

DANIŞTAY YAYINLARI NO: 115

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
DANIŞTAY BAŞKANLIĞI

155. YIL
DANIŞTAY VE İDARİ
YARGI GÜNÜ
SEMPOZYUMU

10-11 MAYIS 2023
ANKARA

DANIŞTAY TASNİF VE YAYIN KURULU

Başkan	: Dr. Hasan GÜL	Danıştay Onüçüncü Daire Başkanı
Üye	: Mevlüt ATBAŐ	Danıştay Birinci Daire Üyesi
Üye	: İsmail Hakkı SAYIN	Danıştay Sekizinci Daire Üyesi
Üye	: Kemal AÇIKGÖZ	Danıştay Üyesi – Genel Sekreter
Üye	: Zuhul ÖZTAŐ	Danıştay Onikinci Daire Üyesi

DANIŞTAY TASNİF VE YAYIN YÜRÜTME BÜROSU

Başkan	: Kemal AÇIKGÖZ
Genel Sekreter Yardımcısı	: Sait MİCANOĞLU
Tetkik Hakimi	: Emine Tuba YILMAZOĞLU

Yayın İşleri Müdürü : Hülya KAPLAN

Yayın Yönetim Yeri

T.C. Danıştay Başkanlığı Yayın İşleri Müdürlüğü

Tel: 0 (312) 253 20 48 **E-posta:** yayin@danistay.gov.tr
Üniversiteler Mahallesi Dumlupınar Bulvarı No: 149
Eskiőehir Yolu 10. Km. Çankaya / ANKARA

Web sitesi: www.danistay.gov.tr

155. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu

Danıştay Yayınları No : 115

Basım Yılı : 2023

Basım Yeri : Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası

ISBN : 978-605-73633-8-1

© 2023 T.C. DANIŞTAY BAŞKANLIĞI

Tüm hakları saklıdır. Danıştay Başkanlığının yazılı izni olmaksızın eserin tümünün veya bir kısmının elektronik, mekanik ya da fotokopi yoluyla basımı, yayımı, çoğaltılması ve dağıtımı yapılamaz.

İÇİNDEKİLER

Sayfa

155. YIL DANIŞTAY VE İDARİ YARGI GÜNÜ TÖRENİ

Açış Konuşmaları

Zeki Yiğit

Danıştay Başkanı -----7

Recep Tayyip ERDOĞAN

Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı -----23

SEMPOZYUM PROGRAMI

155. YILINDA İÇTİHAT MAHKEMESİ OLARAK DANIŞTAY

I. OTURUM*

DANIŞTAYIN İÇTİHAT MAHKEMESİ ROLÜNÜN GÜÇLENDİRİLMESİ

Danıştay Başsavcısı

Nevzat ÖZGÜR'ün

Oturum Açış Konuşması -----29

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

İdari Yargıda İctihat – İctihat Hukuku – İctihadi Hukuk -----31

* 10 Mayıs 2023

Prof. Dr. Serkan ÇINARLI

Mukayeseli Hukuk ve Uluslararası Hukuk Perspektifinden İdarî Yargıda Sürelerin Kısaltılması Açısından Kanun Yollarında (Temyiz-İstinaf) Filtreleme ve Bazı Modeller -----63

Doç. Dr. Gürsel ÖZKAN

Mukayeseli Hukukta İçtihat Farklılığının Giderilmesi, İdari Uyuşmazlıklarda Hızlandırma Müesseseleri ve Türk İdari Yargısı İçin Öneriler-----75

Birinci Oturum Tartışmalar -----151

II. OTURUM*

TEMYİZ MERCİİ OLARAK DANIŞTAY

Danıştay Başkanvekili

Mahmut VURAL'ın

Oturum Açış Konuşması -----167

Doç. Dr. Engin SAYGIN

İstinaf Tecrübesinin Ardından Temyiz Kanun Yolunun Güncel Durumu -----169

Prof. Dr. Aydın GÜLAN

“Danıştayın Temyiz Mercii Olarak Görevi... Hukuka Aykırılıkların Denetimini Yapmakla Sınırlıdır” (2575 Sayılı Kanun’un 23. maddesi, ek cümle 1/7/2016 – 6723/6 md) Cümlesinin Anlam ve Kapsamı Hakkında Düşünceler -----185

Yılmaz AKÇİL

Temyiz Kanun Yolunun Etkinliği, Sorunlar ve Çözüm Önerileri -----209

İkinci Oturum Tartışmalar -----267

* 11 Mayıs 2023

III. OTURUM*

İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUNU'NUN 31. MADDESİ İLE HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU'NA ATIF YAPILAN HALLER

Danıştay Başkanvekili

Hasan GÜZELER'in

Oturum Açış Konuşması -----273

Prof. Dr. Ali AKYILDIZ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargılama

Hukukunda Uygulanması Bağlamında Ehliyet (Objektif Ehliyet),

Davaya Katılma (Asli ve Fer'i Müdahale) ve Davanın İhbarı Müessesesi ---275

Prof. Dr. Melikşah YASİN

İdari Davayı Sona Erdiren Taraf İşlemleri, (Davadan Feragat,

Davayı Kabul) İdari Yargıda Delillerin Tespiti Keşif ve

Bilirkişi İncelemesi -----353

Emin SINMAZ

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. Maddesi ile Hukuk

Muhakemeleri Kanunu'na Yapılan Yollamaların Yol Açtığı Sorunlar ve

Usul Hükümlerinin İdari Yargıya Özgülenmesi -----385

Üçüncü Oturum Tartışmalar-----401

* 11 Mayıs 2023

Sunucu:
Sayın Cumhurbaşkanımız,
Değerli Konuklarımız,

“Danıştayın 155. Kuruluş Yıl Dönümü Açılış Töreni”ne hoş geldiniz, şeref verdiniz efendim.

Öncelikle sizleri Cumhuriyetimizin kurucusu Gazi Mustafa Kemal ATATÜRK ve aziz şehitlerimizin manevi huzurunda bir dakikalık saygı duruşunda bulunmaya ve ardından İstiklal Marşımızın icrâsına davet ediyorum.

*****Saygı Duruşu ve İstiklal Marşı*****

Sayın Cumhurbaşkanımız,
Değerli Konuklarımız,

Şimdi Danıştayın 155. Kuruluş Yıl Dönümü Töreni Açılış Konuşmalarını yapmak üzere, Danıştay Başkanı **Sayın Zeki YİĞİT**'i kürsüye davet ediyorum.

T.C. DANIŞTAY BAŞKANI SAYIN ZEKİ YİĞİT'İN
155. YIL DANIŞTAY VE İDARİ YARGI GÜNÜ TÖRENİ
AÇIŞ KONUŞMASI

GİRİŞ

Sayın CumhurbaşbaŐkanım,
Saygıdeğer meslektaşlarım,
Değerli konuklar,

Danıştay'ın kuruluşunun 155. yıldönümü vesilesiyle tertip ettiğimiz “Danıştay ve İdari Yargı Günü Törenine” teŐriflerinizden büyük bir onur ve memnuniyet duyarak sizleri en içten duygularla ve saygıyla selamlıyor, hoş geldiniz diyorum.

6 Şubat 2023 tarihinde Kahramanmaraş merkezli olarak 10 il’de meydana gelen ve diğer çevre illerde de yoğun şekilde hissedilen depremlerde vefat edenlere Allahtan rahmet, yakınlarına baŐsađlıđı diliyorum. Bu depremde yaralanıp tedavileri devam eden, sağlıklarına kavuŐan onbinlerce vatandaŐımıza ve milletimize Allah böyle büyük bir felaketi ve acıyı bir daha yaŐatmasın.

Geçen bir yıllık dönem içinde emekliye ayrılan çok kıymetli meslek mensuplarımız ile hâkim-savcı ve idari personelimize bundan sonraki hayatlarında sağlık ve mutluluklar diliyorum, hizmetlerinden dolayı teşekkür ediyorum.

Önceki yıllarda hayatını kaybeden meslektaŐlarımızı, yargı şehitlerimizi, vatanımızı korumak için canlarını feda eden şehitlerimizi rahmetle yâd ediyorum.

Bu sene 100. yılını idrak etmekte olduğumuz Türkiye Cumhuriyetini bizlere emanet eden Gazi Mustafa Kemal Atatürk ve kahraman silah arkadaŐları ile aziz şehitlerimizi rahmetle ve şükranla anıyorum.

DANIŞTAY'IN (Osmanlı'dan Cumhuriyet'e) 155 YILI

Sayın Cumhurbaşkanım,

Şûrâ-yı Devlet 155 yıl önce bugün, Osmanlı İmparatorluğunun 19. yüzyılda başlattığı Devlet teşkilatındaki yapısal reformlar kapsamında gerçekleştirdiği en önemli islahat ve reformlardan biri olarak kurulmuştur. Kuruluş kanunu olan Nizâmnâme-i Esâsî, 1 Nisan 1868 (8 Zilhicce 1284) tarihinde yürürlüğe girmiş, resmî açılışı ise Sultan Abdülâziz'in Sadrazam tarafından okunan 10 Mayıs 1868 (17 Muharrem 1284) tarihli fermanı ile olmuştur.

Osmanlı İmparatorluğunun, hukuki güvenlik ilkesini gerçekleştirme iradesini ortaya koyan bu açılış fermanı ile Şûrâ-yı Devlet'in kurulmuş olması, kuvvetler ayrılığına dayalı hukuk devletinin oluşturulması, idare hukukunun doğuşu ve gelişimi sürecinde bir dönüm noktasını oluşturduğu söylenebilir.

Cumhuriyet döneminde, 1924 Anayasası ile "İdari dâva ve ihtilâfları rüyet ve hal, Hükümetçe ihzar ve tevdi olunacak kanun lâyhahaları ve imtiyaz mukavele ve şartnameleri üzerine beyanı mütalâa" etmekle görevlendirilen Danıştay, 1961 ve 1982 Anayasasında bir yüksek mahkeme olarak yer almıştır.

Cumhuriyetimiz ile beraber, işlevi ve görevi artan Danıştay Devletimizin yargı kurumlarından biri olarak; ilk derece baktığı idari uyuşmazlıkların nihai çözüm mercii ve ilk derece ile istinaf mahkemelerinin verdiği kararların temyiz mercii göreviyle Anayasanın 36. maddesinde öngörülen vatandaşların adil yargılanma hakkının gerçekleştirilmesi için Türk milletine ve adalete hizmet etmeye devam etmektedir.

Danıştay ve idari yargı mensupları bu görevi yerine getirirken, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlık ile etik ilkelere bağlı kalarak sundukları hızlı, etkin ve kaliteli yargı hizmetiyle milletimizin beklentisi olan adaleti tesis etmek suretiyle, toplumsal barış ve huzurun korunmasına ve gelişmesine, demokrasinin ve hukuk devletinin güçlenmesine katkı sağlamaktadırlar.

100. YILINDA CUMHURİYET VE HUKUK

Sayın Cumhurbaşkanım,

İstiklali ve istikbali uğruna eşsiz bir mücadele veren aziz Türk Milletinin, ülkesini işgalden kurtarmasını müteakiben yönetim şekli olarak Cumhuriyeti seçmesinin bu sene 100. yılını idrak ediyoruz.

Üzerinden bir asır geçmiş olmasına rağmen, içinde bulunduğumuz zaman diliminde de emperyal güçlerin kurtuluş mücadelesi verdiğimiz yıllardakine benzer emellerini ve hedeflerini sürdürdükleri aşikârdır. Güçlü ve bağımsız Türkiye Cumhuriyetinin ve milletimizin önüne çıkarılan her türlü engeli, milli ve manevi değerlerimiz ile Demokratik Cumhuriyetimizin temel ilkelerine bağlı kalarak, egemenlik, hak ve özgürlük mücadelesinden vazgeçmeyerek açacağımıza kuşku bulunmamaktadır.

Hukuk Devleti ve Yargının Bağımsızlığı

Anayasanın Cumhuriyetin niteliklerini belirleyen ikinci maddesinde, Türkiye Cumhuriyetinin en belirgin vasfının hukuk devleti olduğuna yer verilmektedir. Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren, bu hakları koruyucu adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve anayasaya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargının denetimine bağlı olan devlettir. Etkin bir yargı denetiminin temini ve dolayısıyla Türkiye Cumhuriyetinin demokratik bir hukuk devleti kimliğinin korunmasının en önemli koşullarından biri Anayasanın 138. maddesinde düzenlenen yargı bağımsızlığına hassasiyetle riayet edilmesidir. Yargı, hukuk devleti olmanın gereği olarak adaleti sağlama görevini yerine getirirken bağımsız kılınmıştır. Yargıya tanınan bu güvence bir ayrıcalık değil, adaletin gerçekleştirilmesinin bir aracıdır.

Türkiye Cumhuriyetini, nice yüzyıllara ulaştıracak olan da; tarihimizden tevarüs ettiğimiz, milli dayanışma ve birliğimizin teminatı olan kadim adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, demokratik hukuk devleti ilkelerine bağlı ve yargı bağımsızlığından taviz vermeyen milli bir hukuk düzeni olacaktır.

