak. Davanın öncesinde böyle bir sistem yok. Bu maddenin dava açılmadan önce işletilebilmesine olanak yok. Olabilirdi belki ama düzenlenmemiş. Dava açılınca anlaşılıyor ki iki mahkemenin sınırlarında (yargı çevresinin sınırında) duraksama söz konusu, bir tereddüt var. O nedenle de bunun belirlenmesi ihtiyacı gündeme geliyor. Dördüncü durum ise iki ayrı yargı çevresindeki idare mahkemelerinin aynı uyuşmazlık hakkında kendini yetkili görmesi halidir. Bu olumlu yetki uyuşmazlığıdır. Olumsuz yetki uyuşmazlığını, olumsuz görev uyuşmazlığı ile birlikte sene başında zannediyorum hoca ile birlikte gördünüz. Dolayısıyla buna ilişkin kurallar 43. Maddede belirlenmiş. Kimi durumlarda olumlu yetki uyuşmazlığı da çıkabilir. Örneğin, bir dava Ankara İdare Mahkemesinde açılıyor ve aynı dava Eskişehir İdare Mahkemesinde de açılıyor. Kolay değil tabii bunun ortaya çıkabilmesi, mahkemeler de kendilerini yetkili görünce davaya devam edeceklerinden ama olabilir. Bu gibi hallerde işte gerek mahkemeler haberdar olduğunda gerekse tarafların talebi doğrultusunda merci tayini söz konusu olabilir. Dolayısıyla bakın ne var ? Bunlardan bir tanesi yetkili. İkisi birden yetkili olsa zaten dikkat edin o zaman

merci tayinine gerek kalmayacak, ne gündeme gelecek? Daha önce anlatıldı size, Danıştay'ın görev alanına girecek. Burada öyle bir durum yok. İkisi birden yetkili değil, ikisi birden kendini yetkili görmüş ama bir tanesi yetkili dolayısıyla bu gibi durumlarda yine 44. Maddenin yani olumlu yetki uyuşmazlığı adını verdiğimiz bu halin gerçekleşmesi halinde söz konusu maddenin devreye girmesi gerekir. Merci tayininin yapılması bakımından da alışık olduğumuz bir sistematik var, anlayış söz konusu. Uyuşmazlığın aynı yargı çevresindeki mahkeme veya mahkemeler arasında çıkması halinde o yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine gidilecek. Diyelim ki Tekirdağ - İstanbul İdare Mahkemesi yetki meselesinde buradaki hallerden biri söz konusu olduğu zaman İstanbul Bölge İdare Mahkemesine gidecek. Ama farklı bölge idare mahkemelerinin yargı çevresine ilişkin mahkemeler bakımından uyuşmazlık çıkmışsa o halde de hep aynı adres karşınıza çıkıyor, Danıştay tarafından merci tayini yapılacak. Bu çerçevede hangisi yapacaksa merci tayinini, Danıştay veya bölge idare mahkemesi, görevli ve yetkili mahkemeyi kararlaştıracak ve o mahkeme ilgili uyuşmazlığı çözümleyecektir. Bu konuda verilen kararlar kesindir dolayısıyla başlı başına kendisi temyize tabi değil ama esasa ilişkin kararlar birlikte gittiğinde yeri geldiğinde örneğin Danıştay'a gittiğinde Danıştay ilgili davaya bakarken bu meseleyi de tekrar değerlendirmek durumunda kalacaktır. Ama tekrar ediyorum maddedeki açık hüküm gereğince yalnızca bu kararlara yönelik kanun yoluna gitmek mümkün değil. Merci tayini kısaca bu . Çok uygulanan, akla gelen bir madde değil ama demek ki kanun koyucu bu gibi halleri değerlendirmiş ve ihtimal dahilinde olduğunu tespit etmiş, buna ilişkin de 44.maddede bir hüküm getirmiş. Tartışmalı bir yargı kararı var, birlikte onu değerlendirelim.

MERCİ TAYİNİ'NE İLİŞKİN YARGI KARARLARI

1. DANIŞTAY 15. DAİRE E. 2016/4423 K. 2016/5636 T. 22.11.2016

(Farklı yargı çevrelerinde geçen tedavi sürecine ilişkin açılan davada görevli ve yetkili mahkemenin hizmetin yoğun olarak gerçekleştiği ve sonlandığı yer mahkemesi olduğu hk.)

...

Birkaç tane bu nitelikte karar var, bir tanesini görelim. Diğerleri de hemen hemen aynı esasa dayanıyor.

Dosyanın incelemesinden; davacılar yakın..... Kayseri Kadın Doğum ve Çocuk Hastalıkları Hastanesindeki doğumundan sonrasında Erciyes Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi, Ankara Dr. Sami Ulus Kadın Doğum ve Çocuk Hastalıkları Hastanesi, Ankara Dışkapı Yıldırım Beyazıt Eğitim ve Araştırma Hastanesi, Gazi Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi, Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi, Selçuk Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi'nde devam etmiş olan ve en son Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi'nde vefatıyla sonuçlanan tedavi sürecinde

Öyle bir tedavi süreci var ki birkaç tane hastanede, tıp fakültesinde tedavi uygulanmış

Bahsi geçen hastanelerin bağlı olduğu idareler açısından yapılacak hizmet kusuru değerlendirmesinin birbirinden bağımsız olarak ele alınmasının olanaksız olması, dosyalarda yapılması muhtemel bilirkişi incelemesinde tedavi sürecinin tek dosya üzerinden değerlendirilmesinin uygun olacağı

...

Şeklinde bir karar söz konusu.

Bir başka olayda da benzer bir durum var. Orada da mevzu şu: Diyelim ki Diyarbakır'da bir tedavi yapılıyor ve buradaki tedavide bir problem var hizmet kusuru söz konusu sonra Malatya'ya gidiyor. Bunlar farklı idare mahkemelerinin yetkisi alanında. Malatya'daki tedavide de bir hizmet kusuru söz konusu, vefat veya yaralanma ile neticeleniyor. Şimdi dava açacağız, hizmet kusuru söz konusu. 2. Sınıftaki gördüklerinizden hatırlayın, bir tam yargı dava çeşidi, eylemlerden kaynaklanan bir tam yargı davası açılacak. Peki bu davayı nerede açacağız? Yalnızca Tedavi yanlışlığı yalnızca Malatya Tıp Fakültesinden kaynaklansa Malatya İdare Mahkemesinde açılırdı. Buna karşılık yanlış tedavi var, devamındaki tedavi de yanlış. Diyelim ki hastanın ölümü her iki tedavinin yanlışlığından da kaynaklanıyor. Malatya'yı bir tarafa bıraksak yalnızca Urfa'daki hastanenin hizmet kusurundan söz konusu olsa oraya gideceğiz. Dava nerede açılacak dendiğinde Danıştay'ın bu konudaki yaklaşımı şu şekilde, diyor ki :

“... davacılar tarafından, Ordu Devlet Hastanesinde başlayan hizmet kusurunun, 19 Mayıs Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinde devam ederek davacılar yakınının ölümüne sebebiyet verildiği iddia edildiğinden; uyuşmazlığın, 2577 sayılı Yasanın 36 (b) maddesi uyarınca, sağlık hizmetinin sona erdiği 19 Mayıs Üniversitesi Tıp Fakültesinin bulunduğu yer idare mahkemesince, bir başka ifade ile Samsun İdare Mahkemesince çözümlenmesi gerekmektedir.”

Burada şuna getiriyor, devam eden bir eylem söz konusudur. Dolayısıyla ben buna baktığımda yukarıdaki kararda hizmetin yoğunlaştığı yeri esas alıyorken aşağıdaki kararda ise son tedavinin yapıldığı yeri esas alıyor. Sağlık hizmetinin sona erdiği 19 Mayıs Tıp Fakültesi Hastanesinde diye belirtiliyor yani diyor ki bu ikisinden bir tanesini seçiyorum ve sağlık hizmetinin bittiği yeri esas alıyorum. Dolayısıyla da mercii tayinini buna göre yapıyorum şeklinde bir ibaresi var. Ne dersiniz?¹

Burada madem devam edebilen bir hizmet söz konusu dolayısıyla bunların birbirinden ayrılması da mümkün değil. O zaman ister istemez iki ayrı yetkili idare mahkemesinin görevine girer gibi görünüyor. İlk okuduğumda da böyle demiştim. Dolayısıyla da böyle olduğu zaman sanki o ender hallerde gündeme gelen iki ayrı idare / vergi mahkemesinin aynı anda yetkisine giren bir uyuşmazlık olup bu uyuşmazlığın Danıştay'da çözümlenmesi gerektiği kuralının tatbikinin daha yerinde olacağı kanaatindeyim.

Öğrenci sorusu: Davanın Sağlık Bakanlığına açılması gerekmiyor mu?

Hocanın cevabı: Bunlar tıp fakültesi , biliyorsunuz ki kamu tüzel kişiliği söz konusu. Şimdiki yasal düzenlemede bu konuda karışıklıklar gündeme geliyor ama o tarihlerde buna ilişkin hiçbir tereddüt söz konusu değil. Neticede Sağlık Bakanlığından ayrı bir kamu tüzel kişilikleri söz konusu olduğu için o kamu tüzel kişiliğine yönelik olarak dava açılması gerekiyor. Bu kararların en azından tartışmalı olduğu aşıkâr. Dolayısıyla kendi görüşümüzü de belirttik ama Danıştay'ın görüşü de bu yönde yani, idare mahkemesi ve bizim kanaatimizden farklı bir kanaat ve değerlendirme yapmış Danıştay.

YARGI KARARLARININ GEREKLERİNİN YERİNE GETİRİLMESİ

¹ Hoca, öğrencilerin fikrini aldıktan sonra kendi görüşünü açıklıyor.

İdari yargı kararlarının yerine getirilmesi İYUK m.28'de düzenlenmiştir. Adli yargı kararlarının yerine getirilmesinden farklıdır özellikle hukuk yargısından, adli yargıdan bahsederken söylüyoruz, niye? Çünkü söz konusu adli yargı kararları adli yargıdaki taraf idare olsa bile neticede bir özel hukuk uyuşmazlığıdır, adli yargıda görülüyor. O kararların uygulanmasında devletin icra ve infaz organları devreye giriyor dolayısıyla onlara müracaat ediliyor, adli yargı kararlarının uygulanması ve gereklerinin yerine getirilmesi bakımından. Halbuki idari yargıda, idari yargının vermiş olduğu kararlar davanın tarafı olan davalı konumunda olan idareler tarafından bizzat yerine getiriliyor. Bu nedenle de özel olarak Anayasanın 138. Maddesi hükmü doğrultusunda İYUK 28. maddesinde kendine özgü bir şekilde düzenlenmiştir.

A. Mahkemelerin bağımsızlığı

MADDE 138-

...

Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.

Bu Anayasa hükmü ile aynı yönde İYUK m.28'de birtakım düzenlemeler getirilmiş. Madde hükmünü incelediğimizde göreceksiniz birtakım esaslardan bahsediyor ve belirli hükümler ortaya koymuş. Bu esaslar içerisinde de yargı kararlarının uygulanmaması durumunda neler yapılacağını öngören hükümler de var. Bunlar başlı başına eleştiri konusu, yeri geldiğinde onları da değerlendireceğiz.

İYUK Madde 28 – 1.(Değişik:10/6/1994-4001/13 md.) Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez. **(İptal cümle: Anayasa Mahkemesi'nin 10/7/2013 tarihli ve E.: 2012/107 K.: 2013/90 sayılı Kararı ile.) (...)** **(Ek cümleler: 21/2/2014-6526/18 md.; Değişik üçüncü ve dördüncü cümleler: 10/9/2014-6552/97 md.; İptal üçüncü cümle: Anayasa Mahkemesi'nin 25/11/2015 tarihli ve E.: 2014/86, K.: 2015/109 sayılı Kararı ile.) (...)(1)** **(İptal dördüncü cümle: Anayasa Mahkemesi'nin 2/10/2014 tarihli ve E.: 2014/149, K.: 2014/151 sayılı Kararı ile.) (2)** **(Ek cümle: 10/9/2014-6552/97 md.) (...)(1) ancak disiplin hükümleri saklıdır(1)**

İlk olarak hangi kararlar İYUK m. 28'de öngörülmüş olan kararlar ? Yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlar idari yargı mercilerinin verdiği, bunun yanında Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı idari davalarda esasa ilişkin olarak verdiği kararlar, Bölge idare mahkemelerinin istinaf üzerine ilk derece mahkemesinin kararını kaldırdıktan sonra işin esası hakkında verdikleri kararlar, İdare ve vergi mahkemelerince işin esasına yönelik olarak verilen kararlardan ibaret buradaki düzenlenmiş kararlar. Demek ki yürütmenin durdurulması kararı, bunun yanında da idare mahkemeleri, vergi mahkemeleri ve Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla yaptığı yargılamalarda işin esası hakkında verdiği kararlar bu maddenin kapsamına giriyor. Birincisi bu.

İkinci olarak kanun yollarına başvurulmuş olması infaz zorunluluğunu ortadan kaldırmaz dolayısıyla belirttiğimiz kapsamda bir yargı kararı verilmişse bu yargı kararına yönelik olarak diyelim ki idare, kanun yoluna başvurmuş ise bu kararın yargısal anlamda kesinleşmesi

gerekmiyor infazı bakımından, Neden? Çünkü ne İYUK 28. Maddesine uyuyor ne de anayasa 138. Maddesine uyuyor çünkü herhangi bir şekilde böyle bir şart söz konusu değil. “Ben bu kararı uygulayacaktım ama ben bu kararı istinaf yoluna götürdüm, temyize götürdüm dolayısıyla oradan kesinleşince uygulayacağım” şeklinde bir cevap yargı kararlarının uygulanmaması anlamına gelir. Demek ki kanun yollarına başvurulmuş olması infaz zorunluluğunu ortadan kaldırmıyor. Şimdi nasıl yerine getirilecek bunu değerlendirmek durumundayız. Bir kere icaplarına, gereklerine göre yerine getirilecek diyor. Dolayısıyla bu icabın ne olduğu önemli. Neye bakacağız ? Yargı kararının hükmüne ve aynı zamanda gerekçesine bakacağız. Gerekçesine göre bu icabın ne olduğu ve idarenin bu yargı kararını nasıl yerine getirmesi gerektiğini değerlendirmek durumundayız. Bunu yaparken başka bir esası daha unutmayacağız, hatırlayın, Anayasada ve İYUK'ta iptal davaları bakımından özellikle önemli olan bir kuralımız var. Diyor ki:

İdari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı:

Madde 2

...

2. İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler.

Demek ki ne söz konusu, yargı kararını verecek ama bu kararının nasıl yerine getirileceği icapları doğrultusunda nasıl uygulanacağını değerlendirmesini kim yapacak? İdare yapacak. Yargı kararını verirken bir değerlendirme yapacak ama bu kararın nasıl yerine getirildiğinin değerlendirmesini de idare yapacak. Bizim sistemimizde biliyorsunuz iptal davalarında özellikle tam yargı davalarından farklı olarak idari yargı pasif konumda. İşlemin hukuka uygun olup olmadığını tetkik ve tespit yetkisine sahip dolayısıyla eğer bir hukuka aykırılık bulursa iptal edecek ama nasıl uygulanması gerektiğini empoze etmeyecek, bu konuda emir vermeyecek. Başka birtakım hukuk sistemlerinde yargısal emir dediğimiz şeyler var. Ancak bizim hukuk sistemimizde söz konusu değil, o nedenle de mutlaka kararın gerekçesinin olması lazım bu kararın nasıl uygulanacağını tespiti açısından önemli idareye yol gösterecek ama karar gerekçesi yazıyorum diyerek idarenin yerine geçecek şekilde işlem yapılmasına varacak ve dolayısıyla da idari işlem niteliğine de karar verilmesi anlamına gelecek bir karar verilmesi, iptal davasında mümkün değil. O bakımdan da mesela bir kamulaştırma işlemi söz konusu, en uygun taşınmaz olmadığı gerekçesiyle veya kamulaştırmaya özgü hizmete özgülenmek üzere başka elverişli taşınmazlar olduğunu ortaya koyabilir ve dolayısıyla bu gerekçeyle işlemi iptal edebilir ama şunu diyemez: “Şu taşınmazı kamulaştıracaksın.” Bu taşınmazı kamulaştıramazsın diyebilir ancak ondan sonra idare neden iptal edildiğinin gerekçelerini de alıp yeri geldiğinde hangi taşınmazın en uygun taşınmaz olduğunu kendisi tespit ve takdir edecektir. Yoksa yargı kararıyla mutlaka belirli bir taşınmazın kamulaştırılmasına zorlanması mümkün değil. Demek ki kimi hallerde bu gibi duraksamalar söz konusu olabilir. Dikkat etmek gerekir.

Tam yargı davalarındaysa hakimnin ne yapılacağını göstermesi söz konusu. Her ne kadar bizim sistemimizde uygulamada genellikle tazminat davası olarak öngörülüyor olsa bile yine de tazminat davası şeklindeki formunda dahi ne diyor mahkeme, “şu kadar paranın davacıya ödenmesine veya davacıdan alınan paranın iadesine...” şeklinde karar vermekle aslında sözünü

ettiğimiz şekilde pekala yargı kararının nasıl uygulanması gerektiğini göstermiş oluyor. Bu tam yargı davasının niteliğinden kaynaklı bir durumdur. Asıl tartışma, emir ve talimat verme yasağı, demek ki iptal davasındaki kimi hallerde ortaya çıkıyor.

Şimdi bu iptal kararlarının uygulanmasında çeşitli ihtimaller gündeme gelebilir. Bir iptal kararı verilince ne anlama geliyor idari yargı bakımından, bunu ikinci sınıfta idarenin işlemlerinin geri alınmasında karşılaştırarak anlatırken de söylemiştik sizlere, idari yargı yerince verilen iptal kararları geçmişe etkili hüküm doğurur. Dolayısıyla işlem yapıldığı andan itibaren hükümsüz kılınır. Bir başka ifadeyle hiç yapılmamışçasına sonuç doğurur. Dolayısıyla mümkün mertebe işlem hiç yapılmamışçasına sonuç doğuracak şekilde yargı kararının uygulanması gerekiyor. Kimi zaman bu daha basit, kimi zaman da daha çetrefilli sorunlara yol açabiliyor.

Birinci ihtimal: (en kolay halledilebilecek mesele) Bazı iptal kararları kendiliğinden sonuç doğuruyor. Dolayısıyla idarenin herhangi bir şey yapmasına gerek yok. Diyelim ki bir yıkım kararı verildi ve sonra bu karar iptal edildi, idarenin bu noktada çoğu durumda herhangi bir şey yapmasına gerek kalmaz yani idare yıkmayacak ve yapı yerinde duracak. Diyelim ki bir ruhsatı iptal etti idare ve bu ruhsatın iptali işlemi iptal edildi yargı yerince, Dolayısıyla böyle bir durumda ruhsatın iptali işleminin iptali durumunda ruhsat avdet eder diye kabul ediliyor o nedenle de diyelim ki işyeri faaliyetini durdurmuşsa bunun için ayrıca yeniden ruhsat verilmesine gerek kalmaz. Bu gibi durumlarda çoğunlukla bir şey yapmasına gerek yok idarenin.

Ama her zaman böyle değil kimi hallerde de idarenin hareketsiz kalamayacağı birtakım durumlar söz konusu. Dolayısıyla birtakım işlem veya işlemler yapması gereklilik arz ediyor. Kimi hallerde de tersine işlem yapması gerekir. Atanma başvurusunun reddi işlemi söz konusuysa ve bu ret işleminin hukuka aykırılığı gündeme geliyorsa yani atamama işlemi olarak değerlendirdiğimizde atamasına karar verecektir. Pasaport talep ettim, kayıt talep ettim idare reddetti , başvuru reddi işleminin iptali kararı çıktığında kayıt yapılacak, pasaport verilecek. Demek ki tersine birtakım işlemler yapılması gerekebilir. Hatta kimi durumlarda birden fazla işlem yapılması halin icaplarına göre gündeme gelecek. Bir kamu görevlisini ihraç ettiniz diyelim, dava açtı 2 sene sonra iptal kararı çıktı. Dolayısıyla bir kere koltuğa oturacak, görevinin devamına izin vereceksiniz. Aynı zamanda o tarihe kadarki özlük haklarının temini söz konusu olacak. Aldığı maaşları vereceksiniz çünkü onlardan mahrum kaldı, kıdeme bağlı olarak terfileri söz konusuysa, derece kademe ilerlemesi gündeme geliyorsa bunları da geri vereceksiniz ki o zaman işlem hiç yapılmamışçasına sonuç doğurmuş olsun. Söz konusu kamu görevlisi ihraç edilmeseydi hangi statüde olacaksa o statüye sokmak gerekir. Hatta öyle bazı itilaflar var ki zincir şeklinde işlemler yapılması gündeme geliyor. Hocanın notlarında olan bir örnek, diyelim ki belediyede mali işler daire başkanı aynı zamanda da yönetim kurulu üyesi olarak görev yapıyor belediyenin birtakım şirketlerinde, belediye iktisadi teşebbüslerinde . Mali işler daire başkanı olarak örnek veriyorum 5.000₺ alıyor ama yönetim kurulu üyeliklerinden 10.000₺ - 15.000₺ ücret alıyor. Mali işler başkanlığından görevine son verdiniz sonrasında dava açtı, uygularken yalnızca mali idari başkanlığını geri vermiyorsunuz, aynı zamanda madem işlem hiç yapılmamışçasına sonuç doğuracak o şirketlerdeki görevlerini de vereceksiniz dolayısıyla onlara da devam edecek ve onlarda bulunması sebebiyle alması gereken ücretleri de kendisine vereceksiniz. Bir de onun yerine atanmışlar varsa onları da görevden almak durumundasınız. Beni bu koltuktan aldı başka bir yere gönderdi o arada bu kadroya başkası atandı. Ben davayı kazandım, iptal kararı aldım. Madem ki karar hiç yapılmamışçasına sonuç

doğuracak o zaman, kural olarak o göreve dönmem lazım. Döneceksem de o koltuğun boşaltılması gerekir. Dolayısıyla benim yerime atanan kamu görevlisinin oradan alınıp başka yere nakledilmesi benim de yargı kararı gereğince görevime dönmemin söz konusu olması gerekir. Dolayısıyla bu verdiğim örnekte hem daire başkanlığına orada birisini atamışsanız, onu başka bir yere göndereceksiniz; şirket yönetim kuruluna başka birini atamışsanız, onu başka bir yere göndereceksiniz. Uygulamada görüyorsunuz bunu yapmakta bir sakınca yok , tereddütleri giderebilir, zorlukları giderebilir. Ne söz konusu oluyor: Mesela ben bir yerden başka bir yere atandım ve benim yerime başkası geldi. Ben hem kendi nakil işlemime karşı dava açıyorum hem de benim yerime gelenin atanmasına karşı dava açıyorum. Bu aslında bir tedbir. Herhangi bir tereddüt olmasın yargı kararı daha rahat uygulansın diye. Hatta işlemlerde ne söz konusu? Bir bağlantı var davalarda da. Dolayısıyla her ikisini birden kazandığımda da benim buradan gönderilmem hukuka aykırıysa ister istemez diğerinin gelmesi hukuka aykırı olacak. Şimdi esas söylemek istediğim yere geliyorum, böyle bir davayı açmamış olsam bile idare şunu diyemez: “Sen iyi güzel buradan nakil işlemine karşı iptal davası açtın kazandın ama bu hanımefendininkine ya da adamınkine dava açmadın, dolayısıyla seni bu koltuğa oturtamam ve onu o görevden alamam. Seni şimdi başka yere atıyorum” kural olarak diyemez. Böyle bir dava açmasam bile idarenin benim yerime atanan kamu görevlisini görevden bir başka yere nakletmesi gerekiyor.

Öğrenci Sorusu: Mesela ben daire başkan yardımcısıyım kamuda ve benim daire başkanı olmam gerekiyordu örneğin 5 yıl içerisinde, sonra görevden alındım. Geri göreve iade edildiğimde o süre geçmişse iade edileceğim görev daire başkan yardımcılığı mı olur yoksa olmam gereken daire başkanlığı mı olur?

Hocanın Cevabı: Bu gibi durumlarda her şartların haiz olanın atanması söz konusu değil, yeri geldiğinde idarenin takdir yetkisi gündeme gelecek dolayısıyla davayı boş verin siz kıdemi doldurduysanız da illa o göreve atanacaksınız diye çoğu zaman bir durum söz konusu değil ama diyelim ki böyle bir atamanın yapılması lazımdı normal şartlarda. Sizden başkasının atanması mümkün değil ve idarenin takdir yetkisinde olan bir durum söz konusu değilse tabii ki madem işlem hiç yapılmamışçasına sonuç doğuracaksa görevden ayrı kaldığınız zamanlar kıdeminize sayılmak durumunda, hiç kuşku yok.

Bakın ikinci sınıfta verdiğim bir örnek vardı. Orada bile şöyle bir şey gündeme geldi, belediyede sözleşmeli çalışıyor. Sözleşmesinin süresi dolmadan belediye sona erdiriyor. İdari işlem olarak kabul ediliyordu, sona erdirmeye işlemine karşı iptal davası açılıyor. Dava devam ediyor bu arada bir kanun çıktı. Bu biliyorsunuz sözleşmeli olanların memuriyete geçirilmesine ilişkin. Dedi ki kanun, “şu tarihten şu tarihe kadar isteyenler başvurabilir” Diyelim ki 1 Haziran’dan 1 Eylül’e kadar. Sözleşmeli statüsünden kadrolu statüye geçmek için. Başvuranlar başvurdu ondan sonra da geçirildi. Şimdi bu arkadaş sözleşmeli statüsündeyken görevine son verildi, dava açtı ama dava devam ediyor. Yürütmenin durdurulması kararı da almadı. Dolayısıyla kanunun belirlediği tarihler içinde başvuramadı. Normal şartlarda bu tarihlerde başvurmadığınızda hakkınız zayı oluyor çünkü hak düşürücü süre. Açtı iptal davasını kazandı işlem iptal edildi yani hukuka aykırı bir şekilde sözleşmesi sona erdirilmiş. Dolayısıyla görevine döndü ama bir başka sorunu daha var. Diyor ki ben, şayet sen bu hukuka aykırı işlemi yapmasaydın sana başvuruda bulunacaktım. Sen bu hukuka aykırı işlemi yapmakla beni yalnızca görevimden, maaşımdan mahrum etmedin aynı zamanda bu başvuruyu yapmaktan da alıkoydun. Kanuna bakıyorsunuz, “bu sürelerde başvuru yapılması gerekir” diyor. Tartışılabilir bir mesele ama bana soracak olursanız yargı kararının gereğinin yerine getirilebilmesi adına o

kişiyi mahsus olarak başvurusunun o tarihlerde yapılmış sayılması gibi bir kabul olması lazım. Dolayısıyla ona özgü olarak şartları taşıyorsa kadroluya geçirilmesi gerekir çünkü hiçbir kusuru yok. Ama şu da denilebilir, kanunun açık hükmüne aykırı işlem yapılmış olabilir çünkü bir başvurudan mahrum kalmış “tazminat alsın”. Ama bence tazminatla bu durum telafi edilemez dolayısıyla da bu hakkın verilmesi lazım. Ama tabi tartışmalı, her zaman kolay değil yargı kararlarının uygulaması meselesi.

Düzenleyici işlemin iptali halinde ne olur? Mesele şu: İdare bir işlemle eski işlemini öldürüyor. Bir önceki işlemi öldüren işlem yargı yerince öldürüldüğünde o bir önceki tekrar kendiliğinden canlanır mı meselesi. Daha somut söyleyelim, iptal edilen bir düzenleyici işlem yerine yenisi kendiliğinden yürürlüğe girer mi? Bir düzenleyici işlemi değiştiren yeni bir düzenleyici işlem yargı yerince iptal edilince eskisi kendiliğinden yürürlüğe girmez. “İdarenin mutlaka yeni bir işlem tesis etmesi gerekir mi” tartışması söz konusu. Burada da iki ayrı görüş var. Danıştay dava daireleri bakımından da bir tutarlılık söz konusu değil. Örneğin 5. Daire 1990’lı yılların ortalarında verdiği bir kararında diyor ki: **Bir düzenleyici işlem değiştiren bir düzenleyici işlem iptal edildiğinde eski düzenleyici işlem kendiliğinden yürürlüğe girer. Dolayısıyla idarenin yeni bir düzenleyici işlem yapmasına gerek yoktur.** Buna karşılık Danıştay’ın 6. Dairesi diyor ki: **Eğer bir imar planını² değiştiren imar planı iptal edilmişse eski imar planı kendiliğinden yürürlüğe girmez.** İdare yargı kararı doğrultusunda yeni bir imar planı yapmak durumundadır. Yeni bir plan yapıncaya kadar da o alan plansız alan statüsündedir. Dolayısıyla uygulamalar yapmak bakımından da ruhsat, kamulaştırma vs. İptal edilen imar planının yerine yeni bir imar planının yapılması gerekir.

Hocanın Sorusu: Sizce 6. Dairenin bu kararının altında ne yatıyor?

Hatırlayın 2. Sınıf bilgilerini unutmamak gerekir. **İdarenin bu düzenleyici işlemleri, zamanın hal ve icaplarına ve kamu yararının gereklerine göre kaldırmakta takdir yetkisi vardır. Herhangi bir engel söz konusu değil, yeter ki hukuka uygun olsun.** İmar değişikliğinde de bir kaldırma iradesi var ve bu konuda takdir yetkisi var. Bir de yerine yenisini yapmak var. 6. Daire diyor ki, benim aykırı bulduğum şey yerine yenisini yapmak. Bu şekilde bu konuya istinaden yenisinin yapılması. Yoksa ben bu imar planı herhangi bir şekilde değiştirilemez demiyorum. Dolayısıyla kaldırma iradesine ben karışmam orada takdir yetkisi var. Bazen olabilir, ama çoğu durumda olmaz. Bazen öyle bir şey ki, kanunda zaten sit alanı olması öngörülmüştür, Boğaziçi’ndeki ekonomi bölgesindeki yeri, onun bir imar planı var, siz onu sit alanı olmaktan çıkardınız. Burada öyle bir tartışma yok çünkü sizin o konuda takdir yetkiniz yok. Diyelim ki, konut alanından ticaret alanına ya da yeşil alandan ticaret alanına dönüştürüyorsunuz. Ticaret alanına dönüştürmek o yer bakımından doğru ve yerinde değil etik ilkeleri gereği planlama esaslarına uygun değil. Ama idare konut alanını da her durumda yeşil alanı da bırakmalıdır demiyorum. Ticaret alanına dönüştüremezsiniz ama yeşil alanı konut alanına dönüştürebilirsiniz. Yeşil alan kent standartlarına uymak kaydıyla konut alanına çevrilebilir. Dolayısıyla konut alanı fonksiyonuna değiştirme noktasındaki iradesine karışmam. Yaptığı değişiklikte bir problem var. Kaldırmada değil yenisini getirmede. Şayet eskisi yeniden yürürlüğe girer dersem idarenin yerine işlem tesis etmiş olurum diyor.

Hocanın görüşü: Her iki görüş bakımından da tamamen doğru ve yerinde tercihler değil bunlar. Gerekçesine bakmak lazım. Bir kere yetki bakımından bir sakatlık varsa hele hele yokluğa varacak bir sakatlık varsa o zaman eskisinin avdet etmesi mümkün hatta gereklidir.

² imar planı, düzenleyici işlem olarak kabul ediliyor.

Mesela, Bakanlığın yapması gereken bir plan değişikliğini belediye yapmış, yetki bakımından sakatlık söz konusu. O durumda zaten kaldırma iradesi bakanlıkta değil, bakanlığın eski planla bir sorunu yok. Bu çerçevede yeni yapılan plan değişikliği yetki unsuru sebebiyle iptal edildiğinde bu durumda eskisinin yürürlüğe girmesi pekala kabul edilebilir hatta edilmesi gereklidir. Ama biraz önceki gibi verdiğim sebep ve konu unsurları sakatlılarında farklı bir sonuca varmamız mümkün olacaktır. Dolayısıyla da düzenleyici işlemi değiştiren düzenleyici işlemin hangi gerekçeyle iptal edildiğine göre eskisinin yürürlüğe girip girmeyeceğini tetkik etmemiz lazım. Asıl olarak da hangi unsurlara bağlı olarak sakatlık tespit etti ona bakmak gerekir yoksa kategorik bir şekilde 6. Daire ya da 5. Daire gibi eskisi yürürlüğe girer ya da girmez gibi mutlak bir tespitte bulunmak doğru ve yerinde değil bence.

2. Ders

Öğrenci Sorusu üzerine: Andımız kararındaki mesele neydi?

Karar tartışılabilir ve bana göre de yerindelik denetimi söz konusu o ayrı mesele onu Aydın Hoca anlattı zaten. Mahkeme dedi ki bunun kaldırılması hukuka aykırıdır. Öyle olunca ne olacak, gereğini yapacak. 6. Dairenin görüşünü kabul etmesek bile eskisinin yürürlüğe girmediyi. Orada takdir yetkisinin gündeme gelmesini gerektiren bir durum yok çünkü gerekçe ne: Bu andımızın okunmasına ilişkin kural kaldırılmaz. Burada zaten sözünü ettiğimiz mesele çok da devreye girmiyor. Ya avdet eder diyeceksiniz ya da aynısını koymak durumunda zaten genel olarak. Dediğim o 6. Daire kaygısını gözetmek lazım. Mesela şöyle bir örnek olsa, hukuk fakültesinde derslerden geçme notu 90 oldu. Yönetmelikte 50 iken 90'a çıkarıldı. Geldi mahkemenin önüne, mahkeme ne diyebilir? Ölçülülük ilkesine aykırı, iptal ettim diyecek. Sonrasında eskisinin avdet etmesi gündeme gelmez. Çünkü idare 55 diyebilir. Mahkeme demedi ki 55 olmaz 70'te anlaşılm. 50'yi kaldırıp yerine 90'ı getiren işlemin esasında oradaki iradeyi değişikliğe yönelik oluyor iptal. Dolayısıyla idare tekrar düzenleyecek ve eskiye uymak zorunda değil. Çünkü o kararda 50 olarak devam etmesi hükmü de geçmiyor. Bu bakımdan da bu farklılıkları dikkate almak gerekir.

Kimi iptal kararları idarenin aynı sonuç doğuracak işlem yapmasına engel teşkil etmez. Yetki açısından diyelim ki işlem iptal edildi. Belediye meclisi yapması gerekirken belediye encümeni yaptı. Yetki yönünden hukuka aykırılığa karar verdi mahkeme. Başkaca bir sakatlık görmedi. Aynı işlemi belediye meclisi yapabilir. Yetkili olan idare aynı sonucu doğuran işlemi yapabiliyor. Veya bir görüş alınmaması sebebiyle ya da gerekli araştırmaların yapılmaması sebebiyle biçim unsuru bakımından bir iptal söz konusu oldu, idare o söz konusu usuli eksiklikleri gidererek görüş alınması gerekiyorsa görüş alarak birtakım araştırmalar yapılması gerekiyorsa onları yaparak aynı sonucu doğuracak aynı işlemi tekrar tesis edebilir. Bu gibi işlemler yapmak sözünü ettiğim şartları karşılamak kaydıyla yetkideyse yetki sakatlığını gidermek, usuldeyse usuldeki sakatlığı gidererek aynı işlemi yapmak yargı kararının uygulanmadığı anlamına gelmez. Burada şuna dikkat etmek gerekir: **Yargı kararı üzerine aynı sonucu doğuran yapılan işlem yapıldığı andan itibaren sonuçlarını doğuracak. Yoksa geçmişe etkili olarak yapılmayacak ve onda hiç kuşku yok.** Diyelim ki bir atama işlemi iptal edildi, bu kişinin önceden yaptığı işlemlere etki eder mi bu? Dendi ki buraya atanması hukuka uygun değildi. Ve iptal kararı çıkana kadar yani buradan gönderilene kadar birtakım işlemler tesis etti onlara etki eder mi? Etki etmez diye kabul ediyor, idari yargı. İptal kararları bakımından hakikaten kimi hallerde bu kararları aslında uygulamamak istemiyor, geciktirmek istemiyor. Ama nasıl uygulayacağını bilebilmesi çok kolay değil. Daha doğrusu uygulamayı

gereği gibi yapabilmesi bazen de o kadar da basit değil. Çetrefilli meseleler var. Bakın şimdi basit bir örnek: İhale yapıldı, bir yapım işi. A şirketi var, B şirketi var. İhale A şirketi üzerine kaldı. B şirketi kamu ihale kurumuna itirazda bulundu. Kamu ihale kurumu dedi ki, A şirketi üzerine değil B şirketi üzerine kaldı. İdare kamu ihale kurumunun kararını uyguladı ve işi B şirketine verdi. Aradan zaman geçiyor. İhalenin neticesinde sözleşme imzalanıyor. İşe başlanıyor. Bu arada gitti bu sefer A şirketi KİK kararına karşı dava açtı. 2 yıl sonra iptal kararı geldi. İnşaat yapıldı. Nasıl uygulanacak karar? Bildiğimiz bir mesele: Yap, işlet, devret sözleşmesi yapılmış. Bir üniversite ihale yapmış. Yap işlet devret, kampüs sınırları içerisinde yurt yapılması için. Alıyor yüklenici, yurdu yapıyor. İşletmeye başlıyor. İşletmesinin 2. Senesinde ihale başladıktan diyelim ki 4 sene sonra ihalenin hukuka aykırı olduğu ve iptali gerektiğine yönelik karar veriliyor. Bunlar bazen 6 ayda 1 yılda verilen kararlar değil. İdare mahkemesi davayı reddeder, kanun yoluna gider. İstinafa gider, temyize gider ondan sonra da döner, 4 sene 5 sene geçer. Vekalet şartları sağlanmadı ve işlem hukuka aykırı, koşulları taşıyor yüklenici. Yüklenici şimdi yapmış ve işletiyor. Ne olacak bu yurdun durumu? Aynı şekilde bir ihale yapabilmem mümkün mü yap işlet devret ? Yapılmış zaten. Olsa olsa belki işlet, devret şeklindeki ihaleye çevireceksiniz. Bunun hakları ne olacak. Dolayısıyla bakın, her durumda pek kolay değil. İmar planı yapılmış. İmar planı uygulanmış. Yollar açılmış, bağlantı yolları yapılmış. Neticede diyelim ki birtakım yıkım işlemleri gerçekleştirilmiş. 4 sene sonra imar planının iptali üzerine yargı kararı çıkarılmış. Veyahut da belki hatırlarsanız, Aydın Hoca'nın anlattığı derslerden veya süre meselesinde belki gündeme getirmiştir. Hoca idari yargılama dersinde. Biliyorsunuz ki imar parselasyon planları yapılıyor, 18. Madde kapsamında. Bu imar parselasyon planlarının ilan edileceğini söylüyor, İmar Kanunu. Ama Danıştay diyor ki: “bunlar sübjektif nitelikte işlemlerdir.” Dolayısıyla tebligat yapmamışsan ilan etmen de yeterli değildir. O nedenle ilgililer 5 sene sonra 6 sene sonra ben bundan yeni haberdar oldum diyerek benim önüme geldiklerinde ben süre koşulu geçmiş demem. Çünkü sen tebligat yapman gerekirken yapmamışsın. 5. Senesinde dava açtı 7. Senesinde karar çıktı. O arada mülkiyet deseni değişmiş. Ben gitmişim Özlem'in taşınmazının maliki olmuşum, Özlem gitmiş başkasının taşınmazının maliki olmuş. Yüz ölçümleri değişmiş. Özlem taşınmazını Ensar'a satmış, Ensar Yasin'e satmış. Ondan sonra da diyoruz ki bu parselasyon planı hukuka aykırı. Dolayısıyla Cenk oraya geri dönmesi lazım. Nasıl uygulayacaksınız? Bambaşka bir hal almış. İyi niyetli 3. Kişiler mülkiyet sahibi olmuş. Kolay değil. Kamulaştırma işlemleri öyle. İkinci sınıfta da anlattım. Şimdi kamulaştırma işlemi yapıldı. Yürütmenin durdurulması kararını vermedi mahkeme. Yürütmenin durdurulması kararı verilmediğinde biliyorsunuz asliye hukuktaki mahkeme devam ediyor. Taşınmaz mülkiyetinin tespiti ve tescili davası. Tescil ettirildi, tahliye etti idare. İdari işlemin iptali davası hala devam ediyor. Koca otoyolu geçirdi, hastane yaptı aradan 4 sene geçti. Sonra birdenbire idari yargıda karar çıktı ve kesinleşti kamulaştırma işleminin iptali. Nasıl uygulayacaksınız? Vızır vızır artık otoban geçmiş oradan veyahut da 10 katlı bir şehir hastanesi yapılmış. Bana taşınmazımı geri ver diyor. Kolay mı, köprü yapılmış. Koca köprü var orada. Her zaman için kolay değil. Ne olması lazım? Demek ki 28'e gelmeden önce bu tip davaların görülmesini hızlandırmak lazım. Ama tabii etkin görülmesinden sağlıklı görünmesinden de ödün vermeyerek, mümkün mertebe. Aksi halde hukuki ve fiili imkansızlıklara varacak birtakım durumlar olması kaçınılmaz.