İfade Özgürlüğü ve İnançlara Saygı

Sayın Cumhurbaşkanım,

Demokratik Cumhuriyetimizin temel değerlerinden üçü, Anayasamızın 24., 25. ve 26. maddelerinde düzenlenen “Din ve vicdan hürriyeti”, “Düşünce ve kanaat hürriyeti” ve “Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti”dir.

Medeni dünyanın da değerleri arasında olan din ve vicdan özgürlüğü kapsamında yer alan değerlere bazı Avrupa ülkelerinde yeterince müsamaha gösterilmemektedir. Bu ülkelerde son zamanlarda sergilenen islamofobik yaklaşımlar, kutsal kitabımız Kur’an’a yönelik yakma ve yırtma gibi eylemler, din ve vicdan hürriyeti aleyhine işlenen nefret suçu olarak görülmelidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bir çok kararında, (Otto-Preminger-Institut-Avusturya kararı, Murphy-İrlanda kararı, Wingrove-İngiltere kararı, İ.A. - Türkiye kararı) ifade ve düşünce özgürlüğünün bazı görev ve sorumlulukları beraberinde getirdiğini, din ve inanç özgürlüğü söz konusu olduğunda başkalarına zarar verecek nitelikteki söylemlerden ve saygısızlık edecek davranışlardan kaçınılması gerektiğini, iki temel hakkın uygulanması hususu söz konusu olduğunda, çatışan menfaatler arasında bir denge kurulması gerektiğini, ifade özgürlüğüne müdahalenin kutsal sayılan bazı hususlara yapılan saldırıların önlenmesi amacıyla yapıldığı anlaşıldığında bu müdahalenin sosyal bir ihtiyaca karşılık geldiğini ve ölçülü olduğunu vurgulamaktadır.

Bu durumda yukarıda değinilen eylem ve saldırılara, ifade özgürlüğü kapsamında kaldığı gerekçesiyle müsaade eden veya engel olmayan bir kısım Avrupa ülkeleri yönetimlerinin, üyesi oldukları Avrupa Konseyinin yargı organı olan AİHM’nin benzer husustaki içtihatlarını görmezden gelerek ifade özgürlüğü bahanesine sığınmak suretiyle gerekli önlem ve hukuki tedbirleri almaması dikkate değerdir.

Medeniyetimizde Farklı İnançlara Hoşgörü ve Mazlumlara Kucak Açma Geleneği

Tarihimiz tüm dinlere ve inançlara hoşgörüyle, tüm inanç sahiplerine saygıyla yaklaşmanın örnekleriyle doludur. Adaleti 'her şeyi yerli yerine koymaktır' diye tarif eden ve vuslatının 750. yıl dönümü olması nedeniyle 2023 yılını 'Mevlana Yılı' olarak kutlayacağımız Mevlana Celaleddin-i Rumi Mesnevi'sinde "Gel, gel, ne olursan ol yine gel. İster kafir, ister mecusi, ister puta tapan ol yine gel. Bizim dergâhımız, ümitsizlik dergâhı değildir. Yüz kere tövbeni bozmuş olsan da yine gel." diyerek inançlara hoşgörü ve saygıyı en güzel şekilde ifade etmiştir.

Fatih Sultan Mehmet Hanın Bosna-Hersek'i fethinden sonra, 28 Mayıs 1463 tarihinde Milodraz'da yazdırdığı Bosnalı hristiyanlara geniş çaplı bir koruma sağlayan fermanında, ne kendisinin, ne vezirlerinin, ne de halkından hiç kimsenin hristiyanların canlarına, mallarına ve kiliselerine dokunmayacağını, saldırıp incitmeyeceğini ferman buyurduğunu da biliyoruz.

Coğrafyamızda yaşanan çatışma ve savaşlar, can güvenlikleri tehlike altında olan insanları sığınacakları güvenli bir yer arayışına itmektedir. Aynı coğrafyayı, ortak tarihi mirası, kültürel ve manevi değerleri paylaştığımız bu insanlar, canlarını tehlikede gördüklerinde, zulme uğradıklarında sığınılacak en güvenilir ülke olarak Türkiye'yi görmektedirler.

Bazı batı ülkelerinde; FETÖ, PKK, DHKP-C gibi terör örgütü mensuplarını ihtimamla kabul edip bütün imkanları onlara sunarken, sınırlarda işkenceye maruz bırakılan, botları şişlenerek batırılan, Akdeniz ve Ege'nin sularına itilerek ölüme terk edilen mültecilere karşı sergilenen insanlık dışı, uluslararası hukuka aykırı ve vicdanları yaralayan davranışların ülkemizde görülmesi mümkün değildir. Tarihimiz ve sahip olduğumuz değerlerimiz, zulüm gören, yaşamları tehlike altında olan insanlara karşı duyarsız kalmaya imkân vermemektedir. Ancak Devletimizin, göç ve mülteciler bir güvenlik sorunu oluşturmaya başladığında gerekli fiili ve hukuki tedbirleri almakta tereddüt göstermediğini ve göstermeyeceğini de biliyoruz.

Doğal Afet Riski Nedeniyle Tesis Edilen İş ve İşlemlerin Yargısal Denetimi

Sayın Cumhurbaşkanım,

6 Şubat 2023'te yaşadığımız Kahramanmaraş merkezli 2 büyük deprem ve devamında gelen binlerce artçı sarsıntının yol açtığı can kayıpları ve ağır yıkım bir kez daha Türkiye'nin depremlere karşı her zaman hazırlıklı olması gerektiğini hatırlattı.

Doğal afetlere karşı gerekli önlemleri almak üzere yürürlüğe konulan 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun 31/5/2012 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 26/04/2016 tarihindeki değişikliklerle yürürlükteki son halini alan Kanun afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirlemektedir.

Söz konusu Kanun ve bu Kanuna istinaden yürürlüğe konulan Yönetmelik gereğince yürütülen faaliyetler idare tarafından tesis edilen idari işlemlerle gerçekleştirilmektedir. Her idari işlem için olduğu gibi bu işlemlere karşı da yargı yolu açıktır.

Bu kapsamda tesis edilen işlemlerin en önemlisi ise "riskli alan belirleme kararı"dır. Riskli alan kararlarının iptali istemiyle açılan davalar ilk derece yargılama olarak Danıştay'da görülüp çözümlenmektedir.

Tesis edilen riskli alan kararlarına karşı, bugüne kadar Danıştay'da 254 dava açıldığı tespit edilmiştir. Bu davalar sonucunda, 89 davanın iptal kararıyla, 165 davanın ise ret kararıyla sonuçlandığı görülmektedir. (6 davada verilen yakın tarihli Daire kararları henüz temyiz aşamasındadır.)

Danıştay tarafından verilen iptal kararlarının gerekçeleri incelendiğinde, genel olarak, Kanun ve Yönetmelik gereğince riskli alan belirleme kararı öncesinde hazırlanması gereken "Alanın, zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıdığına dair teknik rapor" ile ilgili eksikliklerden kaynaklı iptal kararı verildiği görülecektir. İdarenin kararlarda belirlenen eksiklikleri gidererek yeni bir karar alması önünde bir engel bulunmamaktadır.

İDARİ YARGI İLE İLGİLİ HUSUSLAR

Yargı Organlarını Yıpratma Çabaları

Sayın Cumhurbaşkanım,

Devlet olarak isimlendirilen örgütlü yapı, topluma dönük hizmetlerini kurumlar aracılığı ile yerine getirir. Devletler köklü kurumları ve kurumların güvenilirlikleri ile yaşarlar. Devlette devamlılık aslında kurumlarda devamlılıktır. Kamu görevlileri değişir ama kurumlar kalıcıdır. Hukuk devletin ayırıcı vasfı da kurallar ve kurumlardan oluşmasıdır.

Kamu hizmetinin teşkilatlanmış biçimi olan kamu kurumlarını yıpratmak kamu hizmetini de aksatacaktır. Devleti ve kamu kurumlarını yıpratma çabalarına en yoğun şekilde maruz kalan devlet organlarından biri de yargıdır. Bazı ulusal veya uluslararası kişi veya kuruluşlar Türk yargısı üzerine gölge düşürme gayreti içinde olabilmektedirler. Bu kesimlerin yorumları ve girişimleri çoğu zaman hukuki gerekçelerden uzaktır. Bu tür girişimler zaman zaman Anayasanın 138. maddesinde düzenlenen yargı bağımsızlığına da hanel getirecek boyutlara ulaşabilmektedir.

Öte yandan, yargı kararlarına yönelik hukukun gelişmesine katkı sağlayan, objektif ve hukuki yorumları içeren eleştirileri de gerekli ve kabul edilebilir buluyoruz. Ancak kararları eleştirmenin ötesine geçen ve kararları veren yargıçlara yönelik kişiselleştirilmiş ithamlar içeren ağır eleştirilerin, hukuk devleti inancını ve yargıya olan güveni zayıflatmaktan öteye kimseye yararı olmayacaktır.

Üç Dereceli Yargılama Sistemi'nin Danıştaya Etkileri

İdarî yargıda istinaf kanun yolunun uygulamaya konulması ve 20 Temmuz 2016'da bölge idare mahkemelerinin, "istinaf" vasfıyla göreve başlamasıyla Danıştay'ın iş yükü ciddi oranda azalma göstermiştir. Bu bağlamda İstinaf kanun yolunun yürürlüğe girdiği 2016 yılında Danıştay'a intikal eden dosya sayısı 205.152 iken, 2017 yılında 79.688'e düşmüştür. Bundan sonraki süreçte Danıştay'a intikal eden dosya sayısı tedrici olarak tekrar artmaya başlamış; 2021 yılında idari daire dâhil Danıştay daire ve kurullarında açılan toplam dosya sayısı 88.064, karara bağlanan dosya sayısı

93.343 iken; 2022 yılında toplam açılan dosya sayısı 90.058, karara bağlanan dosya sayısı ise 95.305 olmuştur. Buna göre, 2022 yılı içinde açılan dosya sayısının sonuçlanan dosya sayısına oranı %106 olarak gerçekleşmiş, gelenden daha fazla dosya çıkartılabilmektedir.

Gelen dosya sayısının zaman içinde daha aşağılara inmesini sağlayacak çözüm ve tedbirlerin kurallara bağlanması sayesinde Danıştay'ın gerçek işlevine kavuşması, tam bir içtihat mahkemesi olarak görev yapması mümkün olacaktır.

İlk derece mahkemeleri, istinaf mahkemeleri ve Danıştay'dan oluşan üç dereceli idari yargı sistemimizde, kimi kararların istinaf, kimi kararların temyiz aşamasında kesinleşmesi, ülke genelinde birden çok bölge idare mahkemesinin bulunması gibi sebeplerle Danıştay ile bölge idare mahkemeleri arasında ve bu mahkemelerin kendi aralarında hukuki yorum farkından kaynaklanan içtihat farklılıklarının da ortaya çıktığı bilinmektedir. İctihadın, özü itibarıyla bir yorum olduğu düşünüldüğünde bu durum olağan karşılanabilir.

Ancak, içtihat farklılığının süreklilik kazanması ve bunu giderecek hukuki müesseselerin işletilmemesi, yargı kararlarının tarafları ve yargı kararının hukuki sonuçlarından etkilenecek diğer kişilerin hukuki güvenliğini zedeleyecek ve hukuk düzeni açısından belirsizliğe yol açacaktır. Bu mahzurları önlemek için mevcut hukuki müesseselere işlerlik kazandırılması ve yeni yöntemlerin geliştirilmesi gerekmektedir.

Hukuk düzenimizde, içtihatların birleştirilmesi, bölge idare mahkemesi başkanlar kurulunun içtihat aykırılığının giderilmesi için Danıştay İdari ve Vergi Dava Daireleri Kurullarına başvuru yapması gibi içtihat aykırılıklarını giderici müesseseler mevcuttur ve işletilmektedir.

İctihat aykırılıklarının doğmasını önleyici yöntemlere idari yargılama usulümüzde yer verilmemiş olmakla birlikte, Danıştay İctüzüğünde 2020 yılında yapılan değişiklikle Danıştay tarafından "İctihat aykırılıklarının önlenmesi için daire ve kurullar ile bölge idare mahkemeleri arasında düzenli değerlendirme toplantıları yapılması" öngörülerek yeni bir önleyici yöntem ihdas edilmiştir.

Bu cümleden olarak Danıştay; geçtiğimiz bir sene içinde beş ayrı görev alanını ilgilendiren dört daire ve kurul ile bölge idare mahkemelerinin ilgili dava dairelerini bir araya getirerek, üç ayrı toplantı gerçekleştirmiş ve gerçekleştirmeye devam edecektir.

İçtihat aykırılıklarının önlenmesi konusunda en önemli görev bölge idare mahkemesi başkan ve üyelerine ve idari yargı mensuplarına düşmektedir. Danıştay içtihatlarının takip edilmesi ve bu içtihatlarla uygun karar verilmesi, Danıştay ile bölge idare mahkemeleri arasında ve kendi aralarında içtihat farklılığının ortaya çıkmasının önlenmesi konusunda en işlevsel yöntem olacaktır.

Bireysel Başvurunun Dört Dereceli Yargılamaya Evrilme Eğilimi

Sayın Cumhurbaşkanım,

2010 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle hukuk sistemimize dahil olan bireysel başvuru hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasamızda ortaklaşa korunan hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine herkesin şikâyetinde bulunabilmesine imkân sağlamaktadır. Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini düzenleyen Anayasanın 148. maddesine eklenen 3. fıkra ile bireysel başvurunun kapsamı belirlenmiş, 4. fıkrada ise bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamayacağı hükme bağlanmıştır.

Bireysel başvurunun, temel hak ve özgürlüklerin korunması amacını güden hukuki müesseselerin en önemlilerinden biri olduğu açıktır. Bu müessesenin 10 yıllık uygulaması, temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasında etkili bir hak arama yolu olduğunu göstermiştir.

Diğer yandan, bireysel başvurunun ikincil nitelikte bir hak arama yolu olması nedeniyle, asıl olan hak ve özgürlüklere kamu otoritelerince saygı gösterilmesi ve olası bir ihlal durumunda bunun olağan yargısal yollarla giderilmesidir. Bunlardan biri de, idari işlem ve eylemlerin hukuki denetimini yaparken temel hak ve özgürlüklerin korunması işlevini de yerine getiren ve hukuk devletini hayata geçirmenin en önemli koşullarından olan idari yargı yoludur.

Anayasa Mahkemesinin, yargısal kararların bireysel başvuruyla incelenebilmesinin sınırlarını belirleyen birçok kararında da açıklandığı üzere; mahkemeler önünde dava konusu yapılmış olayların sübutu, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile mahkemelerce uyuşmazlıkla ilgili varılan sonucun esas

yönünden adil olup olmaması bireysel başvuru incelemesine konu olamaz, mahkemelerin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar da bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz (Referans olarak B. No: 2012/1027 sayılı, 12/2/2013 tarihli karar). Dolayısıyla, kanun yolu şikâyeti niteliğindeki başvurular Anayasa Mahkemesince incelenemez. Bu durum aslında, bireysel başvuru yolunun ikincil niteliğinin doğal bir sonucudur. Ancak, Anayasa Mahkemesince, belirtilen ilkeye bir istisna tayin edildiği, mahkemelerin tespit ve yorumlarının “bariz takdir hatası, açık keyfilik veya şekilci-katı yorum” içerdiği değerlendirilmesiyle ihlal kararları verildiği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararları incelendiğinde, “bariz takdir hatası, açık keyfilik veya şekilci-katı yorum” kavramlarının öngörülebilir ve belirli bir tanımının bulunmadığı, başvuru konusu olaylar özelinde yapılan değerlendirmelere göre karar verildiği görülmektedir. Bu noktada, bireysel başvuru ve olağan kanun yolları arasında titizlikle korunması gereken sınırların muğlaklaştığı, öngörülebilir olma vasfını kaybettiği ve tartışmalara yol açtığı söylenebilir.

Bu itibarla, bireysel başvurudan kaynaklı yoğun bir iş yükü altında görev yapan Anayasa Mahkemesinin, bireysel başvuru ve olağan kanun yolları arasındaki hukuki fark ve sınırları titizlikle korumasının, hukuk düzenimizin korunması açısından elzem olduğunu, muğlak ve öngörülebilir olmayan kriterlerin uygulanmasını belirgin hale getirmek için yüksek mahkemeler arasında ortak toplantı ve çalıştaylar yapılmasının yararlı olacağını düşünüyorum.

İdari Yargıda İş Yükü

Sayın Cumhurbaşkanım,

İdari yargının ve bölge idare mahkemelerinin artan işi yüküne ve buna bağlı olarak ortaya çıkan çözüm arayışlarına da değinmek istiyorum.

İstinaf kanun yolunun uygulandığı ilk tam yıl olan 2017’de bölge idare mahkemelerine intikal eden toplam dosya sayısı 262.696 iken, 2022 yılında bu sayı 352.987 olmuştur. Bölge idare mahkemelerine intikal eden dosya sayısı mütemediyen belli bir oranda artmaktadır. Artan dosya sayısına bağlı olarak; hâkim başına düşen yıl içinde “gelen dosya” sayısı; 2022 yılında, son

dört yıl içindeki en yüksek sayı olan 1066'ya çıkmıştır. Yine aynı sebeple, dosya artış hızına bağlı olarak dosyaların ortalama görülme süresi son dört yıl sürekli artmış ve 2022 yılı itibarıyla 151 güne ulaşmıştır.

Bölge idare mahkemelerinin gittikçe artan bir iş yükü altında oldukları ortadadır. Nitekim, 2017 yılına devreden iş sayısı 40.566 iken; 2023 yılına devreden iş sayısı 154.151 olmuştur. Bu istatistiki veriler idari yargı organlarının halen çözüm bekleyen iş yüküne dair sorunları bulunduğunu göstermektedir.

Danıştay olarak, uzun süredir gündemde tutmaya çalıştığımız, hakkında toplantı ve sempozyumlar düzenlediğimiz alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını bir kere daha gündeme getirmek istiyorum.

Esasen uyuşmazlık çıkmasını önleyecek mekanizmalar geliştirilmesi ve uyuşmazlık çıktığı takdirde yargı yoluna başvurulmadan çözüme kavuşturulmasını temin edecek alternatif çözüm yöntemlerinin hayata geçirilmesi, istinaf ve temyiz kanun yoluna başvurma aşamasında bazı kısıtlayıcı düzenlemeler yapılması zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

İdari yargının iş yükünü azaltıcı yapısal mekanizmalar karşılaştırmalı hukukta uygulanmaktadır. Bunlardan grup dava/pilot dava uygulaması, yargısal görüş verme, hakim önünde uzlaşma, temyiz izni gibi müesseseler yargı mercileri tarafından uygulanan yöntemler olarak; arabuluculuk, sulh, idari usul kanununun ihdası gibi çözümler diğer yöntemler olarak hep birlikte veya bünyemize uygun olanları yasal çerçeveye kavuşturulması gerekmektedir.

DANIŞTAY'IN FAALİYET VE İHTİYAÇLARI

Genel Olarak

Sayın Cumhurbaşkanım,

Zat-ı âlinizin büyük desteği ile, Başkanlığımız hizmet binasına 700 metre mesafede bulunan taşınmaz üzerinde yapımına 2022 yılı Eylül ayında başladığımız “Danıştay Başkanlığı Eğitim ve Sosyal Tesisi”nin bu ayın sonunda tamamlanarak faaliyete geçirilmesi ile konferans, sempozyum, seminer, panel gibi bilimsel toplantılar ile meslek içi ve hizmet içi eğitim faaliyetlerimizin daha düzenli bir şekilde yürütülmesine imkân bulacağız.

Bilindiği üzere, kamu personelinin beklenen verimi sağlaması ihtiyaç duyulan alanlarda hizmet içi eğitime tabi tutulmalarına bağlıdır.

Bu kapsamda, hizmet içi eğitim faaliyetlerinin, düzenli ve planlı yürütülebilmesi için müstakil Eğitim Müdürlüğü kurulmuş ve faaliyete geçirilmiş, Adalet Bakanlığı işbirliği ile düzenlenen hizmet içi eğitimlerde, personelimizin büyük bölümü halkla ilişkiler, iletişim, stres yönetimi, meslek etiği, protokol kuralları, ekip çalışması, medya okuryazarlığı, elektronik tablolama (excel), kelime işlemci (word) alanlarında eğitim almıştır.

İdare hukukunun en önemli ve işlevsel ilkelerinden biri olan “düzenli idare” ilkesini Danıştay nezdinde de gerçekleştirmek için mevzuat çalışmalarına da önem veriyoruz. Bugüne kadar yazı işleri hizmetlerini düzenleyen bir yönetmeliği bulunmayan Danıştay’da, bu hizmetlerin yürütülmesine ilişkin usul ve esasları düzenleyen bir Yönetmelik hazırlayarak yürürlüğe koymuş bulunuyoruz.

Danıştay dava ve karar kodlarının ilk derece ve bölge idare mahkemeleri dava ve karar kodları ile uyumlaştırılması için yürütülen kapsamlı çalışma tamamlanmış durumdadır. İdari yargıda uygulanmak üzere geliştirilen ortak kodlama sistemi ile UYAP’ta doğru, tutarlı veri girişi yapılarak sağlıklı istatistiki verilerin elde edilmesi sağlanacak, dosyaların görevli Danıştay dairesi veya idari yargı merciine tevzi edilmesi sırasında zaman kaybının önüne geçilecektir.

2021 yılında aldığımız kararla, 2021 yılı başından itibaren esasa dair tüm Danıştay kararlarının yayımlanmasına başlanılmıştır. Sadece 2022 yılında 60.000 yeni karar yayımlanırken, bugüne kadar yayımlanan toplam karar sayımız 125.000’e ulaşmış ve böylece esasa dair Danıştay içtihatlarının tümüne erişilebilirlik sağlanmıştır. Bunun yanında, önemli kararları içeren tematik karar bültenleri de internet sitemiz üzerinden kamuoyu ile paylaşılmaya devam edilmektedir.

Kurumsal İhtiyaçlar

Sayın Cumhurbaşkanım,

Geçen yılki konuşmamda ifade ettiğim iki hususu bir kere daha gündeme getirmek istiyorum.

1.7.2016 tarih ve 6723 sayılı Kanun ile Danıştay üyelerinin görev süresi on iki yıl ile sınırlandırılmıştır. Anılan kanun değişikliğinin sonucunda üyelerin önemli bir kısmının görev süresinin aynı anda sona erecek olması olumsuz sonuçlar doğuracaktır. Bu itibarla, Danıştay Kanunu'nun 9 uncu maddesinin 3 üncü fıkrasının yürürlükten kaldırılması, içtihat istikrarın sağlanması ve meslek mensuplarımızın deneyimlerinden faydalanılması bakımından zorunluluktur.

Aynı şekilde, Danıştay tetkik hâkimleri de, tecrübeleri nispetinde Danıştay'ın yargılama faaliyetlerine katkı sunmaktadır. Tetkik hâkimlerinin sürekli değişmesi, tecrübeli tetkik hakimlerinin Danıştay dışına atanması yargılama faaliyetini olumsuz etkilemektedir. Bu nedenle, tetkik hâkimlerinin görevlendirilmelerinde ve tayinlerinde Danıştay Başkanlığının görüşünün alınması yönünde yasal düzenleme yapılması, yürütülen hizmetin aksamaması açısından gereklidir.

Sempozyum

Danıştay'ın içtihat mahkemesi olarak rolünü, bu rolü güçlendirici mekanizmaların geliştirilmesini, istinaf kanun yolunun uygulanmaya başlanmasının ardından temyiz kanun yolunun etkinliğini, idari yargılama usulünün yargıda ve akademide tartışmalara yol açan müesseselerini akademik camia ile birlikte incelemeyi, değerlendirmeyi ve bu konularda öneriler geliştirmeyi bir görev addediyoruz.

Belirttiğim konular, bugün öğleden sonra ve yarın yapılacak olan bilimsel toplantılarda akademisyenler ve Danıştay Meslek mensuplarınca ele alınacak ve değerlendirilecektir.

Sempozyumun başarılı ve verimli geçmesini diliyor, paylaşacakları fikirleri ve bildirimleri ile büyük katkı sunacaklarına emin olduğum değerli akademisyenlere ve yargı mensuplarına şimdiden teşekkür ediyorum.

Sonuç

Sayın Cumhurbaşkanım,
Değerli konuklar;

Dört gün sonra 14 Mayıs Pazar günü gerçekleştirilecek Cumhurbaşkanı Seçimi ve 28. Dönem Milletvekili Genel Seçiminin demokratik olgunluk ve şeffaf bir biçimde sükunet içinde gerçekleşeceğine dair kuşkumuz bulunmamakla birlikte, millet iradesini açığa çıkaracak seçim sonuçlarının tüm paydaşlarınca aynı olgunluk ve sükunetle karşılanması, demokrasi bayramı olarak kutlanmasına, ülkemizin refahına, milletimizin toplumsal barışının ve huzurunun devamına büyük katkı sağlayacaktır. Ortaya çıkacak sonucun şimdiden hayırlı olmasını diliyorum.

Bu duygu ve düşüncelerle, törenimize katılarak bizleri onurlandırdığınız için hepinize bir kez daha teşekkürlerimi sunuyor, sağlık ve afiyetle iyi günler diliyorum.

10.05.2023

Zeki YİĞİT

T.C. Danıştay Başkanı

Sunucu: Danıştay Başkanı **Sayın Zeki Yiğit'e** konuşmaları için teşekkür ediyoruz.

Değerli Konuklarımız,

Şimdi sizlere hitap etmek üzere Cumhurbaşkanımız **Sayın Recep Tayyip ERDOĞAN'ın** kürsüyü teşriflerini arz ederim.