Mesela BDDK üyelerinin değişmesine ilişkin, görevlerinin sona erdirilmesine yönelik bir kanun çıkarıldı. Bu kanuna istinaden toptan görevleri sona erdirildi ve meclis genel kurul kararıyla yerlerine yenileri geldi. Ondan sonra Anayasa Mahkemesi iptal etti. Anayasa Mahkemesi iptal edince, bu kez o eski iki üye dava açtı. İdari yargı da dedi ki bunların görev

süresi bitmediği için görevlerine dönmesi gerekir. Peki, nasıl dönecekler? Toplu bir şekilde oralara atama yapılmış. Benim yerime atanan belli değil. Hangisini görevden alalım? Kurul üyesi sayısını örnek veriyorum 7'den 8'e çıkaramazsınız. Kanuna aykırılık söz konusu olur. Çetrefilli meseleler gündeme geliyor. İster istemez takdir yetkisi çerçevesinde bir tanesine bay bay diyecek ve dolayısıyla da yeri geldiğinde de onun birtakım mağduriyetleri varsa da gidermeye çalışacak.

Bazı hallerde öyle durumlar var ki yargı kararından olumsuz etkilenenler var. Olumsuz şekilde etkilenenler bakımından yeri geldiğinde kanun bile yapılması gündeme geliyor. Dikkat edin, birazdan söyleyeceğim yargı kararını yetkisiz bırakmak bakımından değil, yargı kararının uygulanmaması için değil, yargı kararından olumsuz etkilenenlerin mağduriyetlerini gidermek bakımından. Bu nitelikte Validasyon Kanunu isimleri veriliyor. Bunlar Fransa'da da var. Hatta Türkiye'de de çıktı bu kanun ama Anayasa Mahkemesi'ne gidip gitmediğini bilmiyorum. Dolayısıyla bunlar yargı kararını etkisiz bırakacak nitelikte değilse bu amaca matuf olarak düzenlenmemişse kabul görüyor. Aslında zaten doğru ve yerinde. Mesela nasıl örnekler olabilir? Bir sınav var, o sınava girdim, başarılı oldum ama diyelim ki jürinin yanlış tertiplenmesinden dolayı, soruları hazırlayanların ya da mülakatsa oradaki komisyonun. Sınav iptal edildi. Henüz herhangi bir atama da yapıldı. Ama bir mağduriyetim var. Normal şartlarda hiç yapılmamışçasına sonuç doğuracağı için tekrardan sınavın yenilenmesi lazım. Ama kazananlar var, beklentileri söz konusu. Bu gibi durumlarda yeri geldiğinde bunun için gerekirse bu mağduriyetlerin giderilmesi için kanun çıkarılıyor. Hatta biz de İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda ivedi yargılama usulüne ilişkin düzenlemelerde bir yerde olması gerekir. İvedi yargılama, yargılama sürecine ilişkin ama kararın sonuçlarına temas eden bir hükmü de var. Bakın ne diyor:

İYUK M.20/B

2) açılan davalarda verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararları, söz konusu sınava katılan kişilerin lehine sonuç doğuracak şekilde uygulanır.

Aynı amaca matuf bir düzenleme var. Onların mağduriyetlerini giderebilmek bakımından ve yargı kararının uygulanmasında tereddütleri kaldırabilmek açısından getirilmiş bir hüküm olarak pekala gösterebiliriz.

Yürütmenin durdurulması kararlarının uygulanması bakımından bir farklılık var mı? Temelde bir farklılık yok. Biliyorsunuz yürütmenin durdurulması kararı neticede nihai bir karar değil. Yürütmenin durdurulması kararında da ne söz konusu? İşlemin hukuka uygunluk karinesini ve icrailiğini askıya alan bir karar. Dolayısıyla bir dava açılmışsa, yürütmenin durdurulması kararı verilmişse iptal kararına benzer bir şekilde işlem hiç yapılmamışçasına sonuç doğuracak şekilde yürütmenin durdurulması kararlarının da kural olarak uygulanması gerekir.

Yargı kararlarının uygulanması bakımından getirilen hükümler açısından tam yargı davalarını değerlendirecek olursak, biraz önce de söylemiştim, tam yargı davaları iptal davalarından farklılık arz ediyor. Aslında tam yargı davalarında İdari yargıç aslında idareye emir ve talimat vermiş oluyor. Mesela eğer bir para ödenmişse onun davacıya iadesine veya bir tazminat söz konusuysa onun davacıya maddi ve manevi tazminat olarak ödenmesine diyecek.

Yargı kararlarının nasıl uygulanması gerektiğini gösteriyor hatta emir ve talimat niteliğinde bir karar vermiş oluyor.

Tam yargı davaları bakımından ve konusu belirli bir miktar para olan iptal davaları bakımından 2. Fıkrayı irdelemek gerekir.

İYUK M. 28/2

(Değişik: 2/7/2012-6352/58 md.) *Konusu belli bir miktar paranın ödenmesini gerekti- ren davalarda hükmedilen miktar ile her türlü davalarda hükmedilen vekalet ücreti ve yargılama giderleri, davacının veya vekilinin davalı idareye yazılı şekilde bildireceği banka hesap numarasına, bu bildirim tarihinden itibaren, birinci fıkra da belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde yatırılır. Birinci fıkra da belirtilen süreler içinde ödeme yapılmaması halinde, genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur.*

Demek ki belirli bir meblağ ödenmesine ilişkin tam yargı davalarıyla aynı sonuca varacak konusu belirli bir miktar olan iptal davalarında söz konusu kararın uygulanabilmesi adına 2012'de getirilen değişiklikle şöyle bir durum hasıl oldu: İdarenin kararını uygulayabilmesi için öncelikle sizin yapmanız gereken bir şey var, diyeceksiniz ki, şu parayı şuraya yatır ki ben oradan temin edeyim. Dolayısıyla idarenin kararı uygulama yükümlülüğü sizin bu şartı yerine getirmenizden sonra başlayacak. Ödemedi, yatırmadı. Genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur ne demek? Adli yargıdaki kararlar biçiminde yeri geldiğinde icra ve haciz uygulamaları söz konusu olacak. Ama devlet malları bakımından haciz yasağı söz konusu olduğu için devlet borcunu ödemezse ödemesini bekleyeceksiniz.

İYUK M.28/1

... Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez. ...

Bir kere dikkat etmek lazım, yanlış anlaşılan bir husus var çünkü, **idare her durumda kararın gereklerini yerine getirmek için 30 gün bekleme konforuna sahip değil. Öyle bir hakkı yok. Azami işler olarak öngörülmüş.** Dolayısıyla öyle bazı kararlar vardır ki bunların yerine getirilmesi bakımından 1 ya da 2 gün geçmesi yeterlidir. 2 gün içinde alınabilecek kararlardır bunlar, yargı kararlarının uygulanması için. Örneğin, bir atama işleminin iptali davasında. Ama bazı iptal kararları var ki bunların uygulamaya geçirilebilmesi bakımından belirli bir sürenin geçmesi gerekli. Mesela bir imar planı iptal edildiğinde o imar planının yenisinin yapılabilmesi için yeri geldiğinde birtakım araştırmalar, analizler yapılacaksa, komisyona girecekse meclisten karar alınacaksa bu öyle 1-2 günde alınabilecek bir şey değildir. Dolayısıyla davanın konusunu oluşturan uyuşmazlık bakımından işin niteliğine bakmak lazım. Derhal yerine getirilebilecek hemen yerine getirilebilecek yargı kararları var. Bir de zaman alabilecek yargı kararları söz konusu. Bu anlamda bakın eğer idare derhal yerine getirebilecekse örneğin 1-2 günde yerine getirebilecekse bunu yapmayıp bekletiyorsa sizi 30. günün sonuna kadar, aslında ne vardır: yargı kararlarının gereği gibi yerine getirilmemesi meselesi vardır. Çünkü yargı kararını geç yerine getirmek de yargı kararlarını gereği gibi yerine getirmemek anlamına gelir.

Süre tebligattan itibaren başlar. Kanundaki hükümden bu sonuç çıkıyor ama bakın uygulamada idarenin bunu istismar etmesi durumu da hasıl oluyor. Ben bir uyuşmazlık biliyorum. Bir imar planı değişikliği neticesinde belirli bir kısmı sit alanı bölgesi olan bir yerden yol geçirme işlemi söz konusu oldu ve ağaçlar deplase edilecek. Üstelik de flora ve fauna

envanterine ait olan müstesna yerlerden bir tanesi. Dava açıldı, yürütmenin durdurulması kararı çıktı, o arada idare yolu geçiriyor. Envai çeşit bitki örtüsü var. Açımlar teyakkuz halinde. İdareye getirdiler, dediler ki “dur ne olur dur.” Yürütmenin durdurulması kararı verildi. Ne dedi idare, “bana tebligat yapılmadı. Ben devam ederim.” Niye çünkü 28. Maddedeki hükmü tamamen lafzi olarak yorumlarsanız diyor ki tebligattan itibaren başlar. Halbuki hukuk devletinin idaresi, basiretli bir idare, kontrol edebilir. Hele hele artık bu gibi teknolojik imkanlar varsa, uyarı var zaten, hadi diyelim uyarı yok; mahkemeye bir telefon etmekte bir sakınca yok ki. Böyle bir karar var mı varsa her ne kadar tebligat yapılmasa da pekala durmak doğru ve yerinde olur. Nasıl olsa 28. Madde tebligat diyor. Tebligat bana gelene kadar istediğimi yaparım dersiniz tabii öyle bir idareyle başa çıkmak kolay değil. O bakımdan da belki de bu hükmün tekrar değerlendirilmesi gerekiyor, günümüz şartlarında.

YARGI KARARLARININ UYGULANMAMA SORUNU

Bu düzenlemelerde yargı kararları uygulanmayınca ne yapılacağını söyleyen hükümler de var. Özellikle tazminat davası açılacağını öngören düzenlemeler söz konusu. Esasen başlı başına bir anomali yargı kararlarının uygulanmaması neticesinde ne olacağını yazılmaması. Dolayısıyla yargı kararlarının uygulanmamasının akla getirilmesi bile bir garabet ve üzücü bir durum. Aslında hukuk seviyesinin geldiği gelemediği noktayı da daha doğrusu gösteriyor olarak kabul edebiliriz. Sizin Anayasa’nızda hukuk devleti yazıyorsa buna karşılık idareniz bir değil iki değil yeri geldiğinde istikrarlı bir şekilde yargı kararlarını uygulamamakta ısrar edebiliyorsa böyle bir geleneğe sahip oluyorsa sistematik bir zaman uygulamada oluyorsa bu artık hukuk devletiyle izah edilebilecek bir durum değil. Bunu bir basit hukuk ihlali olarak görebilmek de mümkün değildir. Normalde hukuk ihlal edilir, hukuk ihlal edilince de mahkemeler devreye girer ve kararlar verilir. Burada ihlal edilen yargı kararlarının uygulanması gereğiye bu başka bir şey. O zaman bütün o sütunları alt üst ediyorsunuz ve sonrasında da yine yargı kararlarının uygulanmaması neticesinde ne olacağını ne yapılması gerektiğini yargıdan bekliyorsunuz ki hakikaten böyle bir hükmün olması dahi son derece düşündürücü.

Peki, ne gibi yargı kararlarının uygulanmaması halleri var? Bir kere kasten ve bilerek hiç uygulanmaması gibi bir durum olabilir. Yeri geldiğinde uygulanıyormuş gibi görünüp gerçekte uygulanmaması söz konusu olabilir şeklen veya biçimsel bir uygulama daha moda tabirle -mış gibi yapma. Mesela en bilinen örneklerden biri memuru bir yerden başka bir yere naklettik yürütmenin durdurulması ya da iptal kararı aldı. Bir iki gün sonra bu sefer hizmet gereklerini gerekçe göstererek aslında böyle bir ihtiyaç olmadığı halde gerçekten sebep olmadığı halde bir iki gün yerinde tutup yine başka yere göndermek -mış gibi yapmak, şeklinde karşınıza çıkan uygulamalar var. Eksik uygulama, yargı kararlarının uygulanmaması anlamına gelebilir.

Bir de biraz önce söylediğim gibi geç uygulama da yine yargı kararlarının gereği gibi uygulanmaması anlamına geliyor. Çünkü öyle bazı yargı kararları olabiliyor ki bunu uygulasanız bile geç uygulamanız sebebiyle anlamını kaybediyor olabilir. Bu gibi uygulamalar da aslında hiç uygulamamaktan farkı olmayan sonuçlar meydana getirebilir. Bütün bunlar yargı kararlarının gereği gibi uygulanmaması halleri.

Bunun yanında bir de şöyle uygulamalar söz konusu. Bugüne özgü değil yıllardan beri böyle, maalesef. Yargı kararlarını etkisiz kılacak kimi kararlar alınması hatta yeri geldiğinde kanun çıkarılması. Dikkat edin, bakın yargı kararları dolayısıyla oluşan boşluğu doldurmak için

çıkarılan kanunlardan söz etmiyorum. Veya biraz önce örnekte verdiğim gibi yargı kararı sebebiyle mağdur edilenlerin haklarını teslim etmek bakımından çıkarılan kanunlardan söz etmiyorum. Onlarda bir sorun yok. Zaten onlar doğru ve yerinde. Yargı kararlarını etkisiz bırakmak amacıyla yapılan idari işlemler veya yasama tasarruflarından bahsediyoruz. Özelleştirme uygulamalarında, 1990'lı yıllarda çok gündeme geldi: Çitosan ve Uzaşın yabancılara blok satışına ilişkin, özelleştirmeye ilişkin yüksek planlama kurulunun kararını idari yargı iptal etti. İptal ettikten sonra, iptal edilene kadar özelleştirme süreci gerçekleşmişti. Oturdu bakanlar kurulu da iptal kararlarının uygulanmamasına yönelik olarak prensip kararı aldı. Dendi ki işte “burada kamu maliyesine yapılan bir girdi vardır, oradan mahrum kalacaktır. Yabancılar buraya geldi dolayısıyla yabancı yatırımının teşviki bakımından olumsuz neticeleri vardır. Türkiye'nin itibarını sarsacaktır... Yargı kararını uygulamıyorum.” Danıştay iptal etti. Aynı şekilde Yatağan Yeniköy Kemer Köy Termik Santrallerinin faaliyetinin durdurulmasına ilişkin yargı kararları açıldı. Onlar da 1990'lı yılların ortasında. Buna ilişkin olarak da bakanlar kurulu ilke kararı aldı. Uygulanmamasına yönelik olarak ve ilgililer Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine giderek haklarını savundular. Oradan ihlal kararı çıktı. Öyle bazı durumlar oluyor ki ne yazık ki yasama organı dahi bu yönde belki bu kadar açık açık olmasa bile yargı kararlarını etkisizleştirecek kararlar alabiliyor. Veyahut da 28. Maddeye konulan anayasa mahkemesince iptal edilenler gibi yargı kararlarının gereği gibi uygulanmasını zedeleyecek hükümler söz konusu olabilir. Bakın neler yapılmış ve Anayasa Mahkemesi neyi iptal etmiş:

AYM E. 2014/149 K. 2014/151 T. 02.10.2014

*... Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dâhi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, **ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir.** " ...*

Diyelim ki ben Trabzon'da çalışıyorum, Edirne'ye atandım. Diyor ki ben seni Trabzon' a atamak zorunda değilim. Anayasa Mahkemesi ne dedi: Yargı kararlarının etkisizleştirmek, gereklerini yerine getirmekten imtina edilmesi sonucunu doğuran bu hüküm anayasaya aykırıdır. Hani işlemin hiç yapılmamışçasına sonuç doğurması, güme gitmiş oluyor. Yine başka bir tarihte ,

"... Bu fıkranın bu görev hakkında mezkur işlemlerinin uygulanması telifisi güç veya imkansız zararı doğuran hallerden sayılmaz ..."

Bunu neden getirmiş olabilir? Bazı işlemler bakımından yürütmenin durdurulması kararı verilmesin diye.

Sonra:

"... Bu fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemez ..."

Bunu da Anayasa Mahkemesi iptal etti. Neden? Hiç olmazsa bundan sonra yapılmasın diye mücadele edesiniz diye. Bakın konjonktürel anlamda bu kararların anlaşılabilir bir tarafı var. Hukuk devletinin idaresi bakımından ne olursa olsun bu nitelikteki düzenlemelerin Anayasa'ya

uygun kabul edilebilmesi herhangi bir şekilde mümkün değil. Anayasa Mahkemesi de nitekim iptal etti. Ama şunu söyleyeyim, Anayasa Mahkemesi iptal edene kadar ne oldu? Bu kararlar tatbik edildi ve yargı kararları uzun bir süre gereği gibi uygulanmadı. Ne zaman ki anayasa mahkemesi iptal etti, mevcut uygulama eski uygulamaya döndürülmüş oldu. Amaç belki de belirli süreler zarfında sağlandı. Yani Anayasa Mahkemesi'nin zaten iptal edeceği belliydi. Olsun biz bir yapalım o süre zarfında istediğimiz olsun, o bile kardır. Fiili ve/veya hukuki imkansızlık hallerinde yargı kararlarının yerine getirilmemesinde bir hukuki sorun olmaz. Olsa olsa yargı kararlarının geçmişte hiç yapılmamış gibi sonuç doğuracak şekilde uygulanmaması sebebiyle tazminat gündeme gelebilir, tazminata dönüşebilir. Ne gibi haller söz konusu? Örneğin görevinde fiziki yetersizlikler sebebiyle re'sen emekliye sevk olunan bir devlet memurunun, emeklilik işleminin idari yargı yerince iptal olunduğu tarihte esasen 65 yaşını doldurmuş olması durumunda infazın hukuken imkansız hale gelmesi söz konusudur. Kararı alana kadar yaş haddi doldu. Dolayısıyla mümkün değil kanunen o yaşta çalışması. O bakımdan da aynen infaz mümkün olamayacak. Ama pekala tazminata dönüşebilmesi mümkün olabilecektir.

Bir başka örnek, hocaların notlarında var: Konsolosluk koruma görevine ilişkin sınava bir polis müracaat ediyor. Polisler, yurt dışı konsolosluk koruma görevi için sınava girebiliyorlar. Sınavı kazanamaması üzerine dava açıyor. Fakat davayı kazandığında artık emniyet amiri yürütmesine giriyor. İlgili yasal düzenlemede ve kanunda da emniyet amiri rütbesine gelenlerin konsolosluk koruma görevlisi olarak görev yapamayacağına ilişkin hüküm var. İtibarını sarsabilir ve dolayısıyla daha aşağıda olması gerekir. Dolayısıyla yargı kararını nasıl uygulayacaksınız? Burada yine hukuki imkansızlık hali söz konusu. Bu gibi durumlarda işte Danıştay tazminata dönüşeceğini söylüyor, yargı kararının uygulanmasının. Yani uygulama biçimi değişecek diye kabul ediyoruz. Böyle hukuki imkansızlık hallerinde. Maddi imkansızlık, fiili imkansızlık halleri, örneğin yıkım kararı alındı dava açtık, hemen yürütmenin durdurulması kararı verildi. İptal kararı verilene kadar icra etti kararını. Yıkım gerçekleşti. Böyle bir durumda da artık yapının tekrardan aynen yapılması fiilen mümkün olmadığı için ister istemez burada da tazminata dönüşen bir durum var, diyeceğiz.

Kent Bank kararı notlarınızda var. Bu fiili veya hukuki imkansızlık tartışmasını hararetli bir şekilde gündeme getirdi o tarihlerde . Kent Bank'ın fona devrine ilişkin bir işlem yapıldı. Sonrasında Danıştay tarafından bu işlem iptal ediliyor. Bir dava süreci içerisinde neticede fona devrinin hukuka aykırı olduğu sonucu ortaya çıkıyor. Bir iptal kararı var ama iptal kararı verildiğinde banka artık ortada yok, tasfiye edilmiş ve başka bankalarla birleştirilmiş. Uçmuş, gitmiş banka ve idare diyor ki ben artık bu bankayı ihya edemem, geri getiremem. Dolayısıyla da hukuki imkansızlık söz konusu. Bu karar da idari yargıya gidiyor. Uzun bir dava sürecinden sonra da diyor ki idari dava daireleri kurulu: “Tamam ihya edemezsin ama bu bankanın sahiplerine yeni bir banka kurma izni vermeliydin. İptal kararını bu şekilde uygulamalıydın.” O nedenle de hukuki imkansızlık olduğunu kabul etmiyor. Bu yargı kararının tazminata dönüşmesi doğru ve yerinde değildir şeklinde bir karar veriyor. Çok tartışıldı tabii. Niçin tartışılmış olabilir ? Biraz önce söylediğim mesele idari işlem yerine geçecek karar vermek yargısal emir anlamına gelir şeklinde eleştiriler getirildi.

Hoca'nın görüşü: belki de şöyle yapmalıydı Danıştay, bu kadar açık bir şekilde şunu yapmalıydın şunu yaparak uygulamak yerine. Burada hukuki imkansızlık var demeden önce birtakım formüller üretilebilir. Dolayısıyla bu formüllerin olup olmadığını değerlendirmeden ilgili mağduriyetinin giderilmesinin tazminat haricinde birtakım hukuki formüller olup

olmadığını değerlendirmeden karar vermek hukuka aykırıdır deseydi ve hatta bu formüllerin neler olabileceğini genel olarak saysaydı sen buna banka izni vermeliydin demek yerine, bu takdirde en azından eleştirilerin dozunu aşağıya çekebilirdi. Ama doğrudan ne yapılması gerektiğini söyleyince o işten kurtulamadığımız yargısal emir müessesesi de olmadığı için de bizde devam eden tartışma yine zuhur etmiş oldu.

Fransa'da bu yargı kararlarının uygulanması meselesinde 30 gün değil 3 aylık bir süre var. Ama orada bu yargı kararlarının uygulanıp uygulanmadığı bizzat idari yargı yerince yoksa *Conseil d'État* dairesi var orada denetleniyor. Buna özgü bir birim söz konusu. Üstelik yargı kararı uygulanmadığı müddetçe ayrıca idareye verilen bir idari para cezası da var. Oralarda da belki sorunlar var ama yargı kararlarının uygulanmasının teminatını teşkil eden belki de bize örnek olması gereken bir takım hukuki mekanizmaları devreye sokmuş başka ülkeler. Peki bizde ne var yargı kararlarının uygulanmaması neticesinde tazminat davası açılabilir, diyor.

İYUK M.28 / 3

Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilir.

Bir kere çok önemli, şunu vurgulayayım: **Böyle bir tazminat davası açılmış olması yargı kararlarının gereklerinin yerine getirilmesi zorunluluğunu, yükümlülüğünü ortadan kaldıramaz.** Madem tazminat davası açtın ben bunu veriyim sana yargı kararını uygulamayayım diyemez. Sorumluluk devam ediyor. Buradaki açıdan tazminat davası da ne davası zaten yargı kararının gereği gibi uygulanmamasından kaynaklanan maddi veya manevi zararların giderimi davası. Dolayısıyla bakın burada bir başvuru söz konusu olacaksa bu başvuru yargı kararı uygulansın başvurusu değil. Zaten yargı kararlarının uygulanması için başvuruya gerek yok. İdare uygulamak zorunda. Bir sene de geçse iki sene de geçse üç sene de geçse on sene de geçse bunu uygulamakla yükümlü. Burada verilen hak, yargı kararının uygulanmasını ümit ediyoruz ama uygulanmamasından kaynaklanan zararların tazmini. Bu çerçevede böyle bir dava gündeme gelince ne davası tekrar ediyorum, tam yargı davası, bu davanın esası, usulleri , süresiyle olmalı. Tartışmalıdır, farklı yargı kararları da var ne yazık ki. Bir kere bir başvuru yapılmalı mıdır? Yapılacaksa ne başvurusu olacak meselesi var. İYUK 10. Maddesi çerçevesinde mi bu başvuru yapılacak, yoksa İYUK 13. Maddesi çerçevesinde mi bu başvuru yapılacak? Farklılaşan kararlar var. Esasen şöyle değerlendirmek lazım bunu, mutlaka bir başvurunun yapılması gerekiyorsa böyle bir yüküm koyuluyorsa bu başvurunun İYUK m.10 başvurusu değil burada bir zarar var ve bu zararın giderimi söz konusu olacak. Madem ki bu yargı kararlarının uygulanmaması devreye giriyorsa herhalde eylemsizlik olarak nitelendirilir. Eylemsizlik de madem bir eylemse açıkçası bana göre eyleme göre verilecek 13. Madde mahiyetinde bir başvuru yapılması gereklidir. Peki 13. Madde başvurusuysa buradaki süreler bakımından değerlendirme yapılması gerekiyor mu? Hani 1- 5 yıllık süre meselesi. 5 yılın yine devreye girmemesi lazım çünkü yargı kararı uygulanmıyor ve devam ediyor bu nedenle de öyle 5 yıllık bir engel söz konusu olmaz ne kadar süre geçerse geçsin. Bu yönde çeşitli ve farklı kararlar var bana sorarsanız, böyle bir başvuru dahi bence gerekmez. İdareye başvurulmadan dahi yargı yoluna gidilebilmesi mümkün görülebilir, tartışmalı ama 13. Maddenin bütünüyle kapsamına girecek bir durum olmadığı kanaatindeyim ama danıştayın

farklı kararları var. Bir de şöyle bir tartışma söz konusu, pekala maddi veya manevi tazminat davası açıyoruz bu dava en geç ne zaman açılır. Eğer bir başvuru da gerekiyorsa da en geç ne zaman böyle bir başvuru yapılır? 5 yıl diyen kararlar var, 10 yıl diyen kararlar var . 10 yıl nereden çıkıyor? Genel zamanaşımı süresinden. Bir de idare yargı kararını madem ki uygulamak durumunda bunun süre sınırlaması olmaz, 10 yılı aşan bir zarar olsa da bu davanın açılması mümkün kabul edilmeli şeklinde farklı dairelerden çıkmış farklı yargı kararları var. Bunlar içinde göreceli olarak **en yerleşik olanı 10 yıllık zamanaşımı süresinde açılması** kararları karşımıza çıkıyor. Genelde 10 yılı kabul ediyor 10 yıldan sonrasını daha ziyade reddeden kararlar var. Bu nedenle de demek ki siz siz olun 10 yılı geçirmeyin.

İYUK M. 28/ 5

Vergi uyuşmazlıklarına ilişkin mahkeme kararlarının idareye tebliğinden sonra bu kararlara göre tespit edilecek vergi, resim, harçlar ve benzeri mali yükümler ile zam ve cezaların miktarı ilgili idarece mükellefe bildirilir.

Bakın bu maddenin tatbiki için burası önemli: vergi, resim, harç veya benzeri mali yükümlülüklerin yeniden hesaplanmasını gerektiren nitelikte bir karar olması gerekiyor. Dolayısıyla herhangi bir şekilde o vergi, resim, harç ve mali yükümlülüklerin işlevinin yapılamayacağı yönünde bir yargı kararı varsa zaten bu madde devreye girmez. Bu madde ne zaman devreye girecek? Diyelim ki bir tahakkuk söz konusu, miktarı var bunun, bu miktarı bulamayacağını söylüyor daha az miktarda olamayacağı anlamına gelmiyor öyle durumlarda deniyor ki bekle idare tekrar hesaplasın yargı kararları doğrultusunda sonra o geriye kalan meblağ söz konusu olsun veya bir ödeme varsa. Dolayısıyla bu 5. Madde bütün vergisel uyuşmazlıklara bünyesi itibariyle takdir edilebilecek bir madde değildir. Tekrar ediyorum vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüğünün yeniden hesaplanmasını gerektiren nitelikte bir karar verilmesi durumunda tatbiki mümkün olan ve bu yönde bir bildirimin beklenmesi söz konusu olabilecek bir madde. Aksi takdirde derhal uygulanmasına bir engel yok.

İDARİ YARGILAMA USULÜNDE İSPAT VE DELİL

İdari yargılama usulünde ispatın kendine özgü birtakım özellikleri var. Bu durumları özellikle gündeminize getireceğiz. Çünkü ispat ve delil meselesini siz hem medeni yargılama usulünde hem de ceza yargılama usulünde gördünüz. Acaba idari yargılama usulü bakımından bunun özellik gösteren bazı durumları var mı yok mu? Bu meseleleri birlikte konuşacağız.

İspat ne demektir? Tarafların karşılıklı iddia ve savunmaları söz konusudur. Bunu kişiler ispatlayamazsa, haklılığını ve doğruluğunu mahkeme nezdinde ortaya koyamazsa bu iddia ve savunmaların esasında bir geçerliliği olmaz. Dolayısıyla esasen yargılama usulünde ispat, çok temel ve belirleyici bir yargılama usulü faaliyetidir. O nedenle ispat edilmemiş bir hak temelde var olsa bile esasen yok mesabesinde. Çünkü ispat edilmemişse onun mahkemeler nezdinde hiçbir anlamı yoktur. İspat edilmemiş bir dava, iddia veya savunma esasen hiçbir anlamı olmayan bir şeydir. O nedenle ispat, bir davada tarafların kendi iddialarını veya savunmalarının gerçek olduğunu mahkemeyi ikna etmeye yönelik faaliyetleridir. Yani sizin muhatabınız mahkeme. Mahkemeyi de ikna etmeniz lazım.

Neyle ispat edilecektir? İspat vasıtaları dediğimiz vasıtalarla, delillerle. Bunların idare yargılama usulünde ne olduğunu anlatmaya çalışacağız.

Neyi ispat etmeye çalışacağız? Bir kere maddi olguyu ispat etmeye çalışacağız. Yani davanın konusunu oluşturan maddi olgunun gerçek olduğunu, gerçekleştiğini ispat edeceğiz eğer bir maddi olgudan kaynaklı bir hal ise. Bazen hukukun da ispatlanması gerekebilir. Ceza yargılama usulünde veya medeni yargılama usulünde hukukun ispatı diye bir husus olmayabilir ama idari yargılamada böyle bir sorun da vardır. Mesela siz bir tebliğe istinaden bir talepte bulunuyorsunuz. Böyle bir tebliğ var diyorsunuz. Bir düzenleyici işlem den bahsediyorsunuz. Ama bu yayınlanması zorunlu olan bir tebliğ değil. İdare böyle bir karar almış bir süre uygulamış sonra böyle bir karar var mı yok mu, mahkeme nasıl erişecek bu karara? Böyle bir kararın olup olmadığına? Diyelim siz dava açacaksınız böyle bir kararın böyle bir düzenleyici işlemin olduğunu da ispat etmeniz gerekebilir. Hatta bazen mahkemeler uygulamada taraflardan istiyorlar, böyle bir kararı bulamadıklarını söyleyebiliyor. Çünkü idari işlemler birel işlem olsun düzenleyici işlem olsun hepsi mutlaka resmi gazetede ilan edilen işlemler değil. Öyleyse bazen hukukun ispatı dahi idari yargılama özelinde gündeme gelebiliyor. Yani sadece maddi olguları değil neyi de ispat etmek gerekebiliyor, uygulanacak hukuk kurallarının ispatı da bir problem olarak karşımıza gelebiliyor.

Şimdi idari yargılama usulünde ,belki daha önce bahsedilmiştir, temel ilkelerden biri neydi? Resen araştırma ilkesi. Resen araştırma ne demek? Bu önemli bir ilke. Yani ispat bakımından da önemli bir ilke.

Öğrenci: Mahkemenin delilleri kendisinin toplamasıdır.

Sadece delil toplamayla mı sınırlı? Resen araştırma sadece delil araştırması delil toplanması ile ilgili bir konu değil. Dolayısıyla da ilk inceleme aşamasında mahkeme resen araştırır. Mesela menfaati var mı yok mu, taraflar ileri sürmese bile süresinde açılmış mı açılmamış mı? İlk inceleme konusu olan her şeyi resen araştırıyor. Uygulanacak hukuk da resen araştırılır. Sizin açtığınız davada sebep bakımından sakattır diyorsunuz mahkemede sebep unsurundan değil konu unsuru bakımından sakattır diyebilir. Dolayısıyla resen araştırma ilkesi sadece bir yetki

değil aynı zamanda bir yükümlülüktür. Resen araştırma yetkisinin idari yargı yerleri kullanmamışsa, gerekli deliller toplanmamışsa, ilk inceleme aşamasındaki meseleleri gündeme getirip incelememişlerse bu bir eksik inceleme olur. Eksik inceleme de ilk derece mahkemesi kararları bakımından bir iptal sebebidir. Eksik inceleme sebebiyle iptal edilmiş olur. Dolayısıyla resen araştırma bir mahkemeye tanınmış sadece bir yetki değil aynı zamanda bir yükümlülük. Bunu yerine getirmesi gerekiyor. Bizi ilgilendiren boyutuyla aynı zamanda maddi gerçeği de hukuki gerçeği de ortaya çıkarabilecek bütün işlemleri de yapma yetkisine sahip. Resen araştırma yetkisi kapsamında. Dolayısıyla da tarafların elinde olsun ya da olmasın davayla ilgili olsun ya da olmasın her türlü kişiden de bilgi ve belge isteyebilir. Yani siz diyelim ki üniversite aleyhine bir dava açtınız ama kullandığınız bir işlem YÖK'ün bir kararına dayandınız dolayısıyla mahkeme YÖK'ten kararı isteyebilir. Dolayısıyla da uyuşmazlıkla hiçbir ilgisi olmayan başka bir kurumdan da bilgi ve belge isteyebilir, araştırma yapabilir. Bu nedenle resen araştırma ilkesinin kapsamı sadece taraflar bakımından değil davayla ilgisi olabilecek, uyuşmazlıkla ilgisi olabilecek her türlü konuda resen araştırma yapma yükümlülüğünü de getiriyor. Bu esasen davanın taraflarca hazırlanması esasına dayanan medeni yargılama usulünden ayrılan temel özelliklerden biri. Biz medeni yargılama usulünde bir dava açtığımızda delil ileri sürmüyorsak bunu mahkeme görse bile merak etse bile araştırmaz. Delil ileri sürmenin belli bir zamanı var ya da sadece karşı tarafında rızasıyla belli delilleri ileri sürebiliyorsunuz bunun gibi tarafları sınırlayan bazı usuli kurallar da var. Ama idari yargılama usulünden böyle bir şey yok.

Hatta resen araştırma yetkisi zaman boyutu bakımından da enteresandır. Nasıl? Diyelim siz bir delile ilk derece mahkemesi aşamasında ulaşamadınız ya da taraflar ileri sürmediler. Mahkeme de böyle bir deliliniz olmadığı için davanızı reddetti, iptal etmedi işlemi veya tam tersine iptal etti. Daha sonra siz temyiz aşamasında bu belgeyi Danıştay'a sundunuz. Danıştay yeni sunulan bu belge verilen karar bakımından önemli ise yani kararı etkileyebilecek nitelikte bir delil ise yeniden yargılama için kararı bozuyor. Esasen bu da klasik anlamda bir bozma değil. Yargılama usulü bakımından buna ayrı bir isim bulmak lazım çünkü istinaf ya da temyiz üzerine bozma kararı olabilmesi için ne olması lazım? Kararın hukuka aykırı olması lazım. Aslından burada ilk derece mahkemesi hukuka aykırı bir karar vermemiş. Mevcut delillere göre bir değerlendirme yapmış. Verdiği kararda bir hukuka aykırılık yok. Ama daha sonra taraflar temyiz aşamasından bir delil ileri sürdükleri zaman ne yapıyor Danıştay, bunu da dikkate alıyor ve yeniden bir karar verilsin diye kararı bozuyor. Gördüğünüz üzere burada bozma gerekçesi bile esasen sonradan ortaya çıkan delillerin dikkate alınarak bir karar verilmesinden doğuyor. O nedenle burada medeni yargılama usulünden tamamen ayrılan bir boyut var. Bu ilkelerin tabi kaynağı nedir, dayanağı nedir? İdari yargılamanın kendine özgü işlevi.

Tabi acaba tüm davalar bakımından resen araştırma ilkesinin geçerli olması lazım mı? Yoksa sadece belli dava türleri bakımından mı geçerli olması lazım? Bizim kanunumuzda böyle bir ayırım yok çünkü tüm idari davalar bakımından bu yetki bu ilke geçerli. Ama teorik olarak şunu savunabilmek mümkün: İdari yargının bu yetkiye sahip olmasının sebebi kamu gücünü elinde bulunduran idare karşısında bireyi koruyabilmektir. Dezavantajlı konumda olan bireyi avantajlı konuma getirmektir. Yani silahların eşitliğini sağlamaktır. Dolayısıyla da silahların eşitliğini sağlayabilmek için idare böyle bir yetkiye sahipse zaten bu problemin olmadığı davalar bakımından böyle bir yetkinin daha doğrusu böyle bir yükümlülüğün olması veya böyle bir yükümlülüğe uyulmadığı için kararın bozma gerekçesi olarak ortaya çıkmasının kabul edilmemesi savunulabilir. Yani zararın tazminine ilişkin açılan bir tam yargı davasının adli yargıda açılan medeni yargılama usulüne tabi bir tazminat davasından ne farkı vardır? Daha da

somutlaştıralım. Bir özel hastanede tedavi görürken zarara uğrarsanız nerede dava açacaksınız? Adli yargı yerinde bir tazminat davası açacaksınız. Talep de uğradığınız zararın tazmini olacak. Bir devlet hastanesinde zarara uğrarsanız davayı nerede açacaksınız? İdari yargıda bir tam yargı davası açacaksınız. İkisinin de konusu nedir? Tıbbi hatadan kaynaklanan bir zararın tazmini. Dolayısıyla bunu zaten mahkeme araştırarak ortaya koyacak. Yani bir tarafın daha üstün kamu gücüne sahip olduğu birey üzerinde daha farklı yetkileri olduğu bir işlem türünden bahsetmiyoruz. Öyleyse neden her dava türü bakımından bu ilkeyi ya da yetkiyi kullanalım? Burada da şu deniyor, idari yargının görevlerinden biri de şu: uyuşmazlıkla idareyi de denetlemiş olursunuz. Yani idare sadece işlemlerinde değil eylemlerinde de hukuka uygun davranmak zorunda. Bu davranıştan idare sorumlu ama tarafların iddiaları belgeleri var onu ilk derece yargılamasında ileri sürmeyip temyiz aşamasında ileri sürüyor. Ondan sonra da buna istinaden hak ileri sürüyorsunuz. Burada yargılama bakımından nasıl bir fark var? Mesele mahkemeye her dava bakımından adeta bir kamu yararı denetçisi sıfatını vermek gerekir mi? Bu doktrinel bir tartışma ama bizim pozitif hukukumuz açısından böyle bir tartışma yok.

Sonradan ibraz olunan belgeler:

Madde 21 – Dilekçeler ve savunmalarla birlikte verilmeyen belgeler, bunların vaktinde ibraz edilmelerine imkan bulunmadığına mahkemece kanaat getirilirse, kabul ve diğer tarafa tebliğ edilir. Bu belgeler duruşmada ibraz edilir ve diğer taraf cevabını hemen verebileceğini beyan eder veya cevap vermeye lüzum görmezse, ayrıca tebliğ edilmez.