**T.C. CUMHURBAŞKANI SAYIN RECEP TAYYİP ERDOĞAN'IN
155. YIL DANIŞTAY VE İDARİ YARGI GÜNÜ TÖRENİ
AÇIŞ KONUŞMASI**

Danıştay'ımızın Çok Değerli Başkan ve Mensupları,
Yargı Camiamızın Değerli Temsilcileri,
Değerli Misafirler,

Sizleri en kalbi duygularıyla, muhabbetle selamlıyorum.

Danıştay'ımızın 155. kuruluş yıldönümü ile Danıştay ve İdari Yargı Gününün ülkemiz ve yargı dünyamız için hayırlara vesile olmasını diliyorum. Şûra-yı Devlet'ten bugüne Danıştay'a emeği geçen başkanlarımızı, üyelerimizi, hâkim, savcılarımızı, personelimizi tazimle yâd ediyorum.

Ülkemizin idari reform tarihinin en önemli adımlarından biri olan teşkilatımız kurulduğundan bugüne sürekli gelişerek hizmet vermeyi sürdürmüştür. Devlet ile vatandaş arasındaki ihtilafların hukuki sınırlar içinde ve hakkaniyet duygusuna uygun şekilde çözülmesinde Danıştay çok önemli görevler ifa etmektedir.

Biliyorsunuz 2017'deki Anayasa değişikliğiyle ülkemiz tarihinin en önemli yönetim reformlarından birini gerçekleştirdik. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'ni kurarken güçler ayrılığı ilkesini de tahkim ettik. Yasama, yürütme ve yargı arasındaki ilişkileri daha keskin hatlarla belirleyerek demokrasimizin standardını yükselttik. Yine bu Anayasa değişikliğiyle yargının bağımsızlığı umdesine "tarafsızlığı" ibaresini de ekledik. Böylece yargıyı geçmişte içine düştüğü tartışmalardan kurtaracak önemli bir adım attık.

Esasen yargı ile diğer erkler, bilhassa da yürütme arasındaki ilişkiler dünyanın her yerinde tartışmalara konu olmaktadır. Ancak ülkemizde vesayet ve darbe süreçlerinde bu tartışmalar gerçekten can acıtıcı, kurumları yıpratıcı bir şekil almıştır. Mesela bir dönem yargımızın üzerine çöken FETÖ gölgesi hepimizi çok üzmüştür. Hamdolsun devletimizin diğer kurumlarıyla birlikte yargımızı da bu ihanet çetesi mensuplarından temizleyerek yeni bir dönem başlattık. Ülkemizin her türlü hukuk dışı oluşum gibi hangi isim ve görünüm altında olursa olsun, terör örgütleriyle yürüttüğü mücadelede yargımızın gösterdiği sağlam duruşun şahidiyiz. Her

ne kadar vesayet dönemi hayali ve hevesiyle yargı kurumlarımıza saldıranlar hala varsa da, artık bu taktik söylemlere kimse itibar etmiyor. Milletimiz kendi adına karar veren yargı kurumlarına giderek daha güçlü bir şekilde güvenmekte, sarıp sarmalamaktadır.

Amacımız; ülkemizi yeni ve sivil bir anayasaya kavuşturarak, diğer alanlarla birlikte yargımıza da önemli bir hizmet yapacağımıza inanıyoruz. Türkiye'yi milli irade eliyle hazırlanmış, sivil ve özgürlükçü bir anayasaya kavuşturmak istiyoruz. Bunu başarmamız, demokrasimizin üzerindeki son bulutların da dağılması anlamına gelecektir. Türkiye yüzyılı vizyonumuzun en önemli hedeflerinden biri bu olacaktır. Seçimlerin ardından bu konuyu hem milletimizin, hem Meclisimizin gündemine tekrar taşıyacağız. Yargı temsilcilerimizden de bu hususta katkı bekliyoruz.

Değerli Arkadaşlar,

Türkiye'nin iki asırlık demokrasi serencamının son yarım yüzyılını bizzat yaşamış biriyiz. Aklımızın ermeye başladığı yıllara dair ilk hatıramız 1960 darbesi ve sonrasında yaşanan acı görüntülerdir. İlk gençlik yıllarımızı muhtıra tartışmalarıyla geçirdik. Ardından ülkenin ideolojik çekişmelerinden sokak kavgalarına, terör eylemlerine evrildiği süreci yaşadık. Bu sürecin aslında 12 Eylül darbesinin zeminini hazırlama oyunu olduğunu, ilerleyen dönemlerde bizzat projenin sahiplerinin ikrarıyla öğrendik.

Siyasetin yeniden toparlanmaya çalıştığı 1980'li yılları, 1990'lı yılları siyasi istikrarsızlık ve sosyal gerilim dönemi izledi. Demokrasi tarihimizin en yüz kızartıcı dönemi, 28 Şubat'ta kimin nerede durduğu hafızalarımızda hâlâ tüm ayrıntılarıyla canlıdır. Ülkemize bu utancı yaşatanların siyasetçisinden akademisyenine kadar hiçbirini asla unutmayacağız.

Biz işte böyle bir iklimde siyasete yeni bir ses, yeni bir yaklaşım, yeni bir program getirerek milletimizden yetki istedik. Son 21 yılda bu ülkede her ne yapılmışsa, gerisinde asırlık demokrasi ve kalkınma eksiklerimizi telafi etme çabası vardır. Türkiye'ye o kadar çok vakit kaybettirdiler, milletimizin enerjisini o kadar boş yere harcattılar ki, kaybedecek tek bir anımız, tek bir günümüz yoktu. Güven ve istikrar iklimini zehirleyerek siyaseti ve yönetimi rayından çıkarma çabaları bizim dönemimizde de hiç eksik olmadı. Ama önceki süreçlerden farklı olarak biz dirayetli ve kararlı duruşumuzla milletimizin desteğini hep yanımızda tutmayı başardık. Hatırlarsanız, 15

Temmuz gecesi televizyonlara bağlandığımda bir şey söylemiştim, demiştim ki; biz milletin gücünün üstünde güç tanımıyoruz. Evet, bu güç bizi vesayetlin cenderesinden, terör örgütlerinin saldırılarından kurtardığı gibi, darbecilerin silahlarının namlularına da göğsünü siper etti. Biz de milletimize şükranımızı eserlerimizle, hizmetlerimizle, reformlarımızla gösterdik, gösteriyoruz.

Tabii ülkemizde eski Türkiye’de bizlerin yaşadığı sıkıntıların hiçbirini yaşamamış, gördüğü manzaraların hiçbirini görmemiş bir nesil var. Diğer pek çok mesele gibi, bu yeni nesle demokraside, özgürlüklerde, hukuk devletinde bugün bulunduğumuz yerin kıymetini anlatmakta zorlanıyoruz. Çünkü gençlerimiz mukayesesini eski Türkiye ile değil kendilerine göre çok daha iyi uygulamalara sahip ülkelerle yapıyor. Hâlbuki biz her ülkenin kendi hikâyesi olduğunu, ülkemizin hikâyesinin de hiç de öyle kolay yazılmadığını çok iyi biliyoruz. Bunun için gençlerimize hem sahip olduğumuz imkânları, hem Türkiye yüzyılıyla ulaşmak istediğimiz hedefleri bıkmadan, usanmadan anlatmayı sürdüreceğiz. İnşallah gençlerimize bırakacağımız en büyük miras; onlara hayallerini hayata geçirebilecekleri altyapısı tamamlanmış bir Türkiye olacaktır. Yargı teşkilatımıza duyulan güvenin artması, yargının itibarının yükselmesi, bu sürecin önemli kazanımlarından biri olarak ortak hanemize yazılacaktır.

Bu duygularla bir kez daha Danıştay’ımızın 155. kuruluş yıldönümü ile hakim ve savcılarımızın Danıştay ve İdari Yargı Günü’nü tebrik ediyorum.

Sizleri sevgiyle, saygıyla selamlıyorum. Kalın sağlıcakla.

10.05.2023

Recep Tayyip ERDOĞAN

T.C. Cumhurbaşkanı

Sunucu:

**Sayın Cumhurbaşkanımız,
Değerli Konuklarımız,**

Açılış törenimiz burada sona ermiştir.

Sayın Cumhurbaşkanımıza teşekkürlerinden dolayı teşekkür ediyor, Zat-ı Devletlerini saygılarımızla uğurluyoruz.

Değerli Konuklarımız,

Bugünkü programımız öğleden sonra gerçekleştirilecek “155. Yılında İçtihat Mahkemesi Olarak Danıştay” başlıklı sempozyum ile devam edecektir.

Katılımlarınızdan, teşekkürlerinizden dolayı bir kez daha teşekkür ederiz.

I. OTURUM
(10 Mayıs 2023)

Sunucu:

**Sayın Danıştay Başkanım,
Değerli Konuklar,**

“155. Yılında İçtihat Mahkemesi Olarak Danıştay” başlıklı sempozyumumuza hoş geldiniz.

**Sayın Danıştay Başkanım,
Değerli Konuklar,**

Sempozyum Programı hakkında kısa bir bilgi vermek istiyorum.

Sempozyum üç oturumdan oluşmaktadır. İlk oturumu bugün, diğer iki oturumu yarın gerçekleştirilecektir.

İlk oturumun konusu “Danıştayın İçtihat Mahkemesi Rolünün Güçlendirilmesi”dir. Sempozyumun bugünkü oturumunda üç konuşmacı bildiri sunacaktır. İlk iki konuşmacının bildirimlerini sunmasının ardından oturuma kısa bir ara verilecektir. Oturumda yer alan tüm konuşmacılarımızın verilen aradan sonra yerlerini almaları beklenmektedir. Programın ikinci bölümünde konuşmacımızın bildirimlerini sunmasının ardından, oturumun son bölümünün de soru ve cevaplara ayrılması planlanmaktadır. Sorular, ilgili konuşmacıya sözlü olarak yöneltilebilecektir.

**Sayın Danıştay Başkanım,
Değerli Konuklar,**

Şimdi Sempozyumun bugün gerçekleştirilecek ilk oturumuna geçiyoruz. Bu oturumun başkanlığını yapmak üzere Danıştay Başsavcısı **Sayın Nevzat ÖZGÜR’ü** ve bildirimlerini sunmak üzere Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi **Sayın Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ’ı**, İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı **Sayın Prof. Dr. Serkan ÇINARLI’yı** ve Danıştay Onüçüncü Daire Üyesi **Sayın Doç. Dr. Gürsel ÖZKAN’ı** arz ederim.

BİRİNCİ OTURUM AÇIŞ KONUŞMASI

Nevzat ÖZGÜR*

Sayın Danıştay Başkanım, değerli meslektaşlarım ve sevgili konuklar, ilk oturumun konusu “Danıştayın İçtihat Mahkemesi Rolünün Güçlendirilmesi” ana başlığı altında toplanmış olup ilk sunumu, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz yapacak. Bildirinin başlığı “İdarî Yargıda İçtihat – İçtihat Hukuku – İçtihadî Hukuk” olarak belirlenmiş. Bu başlığı gördüğümde meslek hayatına başladığımdan beri hep duyduğum “İdare hukuku içtihat hukukudur” sözünü hatırladım. Bu sözün hemen arkasından şöyle bir soru akla gelirdi. İdare hukuku içtihat hukuku da diğer hukuk alanlarında içtihat yapılmıyor mu? Oysa biliyoruz ki her hukuk dalında içtihat yapılıyor. Peki bu sözle ne kastedilmiş olabilir? Sayın AKYILDIZ üretken bir akademisyen olarak daha önce de Danıştaya birkaç kez gelip sunum yapmıştı. Bu konuyu da ayrıntılı olarak temellendirerek sunum yapacak. Medeni Hukuk Profesörü Kemal Tahir Gürsoy, 1979 yılında yapılan ve Danıştay ve Yargıtay Üyeleri ile, akademisyenlerin bulunduğu bir sempozyumda bir Danıştay Üyesine şöyle bir soru yöneltir: Danıştay tam yargı davalarında hangi kanuna göre hüküm veriyor? Sayın Üye bu soruya şaşırıldığını, çünkü Danıştayın hiçbir kararında Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu gibi batılıların “kod” adını verdiği veya bizde “temel kanunlar” denilen kanunlardan hiçbirine atıf yapmadığını hatta 1961 Anayasası’ndan önce pozitif hukukumuzda hiçbir kural bulunmadığını, 1961 Anayasası’nda ilk defa şu andaki 125. maddenin muadili olan 114. madde ile idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödeyeceğine dair hükmün benimsendiğini düşündüğünü, 1961’den önce Anayasa hükmünün de olmadığını, tamamen Fransız Danıştayının içtihatlarından ve genel hukuk ilkelerinden hareketle tam yargı davalarını karara bağladığını hatırlayarak hocaya ancak bu cevabı verdiğini ifade eder. Bunun üzerine salonda bulunan Dr. Yıldırım Uler iyi ki böyle yaptı Danıştay, eğer idarenin sorumluluğuna gidebilmek için illâ yasal dayanak aransa idi bugün ulaşılmış idare hukukunun çok çok gerilerinde olabilirdik der. Konuyla ilgisi nedeniyle bu

* Danıştay Başsavcısı

Nevzat ÖZGÜR

çarpıcı anekdotu sizlerle paylaşma gereğini duydum. Değerli hocam her zaman olduğu gibi yepyeni bir açılımla bizlere sunumlarına yapacaklar. Buyrun hocam.