Şimdi bir taraftan resen araştırma yetkisi veriliyor. Diğer taraftan da zamanında belge ibraz etmezse ancak zamanında ibraz etmemenin haklı bir sebebi varsa mahkeme bu belgeleri kabul eder. Acaba bu madde ne anlama geliyor? Bir taraftan mahkemenin ne yükümlülüğü var gerçeği ortaya çıkarma yükümlülüğü diğer taraftan da ben ihmal ettiğim unuttuğum bir belgemi mahkemeye sundum. Mahkeme, bunu neden daha önce getirmedi diyecek ve hiçbir meşru sebep ileri süremedim. Bunu dikkate almayacak mı mahkeme? Maddeye baktığımız zaman ne diyor dilekçeler ve savunmalar ile birlikte verilmeyen belgeler bunların vaktinde ibraz edilmesine imkan bulunmadığına mahkemece kanaat getirilirse, yani ancak meşru bir mazeretiniz varsa örneğin hastaydım komadaydım bu belgeyi ancak edinebildim belgeyi talep etmiştim henüz geldi gibi sebepler meşru bir mazeretlerdir. Dolayısıyla mahkeme bunu kabul edecek ve bakacak. Ancak mahkeme aksi bir kanaat getirirse kabul etmeyecek tarafa da tebliğ etmeyecek. Yani sunulan bu belgeyi dikkate almayacak. Peki bu husus resen araştırma ilkesine aykırılık mı teşkil eder? (Hoca sınıftan cevap alamayınca bu soruları cevaplandırmadı. Daha sonra 21. maddenin anlamsız olduğu yönünde cevap verdi.)

Yine biliyorsunuz idari yargılama ilkesinin temel ilkelerinden biri neydi? Yazılılık ilkesi. Ne demektir yazılılık ilkesi? Kural olarak dosya üzerinden inceleniyor asıl olarak. Duruşma taraflar talep ederse bir kere mahsus olmak üzere yapılıyor. Temyizde hatta daha zor yapması. Dolayısıyla kural olarak bir duruşma yapılmaz dosya üzerinden inceleme yapılan bir yargılama düzeninden bahsediyoruz. Bunun ispat bakımından nasıl bir etkisi var? Duruşmada tanık dinlenir mi dinlenmez mi? Kural olarak idarin yargılamada duruşma istisna bir durum olduğu için ve yazılılık ilkesi esas olduğundan kural olarak tanık dinlenmez idari yarılamada. Ancak idari yargılama usulünde dinlenmemekle birlikte idari işlemlerin tesisi sürecinde tanık dinlenebilir. Örneğin bir disiplin soruşturması olduğunda tanık dinletebilirsiniz. Dolayısıyla bu şekilde dolaylı yoldan da olsa dosyaya ibraz edilmiş tanık beyanları varsa mahkeme elbette dosyayı incelerken bu beyanlara da bakabilir. Ancak mahkemeye birini çıkarmak yazılılık ilkesi açısından kabul edilmiyor. AİHM kategorik olarak sadece şahit dinlenmemesini tek başına adil

yargılanma hakkının ihlali olarak görmüyor. Şahit dinlenmiyor olması mevcut deliller bilgi belge karar vermeye yeterli ise bu adil yargılanmaya aykırı değildir der. Şayet sadece şahitle ispat edilebilecek bir mesele varsa burada şahit dinlenmemesi adil yargılanma hakkının ihlali olarak görülüyor. Taraflardan biri şahit dinletebilme hakkını elde etmişken diğer tarafa bunu kullandırtmamak adil yargılama ilkesine aykırı olur.

İdari yargının özelliği ya bir iptal davası ya bir tam yargı davası açısından bir idari işlemin hukuka uygun olmaması veya bir hukuki eylemin hukuka uygun olmaması söz konusu olduğundan bu iki halde de şahitle ispat edilebilecek bir olgu söz konusu değil. Ama bazı idari uyuşmazlıklarda bilhassa son zamanlarda kabul edilen kamu görevlileri ile ilgili mobbing davaları söz konusudur. Bu tür mobbing uygulamalarında mobbing nasıl ispat edilecek? Bu gibi hallerde şahitten başka bir ispat yöntemi mümkün olmadığından artık bazı durumlarda bu katı kuralı sürdürmek mümkün değil. Yani tanık dışında başka bir ispat vasıtasıyla ispat edilemiyorsa tanık ispatına ya da şahit ispatına yer vermek gerekir. Dolayısıyla somut uyuşmazlığın gerektirmesi durumunda bilhassa idari yaptırımlara ilişkin meselelerde tanık dinletilmesi konusunda bu kadar katı davranmamak gerekir. Esasen bunun önünde yasal bir engel yok. Yani tanık dinletilmesi önünde yasal bir engel mevcut değil. Bahsettiğimiz yazılılık ilkesinden hareketle tanık dinletilmeyeceği söyleniyor. Elbette ki şahit beyanının da zaafı mevcut. Sübjektif olması, zaman içinde insanların unutulması, olayları değerlendirirken kendi sübjektif yorumlarını katması vs. Bütün bunları dikkate aldığınızda gerçekten şahit beyanı niteliği itibarıyla zayıftır. Neden çünkü mesela boşanma davalarında olduğu gibi birini zaten tanık olarak dinletiyorsanız neye göre karar vereceksiniz sübjektif bir değerlendirme veya üzerinden zaman geçmişse unutkanlık olabiliyor farkı ayrıntılar olabiliyor mesela çok alıngan bir insan ise bir sözünden alınabiliyor vs. Bu nedenle şahit beyanının kendine özgü birtakım dezavantajları var. Tekrar söyleyelim bazı somut uyuşmazlıklar bakımından bilhassa az evvel bahsettiğimiz mobbing davaları gibi davalarda tanık dinlenmesi kaçınılmazdır. Aksi halde ispatı hiçbir zaman mümkün olmaz.

Öğrenci: Tanık notere gidip noter önünde beyanını yazdırıp dosyaya koydurulamaz mı?

Koysanız bile tanık beyanını kabul etmiyor. Mesela tanık dinletmiş keşif esnasında, Danıştay kabul etmemiş. Keşif esnasında dinletmeyi bile kabul etmemiş. Örneğin trafik kazasında (trafik kazaları idari yargının görev alanının dışına çıkarıldı aklınızda canlansın diye söylüyorum) orada gören esnafa soruyorsunuz. Nasıl meydana geldi diye soruyorsunuz. Esnaf diyelim gördüğünü anlatıyor. Onu da kabul etmiyor. Ama dediğim gibi somut olay gerektiriyorsa bu kadar katı olmamak gerekir.

Şimdi üçüncü kişiler, davanın tarafı olmayanlar acaba dosyaya deliller sunabilirler mi? Tabi burada müdahilden, dava ihbar olunanlardan bahsetmiyorum. Onlar zaten tarafında yer aldıkları kişi lehine veya aleyhine dosyaya belge bilgi sunabilirler. Davayla hiç ilgisi olmayan üçüncü kişiler acaba dosyaya bilgi ve belge sunabilirler mi? Kanaatimce sunmalarına bir engel yok. Madem resen araştırma ilkesi geçerli madem idari yargının gerçeği ortaya çıkarma yükümü var dosyaya herhangi bir şekilde hatta isimsiz bir belge gelmiş olsa bile o belge somut uyuşmazlığı çözme bakımından bir bilgi taşıyorsa dosyaya intikalinde bir beis hukuka aykırılık yoktur.

Öğrenci: Bu kötü niyetli kullanılabilir mi? Usul ekonomisine zararı var mıdır?

Usul ekonomisiyle bence bir ilgisi yok çünkü usul ekonomisi davanın mümkün olduğu kadar kısa süre içerisinde az masrafla sonuçlanmasını hedefliyor. Artık burada dava devam ederken

örneğin siz bir mektupla mahkeme bir belge gönderdiniz. Bu davanın sürecini uzatan bir şey değil. Mahkemenin yapması gereken bir şey delilleri toplaması değerlendirmesi. Zaten idari yargının kararını etkileyen bir husus yoksa geçer gider. Etkiliyorsa mutlaka dikkate almak gerekir.

Öğrenci: 21. Madde çelişkili bir madde değil mi?

Bu madde anlamsız bir madde. Bir taraftan idari yargıya hukuki bir maddi gerçeği ortaya çıkarmak için her türlü inceleme araştırma yapma yetkisi veriyorsunuz, diğer taraftan da süresi geçti diye zamanında ibraz edilmedi diye bir belgeyi dikkate almamak bu yetkiyle ya da bu ilkeyle çelişir. Hatta dediğimiz gibi temyiz aşamasında sunulan bir belgeyi Danıştay, ilk derece mahkemesinin kararı usule uygun olmasına rağmen bu belgeyi esas alıp kararı bozup ilk derece mahkemesine geri gönderiyor. Dolayısıyla 21. Madde esasen bu ilkeyle beraber düşündüğümüzde hiçbir yaptırım da yok sonucu da yok. Burada muhtemelen yargılama süreci uzamasın, taraflar bir an önce sunabilecekleri belgeleri dosyalara sunsunlar mahkemede bir an önce karar verebilsin diye öngörülmüş bir şey. Ama bir yaptırım yok.

Hukuka Aykırı Deliller

Hukuka aykırı deliller idari yargılama usulünde sizce dikkate alınır mı? Medeni yargılamada da ceza yargılamasında da hukuka aykırı delilleri gördünüz. Meşhur bir ilke vardı neydi? Yasak ağacın meyvesi yenmez. Yani hukuka aykırı deliller değerlendirilmez değil mi. Peki idari yargılamada hukuka aykırı deliller dikkate alınmalı mı alınmamalı mı? AİHM'nin buradaki yaklaşımını bilen var mı?

Hukuka aykırı delillerin kullanılabilmesi idarenin zaten güçlü olan konumunu daha da üstün hale getirmez mi?

Öğrenci: İdarenin yaptığı hak ihlallerinin ispatı diğer hukuk dallarına göre daha kolay. Bu nedenle hukuka aykırılık hiçbir şekilde geçerli olmamalıdır.

Mesela zaman zaman TV'lere video kanallarına çıkıyor, öğretmen öğrencisine şiddet uyguluyor. Aslında yasa dışı bir şekilde çekilmiş görüntüler onlar. Ne yapılacak bu görüntü görüldükten sonra? Olsun yasa dışı çekilmiş bunu dikkate almıyorum diyebilir miyiz? Ceza hukukunda eroin tüccarı hakkında yasa dışı dinleme olduğu zaman hukuka aykırı delilden beraat ettiriliyor. Bunu idari yargıda da uygulayabilir miyiz?

Şimdi toparlayalım. Aslında bizim ceza kanunumuzda çok katı bir kural. Hiçbir şekilde kabul edilemez diye bir düzenleme var. AİHM bu konuda çok katı değil. Bunu iç hukuka bırakıyor. Yani kategorik olarak hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesini reddetmiyor. Başka ispat vasıtası yoksa ispatlamak için hukuka aykırı delil varsa onu kullanabilirsiniz veya hukuka aykırı delille birlikte başka delillerde varsa, karara yetecek deliller de varsa yine bu yönde karar vermemize bir engel yok.

Şimdi gerçekten de idari yargılama usulünde biz bunu reddedersek, burada çok hassas bir denge var. Bir taraftan temel hak ve özgürlüklerimizi ilgilendiren hukuka aykırı delil üretimini teşvik etmeyecek bir anlayışta olmak lazım. Aksi halde kişileri neye teşvik etmiş oluyoruz? Hukuka aykırı delil üretmeye hukuka aykırı davranışlarda bulunma konusunda teşvik etmiş oluruz. O nedenle burada çok hassas bir denge var. Bir tarafta gerçekten hukuka aykırı davranışları engellememiz lazım. Ama biraz önce verdiğim örnekte de olduğu gibi gerçekten kamu düzeni bakımından kabul edilemeyecek fiiller yasadışı bir delille ispat edilmiş olsa bile

kamu düzeni bakımından kabul edilemez bulduğumuzda artık onun kabul edilmemesi mümkün değil. Mesela yasa dışı delillerle bir gıda şirketinin halk sağlığına zararlı gıdalar ürettiğini öğrendiniz. Şimdi ne yapacağız? Burada kamu düzenini bozucu bir etkisi var. Dolayısıyla ben delil yasadışı müdahale edemem, yaptırım uygulayamam diyebilir miyiz? Diyemeyiz. Demememiz lazım. O nedenle burada başka bir delille de ispat edebilme imkanımızda yok ise ve kamu düzeni bakımından önem gösteren bir durum söz konusuysa burada delil yasadışı olsa bile mutlaka o delili değerlendirmek lazım. Ama bu arada yasadışı delil elde edilmesi ne şekilde elde edildi kim tarafından sunuldu buna ilişkin hukuki sürecin de mahkemeler tarafından işletilmesi gerekir. Savcılığa suç duyurunda bulunulması gibi sürecinde başlatılması lazım.

2.DERS

İspata ilişkin bir enteresan sorun daha var. Ceza yargılamasında biliyorsunuz sanığın susma hakkı var. Yani aleyhine olacak ya da olmayacak şeylerle ilgili susabilir. Acaba idari yargılama usulünde tarafların böyle bir susma hakkı olabilir mi? Bilhassa bu nerede gündeme geldi disiplin soruşturmalarında. Disiplin soruşturmasında beyanda bulunmadığınız zaman hakkınızdan feragat etmiş oluyorsunuz. Bilhassa idari yaptırımlarda idari soruşturmalarda bazı kanunlar ilgililere idarenin istediği her türlü bilgi ve belgeyi vermek yükümlülüğü getiriyor. Mesela banka BDDK müfettişleri denetçileri giriyorlar banka merkezine veya banka şubesine çıkın biz burayı denetleyeceğiz diyorlar. Bütün bilgi ve belgeleri denetleme yetkisi var veya idarenin ya da şirketlerin o tür kurumların istediği her türlü bilgi ve belgeyi verme yükümlülüğü var. Vermediğiniz zaman da bunun yaptırımı var. Peki beni suçlayacak bir bilgi ve belge varsa şirket olarak veya bir şirket çalışanı olarak ya da gerçek kişi olarak bunu idareye vermeme gibi hakkım olamaz mı? Kendini suçlamama hakkı susma hakkı kapsamında değerlendirilemez mi? Şimdi diyelim ben BDDK olarak bazı belgeler istedim. Gönderdiğiniz belgelerde evrakta sahtecilik yaptığımı gördüm. Bu evrakta sahtecilik belgelerini ben savcılığa iletmek zorunda mıyım? Kamu görevlisinin suçu bildirme suçu var dolayısıyla bildirmezseniz siz de suçlu oluyorsunuz. Dolayısıyla belge sunulduktan sonra ceza yargılamasında kullanılamaz denilebilir mi? Şimdi İYUK 20. Madde ile birlikte değerlendirelim.

“Dosyaların incelenmesi:

Madde 20 – 1. (Değişik birinci cümle: 18/6/2014-6545/17 md.) Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir. Hakkı sebeplerin bulunması halinde bu süre, bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir.

2. Taraflardan biri ara kararının icaplarını yerine getirmediği takdirde, bu durumun verilecek karar üzerindeki etkisi mahkemece önceden takdir edilir ve ara kararında bu husus ayrıca belirtilir.

3. Ancak, istenen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Cumhurbaşkanı ya da ilgili Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan, gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir. (Ek Cümle: 10/6/1994-4001/10 md.) Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez.

4. (Mülga: 10/6/1994-4001/10 md.)

5. (Değişik: 5/4/1990-3622/8 md.) Danıştay, bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinde dosyalar, bu Kanun ve diğer kanunlarda belirtilen öncelik veya ivedilik durumları ile Danıştay için Başkanlar Kurulunca; diğer mahkemeler için Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca konu itibariyle tespit edilip Resmi Gazete'de ilan edilecek öncelikli işler göz önünde bulundurulmak suretiyle geliş tarihlerine göre incelenir ve tekemmül ettikleri sıra dahilinde bir karara bağlanır. Bunların dışında kalan dosyalar ise tekemmül ettikleri sıraya göre ve tekemmül tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandırılır.

6. (Ek: 2/7/2012-6352/56 md.) Bölge idare mahkemelerindeki istinaf kanun yolu incelemeleri ile idare ve vergi mahkemelerinde heyet halinde görülen davalarda, birinci fıkrada belirtilen bilgi ve belgelerin istenmesine ve ek süre verilmesine ilişkin ara kararları daire başkanı, mahkeme başkanı veya dosyanın havale edildiği üye tarafından da verilebilir. ”

3. Fıkra bizim bakımımızdan önemli.

Şimdi devlet sırrı dediğimiz sırlar var değil mi? Bütün devletlerin var. Mesela devlet ne yapıyor daha çok istihbarat örgütleri bunu yapıyor. Diyelim ki Suriye ya da Yemen’e insani yardım gönderilecek oralardaki terör örgütleriyle görüşüyorlar. Biz buraya yardım göndereceğiz karışmayın diyorlar. Veya devletler kendi aralarında birtakım gizli anlaşmalar yapıyorlar. Diyelim ki Amerika’ya diyorsunuz ki ben şuraya müdahale etmeyeceğim ama sen de şunları yapmayacaksın. Bunlar devlet sırrı alenen konuşulan şeyler değil. Veya başka bir devletle ilgili elinizde belgeler var. Diyelim ki bir devletle olağan ilişkileriniz etkileyecek belgeler var. Diyor ki bunu vermeyebilirsiniz. Peki kim karar verecek buna? Belgenin nitelikli olduğuna da cumhurbaşkanı ya da ilgili cumhurbaşkanı yardımcısı ya da bakan gerekçesini bildirmek kaydıyla vermez. Diyor ki cumhurbaşkanı bu bilgi belge devletin güvenliğini ilgilendiriyor. Devlet sırrı niteliğindedir diyor vermiyor. Burada meşru bir sebep var. O da devlet sırrıdır. Ama burada yine davacıyı korumak bakımında şöyle bir hüküm var:

3. Ancak, istenen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Cumhurbaşkanı ya da ilgili Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan, gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir. (Ek Cümle: 10/6/1994-4001/10 md.) **Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez.**

Yani ben haklıyım ben doğru yaptım ama devlet sırrı olduğu için gerekçesini açıklamıyorum dolayısıyla işlem hukuka uygun diyemez. Dosyada ne varsa o esas alınır. O açıklanmayan verilere, bilgi ve belgelere göre karar verilemez. Yani devlet sırrı var sen doğru olanı yaptın diyemeyiz. Mesela bu sınırdışı edilme kararlarında oluyor. Sığınmacı ya da geçici korumayla Türkiye’de bulunan yabancılardan bazılarının sınırdışı edilmesi gerekiyor. Örneğin istihbarat örgütlerimiz bu kişinin şu terör örgütüyle bağlantısı var, sınırdışı edilmelidir diyor. Şimdi burada ispatlayacak verilerimiz yok. Neye bakıyorsunuz görüşmelerine, Türkiye’de bulunma sürelerine, hareketlerine bakıyorsunuz ve onu Türkiye dışına çıkarmak istiyorsunuz. Dava açıyorsunuz bilgi ve belge istiyorsunuz. Bunu açıklayabileceğin bir bilgi ve belge yok. Diyelim ki bir başka istihbarat örgütü bilgi gönderdi. Şimdi siz bu bilgileri mahkemeye sunabilir misiniz? Sunamazsınız. İşte bu gibi durumlarda sınır dışı kararı veriyorsunuz ve bu kararı uyguluyorsunuz. Dolayısıyla mahkemede bu sınırdışı etme kararının doğru olup olmadığını değerlendirirken sizden bilgi ve belge istese de idare olarak vermeyebilirsiniz. Ama dikkat edin burada ne var? Cumhurbaşkanı, cumhurbaşkanı yardımcısı ve ilgili bakanın kararıyla oluyor, sıradan bir memurun kararıyla değil. Bir şeye dikkatinizi çekeyim yalnız. Şimdi bazen gizlidir ibareli belgeler oluyor. Bazen de dosyayı mahkemeye gönderiyor gizlidir diye yazıyor üstüne.

Şimdi sizce bu gizli bilgiyi mahkemenin taraflara tebliğ etmesi gerekiyor mu yoksa sadece mahkeme mi bunu görecektir ve karar verecektir? Şimdi zaten devlet sırrıysa cumhurbaşkanı, cumhurbaşkanı yardımcısı ya da ilgili bakan devlet sırrıdır göndermiyorum diyecek. Burada sorun yok soruda niteliği itibarıyla gizli olup devlet sırrı olmayan belgeleri soruyorum. Şimdi örneğin kamu ihalelerinde yaklaşık maliyet açıklanması gizlidir. Ne zamana kadar? İhale sonuçlanıncaya kadar. Sebebi ihalede rekabeti sağlayabilmek. Kanun diyor ki ihale sonuçlanıncaya kadar bu belge açıklanmaz. Diyelim ki bu ihaleye ilişkin bir uyuşmazlık çıktı. Siz bu belgeyi de yolladınız mahkemeye gizlilik damgası vurarak. Mahkeme bu durumu 20\3 kapsamında mı değerlendirmelidir yoksa bunu taraflara da tebliğ ederek neredeyse aleni hale getirmeli midir? Şimdi burada bir kere şunu söyleyelim. Bu tür gizli ibareli belgeler hangi idareden gelirse gelsin kesinlikle cumhurbaşkanı veya ilgili bakanın gerekçeli kararıyla dosyaya ibraz edilmemişse 20\3 kapsamına girmez. Dolayısıyla da bu madde bu fıkra kapsamındaki korumadan yararlanamaz. Bir kere dosyaya ibraz edilmemiş bir bilgiyse bu her ne kadar gizli olsa bile mahkemenin bunu taraflara tebliğ etmemesi de mümkün olmaz. Çünkü o belge hakkında o delil hakkında tarafların savunmasını veya iddialarını almanız lazım. Aksi halde sadece hakim inisiyatifine bırakırsanız adil bir yargılanma olmuş olur mu? O nedenle dosyaya bu şekilde gizli ibareli sunulmuş olan belgeler 3. fıkra kapsamındakiler hariç olmak üzere mutlaka taraflara tebliğ edilmeli. Tarafların da buna ilişkin beyanlarını sunmalarına fırsat verilmeli. Aksi halde adil yargılanma söz konusu olamaz.

Şimdi tabi, ispat yargılama aşamaları bakımından farklılık gösteriyor. Mesela ilk derece yargılaması aşamasında ve istinaf aşamasında neyi ispat etmeniz lazım? İlk derece aşamasında ve esastan inceleme yapacak olan istinaf aşamasında işlemin veya eylemin hukuka uygunluğunu veya aykırılığını ispat etmemiz lazım. Hangi tarafta yer alıyorsanız. Temyiz aşamasında ise mahkeme kararının hukuka uygunluğunu veya aykırılığını ispat etmeniz lazım. Dolayısıyla ikisi birbirinden farklı şeyler. O nedenle temyiz mahkemesi inceleme yaparken yeniden yargılama yapıyormuş gibi değil deliller değerlendirilmiş mi değerlendirilmemiş mi (diyelim ki bilirkişi incelemesi yapılması gerekirken yapılmış mı yapılmamış mı) gibi hususlara bakar. Yani usul bakımından bir eksiklik olup olmadığına bakar. Yoksa mahkeme kararının, delillerin sıfırdan değerlendirmesi gibi bir şey temyiz merciinde söz konusu olamaz. O nedenle burada baktığı şey veya sizin ilerinizi süreceğiniz şey ilk derece mahkemesi kararının niçin hukuka aykırı olduğunu ispat etmek bunun gerekçelerini ortaya koymaktır, eğer temyiz eden sizseniz. Karşı tarafın da ilk derece mahkemesi kararının niye hukuka uygun olduğunu ispat etmesi gerekiyor. Bu yönleri itibarıyla de farklılık taşıyor.

Bir de tabi idari yargılama usulünde bazı ispat zorlukları veya problemleri var. Mesela kamu yararını nasıl ispat edeceksiniz? 2. sınıftan hatırlarsınız, birçok şeyi kamu yararı ile izah ediyoruz. Hatta bazı şeyleri de üstün kamu yararı ile izah ediyoruz. Bir şeyde kamu yararı olup olmadığını neye göre ispat edeceksiniz? Bu gerçekten ciddi bir problem. Çünkü bazen kamu yararının olup olmadığını ispatlamak bakımından çok detaylı, teknik incelemeler araştırmalar yapmak gerekebiliyor. Bazen de kamu yararı olup olmadığını belirlemek idarenin tamamen takdir yetkisinde oluyor. Bunun kendine özgü güçlükleri var.

Hatırlarsanız size “sebebe ikamesi” kavramından bahsetmiştik. Son zamanlarda Danıştay neyse ki bu yaklaşımı ortaya koydu. Şunu hep söylüyorduk: Sebebe ikamesi yapılması esasen ispat bakımından problemlidir bir şey. Çünkü siz davacı olarak diyorsunuz ki bu işlem sebebe unsuru bakımından şu şu gerekçelerle sakat. İdare de diyor ki hayır şu şu gerekçelerle işlem hukuka uygun. Taraflar böylece iddialarını ortaya koyuyor. Bakıyorsunuz mahkeme tamamen

bambaşka bir gerekçeyle, diyor ki ben sebep ikamesi yaptım. Sen öyle dedin sen böyle dedin ama ben şu kanunun şu maddesine göre işlemi hukuka uygun ya da aykırı buldum. Şimdi bu niye ispat hukuku bakımından problemlidir? Çünkü mahkemenin bu kanaati (yani dayattığı hukuki argüman) konusunda tarafların görüşünü, beyanını almıyorsunuz.

Örneğin idare 657 s. Devlet Memurları Kanunu'na göre bir işlem tesis etti, bir disiplin cezası verdi. Ben de diyorum ki ben işe geç gelmedim, sen niye bana böyle bir ceza verdin? İdare dedi ki hayır, geç geldin işte bak şu deliller var. Mahkeme de diyor ki, ne 657'si. İşlem bence 2547 s. kanuna göre hukuka uygun. Davayı reddediyorum. Ama benim bu konuya ilişkin kanaatimi sormuyor veya savunmamı almıyor. Şunu demesi lazım, Danıştay en son bu noktaya geldi: Eğer böyle bir durum söz konusu ise o zaman sen bunu taraflara bildireceksin. Ben mahkeme olarak senin işlemi şu mevzuat kapsamında değerlendireceğim, buna ilişkin bir beyanın var mı yok mu diye sorman lazım. Veya şu sebepten dolayı değerlendireceğim. Taraflar da hukuki veya maddi olguya ilişkin bir beyanları, delilleri varsa ona ilişkin beyanlarını, delillerini ortaya koyarlar. Dolayısıyla ondan sonra bir değerlendirme yapıp karar vermem lazım. Yoksa adeta kendi kendine gelin güvey olup bir karar veriyorsun. Benim buradaki beyanlarımı savunmalarımı iddialarımı hiç dikkate almıyorsun. Bana sormuyorsun bile. Ben davamı bambaşka bir olgu üzerine kurmuşum. İdare de buna göre cevap vermiş, savunmasını yapmış. Ama sen tamamen bunları bırakıp bambaşka bir karar veriyorsun, sebep ikamesi yapıyorsun. Bu doğru bir şey değil. Çünkü tarafların o konuya ilişkin fikrini alman, savunmasını veya iddialarını dinlemen lazım.

İvedi yargılama usulü diye bir usul var, göreceksiniz. Orada da ikinci dilekçelerin verilmesi süreci yok. Yani normalde davacı taraf dava dilekçesi verir. Karşı taraf savunmayı verir. Ondan sonra ikinci dilekçenizi verirsiniz, cevaba cevap verirsiniz. Ondan sonra cevaba cevaba cevap verir idare. Böyle süren bir dilekçe teatisi aşaması var. İvedi yargılama usulünde bu bir dilekçeyle sınırlandırılmıştır. Siz dava dilekçenizi verirsiniz karşı taraf cevap dilekçesini verir, dosya tekemmül etmiş olur. Mahkeme karar vermesi lazım. Amaç bir an önce hızlı bir yargılama yapabilmek. Ama burada da ispat bakımından önemli bir problem var. Şöyle ki, siz davanızı açarken çoğu zaman idarenin gerekçelerini bilemezsiniz. Niye böyle bir işlem yaptığını bilemezsiniz. İdarenin elinde ne tür belgeler, deliller olduğunu bilmiyorsunuz. Bunu ilk defa idare cevap verirken öğreniyorsunuz. Mesela zımni ret işlemine karşı bir dava açtınız. İdare niye reddetti, elinde nasıl bir belge var, nasıl rapor var? Hiçbir şey bilmiyorsunuz, diyorsunuz ki idare benim talebimi reddetti bu hukuka aykırıdır. Kendinizce dilekçe yazdınız, verdiniz. İdarenin gerekçelerini, iddialarını, delillerini ilk defa o davaya vermiş olduğu cevapta göreceksiniz. Dolayısıyla da ikinci cevap verme imkânınız yoksa o zaman sizin delil sunma, karşı tarafın iddialarını çürütme, o savunmalara karşı yeni deliller ortaya koyma imkânınızı ortadan kaldırıyor. Bu yönüyle de ivedi yargılama usulündeki bu kısmın adil yargılanma hakkı bakımından bir ihlale yol açma ihtimali var.

Tabi ki bazı idari işlemler tam bir idari usul izlenerek yapılıyor. Mesela rekabet uyuşmazlıklarında Rekabet Kurumu taraflara tebligat gönderiyor, neyle suçlandıklarını söylüyor, taraflar delillerini sunuyor, karşı taraf beyanda bulunuyor, duruşma yapılıyor. Tam bir idari usul uygulanıyor. Nihayetinde Rekabet Kurulu bütün dosyayı delilleri inceleyerek bir karar veriyor. Böyle bir işlem olduğu zaman siz işlemin muhatabı olarak zaten idarenin hangi gerekçelerle hangi işlemlerle hangi iddialarla veya delillerle bu kararı verdiğini biliyorsunuz. Dava dilekçenizi yazarken de zaten bütün bu olgulara cevap veriyorsunuz. O nedenle böyle davalarda ikinci dilekçe gerçekten davayı uzatmak dışında bir işe yaramayabilir. Ama bazen

işlemlerde böyle bir idari usul yok. Örneğin bir yere tayin başvurusu yapıyorsunuz; idare cevap olarak “görülen lüzum üzerine talebiniz reddedilmiştir” gibi bir cevap veriyor. Görülen lüzum nedir, talebi niye kabul etmedi? Belli değil. Dolayısıyla da bunu ancak davanıza vermiş olduğu cevapta öğreniyorsunuz. Eğer bu cevaba karşı cevap veremezseniz işte siz ispat hakkınızı kullanamazsınız.

İspat yükü kimdedir? Burada temel prensip, iddia sahibi iddiasını ispatla mükelleftir kuralı. Bu kural idari yargılama usulünde de geçerli. Ama şunu söylemekte fayda var: İdari yargılama usulünde ispat yükü meselesinin aslında çok da bir önemi yok. Çünkü re’sen araştırma ilkesi geçerlidir. Mahkeme zaten bu davalarda aktif. Yani hukuki gerçekliği ortaya çıkarmak için çaba harcaması gerekiyor ya da bekleniyor. O nedenle ispat yükü sendedir değildir meselesi çok büyük özellik taşımıyor. Ama kural olarak tabi ki bilhassa mesela idare bir karar aldığında o kararın gerekçesini, niçin hukuka uygun olduğunu ispat etmek zorunda. İspatlayamazsa, karşı tarafın iddialarını çürütemezse elbette ki dava aleyhine sonuçlanmış olur.

DELİL TÜRLERİ

İkrar

İdari yargılama usulünde ne tür deliller var? Mesela “ikrar” bir delil olabilir mi idari yargılama usulünde? İkrar nedir? Dikkat ederseniz böyle bütün müesseseleri anlatmıyorum. Bilhassa idari yargılama özelinde özellikli meseleleri anlatıyorum. Mesela senet meselesinin ne olduğunu medeni yargılama usulünden biliyorsunuz. Medeni yargılamada nasıl bir belge ise idari yargılamada da öyle bir belge. Yazılı belgeler zaten delil. Bunu tartışmaya da gerek yok. İdari yargılama özelinde özellik gösteren durumları bilhassa gündeminize getiriyorum ki bu konuda bir fikriniz olsun. Mesela ikrar olabilir mi idari yargılama usulünde? İkrar ne demek?

Öğrenci: İddia edilen hususların aleyhine olan kısımların kabul edilmesi.

Hoca: Peki o zaman kabulden bir farkı yok mu? Kabul ve feragat, davayı sona erdiren taraf işlemleri.

Öğrenci: Ama kabul davayı tamamen sona erdiren bir şey.

Hoca: Hayır, kısmi kabul de var.

Öğrenci: Kabul müessesinde netice-i talep kabul ediliyor. Mesela “tamam, ben parayı ödeyeceğim” diyoruz. Ama ikrarda mesela “ben seni merdivenlerden ittim” diye beyanda bulunma söz konusu. Aynı şey değil yani.

Çok güzel. İkrar ve kabul aynı anlama gelmiyor. Kabul, davanın netice-i talebini kabul etmek anlamına geliyor. Yani sonuçta tamam senin talebini kabul ediyorum. Yani “tamam ben haklıyım ama uğraşmak istemiyorum. Başımın gözümlün sadakası olsun al şu parayı” diye davayı kabul edebilirsiniz. ☺ Ama bu, maddi vakıanın doğru olduğunu ikrar etmek anlamına gelmiyor. İkrar ise size isnat edilen fiilin, davranışın, olgunun olduğu konusundaki beyandır. Arkadaşınızın söylediği gibi itiyorsunuz veya bina yıkıldı. Şimdi idari yargılama usulünde ikrar olabilir mi? Mesela idare neyi ikrar edecek veya etmeyecek?

Öğrenci(1): Diğer taraf ikrar edebilir. Mesela disiplin cezası işlemine temel olan fiili yaptığını ikrar edebilir.

Hoca: Yani davacı ikrar edebilir diyorsunuz. Yani sadece davacı maddi olguyu ikrar edebilir. Peki idare ikrar edebilir mi?

Öğrenci(2): İdare değil ama, idari sözleşmeleri yapabilen özel hukuk kişisi aslında ikrarda bulunabilir. Mesela elektrik dağıtımını yapan şirket “hata yaptım” diye ikrar edebilir.

Hoca: İdare edemez mi, etmesi gerekir mi?

Öğrenci(2): Edebilir bence. Etmesi lazım.

Aslında şunu söylemek istiyorum: İdarenin ikrar etmemesi gibi bir durum olabilir mi? İdare yalan söyleyebilir mi, vatandaşı kandırabilir mi? Olmuş bir şeye olmamış diyebilir mi bir hukuk devletinde?

Bir hukuk devletinde idarenin bir olguyu örtmesi, gizlemesi veya olmamış göstermesi gibi bir şeyin olmaması lazım. O nedenle zaten idarenin ikrar etmesi söz konusu olamaz. Mesela bina yıkıldı, “ben ikrar etmiyorum, sen git mahkemede sun” diyemez. Bu, şu anlama gelmiyor: Evin yıkılmış olabilir ama senin talebin hukuka aykırı olabilir. Benim hukuka uygunluk gerekçem olabilir. Örneğin zaten bina yıkılmak üzereydi, kamu düzenini bozacaktı. Onun için yıktım. Benim yıkmamda bir hukuka aykırılık yok. Ama idare bu binanın yıkıldığı olgusunu, gerçeğini gizleyemez, örtemez. O nedenle burada idari yargılama usulünde de böyle bir farklılık olur.

Şöyle bir özellik daha var: İkrar, kabul ve feragatten farklı bir müessesedir ama bazen feragat sonucu doğurabilecek ikrarlar söz konusu olabilir. Mesela dava süresinin başlangıcı tebligatla olabilir veya öğrenme üzerine olabilir. Öğrenme üzerine olan davalarda sizin beyanınız esas alınır. Siz diyorsunuz ki şu tarihte öğrendim, bu tarihi esas alarak dava açılıyorsunuz. Mahkeme de diyor ki, idare aksini ispat edemediğine göre -daha önce tebliğ edildiğini ispat edemediğine göre- tamam senin beyanını esas alıyorum. Dava sizin lehinize sonuçlandı diyelim. İşlem iptal edildi. Temyiz aşamasına geldiniz, ikrarda bulundunuz: “Aslında o belge bana söylediğim tarihte değil ondan 2 ay önce gelmişti” dediniz. Böyle bir ikrarda bulunabilir misiniz? Aslında feragatte bulunmak istiyorsunuz, davayı aleyhinize sonuçlandırmak istiyorsunuz. Çünkü başka bir menfaatiniz ortaya çıkmış olabilir. İdareyle anlaşmış olabilirsiniz. Veya başka bir örnek vereyim: Bir yerden bir yere atamanız yapılacak. Mesela İstanbul’dan Ankara’ya tayininiz çıktı. Dava açtınız. Bu arada Ankara’ya gittiniz yerleştiniz, çocuğunuz okula başladı vs. Dava lehinize sonuçlanınca İstanbul’a tekrar geri dönmeniz lazım. İstemiyorsunuz aslında. Feragat etseniz belki mahkeme diyecek ki bundan feragat edemezsin. İdari yargılama usulünde biliyorsunuz, sonuçları kamu düzenini ilgilendiriyorsa bütün davalardan feragat edilemiyor. Siz düzenimi kurdum, Ankara da fena değilmiş diye düşünüyorsunuz, gitmek istemiyorsunuz. Böyle bir menfaatiniz olabilir. Feragat de edemiyorsunuz çünkü mahkeme kabul etmiyor. Aslında bana bu işlem 2 ay önce tebliğ edilmişti dediğiniz zaman davanızı süresinde açmadığınızı ikrar etmiş oluyorsunuz.

Öğrenci: Hakkın kötüye kullanılması olabilir. Zamanında bunu ileri sürme imkânı vardı.

Hoca: İleri sürmemiş ama. Bütün ikrarlar öyle değil mi zaten? Hakkı kötüye kullanma söz konusu değil.

Medeni yargılama usulünde ya da ceza muhakemesinde ikrarda zaman sınırı var mı? Fail, sanık veya medeni yargılama usulünde taraflar ikrar konusunda zamansal bir sınırlamaya tabi mi veya “bu hakkın kötüye kullanılmasıdır” denilebilir mi ikrarda? Mahkeme dışında da ikrarda

bulunmak mümkün biliyorsunuz. Mahkeme içinde de mümkün. Dolayısıyla da böyle bir sonuca da yol açabilir. Buna fırsat verecek şeyleri de kabul etmemek lazım. Yani somut olayda feragat etkisi yaratacak ikrar beyanları varsa buna da dikkat etmek gerekebilir.

Bilirkişi

Diğer bir delil türü bilirkişi incelemesi. İdari yargılama usulünde bilirkişi, bazı davalar bakımından bilhassa imar davaları gibi teknik davalarda çok büyük hayati önem taşıyor. Adeta mahkeme kararı esasen bilirkişi raporuyla şekilleniyor. Bu nedenle bilirkişi çok önemli. Buna ilişkin de kimler bilirkişi olabilir, bilirkişiye gitme zorunluluğu var mı yok mu soruları önemli. Mesela kabul edilen bir görüşe göre hukuki meselelerde bilirkişiye gidilemez. Ama adli yargıda çok sıklıkla hukukçu bilirkişiye gidiliyor. Hatta oluşturulan bilirkişi heyetine mutlaka hukukçu da dahil ediliyor. Neyse ki idari yargı bu konuda doğru davranıyor. Hukukçu bilirkişi kullanmıyor. Teknik bilirkişiler kullanıyor. Çünkü hukuku bilme ve hukuki gerçeği ortaya koyma mahkemenin görevi. Ancak bu konuda da çok katı olmamak lazım. Bazı hukuki müesseseler yeni yeni ortaya çıkıyor, ilk defa ortaya çıkıyor olabilir. Veya hukukun gerçekten spesifik alanları ortaya çıkıyor. Bilişim hukuku, çocuk hukuku gibi. Bir mesele bu hukuk alanlarını ilgilendiriyorsa veya idari yargıda görülmekte olan bir davada özel hukuku ilgilendiren bir meseleyi de çözmeniz gerekiyorsa nasıl karar vereceksiniz? Bir örnek vereyim: SPK'nın sermaye piyasası araçlarını tespit etme yetkisi var. Bunu tebliğ ile yapıyor. Siz bu tebliğin iptalini idari yargıda açacağınız bir dava ile isteyeceksiniz. Diyeceksiniz ki bu bir sermaye piyasası aracı değildir. Bunun hukuken sermaye piyasası aracı niteliğinde olup olmadığına biz idare hukukçuları olarak idare hukuku bilgisiyle karar veremeyiz. Bu tamamen ticaret hukuku hatta ticaret hukuku içinde özel bir alanı ilgilendiren bir uzmanlık gerektiriyor. Dolayısıyla da böyle bir durumda işlemin hukuka uygunluğunu denetleyebilmek bakımından aynı zamanda bir hukukçu bilirkişiye de gitmek gerekebilir. Ama istisnai gördüğünüz gibi.