İDARİ YARGIDA İÇTİHAT – İÇTİHAT HUKUKU – İÇTİHADİ HUKUK

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ*
Dr. Öğr. Üyesi Halim Alperen ÇITAK**
Araş. Gör. İsmail UÇAR***

I– GİRİŞ: YARGI

Maddi ölçüt kullanılarak yapılan belirlemede *yargı*, uyuşmazlıkları kesin olarak çözüme işlevindedir. Bu işlev, tüm yargı düzenleri bakımından söz konusu olup, sadece idari yargı düzenine has değildir. Özyay'ın ifadesiyle, “*yargı işlevi, belirli kişiler ve olaylar ile konusu somut hukuksal durumlara ilişkin bir sorunun gözlemlenmesi ve bir karara bağlanarak çözümlenmesi olduğuna göre, bu bir gözlem ve belirleme faaliyetidir. Bu anlamda da gerçekten hukuk yaratmaz, ancak hukuksal durum ve ilişkileri saptar*”¹. Kişiler arasında veya idare ile kişiler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar, hâkim tarafından, önceden belirlenmiş kurallar çerçevesinde çözülür; sorun tespit edilir ve genel, soyut, kişilik dışı hukuk kuralı, somut olaya, soruna uygulanmak suretiyle karar verilir. Bu yönüyle, tüm yargı düzenleri aynı temel işlevi yerine getirir.

II– İDARİ YARGI

İdari yargı düzeninin doğduğu Fransa’da idari yargının ortaya çıkışı, kişileri idareye karşı korumak ve adaleti sağlamak amaçlarını gerçekleştirilmeye değil; aksine, idareyi yargılama faaliyetinden koruma düşüncesine dayanır². Eylem ve işlemlerinin (adli) yargı yerleri önünde dava konusu olmasını istemeyen idare, hukuka bağlı görünmek suretiyle meşruiyetini de sağlamak için, kendi kontrolünde bir yargı düzeni yaratmıştır. İdarenin kontrolünde bir yargı düzeni yaratılırken, yapılan yargılamaya meşruiyet kazandırmak amacıyla “*kuvvetler ayrılığı*”, “*kamu hizmeti*”, “*kamu gücü*” ve “*kamu yararı*” gibi idare hukukunun “*kutsal*” kavramları dayanak yapılmıştır. Böylece “*kendine özgü*” idari yargı,

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

*** Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Elemanı.

1 Özyay, İl Han, “Türkiye’de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı”, *İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu*, Danıştay Başkanlığı, Ankara, 1982, s. 13.

2 Bigot, Grégoire, “Les mythes fondateurs du droit administratif”, *RFDA*, 2000, s. 527.

yargılamanın odağına, yargılama faaliyetinin genel amacı olan “*adaleti gerçekleştirme*”yi değil; “*idarenin denetlenmesi*”ni oturtmuştur.

Alman ve Avusturya idari yargılama usulünde ise Fransa’dan farklı olarak, idari yargılama usulünde kişi hak ve menfaatlerinin etkili biçimde korunması amacına öncelik verilmiştir³. Bu ülkelerde faal idareden tamamen ayrıştırılarak düzenlenen idari yargı, gerçek bir yargı erki olarak kabul görmüştür. İdari yargıda kişi hak ve menfaatlerinin korunması birincil, hukuk düzeninin korunması ise ikincil amaç olarak belirlenmiştir. Yargı düzeninin amacına ilişkin bu farklı yaklaşım, idari hâkimin yetkilerinin kapsamını üzerinde de doğrudan etki göstermiştir. Böylece idari hâkimin verebileceği karar çeşitleri artırılmış, geçici hukuki koruma yolları geliştirilmiş ve idari hâkimin yargı kararının uygulanması aşamasına da müdahale edebilmesinin önü açılmıştır⁴.

Anayasallaşma ve temel hak ve özgürlüklerin teminatının uluslararası boyut kazanması, Fransa’daki tarihsel gerçeklerin sınırlandırdığı idari yargının fonksiyonunu değiştirmeye başlamıştır⁵. İdari hâkimin rolü artık, “*vatandaş hakları ile kamu gücü arasındaki dengenin teminatı*”na⁶ evrilmektedir. Acımasız bir güç hâline gelen idare karşısında, idare hukukunun doğumu ve gelişiminin temelini oluşturan idari yargı, zamanla, kişilerin en önemli koruyucusu olarak görülmeye başlamıştır⁷. İdari yargının temel amacı da artık “*özgürlükleri korumanın ve hakları gerçekleştirmenin aracı*”⁸ hâline gelmek olmalıdır.

³ Türkoğlu Üstün, Kamile, *İdari Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 66.

⁴ Türkoğlu Üstün, s. 66.

⁵ Lafaix, Jean-François, “Rendre la justice en matière administrative (Avant-propos)”, in *Le renouvellement de l’office du juge administratif*, (Editör: Lafaix, Jean-François), Berger-Levrault, Boulogne-Billancourt 2017, s. 19.

⁶ Stirn, Bernard, “L’évolution de l’office du juge, regards sur la dernière décennie”, *Administration publique: Revue du droit public et des sciences administratives*, 36 (4), 2013, s. 461 - 465. (İnternet: <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/l-evolution-de-l-office-du-juge-regards-sur-la-derniere-decennie> Erişim Tarihi: 22.05.2023)

⁷ Özey, İl Han, *Devlet, İdari Rejim ve Yargısal Korunma*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986, s. 243.

⁸ Karahanoğulları, Onur, *İdari Yargı, İdarenin Hukuka Zorlanması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 3.

Günümüzde idarenin yargı organı karşısında korunmasından kişilerin idare karşısında korunmasına evrilmiş olsa da özellikle Türk idari yargısı hâlâ geçmişin izlerini taşımaktadır⁹. İptal ve tam yargı davalarından ibaret sınırlı bir idari yargı düzeninin yeterli görülmesi, idarenin yargı organları karşısında bağımsızlığı anlayışı ve bunun uzantısı olarak yargısal emir yasağı, sıkı şartlara bağlı yürütmenin durdurulması kurumu dışında geçici hukuki koruma yöntemlerinin bulunmaması gibi hususlar, yürütmenin (ve onun etkisiyle yasamanın) idari yargıya bakışının çok da değişmediğinin kanıtıdır.

III– İDARİ YARGININ İŞLEVİ

İdari yargı düzeni *bireyi idare karşısında korumak ve hukuk düzenini korumak* şeklinde iki farklı işlevi yerine getirir.

Kamu gücü kullanma yetkisiyle donatılmış idarenin tek yanlı irade açıklaması ile hukuksal durumlarda değişiklik meydana getiren icrai kararlar alabilmesi ve bu kararların hukuka uygunluk karinesinden yararlanmak suretiyle derhal uygulanabilmesi; kamu yararı üstünlüğü bulunan kamu hizmetleri karşısında “*katlanma yükümlülüğü*” bireyi idare karşısında zayıf, korunmaya muhtaç durumda bırakmaktadır. Bu çerçevede idari yargı düzeninin, idari rejimi benimseyen ülkeler bakımından en önemli işlevi, icrai karar alma yetkisi ile donatılmış idare karşısında bireyin korunmasını sağlamasıdır.

İdari yargının bir diğer işlevi, başta Anayasa olmak üzere, yasama ve yürütme organları tarafından yapılan hukuk kurallarından ve hukuka uygun birel işlemlerden oluşan hukuk düzenini korumaktır. Bu çerçevede düzenleyici nitelikteki bir idari işlemin hukuka aykırı bulunarak idari yargı yerleri tarafından iptal edilmesi durumunda, söz konusu işlemin muhatabı olan tüm ilgililer bundan yararlanır. Hukuk düzenini oluşturan ancak hukuka aykırı nitelikte bulunan kural, yargı kararı ile hukuk düzeninden çıkartılmış

⁹ “Örneğin Fransa’da bir dönem, siyasî iktidarı (yürütmeyi) hukuka uymaya alıştırmak için, içtihat yoluyla idarî yargı yetkisine getirilen sınırlamalar (idareye emir / talimat vermeme yahut idarî işlem / eylem niteliğinde karar almama), bugün yargısal emir (injonction) ve seri yargılama (référé) gibi müesseselerle aşılmış durumdadır. Türkiye ise, aslında tarihin belli bir anındaki Fransa fotoğrafından ibaret bu geçici durumu, idare hukukunun olmazsa olmazı zannederek anayasa ve kanun hükümlerine dönüştürmüştür”. Çıtak, Halim Alperen, *İdare Hukukunun İçtihadî Karakteri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 204.

olur. Birel işlemin idari yargı yerince iptal edilmesi de işlemin muhatabı olan kişi veya kişileri, somut olayı ilgilendirmesinin ötesinde, hukuk düzenini etkileyen sonuçlara yol açar. İdari yargı tarafından verilen, birel işlemin iptali yönündeki hüküm, “benzeri bütün hukuki durumlara uygulanabilme yeteneğine sahiptir”¹⁰. Dolayısıyla birel işlemin iptali, sonuç olarak işlemin hukuk düzeninde hiç yapılmamış olması sonucunu doğurduğu gibi, benzer işlemleri hukuk düzeni dışına çıkarmak bakımından idareyi de zorlayarak hukuk düzenini korur.

Bu iki işleve belki bir üçüncüsünü de eklemek gerekir: Kural koyma işlevi. İdari yargı yerince verilen kararlar, sadece hukuk normunun olaya uygulanması, bir hukuki uyumsuzlıkla ilgili hukukun ne dediğinin bildirilmesi anlamına gelmemekte; âdeti, “gerekçesi ile hukukun kaynakları arasına giren, tekrarlandıkça ilkeleşen, yeni bir nesnel durum” yaratmaktadır¹¹. Uyuşmazlığa uygulanacak normun çok genel, anlamının belirsiz olduğu ya da uyuşmazlığa doğrudan uygulanabilecek bir normun bulunmadığı durumlarda idari hâkim, var olan genel veya anlamı belirsiz normu yorumlayarak ya da hukukun genel ilkelerinden hareketle uyuşmazlığı benzer uyuşmazlıklarda da uygulanabilir nitelikte normatif ilkelere dayanarak çözebilmekte; böylece mevcut kuralları dönüştürmekte veya tamamen orijinal bir kural koymaktadır.

IV– YARGILAMA FONKSİYONU VE HÂKİM

Modern devletin oluşumunda birincil fonksiyon, yargılama fonksiyonudur¹². Bireyler gibi, devlet de tüm organlarıyla hukuka uygun

¹⁰ Karahanoğulları, s. 8–10; Özay, s. 14.

¹¹ Özay, s. 15. Özay, iptal kararının, etkileri bakımından *sübjektif* nitelikte bir *durum işlem* olmaktan çok; “*genel nitelikli koşul işlem*” olduğu görüşündedir. Bu nedenle Özay’a göre, bir birel işlemin iptali kararı, “*uygulama yoluyla etkileri bakımından*” içtihatı birleştirme kararları gibi *bağlayıcı* niteliktedir. s. 14–15.

¹² Leclerc, Caroline, *Le renouvellement de l’office du juge administratif français*, L’Harmattan, Paris, 2015, s. 588. “*Çağdaş ve uygar düzenlerde çoğulcu demokrasinin ayrılmaz parçası temeli olan seçimlerin ve seçilmişlerin de yargının denetimi altında olması, ‘Hukuk Devleti’nde egemenliğin paylaşıldığı kurum ve organlar arasında bunlardan birinin diğerlerine üstünlüğünden söz edilememesi ve yetkilerin işlevsel bir işbölümüne göre kullanılması ilkesinin geçerli olmasına karşın, bu düzende, ‘Yargı’, hukukla özdeşleşmesi ve onun simgesi sayılması nedeniyle ‘primus inter pares’ yani ‘eşitler arasında önde gelen’ konumundadır.*” Özay, (1986) s. 10.

hareket etmek zorundadır. Yargı merciinin görevi, hukuk sùjeleri arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, hukuka uyulup uyulmadığını denetlemektir. Yargılama neticesinde hukuka uyulmadığına kanaat getiren yargı mercii, hukuk sùjelerini sahip olduğunu kamu gücünü kullanarak hukuka uymaya zorlar. Dolayısıyla **yargılama faaliyetinin birbirini tamamlayan iki yönü söz konusudur: Ortaya çıkan uyuşmazlıklarda hukukun ne olduğunun söylenmesi ve hukuka aykırı davrananların hukuka uymaya zorlanmasıdır.**

Yargı merciinin sahip olduğu “*jurisdictio*”¹³, hukukun ne olduğunu söylemek suretiyle uyuşmazlıkları sonlandırma yetkisini ifade etmektedir. Ancak yargı mercii aynı zamanda devletin elinde bulundurduğu zor kullanma gücünü ifade eden “*imperium*”dan¹⁴ da kısmen yararlanır. Başka bir deyişle, yargılama faaliyeti, yargı merciinin de sahip olduğu ve yargı kararının temelinde kendini gösteren, “*imperium*” olarak adlandırılan bu emir verme

¹³ Leclerc, s. 588-589. Latince bir terim olan *jurisdictio* yargı merciinin sahip olduğu klasik yetkiyi, “hukuk vasıtasıyla uyuşmazlıkları çözümleme” yetkisini ifade eder. *Jurisdictio*, yargı merciinin sahip olduğu “emir verme ve gerektiğinde zor kullanma” yetkisini ifade eden *imperium*’la tamamlanır. Ortaya çıkışı özel hukuka ilişkin olsa da zamanla kamu hukuku alanında kullanılan yargılama yetkisi de bu kelimenin anlamı içerisine dâhil olmuştur. Johnston, David, “The General Influence of Roman Institutions of State and Public Law”, *The Civilian Tradition and Scots Law*, (Editors: D.L. Carey Miller and R. Zimmerman), Berlin, 1997, s. 8-9.