Öğrenci: Bilirkişi konusunda İYUK, HMK'ya atıf yapıyor. İdari hakimlerin hukuk mezunu olmaması sıkıntı yaratmıyor mu? Bunu bizim zaten idari yargı bünyesinde kabul etmemiz gerekmiyor mu?

Hoca: Sıkıntı yok. Mahkemelerde hukukçu olmayan üyelerin neden olduğunun mantığını hocanız anlatmıştır. Oraya girmeyeceğim. Ama zaten mahkeme teşkilinde, idari yargıda mahkemelerin oluşmasında şu anda üç kişilik heyet içerisinde genellikle iki hukukçu bir de başka alandan üye var. Dolayısıyla hukuki değerlendirme konusunda yeterli mahkeme üyesi var.

Bilirkişiye ilişkin enteresan bir sorun var. Bazı idari işlemler kendi alanlarında uzman kurullar ya da kuruluşlar tarafından yapılıyor. Mesela Kültür Varlıkları Koruma Kurulu var. Bu kurul diyor ki, şu binayı şu şu sebeplerden dolayı kültür varlığı olarak tescil ediyorum. Onun uzmanlık alanı. Kurulun yapısına baktığınız zaman sanat tarihçisi var, mimar var, hukukçu var. Kanuna bakıyor, geliyor inceliyor, resimlerini çekiyor, özelliklerine bakıyor. Diyor ki “bu korunması gereken bir kültür varlığıdır” tescil kararı veriyor. Şimdi bunun gibi uzmanlık kurullarının vermiş olduğu kararlar konusunda bilirkişiye gidebilir mi? Daha da ileri gidelim. Diyelim ki idari yargılama usulünden kaldınız. Dava açacaksınız. İdari yargı, bir başka idare hukuku hocasını bilirkişi tayin edecek. Bizden daha mi iyi bilecek sizin kağıdınızın yeterli olup olmadığını. ☺ Veya benzer şekilde doktora sınavına giren kişinin tezini beğenmedik. Dava açacak. Bana mobbing yaptılar vs. birkaç şey söyleyecek. Ondan sonra da doktora sınavının hukuka uygun olup olmadığını incelemek için ayrı bir bilirkişi heyeti oluşturulacak. O heyet

inceleme yapıp diyecek ki kararınız hukuka uygun veya değil. Bu mantıklı mı sizce? Mesela bazı idare hukukçuları bu konuda karar veren kişiler zaten uzman kişiler olduğu için bilirkişi heyetinin oluşmasını gereksiz görüyor. Burada olsa olsa bir maksat unsuru sakatlığı varsa mahkeme ancak onu denetleyebilir. Şekil, usul açısından denetleyebilir. Mesela sınav 90 dakika olması gerekirken 40 dakikada bitirmişler. Dolayısıyla da burada bir şekli hata var. Doktora sınavı bu yönüyle sakat. Ama jüri üyesinin o konudaki takdirine bir başka jüri karar veremez. Böyle diyen bir yaklaşımı var. Ne dersiniz?

Öğrenci: Jürinin takdir hakkı varsa değerlendirmeye tabi olmadığını düşünüyorum.

Tekrar açıklayalım. Örneğin bir aday doktora sınavına girecek. Biz de onun jürileri olarak senin tezin olmamış diyeceğiz. Reddediyoruz veya düzeltme veriyoruz. Gidecek dava açacak. Mahkeme de başka üniversitelerden 3 tane jüri üyesi, bilirkişi tespit edecek. O bilirkişilere inceleme yaptıracak. Böyle bir şey olabilir mi sizce. Burada da aynı nitelikte heyet tezi yetersiz gördü bir başka heyet yeterli görecektir. Veya koruma kurulundan örnek verdik. Koruma kurulunun 5 üyesi diyecek ki İstanbul Üniversitesi merkez binası kültür varlığıdır, tescil ediyoruz. Birisi dava açacak. Mahkeme de bilirkişiye başvuracak. Bilirkişi kim? Yine sanat tarihçisi, hukukçu vs.

Böyle bir tartışma var. Benim kanaatime göre uzman kişilerce veya kurumlarca verilmiş olsa bile eğer biz bunu yargı denetiminin dışına çıkarırsak jürinin keyfi davranışlarını da meşrulaştırmış oluruz. Normalde bir hocanın öğrencisine objektif davranması beklenir, doğru değerlendirme yapması beklenir. Ama yapmayabilir de. Çok iyi işleyen bu uzman kurullar olsa o zaman bu uzman kurulların işlemlerini tamamen esas bakımından yargı denetiminin dışında tutmuş oluruz, eğer böyle bir görüşü kabul edersek. O zaman bütün hocaların veya uzman kurulların verdiği kararlar tartışmasız doğrudur. Sadece şekli bakımdan denetlenir. Süre bakımından usul bakımından denetlenir. Onun dışında esas bakımından denetleme yapılamaz dersek bugün pek çok uzmanlık kurulu, BDDK SPK gibi kurumlar zaten bu işin uzmanlarından oluşuyor. Eğer biz bunları esas bakımından yargı denetiminin dışında tutarsak idarenin bir kısım işlemleri incelenemez olur. O nedenle benim kanaatim uzman kişilerce verilmiş olsa dahi bu kararın hukuka uygun olup olmadığını mahkemeler denetleyebilir.

Bilirkişi meselesi çok su götürür bir mesele. Üzerinde belki saatlerce konuşulabilir. Bilirkişinin tarafsız olup olmaması, çeşitli etkiler altında kalabilmesi, yetersizliği vs. gibi meseleler elbette ki gündeme getirilebilir, itirazlar ileri sürülebilir. Mesela enteresan şeylerden biri de bilirkişi ücreti. Adli yargıda bu ücret yatırılmadığı zaman bilirkişi incelemesinden vazgeçmiş olursunuz. Ama idari yargılama usulünde bir davada bilirkişi ücreti yatırmadıysanız, mahkeme talebinizden vazgeçtiğinizi mi kabul edecek? Hayır, edemez. Mahkemenin zaten kendisi de bu incelemeyi yapması gerekiyor. Gerekirse ücreti adliye bütçesinden karşılanır sonra bu taraflara mahkeme masrafı olarak yansıtılır.

Bunun gibi idari yargılama usulüne özgü unsurlar var. Mesela kesin hüküm var, diğer yargı yerlerinin verdiği kararlar idari yargıya nasıl etkileyecek? Hatırlarsanız idare hukuku derslerinde disiplin soruşturmalarının ve ceza soruşturmalarının birbirine etkisini incelemiştik. Demiştik ki, ceza mahkemesi eğer bir fiilin olmadığına ilişkin bir karar veriyorsa bu disiplin soruşturmasını da etkiler. Ama delil yetersizliği gibi sebepten dolayı beraat kararı vermişse bu disiplin cezası verilmesine engel değil. O nedenle başka yargı düzeni tarafından verilen kararlar, konusuna ve içeriğine göre idari yargıda görülmekte olan dava bakımından takdiri bir delil olarak değerlendirilebilir. Mesela bir taşınmaza ilişkin dava görülmüyor. Siz karşı tarafın

menfaati olmadığını ileri sürüyorsunuz. O da malik olduğunu ileri sürüyor. Bu sefer siz de adli yargıda verilen mülkiyete ilişkin bir kararı dosyaya sürüyorsunuz. Artık bu onun dava açmada menfaati olup olmadığını kesin olarak ispatlayan bir delil. O nedenle adli yargıda ya da başka yargı düzenlerinde verilen mahkeme kararları idari yargı bakımından da dikkate alınır. Bu da kendine özgü, epey tartışması olan bir mesele ama zamanımız olmadığı için giremiyoruz.

Böylece delil ve ispat meselesini ana hatlarıyla, daha doğrusu problemli alanlarıyla size anlatmış olduk.

takviye

İstanbul Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Giriş

Bazı yerleri başka derslerde olduğu kadar detaylı anlatmadan biraz hızlı devam etmek zorundayım. Dolayısıyla bölük pörçük olabilir ama lütfen sabrınızı koruyarak dinlemeye çalışın. Kanun yollarını anlatacağım; istinaf ve temyizi. Kanun yararına temyiz müessesesi üzerinde duracağız. Kanun yollarında yokluğun uygulamasından bahsedeceğiz ondan sonra yargılamanın yenilemesini anlatacağım sizlere. İvedi yargılamayı ise (ivedi yargılamanın hem normal yargılamaya ilişkin boyutu var, hem de kanun yolları boyutu var) bir tarafa bırakacağız çünkü bambaşka bir usul. En son kanun yollarına ilişkin bütün kavramları anlatıp artık ders kısmını bitirmiş olacağız sizinle. Kesin hüküm ile yargı dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerine de çok kısaca değinme imkanı bulabiliriz ama hiç olmazsa bir iki ders de olsa önemli yargı kararlarını sizlerle beraber değerlendirmek ve tartışmak istiyorum sizlerle. Sonrasında da dilekçe yazımına geçmek istiyoruz çünkü aşağı yukarı beş haftamız kaldı. Bir an önce konuları bitirip pratik çalışma formatında derslerimize devam etmek istiyorum.

KANUN YOLLARI

Kanun yolunun aslında medeni yargılama hukukundan da biliyorsunuz ama yine de kısaca hatırlatalım. Mahkeme tarafından verilen *nihai* kararların kural olarak daha üst bir yargı merci tarafından yeniden incelenmesine kanun yolu diyoruz. Anayasa Mahkemesi'nin şöyle bir belirlemesi var, diyor ki; “*kanun yolu bir yargı yeri tarafından verilen ve hukuka aykırı olduğu ileri sürülen bir kararın kural olarak başka bir yargı yeri tarafından incelenmesini sağlayan bir hukuki yoldur, kanun yolunun amacı yargı yerleri tarafından verilen kararların kural olarak başka bir yargı yeri tarafından denetlenmesine imkan tanımak suretiyle daha güvenceli bir yargı hizmeti sunmaktır. Kanun yoluna başvurma hakkı adil yargılanma hakkının kapsamı içerisindedir.*” Bir kere son cümle niye önemli, demek ki adil yargılanma hakkı bakımından söz konusu hakkının ihlal edilip edilmemesi bakımından kanun yolları da kapsam içine giriyor. Şimdi medeni yargılama hukukundan da biliyorsunuz, neticede nihai bir karar söz konusu olduğunda -ne demek nihai karar, hakim in davadan elini çektiği bir karar söz konusu olduğunda- hatalı olduğunu anlasa dahi yargıç, heyet ya da mahkeme tekrar el atamaz davaya. Dolayısıyla da söz konusu yargı kararını değiştirmesi, kaldırabilmesi mümkün değildir. Esas olarak da, kanun yollar, bu gibi haller bakımından getirilmiş bir emniyet subabı. Dolayısıyla da, kural olarak bizim sistemimize göre, mahkemenin verdiği kararın, talep halinde bir üst yargı merci tarafından yeniden incelenmesi. Bu çerçevede de demek ki; mahkemenin el çektiği ve değiştirmesinin, geri almasının ve bozmasının mümkün olmadığı kararların bir üst yargı merci tarafından yeniden incelenmesi diyoruz. Birazdan anlatacağız bu incelemenin mahiyeti ve kapsamı farklı olabiliyor; temyize göre, istinafa göre... Sonuçta bir yeniden incelemedir, kanun yolu.

Birtakım işlevleri var, sonuçları söz konusu. Bir kere ilk işlevi biraz önce söylediğim gibi **hatalı mahkeme kararının ortadan kaldırılması ve doğru kararın verilmesini sağlama işlevidir**. İkincisi, **taraflar bakımından hukuki tatmin sağlanması amacına hizmet ediyor**, dolayısıyla da bir kararın hatalı olduğunu düşünen veyahut kararın hatalı olduğundan emin olmasa bile bu yönde şüpheleri oluşan tarafların daha üst bir mercide kararın tekrar ele alınmasını isteme ve tatmin olmalarını sağlıyor. Dolayısıyla adalete güven duygusunu da temin

ediyor, kanun yolu başvurusu. Üçüncü ve en önemli sonuçlarından bir tanesi de **İçtihat Birliğinin Sağlamasına Hizmet Ediyor**. Şimdi düşünün kanun yolu olmadığını, farklı mahkemeler var; aynı veya benzer konularda farklı mahkemelere giden uyuşmazlıklar bakımından ister istemez ne gündeme gelecektir, farklı kararların ortaya çıkması. Dolayısıyla kanun yolu müessesesi sayesinde bu kararlar arasındaki farklılıkların, içtihat farklılıklarının giderilmesi söz konusu ve bu sayede hukuki güvenlik ve istikrarı sağlıyoruz. Hukuki güvenlik ve istikrar yalnızca idari işlemler bakımından geçerli değil aynı zamanda bildiğiniz gibi yargısal kararlar bakımından da geçerli, dolayısıyla demek ki kanun yolu adalete olan güveni bu yönüyle de temin ediyor. İçtihat farklılığının oluşturduğu adalete olan güvenin sarsılması sorununu mümkün mertebe çözmeye yönelik bir misyon ve işleve sahiptir kanun yolu.

Kısaca birtakım özelliklerinden bahsedelim, kanun yoluna mahkemelerin biraz önce de söylediğim gibi nihai kararına karşı başvuruyoruz. Dolayısıyla bir mahkeme herhangi bir karar verdiği zaman bunun o anda kanun yoluna tabi olup olmadığını değerlendirebilmek bakımından öncelikle bakmanız gereken, tetkik etmeniz gereken husus bunun bir nihai karar olup olmadığıdır. Mahkemenin söz konusu davadan elini çekip çekmediğidir. Bu çerçevede örneğin ara kararlar kanun yoluna tabi olmaz. Yürütmenin durdurulması kararları, keşif, bilirkişi incelemesi yapılmasına, duruşma yapılmasına ilişkin kararlar, müdahale talebine ilişkin kararlar, dilekçe ret kararları, idareden bilgi ve belge istenmesine ilişkin kararlar bu nitelikte kararlar olduğu için kanun yoluna tabi değildir, zaten yeri geldiğinde konuları anlatırken aslında daha önce de size söylemiştik. İdari yargı mercilerinin kendi görev ve yetki alanlarına girmese bile başka bir idari mercinin görev ve yetki alanına girdiği kararlar da biliyorsunuz kanun yoluna tabi değil. Dikkat edin orada somut olarak mahkeme belki kendisi o dava ile bağımlı koparsa bile ne söz konusu; ilgili dosyanın görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesi söz konusu, görev ve yetki uyuşmazlığı çıksa bile veya resen kendisi tespit etse bile. Dolayısıyla bu gibi kararlar da kanun yoluna tabi değil ancak bu gibi kararların esasa ilişkin incelemeden sonra daha doğrusu nihai karar verildikten sonra tartışılabilmesi söz konusu oluyor. Verdiğim örnekten devam edeyim; neyi nihai karar olup olmadığını iyi tespit edebilmek lazım, idari yargının dış görev bakımından reddettiği yani başka yargı düzenlerinin (adli yargı gibi) görevine girdiğine hükmettiği kararlarda ise idari yargı elini çektiği için bu gibi kararlar kanun yoluna tabidir diyoruz. O nedenle demek ki önemli olan bir husus, akılda tutmanız gereken bir husus; söz konusu kararın, kanun yoluna tabi olması gündeme gelen kararın nihai bir karar olup olmadığını tespit etmek.

Kanun yoluna davanın tarafları başvurabilir, onun dışındakilerin kanun yoluna başvurabilmesi söz konusu değil. Biliyorsunuz bir tartışmamız vardı, müdahaleyi ben size anlatırken. Bir dönem ne yapmıştı, Danıştay; müdahil yanında davaya katıldığı taraftan hariç, ondan bağımsız olarak kanun yoluna gidebilmesinin önünü açmıştı (o kararları göstermiştiniz) ama çok kısa bir süre sonra verdiği kararıyla bu içtihatından dönmüş olduğun ve bunun yerleşik bir içtihat olarak devam ettiğini de söylemiştim ve o nedenle de bu belirlememiz hala geçerli. Kanun yoluna davanın tarafları başvurabilir. Kanun yoluna davanın tarafları başvurabilir ama sadece hukuki yararları olduğunda başvurabilirler. Hani nasıl ki dava açarken bir hukuki yarar sorgulaması yapıyoruz menfaat ihlali, hak ihlali gibi. Kanun yoluna başvurabilmek için de idari yargı yerleri bir hukuki yarar olup olmadığını öncelikle tespit etme yoluna gidiyorlar veya hukuki yarar olmadığını tespit ederlerse kanun yolu başvurusu kabul edilmiyor. Şimdi bazı kitaplarda hatta bazı derslerde anlatılırken şöyle basitçe anlatılmak isteniyor ama orada bir nüans var, ona dikkat etmek lazım; iptal kararı verilmişse davacının, davanın reddi kararı verilmişse de davalının -ki çok büyük ölçüde idare oluyor- kanun yoluna

başvurmasında hukuki yararı bulunmamaktadır deniyor. Bu her durumda geçerli olan bir şey değil, dolayısıyla tamamen birbirleriyle örtüşen kavramlar değil bunlar, böyle algılamamak lazım. Evet belki dava iptal ile sonuçlanmış olabilir davacı bakımından veya davalı idare bakımından davanın reddine karar verilmiş olabilir ama yine de kanun yoluna gitmekte hukuki yararı olabilir. Neden? Gerekçesinden dolayı. Söz konusu yargı kararının uygulanmasında gerekçe dikkate alınır dedik, dolayısıyla yine de olumsuz bir yönü olacağından gerekçenin düzeltilmesi, değiştirilmesi talebi doğrultusunda kanun yoluna gidebilir. Bu bakımdan da her durumda iptal veya redde göre hukuki yararın değerlendirilmesi doğru ve yerinde değildir. Kararının içeriği ve gerekçeleri de dikkate alınmak ve bu çerçevedeki talebine göre hukuki yararı olup olmadığının belirlenmesi gerekir diyoruz.

Kanun yoluna başvuru merciinin ve süresinin mahkeme kararında belirtilmesi gerekir. Aydın Hocayla belki görmüşsünüzdür, mahkeme kararlarında neler olması gerektiğine ilişkin **İYUK m.24**'ü.

Kararlarda bulunacak hususlar:

Madde 24 – Kararlarda:

- a) Tarafların ve varsa vekillerinin veya temsilcilerinin ad ve soyadları yahut unvanları ve adresleri,*
- b) Davacının ileri sürdüğü olayların ve dayandığı hukuki sebeplerin özeti istem sonucu ile davalının savunmasının özeti,*
- c) (Değişik: 10/6/1994-4001/11 md.) Danıştayda görülen davalarda tetkik hakimi ve savcının ad ve soyadları ile düşünceleri,*
- d) Duruşmalı davalarda duruşma yapılıp yapılmadığı, yapılmış ise hazır bulunan taraflar ve vekil veya temsilcilerinin ad ve soyadları,*
- e) Kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi ve hüküm:tazminat davalarında hükmedilen tazminatın miktarı,*
- f) Yargılama giderleri ve hangi tarafa yükletildiği,*
- g) Kararın tarihi ve oybirliği ile mi, oy çokluğu ile mi verildiği,*
- h) Kararı veren mahkeme başkan ve üyelerinin veya hakiminin ad ve soyadları ve imzaları ve varsa karşı oyları,*
- ı) Kararı veren dairenin veya mahkemenin adı ve dosyanın esas ve karar numarası, Belirtilir.*

Bu maddede açıkça kanun yollarına başvuru merciinin ve süresinin belirtileceğine ilişkin, bunu zorunlu kılan bir hükme rastlamıyoruz. Ama başka bir düzenleme var daha üst katmanda.

Anayasa m. 40/2

(Ek fıkra: 3/10/2001-4709/16 md.) Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.

Bakın nasıl başlıyor ifadeye, devlet diye başlıyor; idare diye başlamıyor. İdare tabii ki size ikinci sınıfta da anlattığımız gibi işlemlerinde bunları gösterecek, göstermediğinde neler olduğunu da söylemiştik ama yalnızca idareyi değil aynı zamanda yargıyı da bağlayan bir hüküm bu, yargıya da aynı anayasal zorunluluğu getiren bir madde bu dolayısıyla doğrudan Anayasa'nın ilgili maddesi bağlamında yargı yerlerinin, başvuru mercii ve süresinin mahkeme

kararlarında belirtilmesi gerekir. Bunun ayrıca bir kanunda yazmasına da gerek yok. Biliyorsunuz normal şartlarda Anayasa'nın uygulanabilmesi için araya bir kanun maddesi girmesini arıyoruz ama öyle anayasa maddeleri vardır ki hatta bir anayasa maddesi bunu izah ediyor, diyor ki; “*bazı anayasal düzenlemeler doğrudan, araya bir kanun maddesi girmeden, bir kanun maddesinin yürürlüğe girmesi beklenmeksizin uygulanabilir.*” Daha da önemlisi uygulanmak zorundadır. **Anayasa'nın 40.maddesinin 2.fıkrası da** işte yargı yerleri bakımında bu sözünü ettiğimiz zorunluluğu gösteriyor. Burada birtakım hatalar olduğunda, belirtilmemesi durumunda ne olabilir; bunu bir tarafa bırakıyorum, buna ilişkin yargı kararımız var ve inşallah sizlerle beraber bunu değerlendireceğiz, bu işleri bitirdiğimiz kısımlarda.

Kanun Yolu Türleri

Esas olarak biliyorsunuz *olağan kanun yolu* ve *olağanüstü kanun yolu* diye ayırıyoruz biliyorsunuz. İdari yargıda kanun yararına temyizi bir kenara bırakırsak **olağan kanun yolları, istinaf ve temyiz; olağanüstü kanun yolu ise yargılamanın yenilenmesi** şeklinde karşımıza çıkıyor. Şimdi bu olağan kanun yolları ve olağanüstü kanun yolunun kendine göre özellikleri var, biraz onlardan bahsedelim sonrasında da madde incelememize geçip ilgili hükümlerden sırasıyla başlayacağız.

Olağan kanun yollarının özellikleri; birincisi *erteleyici etkiye sahiptir*, istinaf ve temyiz. Ne demek bu erteleyici etkiye sahip olması; mahkeme kararının kesinleşmesinin ertelenmesini ifade ediyor. Dolayısıyla kanun yoluna başvurduğunuzda hükmün kesinleşmesi ertelenmiş oluyor. Ama bir şeye de dikkat etmek ve akılda tutmak lazım; kanun yoluna başvurulmuş olmasının erteleyici etkisi başka bir şey, bu yargı kararının sonuçlarının belirlenmesi ve ne olduğu, yargı kararlarının uygulanması hükmü başka bir şey. Dolayısıyla belki evet kararın kesinleşmesini erteliyorsunuz ama mahkeme idari yargı kararının uygulanması bakımından kanun yolu neticesini bekleyemez. Dolayısıyla kanun yoluna başvurulmuş olması -yine anlatmıştık size geçen haftalarda İYUK m.28'i anlatırken- mahkeme kararının uygulanmasını önlemez. Bunu nereden çıkartıyoruz, temel bir prensip olmanın ötesinde bizatihi İYUK m.28'de öngörülen hüküm. Dolayısıyla da ben bu hükme ilişkin olarak, mahkeme kararına ilişkin olarak kanun yoluna gittim, istinafa gittim, temyize gittim o nedenle de bunu şimdi uygulamayacağım bir karar gelsin ondan sonra uygulayacağım deme lüksü, konforu daha da önemlisi yetkisi yoktur. O bakımdan da kanun yoluna başvurulmuş olsa da bu kararı gecikmeksizin, İYUK m.28 uyarınca Anayasa uyarınca uygulamak durumundadır.

Olağan kanun yollarının ikinci önemli özelliği *aktarıcı etkidir*. Bizim sistemimizde özellikle belirli istisnalar haricinde mahkeme kararının aynı seviyedeki yargı organı tarafından değil daha üst derecedeki bir yargı organı tarafından incelenmesini ifade ediyor. Dolayısıyla uyuşmazlığın incelenmesini bir üst yargı merciine aktarıyoruz. Böylelikle kanun yolu, ister istemez daha tecrübeli yargı mensuplarından oluşan yargı yerleri tarafından gözden geçirilme imkanı sağlıyor.

Olağanüstü kanun yolunun da iki özelliği var; birincisi en önemli ayırt edici özelliği olan, *kesinleşmiş bulunan mahkeme kararlarının tekrar gözden geçirilmesini sağlıyor*. Ne olduğunu tekrar anlatacağız yargılamanın yenilenmesinde, orada artık kesinleşmiş kararlar yargılamanın yenilenmesi ve istisnai sebepleri varsa tekrar inceleme altına alınıyor.

Olağanüstü kanun yolunun ikinci özelliği de, yargılamanın yenilenmesinde anlatacağım tekrar sizlere, kanun yolu başvurusunun bizzat kararı veren mahkemeye yapılmasıdır. Yani

aktarıcı etki burada söz konusu değil. Halbuki olağan kanun yolu olan istinaf ve temyizde üst mahkemeye başvurulurken demek ki yargılamanın yenilenmesinde aynı kararı veren yargı mercine başvuruyoruz, bu da olağanüstü kanun yolunun özelliklerinden ikincisi.

Şimdi geçelim olağan kanun yollarına.

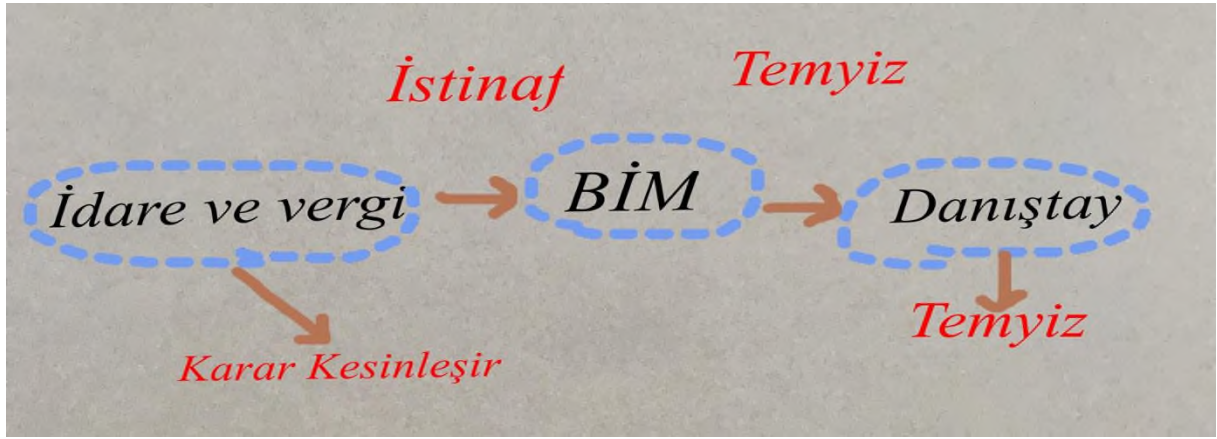
Olağan Kanun Yolları

Genel manzarayı size çok kısaca anlatayım, nasıl bir sistem içerisindeyiz ondan sonra da açıklamalarımıza geçelim. İstinaf nedir, temyiz nedir, kanun nasıl düzenlemiş, bu süreçte ne gibi aşamalar var hepsini birlikte değerlendirelim.

Bakın şimdi 2014 yılında getirilen değişikliklerle, ne oldu 2014 yılında bir düzenleme yapıldı idari yargı alanında da istinaf müessesesi söz konusu oldu. Ondan önce istinafa benzer olan, belki bazılarınız duymuştur, itiraz diye bir kanun yolu söz konusuydu ama o kanun yolu bütünüyle şundaki istinaf ile örtüşen bir mahiyet arz etmiyordu. Daha istisnai nitelikteydi ve iki aşama söz konusuydu. Şöyle bir sistem¹ vardı; idare ve vergi mahkemelerinin birtakım kararları itiraza tabiydi *-itiraza tabi olan kararlar sayılmıştı kanunda-*, geri kalan kararları ise de temyiz yoluna tabi idi. İdari yargılama usulü kanununda da ilk derece aşamasında kalan kanun yoluna başvurulmayacak herhangi bir karar olduğu yazmıyordu. Özel kanunlarda birtakım hükümler vardı. Dolayısıyla itiraz ya da temyiz söz konusu olacak idare veya vergi mahkemesi kararlarına, öyle anlatıyorduk. İtiraz da dediğim gibi kanunda sayılan hallerde geçerliydi ve Danıştayın ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararlarda ise temyiz söz konusuydu. Bakın iki dereceli ve istinafa benzeyen itirazın istisnai olduğu temyiz geneli kural olduğu bir yapılanma söz konusu idi.

Bugün için ise gelinen noktada böyle bir sistem söz konusu, idare ve vergi mahkemelerinden ele alalım. İdare ve vergi mahkemelerinin ilk derece mahkemesi olarak vermiş olduğu kararlardan bazıları, istisnai olarak belirli bir parasal değer altında kalanlar hiçbir kanun yoluna tabi değil. Anlatacağım birazdan. Birinci kural bu. Bunlar kanun yolunun kapalı olduğu kararlar. İkinci tür kararlar, bu istisna haricinde, *istinafa* tabi olan kararlar. Nereye gidecek bunlar; *Bölge İdare Mahkemesine* gidecekler, burada istinaf incelemesi yapılacak. Şimdi bakın bir de bu bölge idare mahkemesine giden kararlardan (onları da göreceğiz) sınırlı sayıda sayılan kararlar var. Kanun şunlar şunlar diye saymış. Yalnızca onlar *temyize* tabi, temyiz merci olarak *Danıştay'a* gidiyorlar. Dolayısıyla demek ki öyle bazı kararlar var ki baktığınız zaman İYUK'un ilgili maddesinde temyize tabi kararlardan değilse uyuşmalık istinaf aşamasında sona eriyor. Ama eğer ilgili yasal düzenlemede sayılan kararlardan biriye, temyize tabi olduğu belirlenen kararlardan biriye Danıştaya gidiyor. Böylelikle bu kararlar bakımından üç aşamalı bir yargılama gündeme geliyor. İlk derece yargılaması, istinaf yargılaması ve temyiz yargılaması.

¹ Hoca bu sistemin şu anda olmadığını ifade ediyor ve karışmaması için not etmemelerini tavsiye ediyor. Sadece karşılaştırma yapılabilmesi için anlatıyor.



Tekrara ediyorum: İstinafa gidem her karar temyize gidemiyor. Dolayısıyla eskisinin farkı da şurada ortaya çıktı, artık daha ziyade neyi söyleyebiliriz; *kural istinaf temyize gidenler istisna*. Çünkü bu sınırlayıcı bir şekilde sayılmış. Onun haricinde Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararlar zaten istinafa tabi olamaz, temyize tabi.

Şimdi bakın niye getirildi bu? İki tane sebebi var; bir tanesi Danıştay'ın iş yükünü azaltmak ve Danıştay'ı bir içtihat mahkemesi haline getirmek. Önceden de Danıştay içtihat mahkemesi olarak nitelendiriliyordu ama esas olaraktan yalnızca yargılamanın hukuka uygun olarak yapılıp yapılmadığının değil, uygulamada maddi vakıaları da denetliyordu. Dolayısıyla aslında bir nevi istinafımsı bir görev görüyordu ister istemez çünkü böyle bir düzen söz konusu olmadığı için. Dolayısıyla da bunu giderebilmek ve yalnızca yargılamanın hukuka uygun yapılıp yapılmadığına yönelik bir inceleme yapılması ve içtihat mahkemesi olarak görev yapabilmesi bakımından dendi ki Danıştay'ın iş yükünü hafifletelim. İkinci sebep de yargılamanın daha kısa bir sürede sonuçlandırılması. Dolayısıyla bu çerçevede de mümkün mertebe belirli bir aşamada sonlandırılması, zaten o yüzden de sınırlayıcı bir şekilde getirildi bu düzenleme. Tabii işe yarar mı, yaramaz mı gerçekten bu amaç elde edilecek mi; özellikle şu yargılamanın daha kısa sürede sonuçlanması biraz tartışılır. Niye tartışılır; esas mesele şu çünkü, bakın burada getirilmesinin sebebi asıl olarak yalnızca temyiz yolunun kapatılması değil, bu daha ziyade bize özgü bir şey. Başka sistemlerde temyiz yolunun kanun ile kapatılması söz konusu olmuyor, içtihat mahkemesinin kabul edilebilirlik kararına bağlı belki duymuşsunuzdur, bizde ise açıkça yazıldı onu da tartışacağız. Ama burada asıl beklenen temyiz yolu açık olsa bile tarafların temyiz yoluna gitmeyi tercih etmemeleri, verilen karar bakımından tatmin olmaları. Dolayısıyla da geline nokta artık temyiz yoluna gitmenin bir fayda sağlamayacağı yönünde kanaate ulaşmaları beklenir. Fakat bizde ne yazık ki bu yargılama kültürü ve alt yapı çok yeterli değil. Sonuncusundan başlayalım, bir kere bunun olabilmesi için tarafların artık bu iş burada belli oldu aydınlandı temyiz yoluna gitmeyelim, devam etmeyelim bu yargılama burada noktalansın diyebilmesi için ne olması lazım; karar kalitesinin söz konusu olması gerekir. Bu karar kalitesinin de olabilmesi için sizin en başta personel alt yapınızın olması lazım. Tecrübeli alanında yetkin hakimler olacak ki özellikle burada artık temyiz yoluna gidilmesinden vazgeçilsin. İkinci böyle bir kültürün gelişmemesi mesela idare bakımından baktığınızda belki bunu daha öncesinden de anlatmış olabilirim, idare otomatikman hemen her davada sonuna kadar gitme yönünde bir tutum takınıyor, bunun temel sebeplerinden biri de sorumluluk doğması kaygısıdır. Buna yönelik olarak yapılan idari ve mali denetimlerde ve Sayıştay denetimlerinde kendilerine bu idari davayı neden siz devam ettirmediniz çünkü tam yargı

davası olabilir, iptal davasıyla birlikte tam yargı davası olabilir bunun bir takım sorumlulukları olabilir, idari ve mali bir takım sorumlulukları olabilir; eğer gitseydiniz kazanabilirdiniz, dolayısıyla kazanılmayınca hem yargılama ücretleri verildi hem de yeri geldiğinde tazminata hükmederdi mahkeme bu sonuçtan mahrum ettiniz idareyi diyerek kamu zararı çıkarıyor. Öyle olunca da genellikle bu yargılama süreci başlayınca sonuna kadar idare ne yazık ki devam ediyor. Şimdi bize geliyorlar bazen bu işi halleder miyiz diye, biz de bakıyoruz artık burada temyizden bir sonuç alabilmeniz mümkün değil; mesela memur hiç olmayacak bir biçimde, hatalı bir şekilde görevinden ihraç edilmiş veya bir şekilde disiplin cezası almış, tonla içtihat var bu konuda hiç içtihatın değişmesi yönünde de bir beklentiye girilmesi mümkün değil, doğru da bir içtihat gitmeyin diyoruz. O zaman hocam işte biz hesap veremiyoruz, sorumluluğumuz söz konusu olur deyip gidiyorlar. Aslında bu durumda bir kamu zararı oluşuyor ama yapacak bir şey kalmıyor. Böyle olunca da yargıyı meşgul ediyorsunuz ve davaların çözülmesi, sonuçlanması zaman alıyor. Bu konuda benim gözlemim; aslında avukatlarda da var, belki müvekkillerine durumu açıklayamamaktan veya belki de (bazılarını burada kuşkusuz tenzih ederiz) yargılamayı uzatma amacıyla bizim bundan mali kazancımız daha fazla olsun düşüncesiyle aynı yönde bir tutum takınıyorlar. Onda da danışanlar soranlar oluyor, meslektaşlarımız arkadaşlarımız biz de diyoruz ki burada temyize gitmek olmaz mahkeme doğru karar vermiş dolayısıyla da burada bir şansınız yok boşuna mahkemeyi meşgul etmenin bir anlamı yok. Yok hocam müvekkil sonuna kadar gitmek istiyor deniyor dolayısıyla da aslında yargılamanın burada kesilmesi pek de mümkün olmuyor ne yazık ki.

Size daha sonra anlatacağım ama öyle bir duruma geldi ki Danıştay'ın iş yükü gerçekten azaldı bir dönem. İdare mahkemelerinin de iş yükü gerçekten azaldı, daha sonra anlatacağız ama şimdiden söyleyebiliriz ısrar konusu biliyorsunuz bizde de var. Bölge idare mahkemelerinde öyle bir kural getirdi ki kanun koyucu idare ve vergi mahkemelerine dönmediği için ısrar yetkileri yok ama ne oldu bu sefer bütün yoğunlaşma bölge idare mahkemelerine geldi. Bölge idare mahkemeleri inanılmaz iş yükü altında kalmaya başladı zaten tahmin de ediyorduk nasıl kalkacaklar bu yükün altından diye emin olun bilmiyorum. Çünkü Danıştay'a temyiz yoluyla gidenler sonrasında bozma kararı çıktığında buraya dönüyor ısrar olacak olmasa bile davanın devamı söz konusu, bazı kararlar da temyize tabi değil o bakımdan da Allah oradaki hakimlere kolaylık versin diyoruz.

Bir tartışma daha esas konuya geçmeden önce. İki tane görüş var, uygulamaya bakarak. Bir görüş diyor ki buradaki karar kalitesi düştü, bunun ilk sebebi bazıları oraya gittiği için bölge idare mahkemeleri ihdas edilince, dolayısıyla buradaki tecrübeli hakim sayısı azaldı karar kalitesi düştü diyerek ve şöyle bir psikolojik sebep buluyorlar ki bence doğru olan da bu nasıl olsa tekrar yeniden inceleme yapılacak istinafta dolayısıyla bizim burada üstüne düşmemize gerek yok ki bence bunun hiçbir hukuki, kabul edilebilir yanı yok ama böyle bir psikolojik etki var. Karşı görüş ise psikolojik bakımdan irdeleyenler; hayır tam tersine bu verdiği kararlarda hakimler daha fazla dikkat ediyorlar çünkü artık burada daha fazla bir değerlendirme yapılıyor, esasa girilerek maddi vakaların değerlendirilmesi yapılıyor o yüzden daha dikkat ediliyor, diyorlar ki bu bana pek doğru gelmiyor. Çünkü geçmişte de zaten temyize gitse bile hukukilik denetimi değil fiilen ister istemez maddi vakia denetimi yapıldığı için oralarda da neredeyse yargılamanın yeniden yapılmasına benzer bir süreç vardı, her ne kadar yazan hükümler farklı olsa bile. O bakımdan da korkarım ki idare ve vergi mahkemelerinin karar kalitesinde düşüşlerin tespitleri bana yani kişisel gözlemlerim itibarıyla daha doğru geliyor.

İstinaf

İstinaf, yeniden başlamak anlamını taşıyor. Yargılama hukuku bakımından da ilk derece mahkemesine konu olan uyuşmazlığın yeniden ele alınması incelenmesi anlamına geliyor. Dolayısıyla bakın bölge idare mahkemeleri tarafından yapılan istinaf incelemesinde BİM başvuru konusu uyuşmazlıkları değil ilk derece mahkemesine konu olan uyuşmazlıkları maddi ve hukuki yönden inceliyor. Sonuçta da mahkeme kararı hakkında değil, maddi olay hakkında hüküm tesis eder diyoruz. Dolayısıyla BİM resen inceleme yetkisini kullanarak gerekli inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak nihayetinde esas hakkında karar verir, temyizden farklı. O halde demek ki istinafın temel özelliği istinaf incelemesi yapan BİM'leri yalnız hukuki inceleme değil aynı zamanda *maddi vakıa incelemesi* de yapıyor. Maddi vakıaların isabetli bir şekilde tespit edilip, incelenip incelenmediğini kendisi de bakıyor ve sonuçta da işin esasına girerek kendisi yeniden yargılama yapmak suretiyle karara varıyor. İstinafın temel özelliklerinin başında bu geliyor.

Bu çerçevede dar anlamda istinaf ve geniş anlamda istinaf gibi kavramlar göreceksiniz, bazı kitaplarda. Ne demek bu? İstinaf incelemesi yapıyorsa mahkeme ve bu bir yeniden yargılamaysa acaba ilk derece yargılamasındaki bir takım yargılama usullerini görmezden gelsin mi, dolayısıyla tam anlamıyla sıfır kilometre bir yargılama mı olsun? Yani şunu söylemek istiyor; bilirkişi raporu aldı, keşif yaptı mahkeme hiç bunları dikkate almadan kendisi bilirkişi raporu mu alsın, keşif yapsın mı veya delillerin değerlendirilmesi bakımından süreci tekrar başlatsın mı? Eğer böyle olacaksa tamamıyla bu anlamda bir yargılama olacaksa geniş anlamda bir istinaf olur bu ama dar anlamda istinafta ise şu söz konusu eğer hata görüyorsa o yargılama usulü ile ilgili örneğin bir bilirkişi raporu alınmış karara esas alınmaya yeterli veyahut keşif yapılmış keşifte herhangi bir usulü hata söz konusu değil bunları kararına konu edebilir. Demek ki bizim sistemimizde açıkça yazmasa bile dar anlamda istinaf söz konusu. Hata görmediği ilk derece yargılamasında gerçekleştirilen usullerden ve yargılama araçlarından yararlanması söz konusu. Demek ki usuli birtakım muamelelerde hata yoksa bunların tekrarlanması söz konusu değil.

Gelelim istinafa, bakın şöyle diyor:

İYUK m.45

İstinaf:

Madde 45 – (Değişik: 18/6/2014-6545/19 md.)

1. *İdare ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı, başka kanunlarda farklı bir kanun yolu öngörülmüş olsa dahi, mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde istinaf yoluna başvurulabilir.*

Dolayısıyla geçmişte başka kanunlarda farklı hükümler olsa bile istinaf yoluna -başka kanun yolu öngörülmüş olsa bile- başvurulabilir. Eğer başka kanun yolu öngörülmemişse öngörülmemiştir. Ama istinaf yerine başka bir kanun yolu öngörülmüşse onu bir kenara bırakıp buradaki hükümler geçerli olacak. Kaç günlük süre içinde, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda genel süre istinaf bakımından 30 günlük süre içerisinde. Nerede, BİM'de.

Ancak, konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup, bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz.

Şimdi bu ibarede de bir sorun görebiliriz. İşlemden kaynaklanan tam yargı davaları da var onun hakkında muhtemelen kanun koyucu eyleme gitmiş dolayısıyla çok doğru bir cümle değil ama şunu söylemeye çalışıyor; bir dava olacak ki konusu beş bin lirayı aşmayacak, işte burada biraz önce söylediğim engel gündeme gelecek ve bu gibi kararda ilk derece yargılamasının kararı kesinleşmiş karar olacak. Kesin olarak karar verilmiş olacak böyle kararlar bakımından. Tartışılabilir yani bazen öyle davalar olabilir ki konusu bir lira bile olabilir ama bunun önemi değeri zaten özellikle davacı bakımından ayrı noktadadır fakat bu gibi ekonomik gerekçelerle ne yazıkki istinafi mümkün görmemiş kanun koyucu.

Şimdi bir tartışmayla bitirelim, Anayasa'nın 155.madde² hükmü söz konusu; neticede acaba bir mahkeme kararına karşı kanun yoluna gidilememesi Anayasa'ya aykırı mıdır? İnsan hakları hukuku bakımından da düşündüğümüzde de örneğin adil yargılanma ilkesine ve esas olarak da bu ilkenin kapsamında mahkemeye erişim hakkının ihlali niteliğinde midir? Anayasadaki tartışma bakımından baktığımızda şöyle diyor, *Danıştay, idarî mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir.* Ne dersiniz bir aykırılık söz konusu olabilir mi? Şöyle bir yorum yapılabilir mi; madem kanun istinaf ön görmüş bazı kararlar için, istinaf yolu öngörülmemişse o zaman temyiz yolu öngörülebilirdir. Çünkü diyor ki Danıştay idari mahkemelerce verilen -burada idare ve vergi mahkemelerini kastediyorsa- ve kanunun başka yargı mercime bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme mercidir diyor. Yani bir tane daha inceleme merci çıkarılabilir mi, çıkarılamaz mı tartışması söz konusu. Bu hükme bakarak Anayasa'ya aykırı olduğunu iddia eden idare hukukçuları var. Çok fazla uzatmayalım Anayasa Mahkemesi verdiği kararda Anayasa'ya aykırılık görmedi.

Birazdan kararı göreceğiz. Bu karar haricinde de adli yargı çerçevesinde kanun yoluna ilişkin verdiği bir karar vardı. 154.maddede de aynı hüküm Yargıtay bakımından söz konusu. Zamanında iş davaları bakımından kanun yoluna ilişkin kanuni düzenleme yapılmıştı. Sonra AYM'ye gitti. İdari yargıya ilişkin de birtakım kanuni düzenlemeler söz konusu oldu. AYM sonucu itibariyle baştan itibaren Anayasa'ya aykırılık görmedi.

İptali istenen hüküm, 2559 sayılı Kanun'un 6.maddesi:

İş yerlerinin işletmecilerine beşyüzmilyon Türk Lirası ile birmilyar Türk Lirası arasında idarî para cezası verilir.

Bu maddede öngörülen idarî para cezaları, belediye sınırları içinde belediye encümeni, belediye sınırları dışında il daimi encümeni tarafından verilir. Verilen idarî para cezalarına dair kararlar ilgililere 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilir. Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir.

İtiraz dediği kanun yolu. Neyi yasaklıyor? Kanun yoluna gitmeyi yasaklıyor. Hükmü AYM'nin önüne kim getirmiş? İlgili mahkeme getirmiş, somut norm denetimi kapsamında. Demiş ki, önüne gelen uyuşmazlığa uygulayacağım bu hüküm Anayasa'nın 155.maddesine aykırıdır.

² **MADDE 155.-** Danıştay, idarî mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.

Kanun koyucunun idari nitelikteki bir işleme itiraz üzerine yetkili idare mahkemesi tarafından verilen kararlara karşı yargı yolunu kapatmak suretiyle yargılamaların hızlandırılması ve bölge idare mahkemelerinin iş yükünün azaltılmasını sağlamayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Bazı mahkeme kararları hakkında, ifade edilen usul ekonomisi nedeniyle iki dereceli yargılamanın kapatılmasının kanun koyucunun takdir yetkisi içinde olduğunda şüphe yoktur. İtiraz konusu kuralın yer aldığı maddede belirtilen eylemler için öngörülen beşyüz ile bin Türk Lirası arasında verilecek olan temel cezanın miktarı da dikkate alındığında, kuralın adalet duygusunu rencide eden ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ile çelişen bir yönünün bulunmadığı da açıktır.³ Bu nedenle, yargılamaların hızlandırılması ve bölge idare mahkemelerinin iş yükünün azaltılmasına yönelik kamu yararı amacıyla öngörülen itiraz konusu kural, hukuk devleti ilkesini ve hak arama özgürlüğünü zedelememektedir.

Ayrıca⁴ Anayasa'nın Danıştay idare mahkemelerince verilen kararların son inceleme mercii olarak tanımlayan 155. maddesinde de tüm kararların mutlak olarak Danıştay incelemesinden geçirileceği hususunda bir düzenleme bulunmamaktadır.

Demek ki düzenlemeyi benim biraz önce size belirttiğim anlamda yorumlamıyor. Buradan o sonuç çıkmaz diyor ve Anayasa'ya uygun görmüş.

AIHM içtihatları bakımından durum nedir dersiniz, şu kadarını söyleyelim; kategorik olarak herhangi bir şekilde kanun yoluna gidilmemesinin mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğine dair bir karar yok. AIHM'in böyle bir tutumu söz konusu değil. Tabii ki kanun yolu bütünüyle ortadan kalksa ciddi bir şekilde tartışılacaktır. Ama belirli istisnalarla kanun yolu aşamasının kapatılmasının ve yargılamanın ilk derecede nihayetlenmesinin, kesinleşmesinin, 6.maddenin 1.fıkrasına aykırı olduğu yönünde bir kararı biz henüz görmedik, bilmiyoruz. Bu yönde bir içtihadı yok.

Istanbul Üniversitesi

2. Ders

2. İstinaf, temyizın şekil ve usullerine tabidir. (...)

Bakın şu var istinaf temyizın şekil ve usullerine tabidir. Dolayısıyla temyizın şekil ve usullerini düzenleyen ilgili maddeye gönderme yapıyor. Ben de temyizın şekil ve usulüne ilişkin düzenlemelere sıra geldiğinde istinafa göndermeler yapacağım ama ayrı ayrı istinafın şekil ve usulü diye bu aşamada anlatmıyorum, biliniz ki temyizın şekil ve usulüne ilişkin hususlar istinaf ilişkin de uygulanacak. Yeri geldiğinde anlatacağız.

(...) İstinaf başvurusuna konu olacak kararlara karşı yapılan kanun yolu başvurularında dilekçelerdeki hitap ve istekle bağlı kalınmaksızın dosyalar bölge idare mahkemesine gönderilir.

Fıkra dönersek; dolayısıyla demek ki bir idare veya vergi mahkemesinden çıkan karar söz konusu ise ivedi yargılama usulü haricinde siz hitap kısmına be yazarsanız yazın o BİM'e gitmesi lazım. Çünkü BİM karar verecek daha doğrusu bakacak istinafa tabi midir, değil midir diye.

3. Bölge idare mahkemesi, yaptığı inceleme sonunda ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulursa istinaf başvurusunun reddine karar verir. Karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise gerekli düzeltmeyi yaparak aynı kararı verir.

³ Biraz da meblağa bakarak söylüyor. Acıtmaz demek istiyor.

⁴ Şimdi geliyor asıl noktaya

Bakın onama kelimesini kullanmıyor, çünkü onama temyize özgü bir şeydir ve istinaf söz konusu ise ve İlk derece mahkemesi kararını hukuka uygun buluyorsa istinaf başvurusunun reddine karar veriyor. İlk derece mahkemesi kararı isterse iptal kararı olsun isterse ret kararı olsun, isterse tam yargı davasına ilişkin bir karar olsun netice bu karar neyse o karara ilişkin olarak kanun yoluna, istinaf yoluna gidildiğinde ilk derece mahkemesinin kararını hukuka uygun buluyorsa istinaf talebimizin reddine karar veriyor. Bu maddi yanlışlıkların düzeltilmesi söz konusu ise maddi yanlışlıklar bakımından gerekli düzeltmelerin yapılarak karar verilmesi gerekiyor.

4. Bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulmadığı tak-dirde istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verir⁵. Bu hâlde bölge idare mahkemesi için esas hakkında yeniden bir karar verir. İnceleme sırasında ihtiyaç duyulması hâlinde kararı veren mahkeme veya başka bir yer idare ya da vergi mahkemesi istinabe olunabilir⁶. İstinabe olunan mahkeme gerekli işlemleri öncelikle ve ivedilikle yerine getirir.

Neyi anlatıyor burada, hani dedik ya yeniden bir yargılama olacak maddi vakıaları da değerlendirilecek dolayısıyla da işin esasına girecek işte demek ki idare mahkemesince verilen kararı uygun bulmazsa bu çerçevede istinaf talebini kabul edecek kararı kaldırarak ve ondan sonra yapmış olduğu esas inceleme çerçevesinde ama iptal davası ama tam yargı davası hangi dava olursa olsun o uyuşmazlıkta uygun gördüğü kararı verecek. Dolayısıyla şöyle düşünün; ilk derece mahkemesi iptal kararı verdi, davalı idare başvurdu, mahkeme kararının kaldırılması ve davanın reddine karar verilmesi talebiyle başvuracak. Tersini düşünün iptal davası açtık mahkeme davamızı reddetti, işlemi hukuka uygun buldu; ne yapıyoruz, istinaf talebinde bulunurken talebimiz de şu yönde olacak; istinaf talebimizin kabulüyle, mahkeme kararının kaldırılması ve dava konusu işlemin iptaline karar verilmesi. Eğer haklı görürse diyecek ki; davacı tarafın istinaf talebinin kabulüne, mahkeme kararının kaldırılmasına ve dava konusu işlemin iptaline. Tam yargı davasında da aynı mantık ve aynı silsile geçerli olacak.

Temelde istinafı temyizden ayıran husus, *maddi vakıaları* da hukuki incelemesinin yanında incelenip karar verilmesinin istenmesidir. Dikkat edin bakın bu gibi hallerde esasa ilişkin inceleme yapıp karar verdikten sonra biz bozma kararı verip kararı ilk derece mahkemesine göndermiyor. Eğer temyize tabi değilse kesin olarak karar verilir diye bir ibare göreceksiniz. Çünkü temyiz yolu kapalı olduğu için artık kesin bir karardır. Temyiz yolu açıksa da kararda artık temyiz edilebileceği ve hangi süreyle temyiz edileceği belirtilecektir.

Şimdi dikkat edin:

5. Bölge idare mahkemesi, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulduğu, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hâllerinde, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vererek dosyayı ilgili mahkemeye gönderir. Bölge idare mahkemesinin bu fıkra uyarınca verilen kararları kesindir.

Burada bir farklılık var, ilk derece mahkemesinin kaldırılmasına karar veriyor, ondan sonra ne yapmıyor, kendisi henüz esasa girişmiyor. Ne yapacak, dosyayı ilgili mahkemeye gönderecek. Dolayısıyla öyle bazı idare mahkemesi kararları var ki onlar söz konusu olduğunda BİM bunlardaki hukuka aykırılığı gördükten sonra öyle paldır küldür esasa girmeyecek kararı

⁵ Demek ki istinaf başvurusunun kabulü ilk derece mahkemesinin kararını kaldırıyor.

⁶ Ne demek istinabe olunabilir, buradan bir takım yargılama usulü kuralları bakımından yardım istenebilir.

ilgili idare veya vergi mahkemesine gönderecek. Örneğin görevsizlik kararı, idare mahkemesi bakmış ama görevsizlik kararı vermiş. Görevli olduğuna karar veriyorsunuz veyahut da menfaatten reddetti, süreden reddetti hiç işin esasına girmede bu gibi durumlarda ne söz konusu idare veya vergi mahkemesine gönderme söz konusu. Neden? Şunu yapamaz mıydı, menfaatten reddetmiş idare mahkemesi, hayır menfaati var deyip “okuduk ya o çerçevede işin esasına girip kararı vereyim” diyemez miydi? Süreden mi reddetti, hayır süresinde açılmış dava önce bunu tespit edeyim kararı kaldırayım ve hemen esasını inceleyeyim. Onu uygun görmemiş kanun koyucu. Dolayısıyla bu gibi halde ne arıyor peki, istinaf söz konusuysa en azından iki aşamalı bir yargılama olması ihtimali söz konusu olduğu için neyi teminat altına alıyor böylelikle, iki aşamalı bir yargılama olmasını teminat altına alıyor. Yani idare ve vergi mahkemesinin bu gibi hallerde ilk inceleme üzerine verilen karar hukuka aykırıysa esastan incelenmesi gerekiyorsa dava öncelikle o idare veya vergi mahkemesinin esasa yönelik bir kararı olsun istiyor. Esasa yönelik bir karar vermesi gerekirken vermemişse versin diye ona gönderiyor. Bu kesin hükümde de böyle, derdestlikte de aynı. Esasa girmeden önce incelenmeksizin verdiği kararlarda da aynı. Hatırlayın 14 ve 15.maddelerde hangi ilk inceleme hususları olduğu var ama orada yazmayan birtakım kararlar da var ki idare ve vergi mahkemeleri davanın esasına girmeden karar veriyor. Eğer bütün bu kararlar yanlışsa *bakın tekrar söylüyorum burası önemli çünkü idare ve vergi mahkemesi esasa girmesi gerekirken esasa girmemişse benim önüme gelince BİM olarak ona geri göndereceğim, sen esas hakkında bir karar ver diyeceğim. Sonra bana gelecek ben ondan sonra -kararda hukuka aykırılık görürsem- esasa yönelik incelememi yapacağım.* O nedenle bakın BİM’leri bakımından şimdi gündeme gelen meseleler bunlar. Bu gibi hallerde dikkat etmemiz lazım. Bu gibi durumlarda ya ben kulağımı neden böyle⁷ tutayım bu karar bana gelecek en iyisi ben şimdiden bu işi uzatmayayım esasa ilişkin incelememi de yapayım dememeleri lazım. Burada dikkat etmemiz gereken şey; madem ki bu istinafa kadar iki dereceli bir yargılama ise iki dereceli yargılama olabilmesi bakımından en azından esasa girmesi gerekip de girmedeği hallerde o esasa ilişkin karar ilk derece yargılaması yapan mahkemeler (idare ve vergi mahkemeleri) tarafından verilmesi lazım. Ben istinaf merci olarak ancak o aşamadan sonra tekrar esasını inceleyebilirim.

Öğrenci: Hocam istinaf merci başvuru sebepleriyle bağlı değil herhalde öyle değil mi?

Hayır diğerlerinde de ilk inceleme konusu ama onu zaten görmüş olmanız lazım. İlk inceleme konularında bir yanlışlık yaptı mahkeme, kanun yoluna gitti kanun yolunda da ilk inceleme bakımından eksiklikler varsa gündeme getirecek ve ne karar verilmesi gerekiyorsa onu sağlayacak, bağlı da değil. Hani artık bu tren kaçmış ben artık ona dokunamam demeyecek.

Bölge idare mahkemesinin bu fıkra uyarınca verilen kararları kesindir. Demek ki ne söz konusu, görevsiz ve yetkisiz bir mahkeme veyahut reddedilmiş, yasaklanmış bir hakim tarafından bakılması halinde veya ilk incelemede eksiklikler söz konusuysa buna yönelik olarak gönderdiğinde idare veya vergi mahkemesine bunlar kesin kararlar ve dolayısıyla kanun yolu incelemesine tabi değil.

6. Bölge idare mahkemelerinin 46 ncı maddeye göre temyize açık olmayan kararları kesindir. (...)

⁷ (Elini başının üstünden kulağına doğru uzatarak)

Karar, 46.maddedeki sayılan temyize tabi olan kararlardan biri değilse artık kesin bir nitelik arz ediyor. Ne yazık ki yargılamanın yenilenmesi ve kanun yararına temyiz haricinde yapılacak bir şey kalmıyor.

(...) **(Ek cümle: 20/7/2017-7035/6 md.)** Bu kararlar, dosyayla birlikte kararı veren ilk derece mahkemesine gönderilir ve bu mahkemelerce yedi gün içinde tebliğe çıkarılır.

Demek ki kararları ilk derece mahkemesi tebliğe çıkaracak.

7. İstinaf başvurusuna konu edilen kararı veren ya da karara katılan hâkim, aynı davanın istinaf yoluyla bölge idare mahkemesince incelenmesinde bulunamaz.

Demek ki ne olabilir; hakim, ilk derece mahkemesinde kararı verdi ama sonra terfi etti BİM’de görevlendirildi davanın kanun yolu aşamasında kendi vermiş olduğu kararın incelemesine katılamaz. Başka gözün bakması lazım, aynı gözler bakmayacak.

8. İvedi yargılama usulüne tabi olan davalarda istinaf yoluna başvurulamaz.

Anlatacağız sizlere ivedi yargılama usulü son derece istisnai, özel bir yargılama usulü. İvedi yargılamada idare ve vergi mahkemelerinin vermiş olduğu kararlar doğrudan Danıştay’a gidiyor, kanun yolu kapsamında.

Temyiz

Ne yapılır temyizde, temyiz incelemesi ilk derece yargı yerlerinin nihai kararlarının hukuka uygunluğunun denetimine yöneliktir. Dolayısıyla temyiz incelemesinde ilk derece yargı kararları *hukuka uygunluk* bakımından incelenir. İncelenen şey asıl olarak temyizde istinaftan farklı olarak nedir, uyusmalık maddi uyumsuzluk değil, zaten o yüzden temyizde vakıa incelemesi yapılmaz diyoruz. Yargılama temyize gelen kararın, mahkemenin verdiği kararın, *istinaf kararının hukuka uygun olup olmadığı yargılamanın hukuka uygun yapıp yapılmadığıdır*. Dolayısıyla istinaftan demek ki böyle bir farkı var. Biraz önce de söylemiştik temyiz incelemesinin sınırına ilişkin maddi değil hukuki yönüyle uğraşacak kararın. Bu teminat altına almak bakımından geçmişte istinaf müessesesi olmadığı durumlarda yine fiilen maddi vakıalara da girme eğilimi yine ister istemez çaresiz olarak gösterdiği için Danıştay Kanunu’na açık bir hüküm kondu.

Danıştayın görevleri

Madde 23 – Danıştay:

a) (...) **(Ek cümle : 1/7/2016 – 6723/6 md.)** Danıştayın temyiz mercii olarak görevi, bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması şeklinde ortaya çıkan hukuka aykırılıkların denetimini yapmakla sınırlıdır.

Demek ki bu sözünü ettiğimiz husus Danıştay Kanunu yeni maddesiyle de getirildi ki Danıştay içtihat mahkemesi olarak maddi vakıaları değerlendirmesin. Ama şunu söyleyeyim bunun tartışmasına girmeyeceğim, ne zaman mesele maddi vakıa incelemesi ne zaman hukuki inceleme; hukuki inceleme yaparken maddi vakıaları ne ölçüde değerlendirme kapsamına alabilirsiniz giderek incelemeye katmış olur musunuz olmaz mısınız, ezcümle nerede biter nerede başlar maddi vakıa ya da hukuki inceleme, her zaman tefrik edebilmek, ayırabilmek o kadar da kolay değil, özellikle idari yargı bakımından. Ama getirilen, istenen sistem bu.

Danıştay dava daireleri ilk derece yargılaması yapıyorsa Danıştay Kanunu m.24'e bakacaksınız. Bu yargılama neticesinde verilen karar da istinafa tabi değil, temyize tabi. Bir de ikinci olarak İYUK'ta ilgili maddelerde sayılan konulara giren BİM kararları da temyize tabidir.

Tekrar edecek olursak Danıştay'ın ilk derece yargılaması yaptığı kararlar temyize tabi BİM'nin istinaf yargılaması neticesinde verdiği kararlardan da şimdi size göstereceğimiz 46.maddede sayılan kararlar da temyize tabi. Onun haricindekiler bakımından temyiz imkanı söz konusu değil.

Temyiz:

Madde 46 – (Değişik: 18/6/2014-6545/20 md.)

Danıştay dava dairelerinin nihai kararları ile bölge idare mahkemelerinin aşağıda sayılan davalar hakkında verdikleri kararlar, başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi Danıştayda, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde temyiz edilebilir:

a) Düzenleyici işlemlere karşı açılan iptal davaları.

İster ülke çapında olsun isterse olmasın bir düzenleyici işlem söz konusuysa temyize tabi. Temyiz yolu açık.

b) Konusu yüz bin Türk lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan davalar.

Burada da bir ekonomik kriter var.

c) Belli bir meslekten, kamu görevinden veya öğrencilik statüsünden çıkarılma sonucunu doğuran işlemlere karşı açılan iptal davaları.

Bazı yerlerde de bazı meselelere bir önem atfetmiş. Demek ki belirli bir mesleği ilgilendiren kamu görevi davalar, her dava değil ilgili statüden meslek veya öğrencilik statüsünden doğan iptal davaları.

d) Belli bir ticari faaliyetin icrasını süresiz veya otuz gün yahut daha uzun süreyle engelleyen işlemlere karşı açılan iptal davaları.

e) Müşterek kararnameyle yapılan atama, naklen atama ve görevden alma işlemleri ile daire başkanı ve daha üst düzey kamu görevlilerinin atama, naklen atama ve görevden alma işlemleri hakkında açılan iptal davaları.

f) İmar planları, parselasyon işlemlerinden kaynaklanan davalar.

Şimdi bakın kimi hallerde de çok açık değil. Göreceksiniz uygulamada bazı tereddütler yaşanacak, acaba bizatihi imar planı parselasyon planı mı yoksa mesela onların uygulanmasına yönelik işlemler mi kastediliyor. Neticede bunların uygulanmasına ilişkin işlemler ise pekala bunlar da bu planlardan kaynaklanan dava olarak görülebilir. Örneğin imar planı var, ruhsat var. Dava söz konusu, ruhsat bakımından temyize gidecek mi gitmeyecek mi meselesi söz konusu. İdare mahkemesi hakimlerine sorduk nasıl değerlendiriyorsunuz diye; hocam biz yalnızca parselasyon planının kendisi bakımından değerlendiriyoruz, dolayısıyla da uygulama işlemi her ne kadar parselasyon planının uygulanması kapsamında olsa bile bu madde bent kapsamına girmediğini düşünüyoruz diyorlar. Çok tartışmalı bu, yeri geldiğinde birtakım sorunların baş göstermesi de kuşkusuz.

g) *Tabiat Varlıklarını Koruma Merkez Komisyonu ve Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulunca itiraz üzerine verilen kararlar ile 18/11/1983 tarihli ve 2960 sayılı Boğaziçi Kanununun uygulanmasından doğan davalar.*

h) *Maden, taşocakları, orman, jeotermal kaynaklar ve doğal mineralli sular ile ilgili mevzuatın uygulanmasına ilişkin işlemlere karşı açılan davalar.*

i) *Ülke çapında uygulanan öğrenim ya da bir meslek veya sanatın icrası veyahut kamu hizmetine giriş amacıyla yapılan sınavlar hakkında açılan davalar.*

i) *Liman, kruvaziyer limanı, yat limanı, marina, iskele, rıhtım, akaryakıt ve sıvılaştırılmış petrol gazı boru hattı gibi kıyı tesislerine işletme izni verilmesine ilişkin mevzuatın uygulanmasından doğan davalar.*

(...)

Dolayısıyla ne yapacaksınız hep size söylüyoruz, belirleme yok tespit yok, istinafa gittiniz; Danıştay'ın ilk derece yargılaması olarak baktığı davalardan biriye sorun yok ama istinaftan sonra ilgili mahkeme kararından memnun değilseniz ve bir kanun yolu var mıdır yok mudur diye bakacaksanız kanundaki ilgili hükümleri dikkatli bir şekilde inceleyeceksiniz, ne anlamlara geldiğine ilişkin içtihatları bakacaksınız nasıl yorumlandığını araştıracaksınız ondan sonra temyize gidip gitmeyeceğine öncelikle siz karar vererek temyiz talebinde bulunacaksınız, diyoruz.

Temyiz dilekçesi; şimdi burada biraz önce istinafın şekil ve unsurlarını incelerken atıf yapmıştık onunla birlikte değerlendireceğiz.

Temyiz dilekçesi:

Madde 48 – (Değişik: 5/4/1990-3622/17 md.)

1. Temyiz istemleri Danıştay Başkanlığına hitaben yazılmış dilekçeler ile yapılır.

İstinaf söz konusu olduğu zaman ilgili BİM başkanlığına ithafen yapılacaktır. Burada anlatacağımız hemen bütün hususlar istinaf bakımından da geçerli.

2. Temyiz dilekçelerinin 3 üncü madde esaslarına göre düzenlenmesi gereklidir, düzenlenmemiş ise eksikliklerin onbeş gün içinde tamamlanması hususu, kararı veren Danıştay veya bölge idare mahkemesince ilgiliye tebliğ olunur. Bu sürede eksiklikler tamamlanmazsa temyiz isteminde bulunulmamış sayılmasına Danıştay veya bölge idare mahkemesince karar verilir.

Bakın demek ki -tıpkı dava dilekçelerini hazırlarken nasıl kanuna uygun hazırlıyoruz dilekçeleri- aynı şey temyiz ve istinaf dilekçeleri bakımından da geçerli. Mahkeme bir eksiklik görürse -kim olabilir Danıştay olabilir çünkü eğer ilk derece mahkemesi kararını Danıştay vermişse Danıştay dairesine gidecek ama istinaf kararını BİM verdiği durumlarda BİM'e gönderiyoruz- bakacak ve diyecek ki eksikliklerin var bunların düzelt ve düzelterek. Tekrar düzenlediniz aynı eksiklikler söz konusuysa, tamamlanmamışsa kanun yolu isteminde bulunulmamış sayılmasına karar verilecektir. Peki bu kanun yolu isteminde bulunulmamış sayılmasına ilişkin karar temyize tabi mi? Tabidir, istinaf bakımından bu özel bir istinaf sebebi. İdare ve vergi mahkemelerinin istinaf başvurusu yapılmamasına ilişkin kararları da aynı şekilde BİM'e gidecek. Çünkü aksi takdirde bu kapsamda mahkemeye erişim hakkınızın engellenmesi söz konusu olacak.

3. Temyiz dilekçeleri, ilgisine göre kararı veren bölge idare mahkemesine, Danıştaya veya 4 üncü maddede belirtilen mercilere verilir ve kararı veren bölge idare mahkemesi veya Danıştayca karşı tarafa tebliğ edilir.

İstinaf dilekçeleri kime verilecek, bakın ona göre uyarlayacaksınız. İstinaf mahkemesi dilekçeleri de ilgisine göre kararı veren idare mahkemesi veya vergi mahkemesine verilir.

Karşı taraf tebliğ tarihini izleyen otuz gün içinde cevap verebilir.

Bizim kanun yoluna ilişkin olarak ortaya koymuş olduğumuz iddialara böylelikle cevap verme olanağına sahip olacak.

Cevap veren, kararı süresinde temyiz etmemiş olsa bile düzenleyeceği dilekçesinde, temyiz isteminde bulunabilir. Bu takdirde bu dilekçeler temyiz dilekçesi yerine geçer.

Şöyle düşünün kısmi karar verdi, mesela kısmen iptaline kısmen kabulüne kararı verdi, bu durumda iki taraf da temyize gitme hakkına sahip. İdare temyiz etmedi ama ben kendi kısmımı temyiz ettim davacı olarak. Dilekçemi idareye gönderdim, bu sefer idare bakımından da temyiz süresi geçmiştir demeyeceğiz, temyiz hakkını kullanması söz konusu olacak. Aynı şey tam tersi olduğunda da geçerli olacak.

4. (Değişik:10/6/1994-4001/21 md.) *Kararı veren Danıştay veya bölge idare mahkemesi, cevap dilekçesi verildikten veya cevap süresi geçtikten sonra dosyayı dizi listesine bağlı olarak, Danıştaya veya Kurula gönderir.*

Demek ki gönderdik karşı tarafa cevabını da aldık ondan sonra dizi listesine bağlı olarak değerlendirilmek üzere gönderilecek. İstinafta da idare ve vergi mahkemesi aynı şekilde bölge idare mahkemesine gönderecek.

Şimdi daha sonra anlatacağım size yürütmenin durdurulması talebinde de bulunulabilir kanun yolunda. Aynı bir maddesi var onun oraya geldiğimizde göstereceğiz. Şimdi bu aşamada diyor ki istinaf ve temyizın şekil ve unsuruna ilişkin hükümlerde:

5. *Yürütmenin durdurulması isteği bulunan temyiz dilekçeleri, karşı tarafa tebliğ edilmeden dosya ile birlikte, yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmek üzere kararı veren bölge idare mahkemesince Danıştay Başkanlığına, Danıştayın ilk derece mahkemesi olarak baktığı davalarda, görevli dairece konusuna göre İdari veya Vergi Dava Daireleri Kuruluna gönderilir.*

Yani burada daha fazla geciktirmemek adına ne yapıyor ben cevabı beklemiyorum ilgili yer olarak temyiz mercine veya istinaf talebi söz konusuysa BİM'e gönderiyorum. Bu durumda işte hem yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararı verecek hem de bu kararla beraber benim kanun yolu başvurumu cevap verilmek üzere diğer tarafa gönderecek. Demek ki yürütmenin durdurulması söz konusu olduğunda kanun yolu dilekçesini karşı tarafa göndermeyi kanun yolunu yapan merci yapmakla görevlendirilmiş.

Danıştayda görevli daire veya kurul tarafından yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verildikten sonra tebligat bu daire veya kurulca yapılarak dosya tekemmül ettirilir.

6. *Temyiz dilekçesi verilirken gerekli harç ve giderlerin tamamının ödenmemiş olması halinde kararı veren; merci tarafından verilecek yedi günlük süre içerisinde tamamlanması, aksi halde temyizden vazgeçilmiş sayılacağı hususu temyiz edene yazılı olarak bildirilir. Verilen süre içinde harç ve giderler tamamlanmadığı takdirde, ilgili merci, kararın temyiz edilmemiş sayılmasına karar verir.*

Bakın yine temyiz edilmemiş sayılması sebebi var.

Temyizin kanuni süre geçtikten sonra yapılması veya kesin bir karar hakkında olması halinde de kararı veren merci, temyiz isteminin reddine karar verir. İlgili merciin bu kararları ile bu maddenin 2 nci fıkrasında belirtilen temyiz isteminde bulunulmamış sayılmasına ilişkin kararlarına karşı, tebliğ tarihini izleyen günden itibaren yedi gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir.

Demek ki temyiz isteminde bulunulmamış sayılmasına ilişkin kararlar, temyiz talebinin reddi kararlardır. Nedir bu kararlar; temyiz talebinin süresinde yapılmamış sayıldığı kararlar veyahut da temyize ilişkin bir karar olmadığına ilişkin kararlardır. Bu gibi durumlarda temyiz talebiniz reddedilecektir. Her iki durum bakımından da temyiz talebinin yapılmamış sayılması veya temyiz talebinin reddi kararları bakımından da 7 günlük bir süremiz var, özel temyiz dediğimiz yalnızca bu kararlara yönelik temyiz talebinde bulunmanız için. Dolayısıyla bakın iş uzuyor ister istemez, diyelim ki BİM kararını verdi. Temyiz talebinde bulundunuz, temyiz dilekçesinize yazdınız işlem iptal edilmesi gerekirken iptal edilmemesinin hukuka aykırılığını, verdiniz dilekçenizi. Süresinde temyiz dilekçesini vermediğiniz için, temyiz talebiniz süresinde yapılmadığı için BİM, temyiz talebinin reddi kararı verdi. Şimdi 7 gün içinde bunu temyiz edeceksiniz, Danıştayın önüne geldi, Danıştay yalnızca buna bakacak; *temyiz süresinde yapılmış mı, yapılmamış mı?* Yapılmışsa bu kararı bozacak, gönderecek, ondan sonra incelemeler yapılacak daha sonra Danıştay’a gidecek.

Öğrenci Sorusu: Bir önceki maddedeki beşinci fıkradaki yürütmenin durdurulması mahkemenin kararı mı?

Anlatacağım daha sonra ama şimdi cevaplayayım. Şöyle bir şey söz konusu. Bakın bir mahkeme kararı söz konusu olabilir, ben iptal başvurusunda bulundum ve mahkeme reddetti. O iptal davası da mahkemenin yürütmenin durdurulması istemiyleydi. Mahkeme reddetti talebimi. Şimdi burada kanun yolu aşamasında yürütmeyi durdurması talebi bakımından bizi afallatan bir durum söz konusu değil. *İşlemin yürütülmesinin durdurulmasını* isteyeceğiz. Bir de şöyle olabilir ben davayı açtım mahkeme işlemi iptal etti. İdare yürütmenin durdurulması talebinde bulunamayacaktır, nasıl bir talepte bulunacak peki? İşte buradaki yürütmenin durdurulması aslında *mahkeme kararının yürütülmesinin durdurulmasıdır*. Dolayısıyla zaten aslında idare yazarken şöyle yapmaları lazım, mahkeme kararının yürütülmesinin durdurulması taleplidir. Dolayısıyla kanun yolunda yürütülmesinin durdurulmasının karardaki yerine göre böyle bir farklılığı var. Davalı idare, “kararın yürütülmesinin durdurulmasına” diyecek, yoksa onun isteyeceği şey işlemin yürütülmesinin durdurulması değil.

Temyiz incelemesi üzerine verilecek kararlar:

Madde 49 – (Değişik: 18/6/2014-6545/22 md.)

1. Temyiz incelemesi sonunda Danıştay;

a) Kararı hukuka uygun bulursa onar. Kararın sonucu hukuka uygun olmakla birlikte gösterilen gerekçeyi doğru bulmaz veya eksik bulursa, kararı, gerekçesini değiştirerek onar.

Demek ki gerekçeyi değiştirme imkanı getirilmiş. Karar hukuka uygun ama sonucu bakımından hukuka uygun, o gerekçeyle değil bu gerekçeyle verilmelidir. Dolayısıyla bu gibi hallerde demek ki kararın uygulanmasının doğru bir şekilde yapılabilmesi açısından da, bozmasına gerek kalmadan gerekçeyi değiştirerek onaylaması imkan söz konusu.

b) Kararda yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmayan maddi hatalar ile düzeltilmesi mümkün eksiklik veya yanlışlıklar varsa kararı düzelterek onar.

2. Temyiz incelemesi sonunda Danıştay;

a) Görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması,

b) Hukuka aykırı karar verilmesi,

c) Usul hükümlerinin uygulanmasında kararı etkileyebilecek nitelikte hata veya eksikliklerin bulunması, sebeplerinden dolayı incelenen kararı bozar.

Dolayısıyla bakın bir temyiz dilekçesi yazarken kararın Danıştay tarafından iptal edilmesini istiyorsanız ayakların yere sağlam basabilmesi gerekçeleri ortaya koyabilmek bakımından, kararın bozulmasının gerekçesi olarak neyi savunduğunuzu en başta söylemeniz yerinde olur. Kıyamet kopmaz yazmasanız da sonuçta sizin gerekçelerinizle bağlı değil, taleplerinizle bağlı ama gerekçelerinizle bağlı değil. Ama yine de “görev ve yetki dışında bir işe bakılmıştır vs. çünkü demeniz lazım; hukuka aykırı karar veya usul hükümlerinin uygulanmasında kararı etkileyebilecek nitelikte hata ve eksikliklerin bulunması...” demeniz gerekir.

Ne demek kararı etkileyebilecek nitelikte bir hata ve eksiklikler bulunması; demek ki mefhum-u muhalifinden usul hükümlerinin uygulanmasında hata yapabilir ilgili istinaf merci veya Danıştay’ın ilk derece yargılaması yapan dairesi, ama ne söz konusu olacak eğer bu hata kararı etkileyebilecek nitelikte değilse bu takdirde kararı bozmayacak. Neler etkilidir neler etkili değildir meselesi için içtihatlarla bakacaksınız. Sonuca etki yani usul sakatlığı diyoruz ya idari işlemler bakımından bu da bir nevi onun gibi oluyor.

3. Kararların kısmen onanması ve kısmen bozulması hâllerinde kesinleşen kısım Danıştay kararında belirtilir.

4. Danıştayın ilk derece mahkemesi olarak baktığı davaların temyizen incelenmesinde bu madde ile ısrar hariç 50 nci madde hükümleri kıyasen uygulanır.

5. Temyize konu edilen kararı veren ya da karara katılan hâkim aynı davanın temyiz incelemesinde görev alamaz.

Devam edelim,

Temyizen verilen karar üzerine yapılacak işlem

Madde 50 – (Değişik: 18/6/2014-6545/23 md.)

1. Temyiz incelemesi sonucunda verilen karar, dosyayla birlikte kararı veren mercie gönderilir. (Ek cümle: 20/7/2017-7035/7 md.) Ancak Danıştay ilgili dairesinin onamaya ilişkin kararları, dosyayla birlikte kararı veren ilk derece mahkemesine, kararın bir örneği de bölge idare mahkemesine gönderilir. Bu kararlar, dosyanın geldiği tarihten itibaren yedi gün içinde taraflara tebliğe çıkarılır.

Şimdi dikkat edin:

2. Temyiz incelemesi sonucunda verilen bozma kararı üzerine ilgili merci, dosyayı öncelikle inceler ve varsa gerekli tahkik işlemlerini tamamlayarak yeniden karar verir.

İlgili merci derken burada aydınlığa kavuşturalım orada bırakalım. BİM kararı verdi temyiz incelemesine gitti nereye, Danıştayın ilgili dairesine gider. Peki Danıştayın ilk derece yargılaması söz konusu olduğunda konusuna göre idari dava daireleri kuruluna veya vergi dava

daiireleri kuruluna gidecek. İŖte bozma söz konusu olduğunda da geriye gönderecek. İstinaftan gelmiŖse B M'e; DanıŖtay dairesinin ilk derece incelemesi yaptığı ve kurulda temyiz incelemesi söz konusu olan biz kararsa o daireye gelecek.

3. Bölge idare mahkemesi, DanıŖtayca verilen bozma kararına uyabileceği gibi kararında ısrar da edebilir.

Bir kere önemli, demek ki ısrar yetkisi kimde B M'de. Kararı veren idare veya vergi mahkemesinde değil. Ŗimdi esasen İlk derece mahkemesi kararlarının onandığı durumlarda biraz garip bir durum yaratıyor. Çünkü ilk derece mahkemesi kararını verdi, uygun gördünüz hiç esasa girip yeniden inceleme yapmadınız. Bir Ŗey yapmadınız aslında. Ondan sonra temyize gitti döndükten sonra buraya g nderemiyorsunuz.