¹⁴ Roma hukukunda devlete tanınan en geniş yetkileri ifade etmek için kullanılan bir terim olan *imperium* yetkisi; zor kullanma gücünü düzenlemeyi, zor kullanma gücünü yürütmeyi ve keza sonuç olarak onu kaldırmayı da kapsayan üstün iktidardır. Roma hukukunda “imparator emirnameleri”nde somutlaştığı kabul edilen *imperium*’un günümüz idari rejim sisteminde önemli bir yer tutan kamu gücü ayrıcalıklarının da temeli olduğu söylenebilir. Ancak Roma hukukunda kavram daha çok yargı organının sahip olduğu üstün yetkiyi ifade etmek için kullanılmıştır. Bu konuda bkz. Jarrosson, Charles, “Réflexions sur l’imperium”, *Etudes Offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, s. 245-279; Erkut, Celal, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı*, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2004, s. 42 vd.; Drogula, Fred K., “Imperium, Potestas, and The Pomerium in The Roman Republic”, *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte*, Band: 56, Heft: 4, 2007, s. 419-422. Ayrıca bkz. Uçar, İsmail, *İdare Hukukunda Kamu Gücü Kavramı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016, s. 56-60; Uçar, İsmail, “İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcalığı Kavramı ve Bir Kamu Gücü Ayrıcalığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20 (3), 2016, s. 339-341.

yetkisini de içinde barındırır¹⁵. Yargı merciinin, amaçlarını yerine getirmek üzere, devletin sahip olduğu *imperium* yetkisinden kendi payına düşeni kullanmasının bir sonucu olarak; “emir”, yargılama faaliyetini tamamlayan parçalardan biri hâline gelir¹⁶. Bu sayede yargı mercii, hukuka aykırı davranan tarafı hukuka uygun davranmaya zorlarken, müdahalesini gerektiğinde emir vererek gerçekleştirecektir. *Jurisdictio* ancak *imperium* yetkisinin varlığıyla tam bir etki gösterebilir.

Yargılama faaliyetinin amacı, adaleti sağlayarak belirsizliği sona erdirmek ve bu sayede uzun vadede toplumsal barışı inşa etmektir. Her davanın arka planında bir uyuşmazlık, bir çatışma bulunur. Yargılama faaliyeti bir yandan uyuşmazlıkla/çatışmayla ortaya çıkan belirsizliğe son verme, belirsizliği kesip atma ve uyuşmazlık/çatışma halinde olan tarafları birbirinden ayırma; bir yandan da uyuşmazlık konusu davanın kazananının da kaybedenin de toplumsal iş birliği şemasında hak ettikleri adil payın ortaya konulduğu faaliyettir¹⁷. Bu sayede davanın her bir tarafının, karşı tarafın da kendisiyle aynı toplumun bir parçası olduğunu anlaması sağlanır¹⁸. Başka bir deyişle, **yargılama faaliyeti vasıtasıyla, davanın arka planın yatan çatışmanın sona erdirilmesiyle taraflar bir yandan birbirinden ayrılır; bir yandan ise birbirine yaklaştırılır.**

Yargılama, hukuk vasıtasıyla uyuşmazlıkları çözmektir. Dolayısıyla hâkim de hukuk vasıtasıyla uyuşmazlığı çözendir. Bu nedenle hâkim olmak kendini hukuk devletinin hizmetine adanmayı gerektirir¹⁹.

Yargılama, devletin toplumsal ilişkilere müdahale alanlarından biridir. Hâkim hukukun üstünlüğünü temin etmek yanında, aynı zamanda demokrasinin arabulucu gücüdür. Bu yönüyle hâkim, siyasal iktidarın

¹⁵ Costa, Jean-Paul, “L’effectivité de la justice administrative en France”, *La Revue administrative*, 52 (8), 1999, s. 132.

¹⁶ Leclerc, 2015, s. 588-589.

¹⁷ Ricoeur, Paul, *Le Juste*, Éditions Esprit, Paris, 1995, s. 192.

¹⁸ Ricoeur, s. 192.

¹⁹ Sauvé, Jean-Marc, “La justice administrative au service de l’état de droit”, Intervention de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d’état, à l’Ecole nationale d’administration du Liban 2012, (Internet: <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/la-justice-administrative-au-service-de-l-etat-de-droit>. Erişim Tarihi: 01.06.2023)

uygulamalarını sınırlar, hukuktan sapması halinde onu uyarır ve frenler²⁰. Dolayısıyla yargılama devletin sadece bireylere değil, kendi kendisine de müdahale ettiği alandır.

Bir dönem yargılama işlevi, “mekanik kanun söyleyiciliği”; hâkimler ise “kanunun ne dediğini söyleyen” kişiler olarak anlaşılmıştır. Montesquieu de “Kanunların Ruhü Üzerine” adlı eserinde²¹ hâkimleri katı bir biçimde emir altında oldukları bir yerde konumlandırmıştır. Hâkim, kanunun ağzı (*la bouche de la loi*)²² olduğu için, yalnızca konulmuş hukuku uygulayabilir. **Bu anlayışa göre, hâkim kanun lafzını telaffuz eden bir ağızdan; yargı kararı da ancak kanunun belirli bir metninden ibarettir.** Böyle bir hâkim hareketsiz bir varlıktan öte bir niteliği haiz olmadığından ne zorbalığa ne de şiddete çare olabilir²³. Bu durumda yargılama gücü de birçok açıdan değersiz hâle gelmektedir²⁴.

Bugün artık yargılama faaliyeti, amacı adaletin tecellisi olan; adaletin “*idare edilmesi*” değil; hukukun ne olduğunun söylenmesidir. Hâkim sadece adaleti gerçekleştirmekle kalmamakta, verdiği kararlar hukukun yaratılması sürecine de katılmaktadır.

O hâlde yargılama faaliyetinde hâkimin iki rolünün olduğu söylenebilir. Bunlardan ilki, hâkimin hukuk düzeninde oynadığı roldür. Uyuşmazlık konusu davada uygulanacak hukuk kuralının açık ve yegâne anlam taşımadığı ya da böyle bir kuralın hiç bulunmadığı hallerde hâkim, kuralı yorumlayarak, kurala normatif yeni bir anlam kazandırır ya da kuralın bulunmadığı hallerde hukuk yaratma yetkisini kullanır. Böylece hâkim, adalet dağıtırken, normatif yetkinin bölüşümünden pay alır²⁵. **Farklı sosyal**

²⁰ Sauv ,  evrimi i.

²¹ Türkçe  evirisi için bkz. Montesquieu, *Kanunların Ruhü  zerine*, ( ev. G nen, B.), (İlk Yayım Yılı: 1748), Türkiye İŞ Bankası Kültür Yayınları, 2017.

²² “*Milletin yargıçları, kanunun ne etkisini ne de yürürlüğünü hafifletebilen cansız varlıklar olarak, onun l fzını seslendiren ağızdan başka bir Şey değildir*” Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Livre: XI, Chapitre: VI, Paris 1758, http://institutdeslibertes.org/wp-content/uploads/2013/09/Montesquieu_esprit.pdf.

²³ Rials, S. “*Ouverture/L'office du juge*”, *Droits*, (9), 1989, s. 3.

²⁴ Rials, s. 3.

²⁵ Lafaix, s. 14.

yararlar arasında hüküm kurmak zorunda olan hâkim, norm yarattığında, bu boyutuyla yasamayla ilgili politik bir rol üstlenmiş olur²⁶.

Hâkimin yargılamadaki ikinci rolü adaleti gerçekleştirmeye ilişkindir. Hâkimin daha teknik bir niteliği haiz ve doğrudan davaya ilişkin olan bu rolü, yargılamaya ilişkin kendisine verilen yetkilere ve aynı zamanda yerine getirilmesi zorunlu tutulan ödevlere ilişkindir²⁷. **Adaletin gerçekleştirilmesi de hâkimin davada sahip olduğu yetki ve tabi olduğu ödevler üzerine kuruludur.** Bununla birlikte idari yargıda adaletin gerçekleştirilebilmesi için hâkim aynı zamanda, “iyi kanun”lara, “iyi idare”ye ve “hukuk teorisyenlerinden oluşan eleştirel bir çevre”ye de ihtiyaç duyar²⁸. Bu gerekliliklerin sağlanabilmesi hâlinde hâkim, yargılama faaliyetinin hem kısa vadeli hedefini (uyuşmazlığı noktalamak suretiyle belirsizliği sona erdirme) hem de uzun vadeli hedefini (toplumsal barışı sağlama) gerçekleştirmesine katkıda bulunur.

V– İDARİ YARGI HÂKİMİ – ADLİ YARGI HÂKİMİ

İdari yargı tarihi, adli yargıdan tamamen farklı, özgün bir niteliği haizdir. İdari yargıda adaleti sağlamak için, genellikle aynı düzeyde olmayan yararlar arasında bir karar vermek gerekmektedir. Zira idari yargıda davalı konumunda olan idarenin, yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerini ifa etmek üzere gerekli faaliyetleri yerine getirmek için kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanmasından kaynaklanan özel bir fonksiyonu bulunmaktadır. Bu sebeple idari yargıda, özel kişiler arasındaki ilişkilerden farklı olarak, yararlar ve kişiler arasında olgusal eşitsizliğin yanı sıra; aynı zamanda hukuki bir eşitsizlik söz konusudur²⁹. O hâlde adli yargı hâkimi ile idari hâkiminin, bir uyuşmazlıkta taraflar arası eşitsizlikle karşılaştıklarında, aynı şekilde, aynı vasıtalarla ve aynı neticelerle hareket etmeleri mümkün değildir³⁰. İdari hâkimin, adli yargı hâkiminin elinde bulundurduğu imkân ve

²⁶ Lafaix, s. 14.

²⁷ Chauvaux Didier, “L’office du juge administratif: constantes et mutations”, *Revue Justice et Cassation*, Dossier L’office du juge, 2010, s. 58.

²⁸ Sichler-Ghestin, Françoise, “Le rôle social du juge administratif”, in *Le renouvellement de l’office du juge administratif*, (Editör: Lafaix, Jean-François), Berger-Levrault, Boulogne-Billancourt, 2017, s. 50.

²⁹ Lafaix, s. 15.

³⁰ Lafaix, s. 15.

vasıtalarından daha aزیyla hareket ederek amacını gerekleştirmesi ise evleviyetle imkânsızdır.

Her hâkim gibi idari hâkimin de temel görevi adaleti sağlamaktır. Ancak idari yargıyı doğuran ağır tarihsel nedenler ve kamu gücünden yararlanan idareyi hukuka uydurmanın zorluğu karşısında, idari yargıda adaletin sağlanması hem adalet kavramının algılanışı hem de adaletin somut olarak gerçekleştirilmesi bakımından farklı bir renge bürünmektedir³¹. Her şeyden önce, gerçekte devletin bir uzantısı olarak yargılama yapan **idari hâkimin, hukukun ne olduğunu söyleme ve adalet dağıtma faaliyeti, sıradan bir yargılamanın değil; hukuk devleti ilkesine göre yaptığı yargılamanın sonucudur**³².

Hukuk devleti ilkesine göre yargılama yapan idari hâkim, diğer hâkimlerin sahip olduğu rolle birlikte aynı zamanda idari yargının özğün yapısından kaynaklanan farklı bir rolü de haizdir³³. Kuřkusuz idari hâkim de diğer hâkimler gibi yürürlükteki hukuk kurallarına göre yargılama yapar. Millet / halk adına karar verse de milletin / halkın temsilcisi değildir. Hâkim seçilmiş demokratik temsilciler tarafından çıkarılan hukuka göre yargılama yaptığı için, kural olarak, kendi başına “*genel norm*”lar üretemez. Ancak bu kuralın mutlak kabulü, hâkimi programlanmış bir otomat ve mekanik bir kanun söyleyicisi (kanunun ağzı) hâline getirir. Hâkim, hukuk düzeninin somutlaştığı her derecede, hukuk yaratmanın belli bir parçasını; “*takdir yetkisi*”ni bünyesinde barındırır³⁴. Günümüz hukuk sistemlerinde normatif kural koyma yetkisi seçilmişler ve yetkilendirilmişler arasında paylaşılmakta; böylece artık giderek “*karma bir hükümet formu*”na yaklařılmaktadır³⁵. Böylece hâkimin klasik görevlerine aynı zamanda “*hükümet eden*” rolü de eklenmektedir. Sonuç olarak hâkimin hem yargılama yapma hem de hukuk yaratma (*prétorien*) rolü söz konusu olmaktadır³⁶.