Neden DanıŖtay dairesi demedi, onun ısrar imkanı yok mu, ısrar kararı veremez mi? Gidebileceği daha üst bir merci olmadığından, ısrar kapsamında dairesinin verdiği bozma kararına uymak zorunda. Halbuki B M'de ısrar kararı, konusuna göre idari dava dairesleri kuruluna veya vergi dava dairesleri kuruluna gidecek. Haftaya kaldığımız yerden devam edip bu konuyu bitiriyoruz.

takviye

İstanbul Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Bugün inşallah bitireceğiz, haftaya dilekçe yazımına başlayabileceğimizi umuyorum. Temyiz kanun yolundaydık, temyiz kanun yolunu incelerken 50.madde(temyizen verilen kararlar üzerine yapılacak işlemler) üzerinde durmuştuk. Tekrar etmiyorum artık istinaf nedir, temyiz nedir, idari yargılama usulündeki görünümüleri nelerdir, medeni yargılama hukukundan farklılıkları nelerdir, ne olur notlarınıza bakın. Bu çerçevede şimdi anlatacağım şeyin üzerinde de durmayacağım çünkü kanun yolunda yürütmenin durdurulmasını hoca anlatmış. Oradaki tek bir gözlememi değerlendirmenize sunacağım, onun haricinde, oraya değinmeden devam edeceğiz. Temyiz üzerine verilecek kararlara ilişkin 50.maddede ydık, orada kalmıştık ve bu çerçevede dedik ki madde itibariyle:

Madde 50 – (Değişik: 18/6/2014-6545/23 md.)

1. Temyiz incelemesi sonucunda verilen karar, dosyayla birlikte kararı veren mercie gönderilir. (Ek cümle: 20/7/2017-7035/7 md.) Ancak Danıştay ilgili dairesinin onamaya ilişkin kararları, dosyayla birlikte kararı veren ilk derece mahkemesine, kararın bir örneği de bölge idare mahkemesine gönderilir. Bu kararlar, dosyanın geldiği tarihten itibaren yedi gün içinde taraflara tebliğ çıkarılır.

2. Temyiz incelemesi sonucunda verilen bozma kararı üzerine ilgili merci, dosyayı öncelikle inceler ve varsa gerekli tahkik işlemlerini tamamlayarak yeniden karar verir.

3. Bölge idare mahkemesi, Danıştayca verilen bozma kararına uyabileceği gibi kararında ısrar da edebilir.

4. Danıştayın bozma kararına uyulduğu takdirde, bu kararın temyiz incelemesi, bozma kararına uygunlukla sınırlı olarak yapılır.

5. Bölge idare mahkemesi, bozmaya uymayarak kararında ısrar ederse, ısrar kararının temyizi hâlinde, talep, konusuna göre Danıştay İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulunca incelenir ve karara bağlanır. Danıştay İdari ve Vergi Dava Daireleri Kurulları kararlarına uyulması zorunludur.

Burada kalmıştık, bunu da belirli ölçüde anlatmıştık. Şimdi bir kere şunu söyleyeyim, Anayasa Mahkemesi kararından da bahsedelim; *Danıştay İdari Dava ve Vergi Dava Dairelerinin kararlarının temyizi üzerine ilgili kurulun bozma kararına karşı ilgili kurumun savunma hakkının bulunmaması, dairenin bozma kararına uymak zorunda bırakılması Anayasaya aykırı düşmemektedir*, diyor. Hatırlarsanız demiştim ki; idare ve vergi mahkemelerinin istinafa tabi kararları temyiz edildikten ve ardından temyiz incelemesinden sonra bozma yönünde bir karar çıkıyorsa ne söz konusu olabilir, uyma söz konusu olabilir, ısrar gündeme gelebilir; bununla beraber Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak görev yaptığı konularda vergi veya idari dava dairelerinin vermiş olduğu kararlar da temyiz incelemesine tabi tutulduktan sonra bozulursa ilgili idarelerin ısrar hakkı yoktur, diye söylemiştik. Bunun altında yatan mantığı da zaten belirtmiştik; başvurulacak daha üst bir merci olmadığı, neticede idari dava daireleri kurulu da iradesini ortaya koyduğu için değiştirilecek bir mekanizmanın öngörülmesi mümkün olmamıştır diye söyledik.

Şimdi, bu konuda birkaç hatırlatma yapalım. Her bozma kararı alınması demek mahkemenin verdiği karardan farklı bir sonuç çıkacağı anlamına gelmiyor, bunu akılda tutmak lazım. Örneğin Danıştay dava dairesinin eksik inceleme nedeni ile verdiği bozma kararına Bölge İdare

Mahkemesinin uyması, gerekli araştırmayı yaptıktan sonra yeniden aynı yönde karar vermesi mümkün olabilir. Karar eksik incelemeden dolayı bozulmuşsa, bu eksik olduğu belirtilen incelemeyi yapmak suretiyle bir uyma söz konusu olduğundan esas bakımından yine aynı yönde bir karar çıkabilir. Diğer taraftan da usul hükümlerine uyulmamış olması sebebiyle verilmiş olan bozma kararı üzerine ilk derece mahkemesinin uyma kararı vererek tesis edeceği yeni hüküm kuşkusuz tekrardan temyiz istemine konulabilir, diyoruz. Dolayısıyla şöyle düşünün, usuli bir eksiklik yine söz konusuysa, usul kuralları bakımından bozuldu ve döndü buna istinaden bir karar verildi, bundan sonra bunun temyizi söz konusu olacak ve nerede olacak, yine Danıştay'ın ilgili dairesinde olacak. Yani bu ısrar anlamına gelen bir durum değildir, buralara dikkat etmek gerekir. Dolayısıyla bu tip kararlar ısrar kararı niteliği taşımadığından temyiz isteminin ilgili dava dairesinde incelenmesi gerekiyor.

İsrar kararı esas olarak gerekçe ve hüküm kısmında bozulan kararın aynen tekrar edilmesi şeklinde olur. Aksi taktirde ısrar kararı sayılması mümkün olmaz, diyoruz. Dolayısıyla bu çerçevede mahkemenin gerekçe ve hüküm kısımlarını değiştirmesi mümkün değildir.

Bununla beraber mahkemenin ilk kararının hukuki dayanağını değiştirmeden bu kararını kuvvetlendireceği yeni gerekçeler vermesi bu kararın ısrar kararı olma niteliğini değiştirmez. Yani ısrar ederken gerekçesini değiştirmeden bunun yanında birtakım kuvvetlendirici gerekçeler sunması bunun ısrar kararı olmadığı anlamına gelmez.

Geçen derste bitirirken de söylemiştik, bu yeni getirilen sistemde bir yerde şöyle bir sorun vardı, demiştik ki; Bölge İdare Mahkemesinin istinaf incelemesini yaptıktan sonra temyiz yoluyla Danıştay'a giden kararlar bozma üzerine BİM'e döndüğünde (Danıştay biliyorsunuz temyizde bu tip esasa ilişkin bir yargılama yapmıyor, bozma kararı veriyor ve geri gönderiyor) şöyle bir sorun çıkacak; neticede yargılamayı idare veya vergi mahkemesi yaptı, istinaf da kararı hukuka uygun buldu, aslına dokunmadı, esastan incelemedi ve sonrasında temyizde bozuldu. Bu durumda Bölge İdare Mahkemesi zaten kanun gereğince ısrar yetkisine sahiptir, yargılamayı esastan yapmadığı zaman ister istemez ilk derece mahkemelerinin (idare mahkemelerinin) vermiş oldukları gerekçeler doğrultusunda en fazla onların verdiği yeni gerekçeleri vererek ısrar etmesi söz konusu olacaktır.

Diğer bir ihtimalde ise; idare veya vergi mahkemesi karar verdi kararı kaldırdı, esastan bir inceleme yaptı gerekçeleriyle kendi hukuki yargılamalarıyla, ondan sonra ilgili ısrar kararını vermesinde bir gariplik yok. Ama diğer ihtimal bakımından bu yasal düzenlemeler çerçevesinde pek de uygun olmayan bir durum ortaya çıktı.

Şimdi süreci netleştirelim, bölge idare mahkemesince verilen ısrar kararları hiç kuşkusuz temyiz edilebilir, bu halde temyiz incelemesi Danıştay dava dairelerince değil İdari Dava Daireleri Kurulu'nda veya Vergi Dava Daireleri Kurulu'nda inceleniyor. Bu inceleme sonunda iki ihtimal söz konusu: İsrar kararı verildi, temyiz edildi ve kurul önüne geldi ve temyiz incelemesini yapan dava dairesinin kararı hukuka uygunsa bozma kararı verilir yani dolayısıyla bölge idare mahkemesinin ısrar kararı uygun bulunmamıştır anlamına gelir, bu durumda ısrar kararı kaldırılarak temyiz incelemesi yapan dava dairesinin kararı onanacaktır. Niye, çünkü dairenin bozma kararı haklı görülmüştür.

Temyiz incelemesini yapan dava dairesinin kararı hukuka uygun bulunmazsa bu, BİM'nin ısrar kararı hukuka uygun bulunduğu anlamına gelecek ve bu durumda temyiz incelemesi yapan dava dairesinin kararı bozulup BİM'in ısrar kararı onanmış olacaktır.

Usuli Müktessep Hak

“Danıştayın bozma kararına uyulduğu takdirde, bu kararın temyiz incelemesi, bozma kararına uygunlukla sınırlı olarak yapılır” demiş İYUK 50/4. Bu ne demek? Bunu usuli müktessep hakkın kanuna yansması olarak pekala kabul edebiliriz. Ne demek usuli müktessep hak?

Öğrenci cevabı: Temyize gidiliyorsa, temyize gidilmeyen kısım, lehine olan taraf için usuli müktessep hak oluşturuyordu.

Evet, esas olarak mahkemenin yeri geldiğinde temyize gidilmemesi veya doğru bularak uyduğu bozma kararı üzerine temyiz yerinin bozma kararı ile benimsediği esaslara aykırı bir şekilde bozma kararı verilmemesi anlamına geliyor. Bildiğiniz bir müessese o yüzden bunun da çok fazla üzerinde durmuyorum. Dördüncü fıkrayı, bunu ortaya koyan hüküm olarak kabul etmek mümkün gerçekten de.

Peki, bozma kararına uyulmuş ama bunun temyiz incelemesi tekrar Danıştay’ın önüne gelmesi halinde Danıştay sonradan fark etti ki davanın süreden reddedilmesi gerekiyormuş. Ne dersiniz, bozma kararına ilişkin kararda bunu fark etmedi, başka gerekçelerle bozdu, tekrar önüne geldi, şimdi bu durumda buraya(50/4) girer mi?

Öğrenci cevabı: Hocam kamu düzenine ilişkinse, sonradan bir kanun değişikliği vs olmuşsa zaten gidebilmesi lazım.

Bu süre meselesi gibi konular kamu düzenine ilişkin bir husus olduğu için bu takdirde artık usuli müktessep hak ve dolayısıyla bu hüküm(50/4) bu nedenle bozulmasına engel değildir. Ve benzer şekilde anayasa mahkemesinin sonradan vermiş olduğu bir iptal kararının değerlendirilmemesi, usuli müktessep hakkın buna engel olması gibi bir husustan bahsedemiyoruz. Dolayısıyla bu maddeyi (söylemiş olduğumuz kamu düzeni gibi meseleler veya sonradan ortaya çıkan anayasa mahkemesinin iptal kararı doğrultusunda sınırlı) bir uygulama alanı olarak değerlendirebilmek gerekir.

Kanun Yolunda Yürütmenin Durdurulması

Gelelim kanun yolunda yürütmenin durdurulması meselesine. Biraz önce de söyledim hoca anlatmıştı, tekrar anlatmayacağım. Bu çerçevede bir hatırlatma yapmış olalım. Ondan sonra biraz önce söylediğim bir gözlemimden bahsedeyim. Bakın istinaf başvurularında da temyiz başvurularında da yürütmenin durdurulması talebinde bulunulabilir. Geçen hafta bir arkadaşımız sormuştu, bu her durumda ne anlama gelebilir dediğimizde demiştik ki; bu yürütmenin durdurulmasından anlayacağımız husus şayet işlemin iptal talebi reddedilmişse, tıpkı tekrar dava açtığımızda olduğu gibi daha doğrusu ilk derece yargılamasında yapıldığı gibi yine işlemin yürütülmesinin durdurulmasını mahkemeden isteyebilirsiniz. Bu anlamda **İYUK 27.maddedeki** yürütmenin durdurulması talebinden bir farkı yok ama tersi bir sonuç söz konusuysa mahkeme işlemi iptal etmişse bu takdirde yürütmenin durdurulması kim tarafından talep edilecektir *davalı idare* tarafından talep edilebilecektir. O zaman bu, mahkeme kararının yürütülmesinin durdurulması anlamına gelir. Dolayısıyla esasen bu hallerde yürütmenin durdurulması talep edilir derken doğrusu **mahkemenin kararının yürütülmesinin durdurulmasının** talep edileceğidir veya böyle yazmasa dahi yürütmenin durdurulması talep edilir deseydi bundan anlaşılması gereken mahkeme kararının yürütülmesinin durdurulması

olduğunu söylemek durumundayız. Şimdi bu kapsamda istinaf yoluna giderken de tekrardan yürütülmesinin durdurulması talebinde bulunabiliriz.

Şimdi bir gözlemim şu yönde oluyor: İstanbul İdare Mahkemesinde açılan davada yürütmenin durdurulması talep edildi. Mahkeme yürütmenin durdurulmasına ilişkin veya reddine ilişkin karar verdi. Nereye itiraz ediyoruz, biliyorsunuz 7 gün içinde BİM'e. Nereye gidiyor, o uyuşmazlığı hangi BİM dairesi göreceksene oraya gidiyor. Dolayısıyla ne yapıyordu BİM, yürütmenin durdurulmasına ilişkin itirazı değerlendiriyordu. Yürütmenin durdurulması kararı verilmişse ve itiraz talebini haklı görürse yürütmenin durdurulması kararını kaldırıyor; yürütmenin durdurulması kararı verilmemişse itiraz edilmişse ve itiraz talebini haklı görürse yürütmenin durdurulması kararı veriyor. Özellikle yürütmenin durdurulması kararının verildiği (ilk derece mahkemesince, idare veya vergi mahkemesince) durumlarda BİM'ne gidip de burada açık hukuka aykırılık veya telafisi güç ve imkansız durumlar olmaması sebebiyle karar kaldırılabilir. Bu gibi hallerde BİM kararlarında açıkca hukuka aykırılık olmadığına dair vurgu yapıldığında, genellikle, en azından benim kişisel gözlemim, idare mahkemelerinin veya vergi mahkemelerinin artık bu hukuka aykırılık konusunda pek ısrar etmedikleri ve dolayısıyla davalarını retle sonuçlandırdıkları yönündedir. Aksini de gördüm ama daha ziyade hangisini gözlemliyorsunuz dersiniz BİM özellikle hukuka aykırı olmadığı yönünde gerekçesi yoğun bir karar veriyorsa (daha doğrusu açık hukuka aykırılık olmadığı yönünde) sonrasında idare ve vergi mahkemelerinin kararlarının daha ziyade ret yönünde çıktığını gözlemliyoruz. Şimdi bu bir tarafa neticede karar ne çıkarsa çıksın, bu karar çıktıktan sonra özellikle istinaf söz konusu olduğunda, BİM'e kanun yolu aşamasında yürütmenin durdurulması talebinde bulunulmuşsa ve geçmişte de idare veya vergi mahkemesinin yürütmenin durdurulması kararı zaten BİM'e itirazın gitmişse, esas olarak bu kanun yolunda yaptığınız yürütmenin durdurulması başvurusunun çok da kabul görmediğini yine gözlemliyoruz. Bir kere zaten zamanında kendisine itiraz olarak gelip iradesini ortaya koyunca sonradan kanun yolu aşamasındaki yürütmenin durdurulması kararında da pek değişiklik olmuyor. O nedenle pekala bu tip durumlarda artık yürütmenin durdurulması talebinin söz konusu olamayacağına dair, aslında bu bakımdan makul bir talep olmayacağı yönünde bir tartışma açılabilir.

Bunun Anayasa'ya aykırılığın da söz edilebilir mi, edilemez aslına bakarsanız. Çünkü neticede ilk derece yargılamasında yürütmenin durdurulması müessesesinin kaldırılmasından bahsetmedim, kanun yolu aşamasında, istinafa tabi aşamalarda böyle bir gereklilik gereksizlik tartışması söz konusudur.

Bakın eski sistemde farklıydı; istinafın söz konusu olmadığı temyiz durumunun söz konusu olan hallerde, tekrardan yürütmenin durdurulmasını bu sefer kanun yolunda Danıştay'dan istemek daha ümitvar oluyor, orada buradan bir sonuç alınabileceğine ilişkin beklenti daha yoğun olabilir. Yeni getirilen sistemde yürütmenin durdurulması istemi aynı yere, aynı daireye yapılıyor ve bundan sonuç alabilmek pratik bakımından pek mümkün değil, bunu pekala söyleyebiliriz.

Öğrenci sorusu: Şimdi şöyle bir durum sıkıntı olmuyor mu hocam bizim talep ettiğimiz yürütmenin durdurulması idari bir işleme karşı yürütmenin durdurulması; oradaki mahkeme kararının yürütülmesinin durdurulması illa aynı şeyi sonuçlamaz ki?

Şimdi şöyle düşünün, zamanında idare mahkemesi, işlemin yürütülmesinin durdurulmasına karar vermiş. İdare gitmiş BİM'ne. BİM de demiş ki evet, idare mahkemesinin yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararı hukuka uygundur; açık hukuka aykırılık, telafisi güç ve imkansız

zarar vardır. (Şuna girmiyorum burada o açık hukuka aykırılıktan kasıt nedir konusuna, Aydın Hoca anlatmıştır, ihsas-ı rey olmaması gerektiği ne anlama geldiğini)

Farklılık var ama pratikte pek fark etmiyor açıkcası. İdare bakımından da düşündüğünüzde; BİM'den verilen yürütmenin durdurulması kararına yapılan itiraza ilişkin ret kararı çıktıktan sonra (ona istinaden bir tebliğ çıktıktan sonra) davanın iptal edilip yenilenmesi söz konusu olduğunda idare, mahkeme kararının yürütülmesinin durdurulmasını talep edecek. Aynı şey bu sefer onun bakımından da söz konusu. Genel olarak değiştirilme eğiliminde olmayacağını, pekala ihtimallere göre tahmin edebiliriz. Bir kere yürütmenin durdurulması talebine yönelik olarak ortaya koyduğu iradenin (itiraz olarak ilk derece yargılamasında) sonradan değişmesi pek kolay değil. Hani değişemez mi, tabiki değişebilir bunu yasaklayan bir şey yok. Değiştiğini zaman zaman gözlemliyoruz ama genel olarak baktığımızda arkasında duruyor kararının. Bunu olumlu diye söylemiyorum, arkasında durmak derken ısrar ediyor.

Öğrenci sorusu: O zaman böyle bir yolu kapattığımız zaman da mesela açık usule aykırılıktan dolayı bozulması gereken kararda yürütülmesini durduramayacağız. Bakıldığı zaman mahkeme reddediyor ama süre şartı geçmiş, bunun bozulması lazım ama ilerde mağdur olacak bu durumda.

*Hoca :*Evet bu durumlarda haklısın, mahkeme kararındaki usule, yargılama usulüne aykırı olarak yapılması durumunda bir tek istisna gündeme gelebilir ama işin esası bakımından hukuka aykırılığın ortaya çıkarılması bakımından yani yargılamanın hukuka uygunluğu değil, davaya konu işlemin hukuka uygunluğu bakımından bu söylediğim şey geçerli.

Kanun Yararına Temyiz

Şimdi içtihat birliği sorunu (kanun yararına temyize geçeceğiz- neticede o da esas olarak içtihat birliği sorununun giderilmesine yöneliktir) vardır. Şimdi bu yeni sistem gelince, hatırlarsanız size demiştik ki eskiden de aslında istinafa benzer bir düzen vardı, itiraz mekanizması vardı, ama orda itiraz, temyize göre istisnaiydi şimdi ise getirilen yeni istinaf sisteminde **kural istinaf, temyiz istisna** oldu. Çünkü ne demiştik kanun hangi uyuşmazlıkların temyize gidebileceğini sayıyor, onun haricindekiler ise istinafta kalıyor demiştik. Dolayısıyla biraz tersinden işlemesi söz konusu, böyle olunca da tabi içtihat birliği meselesi daha da endişe yaratan bir hale geliyor. Geçmişte de aslında içtihat birliğinin sorunu, içtihat birliğinin sağlanmaması endişeleri vardı. Bizim hocamız Lütfi Duran'ın zamanında öyle bir tespiti vardı: Ne kadar Danıştay dairesi varsa aslında o kadar Danıştay vardır diyordu, içtihat birliğine ilişkin olarak. Çünkü bir kere yargılama usulüne ilişkin değerlendirdiğimizde dairelerin hepsi aynı yargılama usulünü uyguluyor. Ne olabilir, yargılama usulü bakımından bir kere her daireden farklı kararlar çıkabilir. Neticede zaten hoca anlatmıştır, zaten içtihatların birleştirilmesi müessesesi de öyle sık başvuru, şartları her bakımından oluşan bir müessese olmadığı için sayısını fazla görmüyoruz. Bir kere usul kuralları bakımından farklı içtihatlar gündeme gelebiliyor, farklı Danıştay daireleri olduğu için. Hatta öyle bazı meseleler var ki esası bakımından da farklı daireler farklı kararlar verebiliyor. 6. Daire var, 14. Daire var ikisi de imar işlerine bakıyor, genellikle biraz farklılaşma söz konusu ama mesela imara ilişkin kazanılmış haklar konusunda ister istemez (iki daire de o konuya giriyorlar ve baktığınızda, belki imar hukukundan seçmeli ders almışsınızdır, bu tartışmaya şahit olmuşsunuzdur) iki dairenin birbirinin tamamen zıddı kararlar verdiğini görüyoruz. Kaldı ki ben hem Danıştay'ın dairelerinin hem de BİM ve idare mahkemelerinin zaman içinde farklılaşan kararlarına şahidim,

sizler de şahit olabiliyorsunuz. Üstelik bu karmaşanın olmasının sebebi Danıştay'da farklı heyetlerin farklı dairelerde görev alması, tek bir heyetin değil, birden fazla heyetin. Dolayısıyla heyete giren üyelere göre aynı daireden çok kısa bir süre içerisinde farklı kararlar çıkması söz konusu olması sebebiyle zaten içtihat ayrılığı ve bu noktadaki endişe ve sakıncalar gündemdeydi. Bunu artıran, depreştiren husus; genelde istinaf kural, temyiz istisna olunca çok sayıda BİM var, dolayısıyla BİM'in temyize tabi olmayan, istinafta kesin olarak verilen kararlar bakımından birbirinden hakikaten aykırı, dolayısıyla da çelişki teşkil eden içtihatlarının ortaya çıkması kaçınılmaz.

Daha bir şey yokken itirazda mesela bir tartışma söz konusuydu. Şimdi teknik olarak tam olarak meseleyi hatırlamıyorum ama şöyle bir durum söz konusuydu; geçici olarak görev yapan veya kesin ataması yapılmayan kamu görevlisi veya sözleşmeli olup da sonradan kadroya geçirilen kamu görevlileri bakımından gündeme geldi, harcırahlar bakımından, acaba verilecek mi verilmeyecek mi tartışması. Yeni görevlerine atanma noktasında, tabi bu farklı idare mahkemelerinin -biliyorsunuz İYUK 33. Maddesi- yetkiden kaynaklanan uyuşmazlıkları o dönemde itiraza tabiiydi, temyiz söz konusu değildi. Farklı BİM'den farklı kararlar çıktı, bazı BİM verilsin dedi bazı BİM de verilmesin dedi. Şimdi hukuk bu kadar farklılığı yeri geldiğinde kaldıramaz çözüm ne olabilir bunun çözümlerinden bir tanesi işte kanun yararına temyiz. 51. Madde daha önce de vardı şimdi yeni sisteme göre uyarlandı. Neymiş bakalım bu:

Kanun yararına temyiz:

Madde 51 – 1. (Değişik: 5/4/1990-3622/20 md.) İdare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinin kesin olarak verdiği kararlar ile istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlardan niteliği bakımından yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucu ifade edenler, ilgili bakanlıkların göstereceği lüzum üzerine veya kendiliğinden Başsavcı tarafından kanun yararına temyiz olunabilir.

Demek ki ilgili bakanlık başvuru yapabilir ya da kendiliğinden Danıştay başsavcısı tarafından kanun yoluna temyiz olunabilir. İlgili bakanlığın lüzumu üzerine derken bağlayıcı bir talep olmayacak bu, neticede başsavcılık bu lüzumun gerçekten var olup olmadığını takdir ve tespit edecek ve neticede eğer hukuka aykırı görürse ne yapacaktır, kanun yararına temyiz edecektir.

3. Bozma kararının bir örneği ilgili bakanlığa gönderilir ve Resmi Gazete'de yayımlanır.

İdareye dava açacaklar bakımından o kararın doğrusunun ne olduğu ortaya çıksın, o hukuka aykırılık giderilmiş olsun, hem de ilgili yargı yerleri de bu karardan daha önceden haberdar olabilsin diye resmi gazetede bozma kararı yayımlanacaktır.

2. (Değişik: 5/4/1990-3622/20 md.) Temyiz isteği yerinde görüldüğü takdirde karar, kanun yararına bozulur. Bu bozma kararı, daha önce kesinleşmiş olan merci kararının hukuki sonuçlarını kaldırır.

Şimdi burada tartışılacak husus(2.fıkra): temyiz isteği yerinde görüldüğü takdirde, bu kanun yararına bozma olsa da kesinleşmiş olan merci kararlarının, hukuki sonuçları bakımından kaldırılmamasıdır. Tabi bir bakış açısı da diyebilirsiniz ki artık mademki kesin hükmün etkisi söz konusu bu noktada kanun böyle söylüyor ama, açıkçası ben bunu pek anlayabilmiş değilim bilmiyorum yani siz ne düşünüyorsunuz. Pekala burada aslında maddenin getiriliş amacı

sebebiyle yasal düzenlemeye getirilmiş bir istisna olabilir dolayısıyla da davanın taraflarından bu kanun yararına bozma müessesinden yararlanması öngörülebilir. Açıkçası benim kanaatim etkilememenin değil etkilemenin olması yönünde ama şimdiki düzende sistem bu.

Öğrencinin görüşü üzerine: Bence bir farklı yaklaşım farklı bir düzenleme olabilir. Neticede de pekala kesin hükmün mutlak etkisine bir istisna getirilmesi kanun yoluyla mümkün olabilir.

Kanun yararına temyiz başvurusu, olağan kanun yolu başvurusunu incelemekle yetkili Danıştay dairesi tarafından karara bağlanır diyoruz. Dolayısıyla normalde kim görecekseniz temyiz başvurusunu o dairenin vermesi gerekir.

Şimdi size başka bir mekanizmadan daha söz edeceğim. Fakat ben çözebilmiş değilim, BİM 2576 sayılı Kanunun 3/c maddesi, orda bir hüküm var en azından biz işin içinden çıkamıyoruz tam olarak nasıl uygulanacağı noktasında, orda da şöyle diyor:

*c) Benzer olaylarda, bölge idare mahkemesi dairelerince verilen **kesin nitelikteki kararlar arasında** veya farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık bulunması hâlinde; resen veya ilgili bölge idare mahkemesi dairelerinin ya da istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların bu aykırılığın veya uyuşmazlığın giderilmesini gerekçeli olarak istemeleri üzerine, istemin uygun görülmesi hâlinde kendi görüşlerini de ekleyerek Danıştay Başkanlığına iletmek.*

Kim bu istemi uygun göreceksin, bölge idare mahkemesi başkanlar kurulu. Kimden isteyeceksin? Danıştay başkanlığından isteyeceksin. Uyuşmazlığın veya aykırılığın giderilmesini talep ettiklerinde nasıl olacak, ne anlama gelecek? Biraz önce size söylemiş olduğum kanun yararına temyizdeki gibi bir prosedür mü söz konusu ki? Öyleyse bunun açıklanması lazım. Dolayısıyla kanun maddesinde olduğu gibi burada mevcut davayı etkilemeyecek, ileriye etkili mi olacak bir anlamda yoksa mevcut davalara da mı etki edecek, maşallah hiçbir şey belli değil. Ve bir şey geçmiş akıllarından, bir şeyler yapalım demişler ama sonrasında bunun nasıl olacağını, bir usul sebebi kurabiliyorsunuz, usul düzenlenmek ister kanunda ve bu kadar imkan bırakılması doğru ve yerinde değil.

Aynı bölge idare mahkemesinden 2-3 ay içerisinde aynı konuda, aynı sebeplerle açılan davalarda vergi mahkemelerinden ve bölge idare mahkemesinden farklı kararlar çıktı. Şimdi bunların giderilmesi için ne yapılır dendiğinde kanun yararına temyiz haricinde dedik ki böyle bir şey var ama nasıl olacağına bize sormayın, yazın bakalım Danıştay'a biz de öğrenelim. Umarım içtihatlar çıkar en azından içtihadı olarak işin prosedürünün nasıl olması gerektiği nasıl bir sonuca varılacağı, verilecek bu yöndeki kararın ne olacağı noktasında kıyasen uygulanacak kanun yararına temyiz mi edilecek başka türlü bir prosedür mü takip edilecek onu öğrenebiliriz. Emin olun sağlıklı bir şekilde yorum yapabilmem mümkün değil. Uygulamacılara tavsiye ediyoruz bir kullanın bakalım ne olacak diye devamı seneye, sizden sonra geleceklere anlatabiliriz.

Olağanüstü Kanun Yolları

Peki gelelim olağanüstü kanun yollarına. Şimdi bir kere karar düzeltmenin kaldırıldığını belirterek başlayalım. Eskiden istinaf sistemi, daha doğrusu idari yargı usulü kanunda yakın zamanda yapılan değişikliklerden önce, karar düzeltme müessesesi vardı. Hatta değişikliklerden önce açılan davalarda bile hala, eski devam eden dava varsa bu davalar bakımından kanuni değişiklik kabul edebilemediği için tek tük karar düzeltmeye konu davalar bile hala görülüyor. Bundan sonra artık söz konusu değişikliklerden sonra açılan davalar bakımından mümkün olmayacak. Karar düzeltmenin %2 oranında fark ettiği belirtiliyor, dolayısıyla verilen bir karar kanun yolu başvurusuydu ve itirazsa BİM'den, temyizse ilgili Danıştay dairesinden veya kuruldan istenen husus kararın düzeltilmesidir ve bunun da toplamda %2'lik bir değişiklik sağladığı belirtiliyordu. Yani karar düzeltmesi istenen kararların yalnızca %2'sinin karar düzeltme çerçevesinde değiştiği belirtiliyor. Bu istatistiksel çalışmalar dikkate alınarak karar düzeltme müessesinin yargılamayı gereksiz bir biçimde uzattığı, büyük ölçüde işlevsiz olduğuna karar verilerek, böyle bir yol artık kanundan çıkarıldı, böyle bir kanun yolu mevcut değil.

Şu tartışılıyor; acaba tamam bu kanun yolu da olmasın ama hiç olmazsa istinafta, yani temyize tabi olmayan istinaf kararları bakımından acaba olsa mıydı veya her durumda olmasa bile ne diyorduk ilk derece yargılamasında ne var, konusu 5 bin lirayı aşmayan kararlar istinafa tabi olmaz, ilk derece mahkemesinde sonlanır. “Hiç olmazsa onlar bakımından kalsa ve yapılan hatanın yargı kararı kesinleşmeden fark edilebilmesini sağlasa” diye eleştiriler var.

En azından istinafa da tabi olmayan ilk derece yargılamasında sonuçlanan kararlar bakımından belki de yalnızca onlara özgü olarak, istisnai bir kanun yolunun düzenlenmesinde fayda olabilir. Yani kaldırılması da bir bütünüyle çok haklı bir eleştiri olmaz ama dediğim gibi özellikle de istinafa tabi olmayan kararlar bakımından sırf onlara özgü olarak muhafaza edilmesi daha doğru olabilirdi.

Hukuk Fakültesi

2. Ders

Olağanüstü Kanun Yolu Olarak Yargılamanın Yenilenmesi

Biliyorsunuz yargı yerine getirilen uyuşmazlıklar belirli usuli aşamalardan geçerek kesin hüküm halini alıyorlar. Kesin hüküm, hukuki durumlardaki bu belirsizliğe son vermek, istikrar ve güven bakımından önemli. Çünkü istikrar ve güven yalnız idari işlemler açısından değil, yargısal kararlar bakımından da geçerli olan bir ilkedir. Dolayısıyla yargı erklerinin sağlanması açısından da önemli araçlardan bir tanesidir kesin hüküm. Bu kapsamda da aslolan, özellikle maddi anlamdaki etkilerine bakacak olursak; taraflar arasındaki uyuşmazlıkta yargı kararları ile verilen gerçekliğin değişmez bir hukuki gerçeklik olarak kabul edilmesi, kesin hüküm haline gelmiş bir kararın değiştirilememesi olduğunu söylüyoruz ama yargılama yapıldıktan, hüküm kesinleştikten sonra öyle bazı sebepler ortaya çıkabilir ki; yargılamanın aslında hatalı yapıldığı sonucuna ulaşılabilir. Dolayısıyla yargılamanın sağlıklı olmadığı sonucu gündeme gelebilir. Bu gibi hallerde de kesin hükmün değişmezliği kuralına bağlı kalmak hukuk devleti ilkesine ve hakkaniyete aykırı olacaktır. O nedenle de işte istisnai birtakım hallerin ortaya çıkması halinde ve belirli kayıt ve şartları altında kanun koyucu İYUK m.53'te yargılamanın yenilenmesi müessesini diğer yargılama usullerinde olduğu gibi bizde de düzenlemiş, üstelik oraya atıf

yapmadan müstakilen İYUK'ta yer vermiştir. (Bundan sonra okuyarak gideceğiz benimle beraber takip etmeye bakın yoksa bitirebilmem mümkün olmayacak.) Şimdi bakın diyor ki:

Madde 53 –Danıştay ile bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinden verilen kararlar hakkında, aşağıda yazılı sebepler dolayısıyla yargılamanın yenilenmesi istenebilir.

Hangi sebepler tek tek gidelim,

a) *Zorlayıcı sebepler dolayısıyla veya lehine karar verilen tarafın eyleminden doğan bir sebeple elde edilemeyen bir belgenin kararın verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması,*

b) *Karara esas olarak alınan belgenin, sahteliğine hükmedilmiş veya sahte olduğu mahkeme veya resmi bir makam huzurunda ikrar olunmuş veya sahtelik hakkındaki hüküm karardan evvel verilmiş olup da, yargılamanın yenilenmesini isteyen kimsenin karar zamanında bundan haberi bulunmamış olması,*

Her zaman karardan sonra verilmiş olması da şart değil karardan evvel verilmiş olabilir ama bu durumda yargılamanın yenilenmesini isteyen kimsenin karar zamanında bundan haberi bulunmamış olması gerekir aksinin ispatlanamamış olması gerekir.

Üçüncü bir ihtimal:

c) *Karara esas olarak alınan bir ilam hükmünün, kesinleşen bir mahkeme kararıyla bozularak ortadan kalkması,*

Bir disiplin cezası söz konusu, fiilin sübut bulduğu gerekçesiyle kişiyi meslekten ihraç etmişler, aynı zamanda fiil suç (rüşvettir irtikapdır her neyse) teşkil ediyor ama ondan sonraki yargılamada ceza hukuku yargılamasında (ki ispat standardı daha yüksek olan bir yargılama, bakın delil yetersizliğinden beraatı de bir tarafa bırakıyoruz) fiilin işlenmediğine yönelik olarak bir beraat kararı verilmişse bu gibi durumda idari yargı merciince verilen meslekten ihracın hukuka uygun bulunduğuna ilişkin yargı kararının tekrar tartışılması ve yargılamanın yenilenmesi müessesesi de gündeme gelebilir. Bu da onun örneklerinden bir tanesi.

d) *Bilirkişinin kasıtlı gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu mahkeme kararıyla belirlenmesi,*

Olabilir, daha sonradan ortaya çıkabilir. Bu bilirkişi ne yapmış, o davada gerçeğe aykırı bir beyanda bulunmuştur ve bu durum mahkeme kararı ile sabitse yine yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak karşımıza çıkabilir.

e) *Lehine karar verilen tarafın, karara etkisi olan bir hile kullanmış olması,*

Bakın karara etkisi olan bir hile kullanmış olması, her hile halinden de bahsedebilmek mümkün değil burada önemli olan karara etkisi olmasıdır.

f) *Vekil veya kanuni temsilci olmayan kimseler ile davanın görülüp karara bağlanmış bulunması,*

g) Çekinmeye mecbur olan başkan, üye veya hakimin katılmasıyla karar verilmiş olması, h)¹ Tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir dava hakkında verilen karara aykırı yeni bir kararın verilmesine neden olabilecek kanuni bir dayanak yokken, aynı mahkeme yahut başka bir mahkeme tarafından önceki ilamın hükmüne aykırı bir karar verilmiş bulunması.

Aslında böyle bir karar verilmemesi için bir sürü müessese var öyle değil mi ama bir şekilde onlar devreye girememiş ve neticesinde tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir dava hakkında verilen karara aykırı yeni bir karar ortaya çıkmış. Üstelik verilmesine neden olabilecek kanuni bir dayanak yokken. Aynı mahkeme yahut başka bir mahkeme tarafından önceki ilamın hükmüne aykırı bir karar verilmiş bulunması durumunda bu da bir yargılamanın yenilenmesi sebebidir. Çünkü dediğim gibi hukuk düzeni bunu kaldıramaz. Tarafları, konusu ve sebebi aynı olan iki dava olacak ve birbirine aykırı ilamlar çıkacak. Giderilmesi lazım bu tenaküzün, tutarsızlığın.

i) Hükümün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması veya (kesinleşmiş bir karar söz konusu olmasa bile) hüküm aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru hakkında dostane çözüm (dostane çözüm nedir, anlaşılmaz.) ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi.

Aslında bu gibi durumlarda aslına bakacak olursanız zaten yargılamanın yenilenmesi çok gündeme gelmez ama bunu da güvence altına almış. İlla kesinleşmiş bir karar olmasa bile bu gibi durumlarda da yargılamanın yenilenmesi gündeme gelebilir ki sıklıkla gördüğümüz örneklerden bir tanesi yargılamanın yenilenmesi. Demek ki bakın bu sınırlı sebeplerle yargılamanın yenilenmesi gündeme gelebilir. Bunun haricinde başka bir sebeple yargılamanın yenilenmesi söz konusu olmaz. Bundan haricinde yargılamanın yenilenmesi sebebi yok.

2. Yargılamanın yenilenmesi istekleri esas kararı vermiş olan mahkemece karara bağlanır.

Şimdi baktığımızda bir kere şunu söyleyeyim yargılamanın yenilenmesi kimler tarafından talep edilebilir. Taraflar talep edebilir yani hukuki menfaati olanlar talep edebilir. Dolayısıyla tıpkı hani kanun yolunda söylemiş olduğumuz gibi taraflar haricinde yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunabilmek mümkün değil, davaya müdahil olanların kendi başlarına taraflardan ayrı olarak bağımsız olarak yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunmasından söz edemiyoruz.

Esas kararı vermiş olan mahkemece karara bağlanır. İdare veya vergi mahkemesi esas kararı verdi ne yapacağız oradan yargılamanın yenilenmesi isteyeceğiz. Kural olarak esasen kanun yolu kararını verdiğinden değil fakat şimdi bu özellikle yeni sistem gündeme geldiğinde sanki bir tartışma daha mevcut gibi duruyor. Şöyle düşünün şu ihtimalde idare mahkemesi veya vergi mahkemesi kararını verdi esasa ilişkin, gitti bölge idare mahkemesine, BİM kaldırdı kararı ve

¹ Hoca bu fıkraya dikkat edilmesi gerektiğini söyledi.

yeniden bir yargılama yaptı istinaf süreciyle. Sonra kesinleşti, yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden birisi var hangisine başvuralım? Bölge idare mahkemesine mi, neden?

Öğrenci: Çünkü yeni bir karar almış hocam.

Aksini savunan var mı, Mesela hani ne diyoruz geçen hafta anlattım sizlere tamam aynı şey değil ama hani demiştik ki göreve ilişkin, yetkiye ilişkin, ilk incelemeye ilişkin bir husus söz konusu olduğunda ne yapıyorduk, geri gönderiyorduk esastan incelemeye girmiyorduk. Ne diyorduk o zaman, esastan iradesi çıksın idare veya vergi mahkemesinin, ondan sonra buraya gelsin. Şimdi burada peki yargılamanın yenilenmesi diyorsa ve dolayısıyla da dava ilk açılırken idare mahkemesinde açılıyor ve orada bir esastan yargılama mutlaka yapılmasını istiyorsa, orda esasa ilişkin bir yargılama yapılmadan istinaf yolunda örneğin esastan bir yargılama yapılamayacağını söylüyorsa, peki neden idare veya vergi mahkemesinde yapılması söz konusu en azından saçma sapan bir soru olmaz.

Danıştay'ın bir kararı var tam da bu noktaya ilişkin değil ama benzer bir durumun söz konusu olduğu yeni yargılamada gündeme gelmiş. Şimdi birazdan anlatacağım size yeni yargılamayı. Orada da çünkü temyiz kanun yolu var ama oradaki temyiz, istinaf benzeri bir temyizdir. İvedi yargılama usulünde temyiz incelemesi yaparken Danıştay, tekrar yeniden bir yargılama yapma olanağına sahiptir (özel bir temyiz yolu esasında, büyük ölçüde istinafa benzer bir temyiz yolu). Yargılamanın yenilenmesi orada gündeme gelince, demiş ki Danıştay; ivedi yargılama durumu olan hallerde temyiz gündeme geldiğinde temyizde esasatan bir karar verilmişse idare veya vergi mahkemesine yargılamanın yenilenmesi talebiyle gidilmez. Dolayısıyla buradaki mantığı alıp size sormuş olduğum ihtimale yönelirseniz, Danıştay'ın bölge idare mahkemesinde yargılamanın yenilenmesi başvuru yapılması gerektiğine karar vermesinin olası olduğunu kabul edebiliriz ama yine de tartışması olan bir konu olduğunu da kabul etmek gerekir bence.

Yargılamanın yenilenmesi usulü

Madde 55 – 1. İsteğin ilişkin olduğu konu, diğer bir daire veya mahkemenin görevine girmiş ise karar bu daire veya mahkemece verilir.

Diyor ki bakın, yargılamanın yenilenmesi talebine yapılana kadar birtakım yasal düzenlemeler de değişiklik söz konusu oluyorsa ve dolayısıyla da ilgili konu diğer bir daire veya mahkemenin görevine girmişse karar bu daire veya mahkemece verilir. Yani esas kararı veren mahkemece yapılması gerekliliğini ortaya koyan kuralın istisnasıdır.

2. Karşı tarafın savunması alındıktan sonra istekler incelenir ve kanunda yazılı sebepler varsa davaya yeniden bakılarak karar verilir.

Demek ki yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunduktan sonra karşı tarafa tebligat yapılacak, buna ilişkin savunması alınacak, görüşleri alınacak ondan sonra da yargılamanın yenilenmesinin şartları bulunup bulunmadığına karar verilecek, yargılamanın yenilenmesi kanaatine varılırsa yargılama yenilenecek diyoruz.

3. Yargılamanın yenilenmesi istemleri, kanunda yazılı sebeplere dayanmıyor ise, istemin reddine karar verilir.

Buna karşı bir kanun yolu söz konusu olabilir mi, e tabi ki olabilir bunu kapatmayan bir hüküm olmadığına göre. Yargılanmanın yenilenmesi talebinin reddine ilişkin olarak, kanun yolu imkanı verecektir.

4. Yargılamanın yenilenmesi istemlerinde duruşma yapılması, görevli daire veya mahkemenin kararına bağlıdır.

Bakın genel kuralımıza yine bir istisna söz konusu ki zaten biz de burada düzenlenmesinden bunu çıkartabiliyoruz.

5. Bu madde ile 53 üncü madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla, yargılamanın yenilenmesinde bu Kanunun diğer hükümleri uygulanır.

İVEDİ YARGILAMA USULÜ

Bakın bunu en son anlattım yalnızca kanun yolunu ilgilendiren bir mekanizma, müessese değil. Neticede yargılamaya ilişkin farklı kurallar getiren ve hatta yargılama öncesine ilişkin de özel birtakım istisnai düzenlemeler getiren bir hüküm yani yalnızca yargılama usulüne değil, idari usule ilişkin dahi ayrı kuralları söz konusu. Bunlar üzerinde duracağız. Neticede idari yargılama usulü kanununda yer alan görece olarak yakın bir zamanda yapılan değişiklikler çerçevesinde getirilmiş. İstisnai bazı durumlarda uygulanabilen bir yargılama usulü. Genel yargılama usulü kurallarından farklı düzenlemelere yer verilen bir usul. Şimdi göreceksiniz kanun yolu bakımından da kendine özgü bir temyiz müessesesi söz konusu. İstinafa benzer, istinafi andıran bir temyiz müessesesi söz konusu. İlgili sürelerin farklılıklarından bilhassa bahsetmek durumundaysa, dava açma süresi idari yargılamadaki süreler bakımından farklıdır.

Madde gerekçesini okuyacağım yalnızca dinleyin. Diyor ki bakın, madde gerekçesini dinleyin aklınızda tutun ve ondan sonra bu maddeleri sizlerle beraber irdeleyelim dolayısıyla madde gerekçesi ile ne kadar uyumlu, ortaya konan amaç bakımından ne kadar samimi, bir yerde değerlendirelim. Diyor ki;

(6545 sayılı Kanun'un 18.maddesiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'na eklenen 20/A maddesinin gerekçesi şöyledir:)

“İdari yargıda davaların tümü aynı usul takip edilmek suretiyle sonuçlandırılmaktadır. Ancak idari davaların bazıları, niteliği itibarıyla diğerlerinden farklıdır. Bu tür davaların geciktirilmeksizin karara bağlanması gerekmektedir. Bu bakımdan, gecikerek karar verilmesinde hem idare (yine dikkat edin) hem de davacılar bakımından katlanılması zor ya da imkânsız sonuçlar doğuracak sınırlı sayıdaki dava türünün, diğerlerine göre daha ivedi bir şekilde sonuçlandırılması gerekmektedir.

Yalnız idare tarafından değil gerekçede diyor ki davacılar bakımından da önemli. Dolayısıyla neyi beklersiniz? Konu bakımından da yalnız idareyi, idare bakımından katlanılması güç sonuçlar doğuracak davaların değil, davacılar bakımından da uzaması, katlanılması güç olumsuz sonuçlar doğuracak davaların düzenlendiğini tahmin etmekte ilk başta.

Yargısal sürecin, süratle sonuçlandırılması özel önem taşıyan ihale, özelleştirme, acele kamulaştırma uyuşmazlıklarından kaynaklanan bazı davaların ivedilikle sonuçlandırılmaması

halinde, hukuki belirsizlik doğmasına neden olunmaktadır. Madde ile Avrupa örneklerinde olduğu gibi idari yargılamaya ivedi yargılama usulü kurumu kazandırılmaktadır.” denmiş 20/A da

Peki, m 20/B sınavlara ilişkin bir düzenleme. Bazı sınav türlerine yönelik ivedi yargılama usulü genel olarak m.20/A ya benzeyen yönleri var o yüzden bütünü bunların tekrar incelemeyeceğiz ama bilin ki özellikle süreler bakımından 20/A’dakinden de daha kısa süreler söz konusu Peki, 20/A ya dönelim şöyle başlıyor madde:

Madde 20/A – (Ek: 18.6.2014-6545/18 Md.)

1. İvedi yargılama usulü aşağıda sayılan işlemlerden doğan uyuşmazlıklar hakkında uygulanır: (bir kere sınırlı olarak madde biçiminde saymış)

a) İhaleden yasaklama kararları hariç ihale işlemleri.

Şimdi isterseniz bazılarında durarak gidelim. İhaleden yasaklama kararları hariç, ihale işlemleri demek ki ihale sürecindeki işlemler söz konusu olduğunda mesela ihale kararları, ihale ilanı bunlar bakımından ivedi yargılama usulü söz konusudur. Aşağıda belirtilen kurallara tabidir. İhaleden yasaklama kararları hariç demiş. İhaleden yasaklama kararları buna tabii değil. Sizce doğru ve yerinde mi? Hani biraz önce okuduğum gerekçe çerçevesinde. Hani diyor ya idare bakımından mesela bu davacı bakımından da pekâlâ katlanılması güç bir durum değil mi? İhaleden yasaklama kararı verdiniz. Özellikle yürütmenin durdurulması kararı verilmediği durumlarda bir yıl ihaleden yasaklama kararı düşünün, iki yıl ihaleden yasaklama kararı düşünün. Zaten iptal kararı aldığınızda o iptal kararının pek de anlamı kalamayacak. Niye? O sürede ihaleden yasaklanmış olacaksınız. Dolayısıyla eğer böyle bir düzenleme getiriyorsa hiç olmazsa beklentimiz ne olurdu? Yasaklama kararlarının da bu çerçevede değerlendirilebilmesi, bunların istisna olmaması hatta belki de ivedilik bakımından yasaklama kararı bazı ihale işlemlerinden daha da önem arz ediyor katlanılması güç, telafisi güç ve imkânsız zararların giderilmesi açısından.

b) Acele kamulaştırma işlemleri.

Bakın kamulaştırma işlemleri demiyor, acele kamulaştırma işlemleri. Niyet var, illa yanlış diye söylemiyorum ama sanki okuduğumuzda hangi davalar bunlar, daha doğrusu hangi kararlar bunlar? Yatırıma ilişkin kararlar bunlar; ihale, çek... Acele kamulaştırma işlemleri ivedi yargılamaya tabi, doğru, yerinde peki kamulaştırma bakımından gündeme gelemeyen miydi? Çünkü kamulaştırma bakımından da benzer problemler söz konusu olabilir. İkinci sınıfta hatırlarsanız anlatmıştım sizlere demiştim ki özellikle yürütmenin durdurulması kararı başta verilmezse sonrasında 2 yıl sonra 3 yıl sonra 4 yıl sonra her neyse verilecek bir iptal kararının bir anlamı kalmıyor. Neden? Otoyol kamulaştırması... Vızır vızır arabalar geçiyor. Dolayısıyla belki de bunun acele kamulaştırmaya özgü değil bütün kamulaştırma davalarında söz konusu olması gereken bir mesele olarak değerlendirmek mümkün.

İdare tarafından bakarsanız da durum böyle, çünkü neticede bu bir yatırımsa ve kamulaştırma davası bir tehdit oluşturuyorsa, ileride kamulaştırma davası sonucu verilen bir iptal kararı yatırımları aksatacaksa dolayısıyla da bir an önce bu işin incelenmesi isteniyorsa, dava tehdidi ortadan kaldırılmak isteniyorsa pekâlâ kamulaştırma işlemlerinde de bunun yerine getirilmesi doğru ve yerinde olabilirdi.

c) Özelleştirme Yüksek Kurulu kararları. (özelleştirme işlemleri.)

d) 12/3/1982 tarihli ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu uyarınca yapılan satış, tahsis ve kiralama işlemleri. (bakın dikkat ederseniz bunlar da yatırım)

e) 9/8/1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanunu uyarınca, idari yaptırım kararları hariç çevresel etki değerlendirmesi sonucu alınan kararlar

İdari yaptırım kararları da gündeme gelebilirdi. Diyelim ki kapatma kararı söz konusu ise zaten 6 ay sonra bile verseniz kararı bir anlamı kalmayabilir iptal kararının ama sınırlama böyle.

f) 16/5/2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun uyarınca alınan Cumhurbaşkanlığı kararları. (riskli alan kararları daha ziyade karşımıza çıkıyor demek ki bu ivedi yargılama usulüne tabii)

Pekâlâ, bunun yanında yani uygulamayı biliyoruz. Bir takım yatırıma ilişkin işlemler üzerindeki dava tehdidinin ortadan kaldırılması yani iptal edilecekse edilsin, edilmeyecekse yatırım daha fazla beklemesin fakat bunun yanında özellikle temel hak ve hürriyetlere ilişkin bazı işlemler bakımından ilgilileri de düşünerek güvenceler getirilebilir. Sınır dışı işlemlerinin söz konusu olduğu durumlarda hatta belki disiplin cezalarında, meslekten ihraç kararlarında bile bu tip örnekler pekâlâ verilebilir ve böylelikle katlanılması güç zararlar olabilir.

Disiplin cezaları... Her türlü disiplin cezası demiyorum ama illa olacak diye de söylemiyorum fakat bildiğiniz mesele; veriyoruz şimdi kopya çektiğinden dolayı disiplin cezası, okuldan uzaklaştırma söz konusu. Sağ olsun idare mahkemeleri de acıma kriterini de devreye sokarak maşallah genelde yürütmenin durdurulması kararını başta veriyorlar. Sonra geliyor öğrenci (eğer hukuka aykırı vermişsek, yürütmenin durdurulması kararı oh olsun bize ama şöyle oluyor:) normal şartlarda girememesi gereken sınava giriyor, ne yapıyor? Fakülteyi bitiriyor. Ondan sonra idare mahkemesi çattırtı diye evet disiplin cezası hukuka uygunmuş şeklinde karar veriyor. O zaman ne oluyor? Dosyada kalıyor disiplin cezası ama atı alan Üsküdar'ı geçiyor. Şimdi bu gibi durumlar bakımından da belki de benzer formüller düşünülmesi gerekir illa bakın davacı tarafında olduğundan da değil daha geniş bir perspektifte ele alınması bence çok daha doğru ve yerinde olabilirdi.

Peki, her neyse neymiş şimdi ivedi yargılama usulünün özelliği:

Dava açma süresi otuz gündür. (aşağıda sınavlara ilişkin bir şeyler var yargılama var, ivedi yargılama var oraya da bir bakalım tekrar döneceğim.)

Merkezî ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulü:

Madde 20/B – (Ek: 10/9/2014-6552/96 md.)

1. Millî Eğitim Bakanlığı ile Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılan merkezî ve ortak sınavlar, bu sınavlara ilişkin iş ve işlemler ile sınav sonuçları hakkında açılan davalar için yargılama usulü (her türlü sınav değil dikkat edeceksiniz)

Bu da yeni ve de ona ilişkin bir maddedir. Niye ayrı düzenlenmiş? Çünkü bizzat süreler farklı, daha doğrusu farklılıklar var ama birçok yönden de birbirine benziyor

Peki, m.20/A ya dönelim. *Dava açma süresi 30 gündür.* Dolayısıyla dikkat edin hani biz ne diyoruz idari yargılama usulü kanunu çerçevesinde bir genel dava açma süreleri var. Bir de bu hüküm yokken eskiden diyorduk ki özel kanunlarda özel dava açma süreleri vardır. Şimdi bu

hüküm gelince bizzat idari yargılama usulü kanununda düzenlenen genel dava açma sürelerine istisna teşkil eden özel dava açma süreleri düzenleniyor (30 gün). Yani başka kanunlarda değil ilk önce burada düzenlenmiş (sınavlar bakımından bu süre 10 gün).

Şimdi bir soru; mesela sınav işlemi var, dava açılacak şöyle bir olay meydana gelmiş; Sınava girmiş ilgili (Milli Eğitim Bakanlığı'nın veya ÖSYM'nin yaptığı bir sınav), sonra da sınav soruları hatalı olması sebebiyle sınav işlemine karşı dava açacak. 10 gün değil de (kanunda 10 gün yazıyor) genel hükümleri değerlendirmiş 40. Gün dava açmış reddedilir mi sizce? Veya burada işlemler var mesela hepsi de bireysel işlemler değil bizzat bildirim yapılan işlemler değil sevk kararları var burada değil mi? Bakanlar Kurulunun acele kararları var Resmi Gazete'de yayınlanıyor bizzat bildirimde bulunuluyor... Bu tip işlemler bakımından örnekte ki davayı 40. günde açsanız bir problem olur mu? Biz nasıl anlatmıştık normalde? Basite indirgeyelim. İvedi yargılama usulü söz konusu olmasa, bildirim söz konusu olsa ve bildirimde de ne demiştik? Anayasa 40/2'de ne var? Özel dava açma süresi gösterilmezse genel olarak ne anlama geliyordu? Genel dava açma süresi içinde açılırsa kabul olur. Genelde çünkü yerleşik içtihat var hatta bir tane içtihat var bilmiyorum hoca onu gösterdi mi dava açma süresi başlamaz diyor. (ama tek bir tane devamı gelmedi)

Şimdi bu durumlarda bunların hepsi bildirim tabii işlemler değildir. Ne olacak? Danıştay'ın sınava ilişkin kararında şöyle diyor; hiç olmazsa sınav konusunda, sonradan yapılacak olan sınava dava açılacaksa dava açma süresinin 10 gün olduğunu ilgili kanun hükmü çerçevesinde belirtmen gerekir, eğer belirtmemişsen ilgili genel dava açma süresinde dava açmışsa ivedi yargılama usulüne tabi olsa bile ben bunu kabul etmem, daha doğrusu süre şartı yoktur demem diyor. Bu çerçevede de ister istemez böyle bir yükümlülük gündeme gelecek. Madem özel dava açma süresi var, her ne kadar kanunda bizzat düzenlenmiş olsa bile, bu gibi işlemlerde ilgililerin önceden uyarılması gerekir. (özel dava açma süresi belirtilmelidir)

c) *Bu Kanunun 11 inci maddesi hükümleri uygulanmaz.*

Bu da enteresan bir düzenleme, tartışılabilir bir düzenleme '11 inci maddesi hükümleri uygulanmaz.' ne demek bu? Neydi 11. madde? Üst makamlara başvuru, ihtiyari itiraz prosedürü. Buna da olmaz diyor. Dolayısıyla bir işlem tesis ediliyorsa buradaki işlemlerden bir tanesi ise artık hiç itiraz yoluna başvurmadan davayı burada verilen 30 günlük süre içinde açmak zorundasın. Eğer itiraza götürürsen ve ondan sonra idarenin cevabını beklersen ve dolayısıyla bu 30 gün geçerse -ki birçok halde geçer- benim önüme gelirse diyor ki reddedilir. Çünkü m.11 kapsamındaki başvuru, ivedi yargılamada dava açma süresini durdurmaz.

Öğrenci sorusu: Bu madde AY 125/4 ile çelişmiyor mu? Sonuçta idare yeni bir işlem tesis ediyor ben itiraz ettiğim zaman ve kural olarak da idarenin bütün işlemleri de yargısal denetime tabiidir.

Hocamız: İYUK m.11 çerçevesinde dava açtığınız işlem, hangi işlem? Ret işlemimi, yoksa yapılan işlem mi itiraza konu olan?

Öğrenci: Ret işlemi.

Hocamız: Değil, yanlış. İtiraza konu işlem yani esas işlemdir. Dolayısıyla burada da o mantık çerçevesinde demek ki şey değil...

Bakın hem ivedi yargılama diyoruz hem de gerekçede yargılamanın süratlendirilmesine ilişkin olarak bu hükümlerin getirildiği söyleniyor ama bir taraftanda yargılama öncesindeki zaman dilimine yönelik bir usul hükmü getirmiş. Aslında bu ivedi yargılama ile getirilmiş olan idari usul düzenlemesidir, tıpkı 11. madde nasıl idari bir usulse bu da bir istisnasıdır. Evet, bu da tartışılabilir dolayısıyla mademki derdiniz buradaki tehdidin, işlemin iptal tehdidinin ortadan kaldırılması ise aslında bir fayda maliyet analizi yapıldığında pekâlâ İdari Yargılama Usulü Kanunu 11. madde çerçevesindesi belki idari yargı yoluna gitmeden idare hatasının farkına varacak ve yahut da belki ilgili kendisine verilecek daha tafsilatlı bir cevapta zaten yargı yoluna gitmeme noktasında ikna edilebilir. O bakımdan da bunun bir adım geriye getirmek ne kadar doğru o da tartışmaya ve eleştiriye açık bir husus.

Şöyle çok netleştirmek lazım (en azından kendi kanaatim bu) buradaki dert, buradaki sıkıntı biz bir ihale yaptığımızda veya bir kamulaştırma işlemi yaptığımızda dava tehdidi bir an önce kalksın. Yani uyuşmazlığın giderilmesi meselesinde öncesi de bizi ilgilendirmiyor esas olarak bu işlem yargısal anlamda bir an önce kesinleşsin arayışı söz konusu.

d) Yedi gün içinde ilk inceleme yapılır ve dava dilekçesi ile ekleri tebliğe çıkarılır.

Bakın oldukça kısa süreler çok detaya girmeyeceğim. Anayasa Mahkemesinin önüne gitti bu hüküm ve Anayasa Mahkemesi 11. Maddenin hükümleri uygulanmaz şeklindeki hükme de diğer dava şeylerini de süreler bakımından da herhangi bir aykırılık görmedi. Buradaki sürelerin kısalığını ölçülülüğe aykırılık olarak görmüyor. Dolayısıyla mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılması daha doğrusu ihlali neticesi doğan bir hüküm olarak görmedi bunu söyleyelim sürelerde bir sıkıntı yok dedi Anayasa Mahkemesi. (olabilir çünkü istisnai bir takım durumlarda geçerli olan düzenlemelerdir.)

7 gün içinde inceleme yapmadı bu durum kararın verilemeyeceği anlamına gelmiyor. Süreyle ilişkin böyle düzenleyici bir hüküm olarak görülüyor ve dolayısıyla da bir bozma sebebi olarak da gündeme gelmeyecek. Aslında mahkemenin yargılamasının ölçülmesine yarayan bir hüküm olarak kalıyor.

Peki devam,

e) Savunma süresi dava dilekçesinin tebliğinden itibaren on beş gün olup, (normalde kaç gün olur hatırlayın, otuzdu değil mi) bu süre bir defaya mahsus olmak üzere en fazla on beş gün uzatılabilir. Savunmanın verilmesi veya savunma verme süresinin geçmesiyle dosya tekemmül etmiş sayılır.

Bakın burada da bir problem var. Türk idari yargısı daha doğrusu Türkiye'deki idari usulün eksikliği sebebiyle biliyorsunuz bizim birçok kararımız, maalesef idarenin birçok kararı gerekçeli değil. İşlemin gerekçeli olmaması başlı başına ne değil? Bir iptal sebebi değil meğerki kanunda açıkça zorunluluk düzenlemiş olsun. Şimdi dolayısıyla birçok işlem var ki ben dava açarken aslında idarenin o işlemi tesis ederken dayanak aldığı sebepleri, esas olarak da gerekçelerini bilmiyorum. Tahminler doğrultusunda bazen açıyorum ve idarenin gerekçelerinin ne olduğunu gerçekte ne zaman öğreniyorum? Savunma yaptığı zaman (replik-düplik aşamasında), idarenin savunmasının geldiği noktada. Dolayısıyla asıl olarak ben savunma hakkımı birçok dava bakımından nerede kullanıyorum? İdarenin cevabı geldikten sonra kullanabiliyorum. Şimdi siz burayı kapattığınız zaman da sağlıklı bir yargılama olduğundan söz

edebilmek pek mümkün değil. Bu durumda ancak kanun yolu aşamasında, temyiz aşamasında siz idarenin vermiş olduğu cevaplara cevap verebileceksiniz.

Pratik bakımından bakın şunu söyleyeyim hani resen inceleme yetkisi var ya her şeye rağmen ben olsam bir dilekçe veririm. Normal şartlarda da dikkate alınması zorunluluğu söz konusu değil ama neticede orada dile getirdiğim hususlar resen inceleme yetkisi çerçevesinde pekâlâ, mahkemece ben dile getirmesem de takip edilmesi gerektiğinden mahkeme aslında benim söylediklerime itibar etmiyormuş gibi görünürken kendisi bunların farkına varmışçasına yine sorgulayabilir. Her durumda böyle olmuyor maalesef o bakımdan da sakınca yaratabilecek bir hüküm olarak karşımıza çıkıyor. Şayet Türkiye’de genel bir idari usul kanunu olsaydı yani hiç olmazsa idari işlemlerin gerekçeli olarak getirilmesi zorunluluğu getirilmiş olsaydı bu handikaptan bahsetmeyebilirdik, en azından bu kadar sakınca yaratmasından söz etmeyebilirdik ama yokluğunda birçok kararda daha ziyade gerekçeli verilmediği örneklerin fazla olduğu yerlerde, ivedi yargılamaya tabi olan davalarda ciddi sakınca yaratıyor davacılar bakımından

f) Yürütmenin durdurulması talebine ilişkin olarak verilecek kararlara itiraz edilemez.

Bakın yürütmenin durdurulması kararı verilemez değil, yürütmenin durdurulması talebine yönelik bir karar verilince bunlara itiraz edilemez. İdare de itiraz edemez eğer yürütmenin durdurulması kararı verilmişse, eğer reddedilmişse davacı da itiraz edemez şeklinde bir hüküm var. Bence burada yerindelik bakımından dahi amacına yöneldiğiniz zaman düzenlemenin pek bir problem yok. Bu bakımdan da Anayasaya aykırı olması eleştiri konusu olmadığını biliyoruz.

Devam,

f) Bu davalar dosyanın tekemmülünden itibaren en geç bir ay içinde karara bağlanır. (bu da aynı şekilde düzenleyici bir hüküm, hak düşürücü düzenlemeler değil) Ara kararı verilmesi, keşif, bilirkişi incelemesi ya da duruşma yapılması gibi işlemler ivedilikle sonuçlandırılır.

g) Verilen nihai kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir. (Normalde neydi süre temyiz için ve istinaf için otuz gündü ama bunlar bakımından 15 gün)

h) Temyiz dilekçeleri üç gün içinde incelenir ve tebliğe çıkarılır. Bu Kanunun 48 inci maddesinin bu maddeye aykırı olmayan hükümleri kıyasen uygulanır.

i) Temyiz dilekçelerine cevap verme süresi on beş gündür.

Burada da yine kısaltılmış olduğunu görüyoruz. Temyiz yoluyla Danıştay’a, (bakın bir kere istinaf yok burada) İdare ve Vergi Mahkemelerinin veya Bölge İdare Mahkemesinin vermiş olduğu kararlarda ivedi yargılamaya tabii olanlar herhangi bir ayırım yapılmaksızın temyize tabiidir.

i) Danıştay evrak üzerinde yaptığı inceleme sonunda, (bakın neye benziyor? İstinafa benzediğini göreceksiniz) maddi vakıalar hakkında edinilen bilgiyi yeterli görürse veya temyiz sadece hukuki noktalara ilişkin ise yahut temyiz olunan karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise işin esası hakkında karar verir. Aksi hâlde gerekli inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak esas hakkında yeniden karar verir. Ancak, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan temyizi haklı bulduğu hâllerde kararı bozmakla birlikte dosyayı geri gönderir. Temyiz üzerine verilen kararlar kesindir.

Demek ki ilk inceleme neticesinde, örneğin süreler verilmişse, menfaatler verilmişse ve bu hukuka aykırı bulunmuşsa esas hakkında bir karar verilmesi için ne olacak? Geri gönderecek, oradan bir karar çıkacak tekrar önüne gelecek.

j) Temyiz istemi en geç iki ay içinde karara bağlanır. Karar en geç bir ay içinde tebliğe çıkarılır.

(İnşallah böyle olur bu şekilde getirilmiş temenni edinilen düzenlemeler. Açıkçası Danıştay hakikaten hızlı kararlar vermeye çalışıyor.)

Merkezî ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulü (Madde 20/B)

Birtakım farklılıklar var. Dava açma süresi 10 gün, savunma süresi 3 gün. Çok kısa, son derece kısa hakikaten ölçülülük tartışması yapılabilir. Dolayısıyla bakın bir sınav yapıldı birlikte hesaplayalım dava açma süresi kaç gün 10 gün onun için bu kısa zamanda hukuka aykırılık gerekçeleri gündeme getireceksiniz. İdare bakımından da savunma süresi 3 gün içerisinde bunlara cevap vereceksiniz. Kolay değil idarenin de işi zor. Benzer hükümler burada da var bir de daha önce söylediğim bir hüküm söz konusu;

(m 20/B f.2) Millî Eğitim Bakanlığı ile Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılan merkezî ve ortak sınavlar, bu sınavlara ilişkin iş ve işlemler ile sınav sonuçları hakkında açılan davalarda verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararları, söz konusu sınava katılan kişilerin lehine sonuç doğuracak şekilde uygulanır.

İdari yargıca verilen kararlar bakımından bu kararların üçüncü kişiler üzerindeki olumsuz etkileri giderilmesine yönelik bir karar oldu. Aslında size söylemiştim buna ilişkin özel bir düzenleme var diye. Karşımıza çıktı...

Haftaya dilekçe yazacağız. Dilekçe yazarken arada zaman bulursak idari yargıda alternatif uyuşmazlık çözüm yolları anlatılacak, yetişmezse kitaplarınızdan çalışmanızı tavsiye ediyorum.

NOT: 10 Nisan 2019 tarihli derse misafir konuşmacı olarak emekli Danıştay üyesi katılmış ve idari yargılama hukuku uygulamasına yönelik tecrübelerinden bahsetmiştir.

17.04.2019

1. DERS¹

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
İDARİ YARGILAMA HUKUKU DERSİ FİNAL SINAVI
(İkinci Öğretim Öğrencileri İçin)

01.06.2018

Sınav süresi 2 saattir. Yalnızca mevzuat kullanılabilir. Sınav “*Dilekçe Yazım Sorusu, Doğru Yanlış Bölümü ve Karar İnceleme*” den oluşmaktadır. Sadece dilekçe sorusu için yarım tabaka ek kağıt alınabilir. Başarılar dileriz.

I. DİLEKÇE YAZIMI SORUSU (40 puan)

Not: Dilekçe sorusunu size verilen yarım tabaka kağıda yanıtlayınız.

Polis memuru olabilmek için 22.8.2017 tarihinde yapılan yazılı sınavda başarılı olan Ahmet Kaya’nın, Polis Akademisi Başkanlığı’na bağlı İzmir Rüştü Ünsal Polis Meslek Yüksekokuluna geçici kaydı yapılmış, sağlık raporu almak üzere İzmir Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesi’ne sevk edilmiştir. Yapılan muayene sonucunda Ahmet Kaya’nın lazer operasyonu geçirdiği anlaşılmıştır. Hastanece düzenlenen raporun İçişleri Bakanlığı Sağlık İşleri Daire Başkanlığı Sağlık Komisyonunca incelenmesi sonucu, İçişleri Bakanlığınca çıkarılan Emniyet Teşkilatı Sağlık Şartları Yönetmeliği’nde yer alan hüküm nedeniyle "Polis Meslek Yüksek Okulu Öğrencisi Olamaz" kararı verilmiştir. Bu karara istinaden Polis Akademisi Başkanlığı’nın 9.11.2017 gün ve 4816 sayılı işlemi ile Ahmet Kaya’nın okuldan ilişkisi kesilmiştir.

POLİS MESLEK YÜKSEKOKULLARI GİRİŞ YÖNETMELİĞİ

Adaylarda aranılacak nitelikler

MADDE 8 – (1) Yüksekokullara başvuru yapacak adaylarda aşağıdaki şartlar aranır.

...

f) Sağlık yönünden, Sağlık Yönetmeliğinde aranan sağlık şartlarına uygun olmak

Geçici kayıt

MADDE 17 – (1) Yüksekokullara, kesin başarı listesine göre planlanmış asıl adayların geçici kayıtları yapılır. Geçici kayıtları yapılan adayların sağlık kurulu raporları incelenmek üzere Sağlık İşleri Dairesi Başkanlığına gönderilir. İlgili daire başkanlığı Sağlık Yönetmeliğine göre yüksekokul öğrencisi olup olamayacağına ilişkin karar verir ve bu kararı, gereği yapılmak üzere Başkanlığa bildirir.

(2) Sağlık İşleri Dairesi Başkanlığınca "YÜKSEKOKUL ÖĞRENCİSİ OLAMAZ" kararı verilen adayların ilişkileri, Başkanlık onayı ile kesilir ve Yüksekokullara gereği yapılmak üzere bildirilir.

EMNİYET TEŞKİLATI SAĞLIK ŞARTLARI YÖNETMELİĞİ

Öğrenci adaylarının giriş raporlarının ve diğer belgelerinin sağlık komisyonunca incelenmesi

¹ Derste geçen senenin ikinci öğretim final sınavı sorularından dilekçe yazma kısmı çözülmüştür.

MADDE 10 – (1) Polis meslek yüksek okuluna alınacak öğrenci adaylarında, Ek-3'de belirtilen Hastalık Branşlarının Sınıflandırılmasındaki A dilimi sağlık şartları aranır.

(2) Hastanelerce verilen sağlık kurulu raporlarının incelenmesinden; teşhis, bulgular ve verilen kararın yönetmelik hükümlerine uygun olması halinde "öğrenci olur" ya da "öğrenci olamaz" şeklinde kesin karar verilir"

Ek-3

IV- Göz Hastalıkları

A-3 - Göz ve göz ekleri tam ve sağlam olacaktır. Göze ait hiçbir operasyon ve lazer müdahalesi geçirmemiş olacaktır.

SORU: Yukarıdaki olayı ve mevzuatı okuduktan sonra, görme yeteneğinin tam ve normal olduğunu düşünen Ahmet Kaya'nın tüm haklarını koruyacak şekilde bir dava dilekçesi örneği hazırlayınız.

Dikkat edin, bir yönetmelikten bahsediyoruz. Bir de burada bir şey tespitine ilişkin bir işlem söz konusu. Bir daha okurken davaya konu olabilecek işlemleri hatırdta tutmakta veya tahmin yürütmekte fayda var.

İlgili mevzuat var. Bu mevzuat bize yardımcı olacak. Dava dilekçesindeki hukuki iddialarımızı dile getirirken kullanacağımız bir malzeme. İlla burada öyle olur diye söylemiyorum ama, hatta yeri geldiğinde yargılama usulüne ilişkin kuralları tespit bakımından da önem taşıyabilecek birtakım düzenlemeler olabilir. Mesela burada yok ama, süreye ilişkin bir hüküm olabilir. Özel bir görev düzenlemesi söz konusudur belki. Hatta yetki bile bazen özel olarak düzenlenebiliyor. Dolayısıyla da yasal mevzuat, hem dilekçenin içeriğinde sizden beklediğimiz o hukuka aykırılık, veya bir tam yargı davası olaksa tazminatı gerektiren nedenleri açıklamak için bize yardımcı olacak. Hem de bizatihi yargılama usulüne yönelik kuralları tespit ederken ve dolayısıyla dilekçenin idari yargılama usulüne ilişkin kısımlarını belirlerken yardım edecek. Şimdi bu çerçevede yönetmelikte şöyle diyor:

MADDE 8 – (1) *Yüksekokullara başvuru yapacak adaylarda aşağıdaki şartlar aranır.*

...

f) Sağlık yönünden, Sağlık Yönetmeliğinde aranan sağlık şartlarına uygun olmak

Demek ki sağlık şartlarını düzenleyen yönetmelik söz konusu. Burada da getirilen birtakım şartlar var ve başvuru yapacak olanların bu şartlara uygun bir durumda olması gerekir.

Hatırlarsınız yukarıda kaydının geçici olarak yapıldığını söylemiştik. Onun dayanağı da olayda verilen 17. Madde.

MADDE 17 – (1) *Yüksekokullara, kesin başarı listesine göre planlanmış asıl adayların geçici kayıtları yapılır. Geçici kayıtları yapılan adayların sağlık kurulu raporları incelenmek üzere Sağlık İşleri Dairesi Başkanlığına gönderilir...*

Demek ki önce geçici kayıt yapılacak ondan sonra sağlık kurumları değerlendirecek. Dolayısıyla da şartları haiz olup olmadıklarını bilahare denetlenmek durumunda.

...İlgili daire başkanlığı Sağlık Yönetmeliğine göre yüksekokul öğrencisi olup olamayacağına ilişkin karar verir ve bu kararı, gereği yapılmak üzere Başkanlığa bildirir.

(2) Sağlık İşleri Dairesi Başkanlığınca "YÜKSEKOKUL ÖĞRENCİSİ OLAMAZ" kararı verilen adayların ilişkileri, **Başkanlık onayı ile** kesilir ve Yüksekokullara gereği yapılmak üzere bildirilir.

Emniyet teşkilatı sağlık şartları yönetmeliğine de bakalım. Yukarıda gönderme yapılan yönetmelik.

Öğrenci adaylarının giriş pasaportlarının ve diğer belgelerinin sağlık komisyonunca incelenmesi

MADDE 10 – (1) Polis meslek yüksek okuhuna alınacak öğrenci adaylarında, Ek-3'de belirtilen Hastalık Branşlarının Sınıflandırılmasındaki A dilimi sağlık şartları aranır.

Demek ki yönetmeliğin ekinde birtakım sağlık şartları var. Burada da bu öğrenciler bakımından A dilimi sağlık şartlarının aranacağı düzenlenmiş. Sizler biliyorsunuz ki yönetmelik ekleri de yönetmelik hükmünde, yönetmeliğe dahil düzenlemelerdir.

(2) Hastanelerce verilen sağlık kurulu raporlarının incelenmesinden; teşhis, bulgular ve verilen kararın yönetmelik hükümlerine uygun olması halinde "öğrenci olur" ya da "öğrenci olamaz" şeklinde kesin karar verilir"

Ek-3

IV- Göz Hastalıkları

A-3 - Göz ve göz ekleri tam ve sağlam olacaktır. Göze ait hiçbir operasyon ve lazer müdahalesi geçirmemiş olacaktır.

Buradan anlıyoruz ki sınavda başarılı olsa bile bir lazer operasyonu geçirmek dahi, öğrencilerin kaydına engel bir hüküm olarak karşımıza çıkıyor.

Soruda da Ahmet Kaya'nın vekili olarak dilekçe hazırlamanızı istiyoruz. Genelde avukatla temsile ilişkin kuralları da bilmenizi istediğimiz için kendi ağzınızdan değil de kendiniz bir avukatmışçasına nasıl bir dilekçe yazacaksınız aynısını görmek isteriz.

Bu gibi sorularda sizlerle tartışıp da dilekçeyi tasarlamadan önce şunu söyleyeyim: Bize yazacağınız dilekçede, buradan mezun olduğunuzda, diyelim ki bir hukuk bürosunda staj yaparken nasıl bir dilekçe yazılması gerekiyorsa onu görmek isteriz. Dolayısıyla mesela bir yerlere "idare mahkemesi başkanlığına", "vergi mahkemesi başkanlığına", "tebellüğü tarihi" gibi şeyler koyacaksınız. Bunları açıklamanızı istemiyoruz. Bunu, bu kuralı gözeterek böyle yazdım gibi açıklamalar istemiyoruz. Normal şartlarda şu an avukat olsanız müvekkilinizin haklarını korumak adına bir dava açarken nasıl bir dilekçe verecekseniz aynısını hazırlamanızı talep ediyoruz. Yoksa yazdıklarınızdan oklar çıkararak açıklama yapmayın. Bu yakın zamanın provası.

Şimdi gelin birlikte değerlendirelim. Nasıl bir dava açalım? Nerede açalım? Hangi yargı düzeninde açalım? Neleri talep edelim? Davaya konu ne olabilir? İptal davası mı tam yargı davası mı buna karar verelim. İptal davası ise nelerin iptalini isteyelim; bir işlem mi, iki işlem mi? Dolayısıyla bu çerçevede görev kurallarını belirlerken nelere dikkat edelim? Taleplerimiz ne yönde olsun, iptal davası söz konusuysa ayrı tam yargı davası söz konusuysa ayrı. Tam yargı davasında maddi, manevi tazminat. Dilekçemizi nasıl oluşturalım? Bunlara bakacağız. Bunlara bakarken de sizden o dilekçede, neticede idare hukuku bilgisini kullanacağınız kısmı da var.