³¹ Lafaix, s. 15.

³² Lafaix, s.15.

³³ Lafaix, s. 15-16.

³⁴ Lafaix, s. 15-16.

³⁵ Lafaix, s. 15-16.

³⁶ Lafaix, s. 15-16.

VI- İÇTİHAT (İCDİHÂD) / YARGISAL İÇTİHAT / İÇTİHADİ HUKUK

Arapça “gayret göstermek, bütün gücünü kullanmak, ısrarlı olmak, zahmet çekmek” anlamındaki “cehd” kökünden gelen “icdihâd”, gücü kuvveti yettiği kadar çalışmak, zor ve külfetli bir iş yerine getirmek için bütün kudret ve gayretini sarfetmek suretiyle çalışmak demektir³⁷. İstilahta ise “haklarında kat’i sarahat bulunmayan meseleleri edile-i tafsilîyesinden (edille-i şer’iyenin cüzziyatı) istinbata (sonuç çıkarmaya) bütün kudretini sarfetmek” anlamındadır³⁸.

Bu anlamda yargısal içtihat denilen şeyin, yargıca özgü bir zihinsel çabanın ürünü olması gerekir. O hâlde, “yargısal içtihat, tikel-somut uyuşmazlık ile tümel- soyut kuralın tetâbuk etmediği yahut böyle bir kuralın hiç bulunmadığı hâllerde (semantik belirsizlik veya boşluk durumlarında) ortaya çıkan ve salt dedüksiyonun ötesinde, yargıca özgü zihinsel çabanın ürünü olan yargı kararlarını” ifade eder³⁹.

Yargısal içtihat, yargı organının, önüne gelen bir uyuşmazlığı kesin olarak çözmek amacıyla, uyuşmazlığa ilişkin kişiler ve olaylar ile somut hukuki durumlara ilişkin araştırma, gözlem ve hukukun ne dediğini belirlemek faaliyetinin sonucu olarak, hâkimin vicdani kanaati ile vardığı sonucu, yazılı hüküm olarak tespit ettiği kararlardır⁴⁰. Ne var ki, yargılama faaliyeti kapsamında mahkemelerin vermiş olduğu bütün kararlara yargısal içtihat demek mümkün değildir⁴¹. Yargısal içtihat, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kuralının açık ve yegâne anlam taşımadığı ya da böyle bir kuralın hiç bulunmadığı hallerde, hâkimin, uyuşmazlığın çözümünde “hâkim vasfı” ile ortaya koyduğu, zihinsel gayretinin, çabasının ürünüdür⁴². Bu çerçevede içtihat, yargı kararında tecelli eder; ancak her yargı kararında içtihat olmaz.

Bir mahkeme kararında yer alan normatif ilkenin içtihat niteliği taşıması için, birden fazla kararda benimsenmesi, öğreti tarafından doğrulanması veya yargısal bir teamül hâline gelmesi zorunlu değildir. Yine kararı veren mahkemenin, idare veya vergi mahkemesi, bölge idare

³⁷ Devellioğlu, Ferit, *Osmanlıca – Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, 15. Baskı, Ankara, 1998, s. 408.

³⁸ *Türk Hukuk Lûgati*, 3. Baskı, Ankara, 1991, s. 142.

³⁹ Çıtak, s. 10.

⁴⁰ Akyılmaz Bahtiyar – Sezginer Murat – Kaya Cemil, *Türk İdare Hukuku*, 16. Baskı, Ankara, 2023, s. 91.

⁴¹ Çıtak, s. 9.

⁴² Çıtak, s. 10-11.

mahkemesi ya da Danıştay olması da kararda yer alan ilkenin içtihat sayılmasında önemli bir faktör değildir⁴³. Dolayısıyla, bir karar dahi yargısal içtihadın ortaya çıkması için yeterlidir. Bir kararla ortaya çıkabilen yargısal içtihadın benzer uyuşmazlıklara ilişkin sonraki kararlarda dikkate alınarak uygulanıp uygulanmaması, esasında o içtihadın niteliğine değil, ömrüne ilişkin bir meseledir⁴⁴.

İctihadîlik ise hâkimin zihinsel bir çabası sonucu ortaya çıkan “kurucu” nitelikte yargısal içtihatların yarattığı *genel* bir durumdur. Bu anlamda bir hukuk dalının içtihadî olması, *o alanda ortaya çıkan her uyuşmazlıkta hakimlerin içtihat üretme hâlinde bulunduğu ya da bulunması gerektiği* anlamına gelmez. O halde “*belli bir hukuk alanında yargısal içtihatların kurucu, kanunların ise tamamlayıcı konumda bulunması durumuna içtihadîlik denir. Diğer bir tabirle içtihadîlik, bir hukuk dalına ait temel kavram, kurum ve ilkelerin ilk olarak kanunlarda değil, yargısal içtihatlarda zuhur etmiş / ediyor olması hâlidir*”⁴⁵.

VII- İCTİHAT HUKUKU – İCTİHADİ HUKUK

Yargı kararlarının otoritesinin sınırlı olduğu, hâkimlerin uyuşmazlıkların çözümünde daha önceki davaları anmak zorunda kalmadığı Kıta Avrupası sisteminde içtihat hukukundan söz etmek mümkün olmamakla birlikte, belli bir hukuk dalının temel kavram, kurum ve ilkelerinin yargısal içtihadı dayandığını; yani “*ictihad*” olduğunu söylemek mümkündür⁴⁶.

Kanunlar ve diğer mevzuat, toplumsal ihtiyaçların giderilmesi amacıyla yürürlüğe konulmuş olsa da içerdiği hükümlerin, uygulamada ortaya çıkabilecek her ihtimalin düşünülerek, çözüm üretildiği hükümler olması mümkün değildir. Bu noktada, söz konusu düzenlemeler açık, belirli

⁴³ Kayhan, F. “Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İctihatlarının ve İctihadi Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1999, S. 2, s. 345.

⁴⁴ Çıtak, s. 156. Aksi yöndeki bir görüş olarak, tek bir kararın içtihat teşkil etmeyeceği hakkında bkz. Bilge, Necip, “Yargısal İctihatların Bağlayıcı Etkileri ve İctihadi Birleştirme Kararları”, Recai Seçkin'e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:351, Ankara, 1974, s. 234.

⁴⁵ Çıtak, s. 55.

⁴⁶ Çıtak, s. 56; Başbüyük, İ. “Yargı Kararlarında Gerekeç Zorunluluğu”, Güncel Hukuk Dergisi, 2009, s. 1521.

ve genel hükümler içerse de çıkabilecek her somut uyuşmazlığa cevap veremeyebilir. Bunda toplumun değişip gelişmesiyle birlikte sosyal ilişkilerin daha karmaşık hâle gelmesinin; somut uyuşmazlıkların nüanslarla olsa da birbirinden farklı özelliklerinin bulunmasının etkisi büyüktür. Böyle bir durumda, hâkimin, somut olayın özelliklerini dikkate alarak, söz konusu hükmü hukuka uygun olarak yorumlayarak ya da hüküm bulunmayan hallerde hukuk bilgisi ve tecrübesi ile adalete uygun ilkeler / kurallar belirleyerek uyuşmazlığı çözmesi gerekir⁴⁷. İşte bu noktada, anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatine göre karar vermekle görevli ve yetkili olan hâkimler, yargısal içtihatlarla uygulamaya yön veririler.

Başta Birleşik Krallık olmak üzere; Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Avustralya ve eski İngiliz kolonisi diğer birçok ülkede, Kıt'a Avrupası sisteminden farklı, *Common Law* adıyla anılan bir hukuk sistemi bulunmaktadır⁴⁸. Bu sistemde *stare decisis* (İngilizce starı disaysıs okunur) (içtihatlara bağlılık) ilkesi geçerlidir.

Common Law'da uyuşmazlığı çözen kurallar, doğrudan doğruya hâkim tarafından, geçmiş kararlar kıyaslanmak suretiyle tespit edildiği için, on üçüncü yüzyılın sonlarından itibaren davalar, raportörler tarafından yazılmaya ve *Year Books* adı altında yıl yıl toplanmaya başlamıştır⁴⁹. Latince *karar verilen şeyde durmak* anlamına gelen ve herhangi bir davanın önceden

⁴⁷ Dinçkol, Abdullah, “Hâkimin Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, 1995, s. 170.

⁴⁸ *Common Law* tamlaması, tarihsel süreç içerisinde gittikçe genişleyen / birbiri üzerine binen üç farklı anlam kazanmıştır: 1- Norman İstilâsı ile *Equity Law*'un ortaya çıkışı arasındaki devrede hâkimlerce yaratılan hukuk 2- Bugün *Statute Law* dışında kalan ve *Equity Law*'u da kapsayan içtihadî hukuk 3- En geniş anlamda; Birleşik Krallık, ABD ve eski İngiliz sömürgelerinde uygulanan hukuk sistemi. Çıtak, s. 16. Terimin bütün anlamları için bkz. King Edward / Hawley Joseph, “İngiliz (Common Law)'unun Gelişmesi”, (Çeviren: İlhan Lütem), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 16, Yıl: 1959, Sayı: 1-4, s. 180-181.

⁴⁹ Jenks Edward, “İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler”, (Çeviren: Mukbil Özyörük), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 7, Yıl: 1950, Sayı: 1, s. 58-59; King / Hawley, s. 190. XIII. yüzyılın ortalarında Henry Bracton (1210-1268) tarafından hazırlanan *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* (İngiltere'nin Hukuk ve Örfü) isimli kitap, *Year Books* neşrinde oldukça etkili olmuştur. Bu eser, içerisinde yer alan iki bini aşkın yargı kararı örneği ile İngiliz hukukunu rasyonel bir sistem hâlinde izah etmektedir. Lundmark, Thomas, *Charting the Divide Between Common and Civil Law*, New York 2012, s. 347-348.

verilmiş benzer kararlar ışığında çözülmesini gerektiren *stare decisis* (emsâl karara uyma) (Latince *stari dekisis* okunur) doktrini⁵⁰, toplumun öngörülebilirlik isteğinin de etkisiyle, işte bu ortamda ortaya çıkmıştır⁵¹.

Stare Decisis ilkesi, mahkemelerin ve hakimlerin, daha önce benzer davalarda verilen emsal kararlara saygı duyması esasına dayanır. İlkeye göre tutarsız ve adaletsiz olmadıkça, yasal istikrarı desteklemek için aynı sorunların çözüme kavuşturulacağı benzer davalarda önceki emsallere göre karar verilmelidir. Amerikan Yüksek Mahkemesi, *Kimble v. Marvel Entertainment* davasında ilkenin gerekçesini “*yasal ilkelerin tarafsız, öngörülebilir ve tutarlı gelişimini teşvik etmek, güveni teşvik etmek, yargı kararlarının ve adli sürecin gerçek ve algılanan bütünlüğüne katkıda bulunmak*” olarak ifade etmiştir⁵². Emsallere saygı, yasaya tutarlılık verir ve yasanın yorumlarını daha öngörülebilir ve görünüşte rastgele olmaktan çıkarır.

Kıta Avrupası ülkelerinde hâkimin önündeki ihtilaflara uygulayacağı kuralların büyük çoğunluğu, yasama (ve yasamanın yetkilendirdiği yürütme) kaynaklıdır. Yargı organı, soyut kural koyma işlevine, yalnızca somut davalar vasıtasıyla, yazılı kuralların boşluklarını doldurmak ve belirsizliklerini gidermek suretiyle iştirak eder. Anglo-Sakson hukuk sisteminde ise hâkimin somut uyuşmazlıklara uygulayacağı normların ekserisi, yine mahkemelerce yaratılmış durumdadır⁵³. Bu sistemde yasama organı çoğu durumda, hâkimler tarafından yaratılmış genel kuralların boşluklarını doldurmak,

⁵⁰ “*Stare Decisis*” in Oxford Dictionary, Erişim: <https://en.oxforddictionaries.com/definition/us/stare-decisis>,

⁵¹ “*Hukukun yeknesaklığı prensibini kabul etmiş bir hâkimin karşısında dâvanızın müdafaası için onun meslektaşlarından biri, hatta bizzat o hâkim tarafından verilmiş olup da müvekkilinizin menfaatine uygun bulunan bir kararı zikretmekten daha müessir ne olabilir? Hasminiz da, zıt bir nokta-i nazar ifade eden başka bir hükmü öne sürerek size cevap vermek mecburiyetindedir. Her iki taraf da kendi nokta-i nazarının kazaî otoritenin sıklet merkezince tasvip ve takviye edilmekte olduğunu ileri sürecek ve emsallerden delil çıkarma faaliyeti başlayacaktır.*” Jenks, s. 58.

⁵² Karara erişim için bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/13-720/>.