Hukuka aykırılık gerekçeleri olacak veya bir tam yargı davası söz konusuysa tam yargı davasının dayanakları olacak. Hep söylüyoruz, uygulamada tazminat davası olarak nitelendirildiği için maddi veya manevi tazminatı gerektiren sebepler olacak. Onları da bize kısaca çok uzatmadan yazmalısınız. Çünkü farkındayız ders idari yargılama usulü dersi. Asıl o bilgileri istiyoruz ama neticede de 2. sınıftan bu yana olan bilgilerinizi de kısaca tekrarlamanızı ve bunları da buraya yansıtmanızı istiyoruz. Ama tekrar ediyorum, hukuka aykırılık gerekçelerini yazarken yanlış şeyler de yazmamanızı temenni ederiz. Çam devirmediğiniz müddetçe de o konuda çok büyük beklentiler içinde olmayız. Basitçe, ama olaydaki hukuka aykırılığı veya tazminatı gerektiren durumu açıklayacak kadar, efradını câmi ağyarını mani bir şekilde bir bölüm de olacak. Bunu özel olarak sizlere idari yargılama usulü dersinde etraflıca tekrar etmedik ama 2. sınıftaki bilgilerinizle bunu yapabilecek durumda olmalısınız. Esas olarak da sizi bu yönde çok uğraştırmamak bakımından, idari yargılama usulü dersi sınavı yaptığımızın bilinciyle genelde daha basit olaylar veriyoruz. Basitçe hukuka aykırılık gerekçelerini veya tazminatı gerektiren dayanaklarını yazabilmenizi sağlayacak şekilde olaylar soruyoruz.

Önce birlikte herhangi bir şey yazmadan genel bir tasarım yapalım. Zihninizde yazacağımız dilekçeyi şekillendirelim. Ondan sonra da tartışıp sonuca verdiğimiz hususları dilekçeye yansıtalım.

Ne davası açacağız, ne dersiniz? İptal davası. Bazen öyle bir soru gelebilir ki açıkça yazmasak bile zaten iptal davası açmaktan başka bir yol olmaz. Tam yargı davası açılmasının şartları oluşmayabilir. Kimi zaman da her ikisi birden sorulabilir. Dolayısıyla öyle bir durumda özellikle iptal davası diye vurgulamamışsak bilin ki şartları söz konusuysa tam yargı davası da açmanızı bekleriz. O nedenle de soru kısmında herhangi bir vurgu yapıp yapmadığımıza dikkat edin lütfen. Bazen öyle bir durum olur ki eylemden kaynaklanan bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda iptal davası açmak mümkün olmaz. Bu durumda da geriye tam yargı davası açmaktan başka bir seçenek kalmaz. Bütün bunları da o olayın niteliğine göre değerlendirmek durumundasınız.

Şimdi bu iptal davasında sonuç alma adına, herhangi bir şekilde boşlukta bir şey bırakmamak adına neyin iptalini isteyelim? Buna göre de davamızı nerede açacağımıza karar verelim. Hangi işlemlere karşı dava açacağınızı belirlerken aynı zamanda bu belirlemeniz sizi görevli mahkemeye de götürecektir. Hangi işlemlere dava açılacağının tespiti önemli ama aynı zamanda bu tespitimiz idari yargılama usulündeki birtakım kuralları belirlemek bakımından bize başka bir kulvar da açacak. Görevli mahkeme de bu suretle belirlenmiş olacak. Özel görev mi, genel görev mi? Danıştay olabilir, vergi mahkemesi olabilir. Bölge idare mahkemesi olmaz, ilk derece yargılaması veya idare mahkemesi olabilir. Bunu işlemin niteliğinden çıkarabiliriz. Belki de az önce söylediğim gibi, olayda size verdiğimiz yasal düzenlemelerde özel bir görev veya yetki kuralı vardır. Bunu da atlamamak gerekir. Dolayısıyla yasal düzenlemeyi de özel bir dikkatle okumak icap eder.

Hangi işlemlere karşı dava açacağız?

Öğrenci: İlişgi kesme işlemine hocam.

İlk olarak, ilişgi kesme işlemine karşı dava açacağız. İptalini isteyeceksek bu ilişgi kesme işleminin hukuka aykırılığını savunacağız demektir. Ne diyebiliriz? Bazen öyle durumlar var ki yargılama usulüne ilişkin konulardan önce (görev, yetki vs.) uyuşmazlığın esasına gidip

gelmek gerekir ki ilişiği kesme işlemiyle sınırlı mı değil mi onu tespit edelim. İlişiği kesme işleminin hukuka aykırılığını dile getirip iptalini isteyeceğiz. Ne diyebiliriz?

Öğrenci: İlişiği kesme işlemi, “öğrenci olamaz kararı”nın üzerine yapılan bir işlem. Dolayısıyla biraz daha içine girip o öğrenci olamaz kararının üzerine gitmemiz gerekiyor, onun iptalini istememiz gerekiyor.

Öğrenci olamayacağı için ilişiği kesilmiş. Aslında o öğrenci olamaz kararının devamında nihai bir sonuç ortaya çıkmış. İptal davasına konu edilebilecek kesin ve yürütülebilir bir işlem o anlamda İYUK m.14 uyarınca iptal davasına konu edilebilecek işlem, ilişiği kesme işlemi. Niçin hukuka aykırıdır? Ahmet Kaya neden öğrenci olamıyor?

Öğrenci: Bence yönetmeliğe de dava açılması gerekiyor. Çünkü işlem yönetmeliğe uygun.

Evet işlem yönetmeliğe uygun. Eğer işlem yönetmeliğe aykırı olsaydı, o zaman yalnızca ilişiği kesme işleminin iptali talebiyle yürümek doğru ve yerinde olacaktır. Diyecektik ki işlem şu şu sebeplerle yönetmeliğe aykırıdır, sebep unsurunu tartışacaktık. Ama burada öyle bir durum var ki idare yönetmeliğin gereğini yapmış. Dolayısıyla yönetmelik ile olan uyumunu değerlendirdiğiniz zaman orada başka bir şey daha yapmanız gerekli. 2. sınıfta da örnekler veriyorduk, imar planı, kamulaştırma işlemi gibi. Sonuçta burada yönetmeliği de tartışmak gerekecek. Yönetmeliğin de ilgili hükmünün hukuka aykırılığını ileri sürebiliriz.

Olayda hangi hükmün hukuka aykırılığı ileri sürülebilir? Ek-3, A-3. Orada diyor ki, “Göz ve göz ekleri tam ve sağlam olacaktır. Göze ait hiçbir operasyon ve lazer müdahalesi geçirmemiş olacaktır.” Asıl problem nerede?

Öğrenci: Günümüzde lazer operasyonu geçirmiş insanlar da tam ve sağlıklı bir şekilde görebiliyorlar. Hatta bir iz kalmayacak şekilde atlatabiliyorlar.

Doğru. Neticede lazer operasyonu geçirmiş olmak gözün tam ve sağlıklı olmadığı anlamına gelmez. Öğrenciye ve sonrasında o öğrenmeye istinaden yapılacak kamu görevine engel değildir gibi bir şeyler söylememiz gerekecek.

Dava konusu yapabilecek başka bir işlem de yok. İki tane işleme yönelik dava açmamız gerekir. Aslında kural, her bir işleme karşı ayrı ayrı dava açılması. Ayrı ayrı açılmaya kalksak ilişiği kesme işlemine karşı idare mahkemesinde dava açabiliriz. Doğrudan yönetmeliğe karşı ise Danıştay’da dava açabiliriz. Çünkü bu yönetmelik ülke çapında uygulanır. Danıştay Kanunu 24. maddesini hatırlayın. Yönetmeliklere yönelik açılacak davalarda şu ayrımı yapmak durumundayız: ülke çapında uygulanan- uygulanmayan yönetmelikler.

İstanbul Üniversitesi’nin yönetmeliğine karşı nerede dava açabiliriz? Danıştay’da mı İstanbul idare mahkemesinde mi? Ülke çapında uygulanan bir yönetmelik olup olmadığı biraz tartışmalı ama Danıştay içtihatlarından biliyoruz ki İstanbul idare mahkemesinde açılır. Ama olayda ülke çapında uygulanan bir yönetmelik olduğundan kuşku yok. Buna karşı da Danıştay Kanunu’nun 24. Maddesi uyarınca Danıştay’da dava açmak gerekir.

Peki bu işlemlere yönelik olarak tek bir dilekçeyle dava açabilir miyiz? Açılabilir. İYUK’un 5. maddesi buna imkan veriyordu.

Aynı dilekçe ile dava açılacak haller:

Madde 5 – (Değişik: 10/6/1994-4001/3 Md.) 1. Her idari işlem aleyhine ayrı ayrı dava açılır. Ancak, aralarında maddi veya hukuki yönden bağıllık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı bir dilekçe ile de dava açılabilir.

2. Birden fazla şahsın müşterek dilekçe ile dava açabilmesi için davacıların hak veya menfaatlerinde iştirak bulunması ve davaya yol açan maddi olay veya hukuki sebeplerin aynı olması gerekir.

Dolayısıyla maddi veya hukuki yönden bağıllık ya da sebep sonuç ilişkisi, üçünden biri var mı yok mu? Olaydaki işlemler arasında sebep sonuç ilişkisi bulunduğundan şüphe yok. O halde bu iki işleme karşı tek bir dilekçeyle dava açılabilir.

Şayet ülke çapında uygulanan bir yönetmelik olmasaydı idare mahkemesinde açacaktık. Bu durumda bizi tedirgin edecek bir husus olmazdı. Ama burada bir şüphe doğabilir. Şu açıdan: Normal şartlarda görev konusunu incelediğimizde yönetmeliğin iptaline ilişkin talep Danıştay’a yapılmalı. Ama birel işlem söz konusu olduğunda (yine normal şartlarda, birleşme olmadan düşündüğümüzde) idare mahkemesine dava açılır. Hatta ayrı ayrı da açabilirsiniz fakat çok rasyonel bir tercih olmaz. İşi uzatabilir, hatta yeri geldiğinde sonuç alabilmeniz güçleşir. Ama olması gereken bir tanesini Danıştay’da bir tanesini de idare mahkemesinde açmaktır. Çünkü birel işlem bakımından aslında görev kuralları çerçevesinde görevli olan mahkeme, idare mahkemesi. Buradaki mesele, normalde idare mahkemesinin görevine giren uyuşmazlığa konu işlemin Danıştay’da iptali istenebilir mi istenemez mi? Bu gibi durumlar bakımından görev kamu düzenindendir diyoruz. Dolayısıyla da neticede öncelikle bu kural geçerli olması lazım. Dolayısıyla İYUK veya özel bir yasal düzenleme uyarınca görevli olan mahkeme hangisiyse ona gitmek gerekir. Şayet İYUK 5. maddesine ilişkin kurallar gündeme geliyorsa bu görev kuralını aklımızdan çıkarmıyoruz. Ama bu durum bakımından içtihatlarla ortaya konmuş bir istisna olduğu yönünde kabul söz konusu.

Bu da aslında biraz kolay değil. 7. Madde dayanılarak deniyor ki bu gibi hallerde hepsine birden dava açmak ibaresinden aslında bizatihi idari yargılama usulü kanununda sözünü ettiğimiz görev bakımından istisna getirilmektedir ve her iki işlemde birlikte dava konusu edildiğinde normalde idare mahkemesinin görev alanına giren işlerde diğeri bunun peşine takılarak Danıştay’da çözülmesidir. Dolayısıyla Danıştay hem düzenleyici işlem hem de buna dayalı olarak tesis edilen bireysel işlemin hukuka uygun olup olmadığını denetler ve bu çerçevede bu da artık kanuni hakim ilkesine yönelik aykırı bir durum söz konusu değildir. Çünkü kanunun ilgili hükmünden bu sonuç çıkarabilecek Danıştay içtihatları var hala devam eder. O yüzden dikkate almak lazım. Ayrı ayrı açmamıza gerek olmadığını akılda tutmak doğru olur.

Peki, yönetmelik, bireysel işlem, birel işlem, ilişik kesme işlemini dava ediyoruz. Danıştay’da dava ediyoruz.

Neler talep edelim?

1) Bu işlemlerin iptali. Dava dilekçesinin konu kısmında bir yerde şu ifade olacak bu işlemlerin iptali olacak. Başka?

Öğrenci cevabı: burada bir zarar olmadığı için iptal davası dediğimiz herhangi bir maddi açıdan tazmin...

Evet olabilir. birel işlem den kaynaklı manevi zarara dayalı tam yargı davasını da ekleyebilirdik. Çünkü İYUK 2. Maddeyi hatırlayın. Ne diyordu? İşlemden kaynaklanan bir zarar söz konusuysa işlemle beraber açabiliriz veyahutta iptal davasının neticelenmesine binaen ilk derece yargılamasında veya kanun yoluna eğer gidilmişse kanun yolu aşamasında bir karar

verildikten sonra söz konusu kararın tebliğinden itibaren süresi içinde yani sonradan da tam yargı davası açılması gündeme gelebilir ama burada iptal davası ile zaten biz kendi kendimizi sınırladık. İptal davasında başka ne gibi talepte bulunabilir?

Öğrenci cevabı: yönetmeliğin iptalini ya da bir maddesinin iptalini isteyebiliriz.

Tamam istiyoruz. Bireysel işlem ve yönetmeliği o sözünü ettiğimiz EK-3'teki EK-3 EK-4 A-3 hükmünün iptalini isteyeceğiz. Başka?

Öğrenci cevabı: işleme dayalı olarak yapılan diğer kararın kaldırılması. İlişik kesme kararın iptalini. Biz iptalini istedik tamam başka şeyler.

Öğrenci cevabı: yürütmenin durdurulması.

Yürütmenin durdurulmasını isteyebiliriz tabi. Telaflısı güç ve imkansız bir zarar olacağı kanaatindeyse pekala yürütmenin durdurulması talebinde bulunuruz. Başka?

Yürütmenin durdurulması talebinde bulunurken de hatırda tutacağız 27. Maddede ne deniyordu? Açık hukuka aykırılık ve telaflısı güç imkansız zarar. İkisi birlikte gerçekleşecek. Neticede bir kısmında da iki şartından gerçekleştiğini ortaya koymak durumundayız zaten dilekçeyi yazarken hukuka aykırılık nedenlerini gösterirken bu açık hukuka aykırılığa değinmiş olacağız. Dolayısıyla oraya gönderme yaparız. Bunun yanında o yürütmenin durdurulması talebini dile getireceğimiz kısımda aynı zamanda bir de niçin telaflısı güç imkansız zararlar var, işlemin yürütülmesi durdurulmadığı durumda niçin telaflısı güç imkansız zararlar meydana gelebilir bunu da açıklamak lazım. İkna etmemiz doğru ve yerinde olur. En azından kabul ettirmeye yönelik birtakım açıklamalar gerekebilir. Kimi hallerde bazen bunu yapmıyorlar. Yapmamış olmak bir dilekçe eksikliği değil ama yapmak hakimnin düşünemeyeceği birtakım telaflısı güç imkansız zararları gündeme getirmek ve mümkün mertebe bu kararları almaya çalışmak gerekir daha dilekçe aşamasında, dilekçeyi yazarken.

Şimdi bir de bazı davalarda başka sebeplerimiz de var. Konu kısmında anladık ne diyeceğiz? Kabataslak ilgili işlemin ve buna dayanak olan şu şu yönetmelik hükmünün öncelikle ve ivedilikle yürütmesinin durdurulması ve sonrasında iptali talebinden ibarettir. Aynı şekilde aşağıda da netice ve talep kısmında -burası önemli. Dikkat etmek lazım yoksa dilekçe için ret kararı çıkabilir anlaşılabilirlik olursa, tenaküz olursa- konu kısmında dile getirdiğimiz dilekçenin konusunu oluşturan talepleri de netice ve talep kısmında aynen ister istemez tekrarlamak durumundayız. Uygulama öyle gidiyor çünkü. Orada da diyeceğiz ki önce yürütülmesinin durdurulması, sonrasında iptali. Başka ne gibi talepler söz konusu olabilir?

Duruşma talep edebiliriz. Duruşma talep edince duruşma yapılmak zorunda mı? Hemen arkasından bir soru: Duruşma talep etmesek de mahkeme duruşma koyabilir mi? Bakalım hemen 17. maddeye:

Duruşma:

Madde 17 – 1. (Değişik: 5/4/1990-3622/7 md.) Danıştay ile idare ve vergi mahkemele-rinde açılan iptal ve yirmibeşbin Türk Lirasını aşan tam yargı davaları ile tarh edilen vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları toplamı yirmibeşbin Türk Lirasını aşan vergi davalarında, taraf-lardan birinin isteği üzerine duruşma yapılır.

2. Temyiz ve istinaflarda duruşma yapılması tarafların istemine ve Danıştay veya ilgili bölge idare mahkemesi kararına bağlıdır.

3. Duruşma talebi, dava dilekçesi ile cevap ve savunmalarda yapılabilir.

4. **(Değişik: 5/4/1990-3622/7 md.)** 1 ve 2 nci fıkralarda yer alan kayıtlara bağlı olmaksızın Danıştay, mahkeme ve hakim kendiliğinden duruşma yapılmasına karar verebilir.

5. Duruşma davetiyeleri duruşma gününden en az otuz gün önce taraflara gönderilir.

Başka ne isteyebiliriz? Cevap süresinin kısaltılması. Nereden hatırlıyoruz bunu? Yürütmenin durdurulması talebi söz konusu ise cevap süresinin kısaltılması talebinde bulunmamız mümkün.

Bir de ne isteyelim, tebliğin memur eliyle yapılmasını isteyelim.

Tebellüğ tarihi olarak ne gösterelim? Şimdi dikkat edeceksiniz. Eğer olayda bir tarih vermişsek o tarihi dikkate alarak (ne gibi bir tarih olabilir: Yönetmelikse ilan tarihi olabilir. Yalnızca yönetmeliğe dava açılacaksa. Ama birel işlemse birel işlemin sürenin kaçıp kaçmadığını değerlendirebilmek için, bireysel işlemin tebliği söz konusu olacak. Biz muhatap değilsek işlem bize tebliğ edilmek durumunda değilse, bu sefer ıttıla tarihi, öğrenme tarihinin esas alınması lazım) Ona göre oraya tebliğ tarihi ya da bizim daha çok tercih ettiğimiz doğru olduğunu düşündüğümüz tebellüğ tarihi diye bir tarih koymak durumundasınız. Ona dikkat edeceksiniz. Bazen yani özel süreler var 30 gün hatta daha kısa süreler var 7 gün. Onu bilmek durumundasınız. Aman ne olur buralarda bir hata yapmayın. 30 günlük bir dava açma süresi varken mesela kamulaştırma kararı 35.günün tarihini koyuyor. Biz de o zaman oradan o puanı kırıyoruz. Bize bir tarih bulacaksınız ki davanın süresinde açılıp açılmadığına yönelik olarak ilgili değerlendirmeyi yapmış olduğunuzu görelim.

Öğrenci sorusu: idarenin yaptığı işlemin etkisi uygulanmakla tükenen bir işlem olarak kabul etme imkanımız var mı?

Şimdi böyle bir iddiada teorik olarak bulunabilirsiniz. Bu uygulanmakla etkisi tükenen bir işlemdir dolayısıyla idarede savunması alınmadı.. Hatta bu bir yıkım işlemi olsaydı tipik örneklerinden kapatma kararı olsaydı, dolayısıyla bu gibi işlemlerin uygulanmakla etkisi tükenecek işlemlerden olduğuna hiç şüphe yok. O zaman belki -sağ üst köşeye yazıyoruz ya bunları yürütmenin durdurulması talebi vardırın yanına- idarenin savunması alınmadan yürütmenin durdurulması taleplidir diye bir hatırlatma yapmak ve arkasından aşağıda o yürütmenin durdurulması talebinin gerekçeleri kısımda da bunu özellikle vurgulamak, deyim yerindeyse mahkemenin gözüne sokmak, son derece faydalı ve isabetli olur. Burada da dilerseniz böyle bir iddia da bulunun ama bu gibi davalarda uygulanmakla etkisi tükenen bir işlem olarak kabul etmesi çok zor. Siz ne kadar dile getirirseniz getirin kabul görme ihtimali ne yazık ki pek yok.

Böyle yıkım kapatma gibi şeylerde veya bir sit alanında diyelim ki bir yol çalışması var, dolayısıyla artık bir kere doğal bitki örtüsünün zedelendiğinde tekrar yerine getirme olmadığı durumlarda o zaman savunma almadan mahkemeler de veriyor gerçekten. Ama bu gibi davalarda özellikle kolay değil.

Peki tebellüğ dedik. Bir soru soralım. Madem ki bir vekil aracılığıyla açacağız davamızı Davacının adresini mi gösterelim, vekilin adresini mi gösterelim? Her ikisini birden mi gösterelim? Davacının adresini göstermezsek ne olur? Vekille temsil söz konusu ise tebligat kime yapılacak? Vekile yapılacak o zaman vekilin adresini göstereceğiz. Davacının adresini göstermeye gerek yok eğer vekil varsa. Ama gösterirsek de herhangi bir sakıncası söz konusu değil.

Davacıya ilişkin bir şey önemli çünkü 3. maddede bunun yazılması söyleniyor. Neyi yazacağız davacının T.C. kimlik numarasını eklemek zorundayız.

Peki kim olsun davacı, Ahmet bey. Vekili Merve Pehlivan. Merve Pehlivan'ın adresini yazacağız. Ahmet beyin T.C. kimlik nosunu yazacağız.

Peki davalıya ne yazacağız? Nasıl göstereceğiz? Bu daha risk taşımayan bir şey çünkü sizler biliyorsunuz ki siz hasım göstermeseniz bile veya hasımı yanlış gösterseniz bile mahkeme ne yapacak? Dilekçe ret kararı bile veremeyecek, dilekçeleri doğru hasıma gönderecek. O nedenle

çok strese girmeye gerek yok ama sınav bakımından orayı doğru tespit etmenizi ister, oraya da biraz puan ayırırız.

Kimi hasım gösterelim neye göre yapacağız?

Öğrenci cevabı: bakanlığa karşı

Yönetmeliği kim yapmış? Bakanlık. Bakanlıkların da bu gibi şeylerde hasım konumuna getirilebilmesinde kuşku yok. Bir kere bakanlığı hasım göstereceğiz. Peki bireysel işlemi kim tesis etmiş? Bireysel işlem bakımından kime açalım? O da mı bakan?

Öğrenci cevabı: Polis Akademisi Başkanlığı'nı da gösterebiliriz burada.

Nasıl bir kriter uyguluyoruz? Mesela Hukuk fakültesi dekanlığı hasım gösterilebilir mi?

Öğrenci cevabı: şöyle bir durum vardı hocam, özellikle tam yargı davalarında tazmin durumu söz konusu olduğunda, tüzel kişilik ararken; idari işlemde iptal davalarında herhangi bir tazmin söz konusu olamayacağı için, tüzel kişilikten ziyade işlemin yaptığı makam da davacı olarak gösterilebilir.

Hukuk fakültesi dekanlığı işlemi yapmış, davalı dekan mı?

Öğrenci: işlem olarak idari işlem olarak gösterilebilir. Tam yargı davasında olmaz çünkü maddi olarak bir tüzel kişilik olmadığı için olmaz.

İptal davası için birtakım kriterler söz konusu. Dolayısıyla hukuk müşavirliği olan idareleri değerlendirmek lazım. Hatta bir şey daha söyleyeyim size, tam yargı davaları bakımından bir durum söz konusu. Nihayetinde zaten onlar karar verecekler ama 659 sayılı KHK söz konusu. O KHK'da işte dava takip yetkisine, dava taraf sıfatını haiz olacak ilgili idareler, idareler derken kamu tüzel kişiliği değil, belirlenmiş neye göre belirlenmiş. Orada hükmü göreceksiniz. Merkezi idare bakımından. 5018 sayılı kanuna yapılan birtakım atıflar var. Dolayısıyla da merkezi idare biliyorsunuz ki tek bir tüzel kişiliği var. Ama bunun içinde yer alan birimlerden hangilerine yönelteceğimizi bilebilmek bakımından 659 sayılı KHK bize yardımcı oluyor. Çünkü KHK atıf yaptığı bir hüküm var. *Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri Ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname*. Dolayısıyla KHK kapsamında giren bir birimden söz edeceksek o zaman bakacağız 5018 sayılı kanunun ilgili kısmına. Orada görüyorsanız o idareyi yapıştırabilmemiz mümkün.

Polis Akademisi Başkanlığının tüzel kişiliği yok olsaydı zaten bu tartışmayı size hiç yaptırmayacaktık. Tüzel kişilik olduğu için neticede Polis Akademisi Başkanlığını söyleyecektik, ama baktığımızda olmadığı için Emniyet Genel Müdürlüğü içerisinde yer aldığından EGM'yi hasım olarak gösterebilir miyiz?

Bunlar² bakımından demek ki zaten ne olacak? Hukuk müşavirliğinin olması gerekli. Dolayısıyla bu çerçevede pekala EGM'yi hasım konumuna alabiliriz. Aslında EGM İçişleri Bakanlığı içerisinde ama kendi hukuk müşaviri olduğu için olacak.

Davalı İçişleri Bakanlığı yönetmelik bakımından, EGM bireysel işlem bakımından diyoruz. Hukuk fakülteleri bakımından esas olarak rektörlük yazmalıyız. Aklımızda olsun. Çünkü bizim dekanlığımızın hukuk müşavirliği yok. Rektörlük makamının var o nedenle de hasım olarak rektörlüğü gösteriyoruz.

² Yazar Notu: Hoca burada 5018 sayılı kanunda sayılan *Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri* başlığı altında Emniyet Genel Müdürlüğü'nün de yer aldığını gösteriyor.

Yürütmenin durdurulması taleplidir.

Davalı idarenin cevap süresinin kısaltılması taleplidir.

Memur eliyle tebligat taleplidir.

Duruşma taleplidir.

DANIŞTAY BAŞKANLIĞINA

DAVACI: Ahmet KAYA (156454654165)

VEKİLİ: Merve PEHLİVAN
İz Plaza Kat: 5 No: 27 Ayazağa Maslak-İstanbul

DAVALI: 1) İçişleri Bakanlığı
2) Emniyet Genel Müdürlüğü

KONU: Polis Akademisi Başkanlığının müvekkilimin Polis Meslek Yüksekokulundan ilişkisinin kesilmesine ilişkin 09.11.2017 gün 4816 sayılı işlemi ile bu işlemin dayanağını oluşturan Emniyet Teşkilatı Sağlık Şartları Yönetmeliğinin Ek-3/IV-A-3 hükmünün öncelikle ve ivedilikle yürütülmesinin durdurulması ve sonrasında iptali talebinden ibarettir.⁴

TEBELLÜĞ TARİHİ: Dava konusu Yönetmeliğe dayalı olarak tesis edilen ilişik kesme işlemi müvekkilimize 12.11.2017 tarihinde tebliğ edilmiş olup, işbu dava açılmaktadır.

³ Yazar Notu: Bu derste dilekçe yazılmıştır. Dilekçenin genel formunu bozmamak amacıyla, hocanın dilekçe ile ilgili gerekli açıklamaları dipnotlara eklenmiştir.

⁴ Öğrenci sorusu üzerine; her ikisinin de istemekte fayda var. Her ikisinin de işlemi ayrı olduğu için her ikisinin de yürütmesinin durdurulmasını talep etmekte fayda var. (Hem dava konusu işlemin hem de ilgili yönetmeliğin)

AÇIKLAMALAR: ⁵

- 1) Polis memuru olmak isteyen müvekkilim Ahmet Kaya'nın, 22.08.2017 tarihinde yapılan yazılı sınavda başarılı olması üzerine İzmir Rüştü Ünsal Polis Meslek Yüksekokulu'na geçici kaydı yapılmıştır.
- 2) Sağlık raporu almak üzere hastaneye sevk edilen müvekkilimin muayene sonucunda lazer operasyonu geçirdiği anlaşılmış olup, Hastane tarafından düzenlenen raporun İçişleri Bakanlığı Sağlık İşleri Daire Başkanlığı Sağlık Komisyonunca incelenmesi sonucu, İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılan Emniyet Teşkilatı Sağlık Şartları Yönetmeliği'nin EK-3/IV-A-3 hükmünde yer alan "Göz ve göz ekleri tam ve sağlam olacaktır. Göze ait hiçbir operasyon ve lazer müdahalesi geçirmemiş olacaktır." Düzenlemesine istinaden müvekkilim hakkında "Polis Meslek Yüksek Okulu Öğrencisi Olamaz" raporu düzenlenmiştir.
- 3) Sağlık Komisyonunun bu raporuna istinaden Emniyet Genel Müdürlüğü Polis Akademisi Başkanlığı'nın 9.11.2017 gün ve 4816 sayılı işlemi ile müvekkilimin okuldan ilişkisi kesilmiş ve bu işlem aynı tarihte müvekkilime tebliğ edilmiştir.
- 4) Geline aşamada hukuka açıkça aykırı olan Yönetmelik hükmü ve ona dayalı olarak tesis edilen ilişik kesme işleminin iptalini talep etme zorunluluğu hasıl olmuştur.⁶

HUKUKA AYKIRILIK GEREKÇELERİ⁷

1 – Yönetmelik Hükmünün Hukuka Aykırılık Gerekçeleri

Davalı İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılmış olan Emniyet Teşkilatı Sağlık Şartları Yönetmeliği'nin 10. Maddesinin atıf yaptığı EK 3'teki A-3 hükmü, sebep ve konu unsurları açısından sakattır. Çünkü:

Polis meslek yüksekokulu polis memuru yetiştirmek üzere açılmış bir eğitim kurumudur. Bu kuruma alınacak öğrenci adaylarında polislik mesleğinin gerektirdiği şartların aranacağı tabiidir. Bu kapsamda polis memuru olacak kişinin tam görme yetisine sahip olması önem arz edebilir. Ne var ki dava konusu yönetmelik hükümleri gözdeki görme bozukluklarının tedavi yöntemlerinden biri olan lazer tedavisini de polis okulunda öğrenci olmaya ve sonrasında da polisliğe engel olarak nitelendirmiştir. Eğitim ve kamu hizmetine girme hakkının sınırlandırılması Anayasal ilkelere uygun olarak yapılmak zorundadır. Eğitim ve kamu hizmetine girme hakkı ancak Anayasa'ya uygun biçimde sınırlandırılabilir. Bununla birlikte

⁵ Şimdi bakın bu açıklamalar kısmında olayda genelde basit olduğu için kısaca bu uyumsuzluk nasıl ortaya çıktı ve gelişimi nedir onu gündeme getirelim. Yani bu uyumsuzluk nasıl ortaya çıkmış, nedir bu işlemin özü, hangi işlemler tesis edilmiş onları yazalım.

⁶ Şimdi bu noktada olayı da anlattık. Ne fazla ne eksik. Olay bakımından belirtmelerimizi şişirmemek lazım. Dolayısıyla aynı şeyleri hem olaylar hem açıklamalar bakımından tekrar tekrar anlatmamak lazım.

⁷ Şimdi burada madem ki bu hukuka aykırılık gerekçelerini ele alırken iki işlemin ayrı ayrı iptalini talep ediyoruz ve dolayısıyla madem ki asıl sorunu yönetmelikte bulduk, yönetmeliğin hukuka aykırılığını öncelikle dile getirmek daha yerinde olur.

dava konusu Yönetmelik ile getirilen sınırlama sebebi hizmet gerekleri ve ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Müvekkilim lazer operasyonu geçirmiş olmakla birlikte, operasyon sonrası muayene raporlarında görüleceği üzere artık herhangi bir görme bozukluğu söz konusu değildir. Bu hal karşısında, Yönetmelikçe halen lazer operasyonu geçirmeme şartı aranmasının meşru bir sebebi yoktur. Dolayısıyla dava konusu yönetmelik hükümleri anayasal ilkelere aykırılık teşkil etmektedir.

2- İlişik Kesmeye Yönelik İşlemin Hukuka Aykırılık Gerekçeleri

Davalı Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından, yapılan muayene sonucunda göz rahatsızlığı dolayısıyla lazer operasyonu geçirildiğinin anlaşılmasına istinaden müvekkilimin Polis Meslek Yüksekokulundan ilişkisinin kesilmesine dair işlem hukuka aykırıdır.

Bu işlem, yukarıda hukuka aykırılığını arz ve izah ettiğimiz Yönetmelik hükümlerine dayanılarak tesis edilmiştir. Ancak bu işlemin dayanağı olan Yönetmelik hükmü hukuka aykırı olduğundan ve müvekkilimin halihazırda polislik yapmaya engel bir göz rahatsızlığı bulunmadığı ekte arz ettiğimiz raporlarla kanıtlandığından, davaya konu ilişik kesme işlemi hukuka aykırıdır. Müvekkilimin öğrencilikle ilişkisinin kesilmesini haklı kılan bir sebep bulunmamaktadır. Aksine müvekkilim okula kayıt için gerekli olan sınavı başarmış olup, öğrencilik ve hatta memuriyet için gereken tüm şartları sağlamaktadır.

Bütün bu sebeplerle davalı idarelerce tesis edilen işlemlerin iptali gerekir.⁸

YÜRÜTMİYİ DURDURMA TALEBİNİN GEREKÇELERİ

Dava konusu işlemlerin yürütmesinin durdurulması bakımından İYUK madde 27’de aranan her iki şart da gerçekleşmiştir.⁹ Şöyle ki;

- 1- Yukarıda arz ve izah edildiği üzere dava konusu işlemler açık bir biçimde hukuka aykırıdır.
- 2- Davaya konu işlemlerin yürütülmesinin durdurulmaması halinde telafisi güç ve imkansız zararların doğması kaçınılmazdır. Müvekkilimin öğrencisi olduğu okuldan, eğitim dönemi başlamışken ilişkisinin kesilmiş olması, eğitim hakkının elinden alınması

⁸ Yönetmelikteki şekilde bir süreç izlenmemiştir. Yönetmelikte düzenlenen biçimde, birtakım aşamalar atlanmıştır diye arkadaşımız uyardı bizi. Şimdi biz olayı o gözle hazırlamadık Danıştay kararından da aldık ama gerçekten böyle bir iddia söz konusu ise pekala bunu da bir usul unsuru sakatlığı olarak gündeme getirebiliriz bunların yanında. Yani bunun haricinde de burada söylemediğimiz ama hukuka aykırılık teşkil eden bir durum varsa şüphesiz burada Danıştay’a yazmaya çalıştığımız gerekçelere ekleyebilirsiniz ama bakın böyle bir davada önemli olan yönetmeliğin ilgili hükmünün hukuka aykırılığını ortaya koyarak hükmü iptal ettirmek. Olabilir, belki prosedürde bir sakatlık vardır bireysel işlemi tesis etmek bakımından veya yetki unsuru sakatlığı örneği olabilir. Ama ne olacak tabiki ilk etapta biz iptal kararı alınsa bile ondan sonra tekrar idare o sakatlığı giderirse yetki sakatlığını, usul sakatlığını karşımıza yine yönetmelik çıkacağından aynı yönde bir işlem tesisi üzerinden biz bu uyuşmazlığı kökünden halledemeyeceğiz. Dolayısıyla bitirebilmek, sonlandırabilmek istediğimizi nihai bir şekilde elde edebilmek bakımından deyim yerindeyse bu yönetmelik hükmünden kurtulmamız lazım. Yoksa almıyorlar adamlar yani lazer geçirmişse yapacak bir şey yok diyorlar. Bu hukuka aykırılığı en başta belirtmek lazım. Şimdi bakın çatıyı böyle kurduktan sonra arkasından iptal davası olduğu için ne gündeme gelecek. Yürütmenin durdurulması talebinin gerekçeleri diye bir başlık daha atalım.

⁹ Bakın burada artık tekrar açık hukuka aykırılığı ortaya koymanız tekrar etmeniz şart değil. Hatta ne yapmanız lazım zaten yukarıda biz o açık hukuka aykırılıkları uyguladığımız için oraya gönderme yapacaksınız.

sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle yürütmenin durdurulması kararı verilmemesi **telafisi güç ve hatta imkansız zararlar doğuracak niteliktedir**. Zira, işlemin yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmemesi halinde, hukuka aykırı bulunan işlemin etki alanına bağlı olarak müvekkilimin eğitim hakkı açısından oluşacak zarar, işlemin uygulanmasına devam olunmasıyla artacak, yargılamanın sonunda verilebilecek iptal kararı ile **önceki halin iadesi olanaksızlaşacaktır**. Dava sonuçlanana kadar müvekkilimin, bir öğrenci olarak yıl kaybı olacaktır.

SONUÇ VE TALEP :

Yukarıda arz olunan ve sayın mahkemenizce re'sen dikkate alınacak gerekçelerle;

- 1- Polis Akademisi Başkanlığının müvekkilimin Polis Meslek Yüksekokulundan ilişkisinin kesilmesine ilişkin 09.11.2017 gün 4816 sayılı işlemi ile bu işlemin dayanağını oluşturan Emniyet Teşkilatı Sağlık Şartları Yönetmeliğinin Ek-3/IV-A-3 hükmünün öncelikle yürütülmesinin durdurulmasına ve sonrasında iptaline,
- 2- Davalı idarenin cevap süresinin kısaltılmasına,
- 3- Memur eliyle tebligat yapılmasına,
- 4- Duruşma yapılmasına,
- 5- Yargılama giderleri ve vekalet ücretinin davalı idareye yükletilmesine karar verilmesini saygılarımızla arz ve talep ederiz.

İstanbul Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

14.11.2017

Av. Merve Pehlivan

(imza)

EKLER:

EK 1) Dava Konusu Yönetmelik

EK 2) Dava Konusu, ilişkin kesilmesine dair EGM Polis Akademisi Başkanlığı'nın 9.11.2017 gün ve 4816 sayılı işlemi

EK 3) Müvekkilimin ilgili giriş sınavında başarılı olduğuna dair belge

EK 4) Lazer operasyonu sonrası müvekkilimin tam görme yetisi kazandığına dair sağlık raporları

EK 5) Vekaletname

Önemli Not: 24 Nisan 2019 tarihli derste tek/ikinci öğretim öğrencilerine 2016 yılının bütünleme sınavında sorulan dilekçe yazım sorusunun çözümü yapılmıştır. Dilekçe, idarehukuku.hukuk.istanbul.edu.tr adresinde yayımlanacaktır.

- - - - -

Değerli okuyucular,

Bir çırpıda okumuş olduğunuz bu notlar; kayıt, döküm ve tashih aşamalarında; not başına 8 saatle 20 saat arasında değişen sürelerde, 68 arkadaşımızın emeğiyle hazırlandı. Ayrıca bütün Takviye Notları, okunmaya hazır hale getirilmesi için çabalayan 7 kişilik bir koordinasyon ekibinin teker teker elinden geçti. Bu oluşumun çıkış aşamasında belirttiğimiz gibi, bütün bunlar tamamen gönüllü ve ticari kaygıdan uzak olarak gerçekleştirildi. Hukukçu olma yolunda hiçbir sömürüye bağımlı olmadan, kendi alternatiflerimizi üretmeye muktedir olduğumuzu görmüş ve göstermiş olduk. Böyle bir not organizasyonunu ortaya koymak için epeyi geciktik, ancak alt dönemler üzerinde bu konuda oluşturabilmiş olduğumuz bilinç bir nebze içimizi rahatlatmaya yetiyor. Ortaya koymuş olduğumuz 12 haftalık emeğin hatrına hayatın maddiyattan ibaret olmadığını ve topluluk bilinciyle ortaya konan gönüllülük çalışmalarının ne kadar gerekli ve mümkün olduğunu sizlere son kez hatırlatmak isteriz. Unutmamalıyız ki hukukçuluk, şahsi emellere ulaşmak için kullanılacak bir vasıta değildir; adil bir toplumu temin edecek fırsatlar arayan gözlere, bu uğurda her boşluğu doldurmaya meyyal bir yüreğe sahip olmaktır. Meslek hayatına girdikten sonra da adalet çizgisinden savrulmadan, mezun olduğumuz fakülteye yakışır birer hukukçu olmak temennisiyle...

Sınavlarınızda başarılar dileriz.

Son not: Çok sefer bizlere "not yazmaya vaktimiz yok ama maddi anlamda bir faydamız olacaksa çekinmeden yazabilirsiniz" diyenler oldu. Böyle bir not oluşumu için herhangi bir maddi kaynağa ihtiyaç olmadığından her seferinde bu öneriyi geri çevirdik. Ancak Takviye Notları sayesinde tasarruf etmiş olduğunuz kadarıyla; bir evsizin karnını doyurabilir yahut okul kütüphanemize bir adet kitap bağışlayabilirsiniz. Böylelikle yapacağınız hayra bir miktar da olsa ortak olmuş olmak bizi ziyadesiyle mutlu eder. ☺

~ İÜHF TAKVİYE NOTLARI EKİBİ ~