⁵³ Çıtak, s. 16. “*O hâlde görüldüğü üzere, bir kaidenin tespit ve beyanı ile bunun dâva edilen kimseye tatbiki gibi iki ayrı ameliye, bir tek ameliyede birleştirilmiştir.* (İngiltere'de) *Kazaî hukukun ruh ve esası işte budur.*” Jenks, s. 57.

belirsizliklerini gidermek ve bireysel-özel durumlar için bu kurallara istisnalar getirmekle yetinir⁵⁴.

XIV ve XV. yüzyıllara gelindiğinde, İslâm Hukuku'nda yaşanan *ıçtihat kapısının kapanmasına* benzer bir durum, İngiliz Hukukunda da ortaya çıkmıştır⁵⁵. Açılması muhtemel dava türleri, *writ*⁵⁶ adı verilen formlar hâlinde sabitlenmiştir. Böylece Common Law hâkimleri, istikrar ve öngörülebilirliği korumak için, *ubi remedium ibi ius* özdeyişine⁵⁷ yaslanmış ve değişen dünyanın getirdiği yeni uyumsuzluk türlerine çözüm sunmamakta ısrar etmişlerdir. Bu sırada, kendisini yetkilendiren bir kanuna dayanarak⁵⁸, *Lord Chancellor* devreye girmiş, mahkemelerce reddedilen davalara bizzat

⁵⁴ Çıtak, s. 16. *Common Law* ülkelerinde yasama organının, “kural koyma” bakımından, Kıt'a Avrupası'na göre edilgen bir işlev üstlenmesini anayasal bir mecburiyetin değil, tarihsel bir “geri durma”nın sonucu olarak görmek icap eder. Çünkü yasamanın ilk-elliği ve üstünlüğü bu ülkelerde de kabul edilmektedir. Dolayısıyla yasama organı, arzu ettiği takdirde bu ülkelerde de içtihatlarla oluşan hukuku ortadan kaldıracaktır. Bkz. Cardozo, Benjamin N., *The Nature of the Judicial Process*, New Haven (Yale University Press) 1946, s. 14. Mumcu, Uğur, “İngiliz Hukukunda Ultra Vires İlkesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 27, Yıl: 1970, Sayı 1-2, s. 44; Özbudun, Ergun, “İngiltere'de Parlâmento Egemenliği Teorisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 25, Yıl: 1968, Sayı: 65-66, s. 62.

⁵⁵ Çıtak, s. 19.

⁵⁶ “*Writ, en basit izah ile bir nevi dâva arzuhalidir. Common Law'da dâva mevzuu olabilecek tarz ve hareketler muayyen ve mahduttur. Writ'ler de, her dâva mevzuu için muayyen bir formül olmak üzere evvelden hazırlanmıştır. Davacı, Royal Chancery'ye gittiği ve oradaki kâtibe dâvasının mevzuunu anlattığı zaman, eğer şikâyet etmekte bulunduğu e'fal ve harekât, o ana kadar Common Law hâkimlerince, hakkında dâva açılacak bir mevzu olarak kabul edilmemişse, bittabi bu mevzuda bir writ formülü de tesbit edilmemiş ve mevcut bulunmamış olduğundan, davacıya verilen cevap şudur: 'Maalesef, şikâyet ettiğiniz bu mevzuda bir dâva aşamayacaksınız. Çünkü Common Law'da böyle bir dava mevzuu ve binnetice kendisinden müşteki olduğunuz kimseyi bu mevzuda mahkemeye celbedilebilecek bir writ şekli yoktur'. Buna mukabil, davacının şikâyeti şayet bir dâva mevzuunu teşkil ediyorsa, bu takdirde bunun ne dâvası olduğu araştırılır, bu husustaki writ formülü bulunur, açık yerleri doldurulur ve muayyen bir ücret mukabili davacıya satılır. Davacı, ancak bu writ ile müracaat ettiği takdirde ki mahkeme dâvaya bakar.*” Jenks, s. 64, dipnot: 1.

⁵⁷ Bu Latince özdeyiş, *hukukî çare (dava) varsa, hak vardır* anlamına gelmektedir. Jenks, s. 64, dipnot: 1.

⁵⁸ Bu kanun, 1285 yılında çıkarılan İkinci Büyük Westminster Statüsü'dür.

bakmaya ve ilâm niteliğinde kararlar vermeye başlamıştır⁵⁹. Devamındaki yaklaşık dört yüz yıl boyunca *Chancellor* ve onun nezdinde kurulan *Court of Chancery*, davanın şeklini değil, ulaşılabilecek âdil sonuçları önceleyen hakkaniyet hukukunu (*Equity Law*) meydana getirmiştir⁶⁰.

Asırlar boyu yan yana faaliyette bulunan Common Law mahkemeleri ile Chancellor arasında çıkan uyuşmazlıklar, ikincisi tarafından yaratılan *Equity Law* lehine giderilmiştir⁶¹. Sonunda (1873-1875 yıllarında) çıkarılan *Judicature Acts*, söz konusu yargı mercilerini birleştirerek, her iki hukukun da aynı yargı düzenince tatbik edilmesine imkân vermiştir. Günümüzde her ikisine de geniş anlamda *Common Law* adı verilse de⁶², *Equity Law*'un ilkeleriyle (eski - dar anlamda) *Common Law* çeliştiği zaman, mahkemeler *Equity Law*'u uygulamak mecburiyetindedir⁶³.

Parlâmento tarafından çıkarılan kanunlardan, yani *Acts of Parliament*'tan oluşan *Statute Law*, Common Law sisteminde bir hukuk kaynağıdır ve hâkimleri bağlar. Bununla birlikte, az önce işaret edildiği gibi, Anglo-Sakson ülkelerinde yasama organı, bir gelenek olarak, hâkimlerce

⁵⁹ Yaklaşık yirmi sene öncesine dek *Lord Chancellor*, devletin üç erki bakımından da önemli yetkilere sahip olan kendine özgü bir makamı. 2005'te Parlâmento tarafından çıkarılan *Constitutional Reform Act* ile *Lord Chancellor*'ın yargısal yetkileri kaldırılmış ve yasama organındaki *de facto* başkanlık görevi sona erdirilmiştir. Reform hakkında geniş bilgi için bkz. Yolcu, Serkan, *İngiltere'de Kuvvetler Ayrılığı ve Yargı Bağımsızlığı Alanındaki Gelişmeler*, Ankara, 2011.

⁶⁰ Jenks, s. 63 ve devamı; Corkery, Jim, "The English Courts and the Rise of Equity", *The National Legal Eagle*, Volume: 7, Issue: 2 (Spring 2001), Article Number: 6; "Equity" in Oxford Reference, <http://www.oxfordreference.com>.

⁶¹ I. James döneminden sonra (1616).

⁶² Common Law kavramı, *Equity Law*'a ilaveten, *Law Merchant* (Tüccar Hukuku) ve *Canon Law*'u (Kilise Hukuku) da bünyesine katmış durumdadır. *Law Merchant* ve *Canon Law* hakkında detaylı bilgi için bkz. Jenks, s. 50-55; King / Hawley, s. 214-215.

⁶³ *Novum Organum* adlı eseriyle maruf Sir Francis Bacon, meslek açısından hukukçu olup, *attorney general* (bir tür başsavcı ve danışman) sıfatıyla I. James'in hizmetinde bulunduğu esnada *Equity Law*'un üstünlüğü esasını ortaya koymuştur. Daha sonra, *Lord Chancellor* makamına gelerek (1618-1621), Common Law'u donmaktan adeta kurtarmıştır. Çıtak'a göre, tümdengelimine karşı tümevarım yöntemini savunarak bilim devriminin temellerini atan Bacon'ın, aynı zamanda İngiliz Hukukunda *ıçtihat kapısını tekrar açan kişi* olması rastlantı değildir. Çıtak, s. 20. Bacon'ın hukukçuluğu hakkında detaylı bilgi için bkz. Kocher, Paul H., "Francis Bacon on the Science of Jurisprudence", *Journal of the History of Ideas*, Volume: 18, Number: 1 (January 1957), s. 3-26.

yaratılan normlara (Common Law'a) olabildiğince az müdahil olmayı yeğlemiş ve çoğunlukla bu normları tamamlamayı ve yorumlamayı tercih etmiştir⁶⁴.

Kıt'a Avrupası ülkelerinde *kanun* ifadesi; her şeyden önce genel, soyut, kişilik dışı ve sürekli kuralları akla getirir. Bir kanunun sadece belli bir şahsa, nesneye veya olaya yönelmesi (şeklî kanun⁶⁵ ihtimali) nadirattandır. Yani Kıta Avrupası'nda kanunlar sayı bakımından az, kapsam açısından ise geniş ve tüketicidir. Hâlbuki Anglo-Sakson ülkelerinde bunun tam tersi söz konusudur. Bu sistemde kanunların sayı itibarıyla daha çok, ancak ihtiva ettikleri hükümler itibarıyla somut, özel ve bireysel oldukları görülür⁶⁶. Çoğu zaman kanunların işlevi; hâkimlerce yaratılan normları *tamamlamak*, yorumlamak veya belli durumlara özgü biçimde tadil etmekten ibaret kalır⁶⁷.

Anglo-Sakson hukuk sisteminde, önceden verilmiş mahkeme kararlarının, mevcut-yeni davaları da ilgilendiren ve bağlayıcı sayılan kısımları, *ratio decidendi* (İngilizce reşiyö desidenday okunur) ismiyle anılır⁶⁸. İlk muhataplarını her yönüyle bağlayan bir yargı kararı, gelecekte ortaya çıkacak benzer ihtilaflar bakımından yalnızca ratio decidendi kısmı

⁶⁴ Mumcu, s. 44.

⁶⁵ Akyılmaz - Sezginer – Kaya, s. 28.

⁶⁶ Lundmark, s. 304. “Anglo-Sakson memleketleri ve Amerika gibi yazılı hukuktan ziyade teamüller ve emsali içtihatları tercih eden memleketlerde, kanunlar, emri ihtiva eden birer kaide olmaktan ziyade, bir direktif mahiyetinde kaideleri ihtiva ederler. Bunlar muayyen bir seri tasarrufta hâkime yol gösterecek mutavassıt bir hareket tarzını göstermekle iktifa ederler” Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, Cilt: I, İstanbul, 1966, s. 361.

⁶⁷ Mesela 1996 yılında çıkarılan Birleşik Krallık Hukuk Reformu Kanunu'nun (*United Kingdom Law Reform Act*) ilk bölümü, daha evvel yargı içtihatlarıyla yaratılmış bulunan “bir yıl ve bir gün kuralı”nın ilga edildiğini ifade eden tek bir cümleden oluşmaktadır: “The rule known as the ‘year and a day rule’ (that is, the rule that, for the purposes of offences involving death and of suicide, an act or omission is conclusively presumed not to have caused a person's death if more than a year and a day elapsed before he died) is abolished for all purposes”. Benzer örnekler için bkz. Lundmark, s. 305. <https://www.legislation.gov.Uk/ukpga/1996/19/section/1>, “Bir yıl ve bir gün kuralı” hakkında geniş bilgi için bkz: [https://www.law.cornell.edu/wex/year and a day rule](https://www.law.cornell.edu/wex/year%20and%20a%20day%20rule).

⁶⁸ Goodhart, Arthur L., “Determining the Ratio Decidendi of a Case”, *Yale Law Journal*, Volume: XL, Number: 2 (December 1930), s. 161-162.

aracılığıyla etkili olur⁶⁹. Başka bir deyişle, ratio decidendi, bir yargı kararının gelecekte canlanması ve diğer davalar üzerinde otorite kurması muhtemel bölümdür⁷⁰.

Common Law'da emsâl teşkil edecek yargı kararının, ratio decidendi haricinde kalan ve somut dava bakımından önem arz etmeyen kısımları, *obiter dicta* (tekili: *dictum*) şeklinde adlandırılır⁷¹. Yargı kararının bu iki bölümü arasındaki ilişki, şu benzetmeyle açıklanabilir:

“Common Law'da verilen her yargı kararı; biri ratio decidendi, diğeri obiter dictum olmak üzere iki parçalı bir yapboz gibidir. Ancak tam bu noktada belirtmek gerekir: yapboz, gelecekte emsâl teşkil edeceği her bir uyuşmazlıkta yeniden ve farklı tarzlarda -ama hep ikiye ayrılarak- oluşur. Yani geçmişte verilen yargı kararının bir kısmı, hâlihazırdaki uyuşmazlık bağlamında obiter dictum iken, gelecekteki başka bir dava için ratio decidendi olabilir”⁷².

Ratio decidendi, ilgili yargı kararından çıkarılan soyut kuralı barındıran kısım olmasından dolayı, çoğunlukla *principle* şeklinde anılır⁷³. Eğer bir yargı

⁶⁹ Salmond, John W., *Jurisprudence*, London 1913, s. 173; Bankowski, Zenon / MacCormick, Neil D. / Marshall, Geoffrey, “Precedent in the United Kingdom”, in *Interpreting Precedents*, (Editors: Neil MacCormick, Robert S. Summers and Arthur L. Goodhart), New York (Routledge) 2016, s. 336.

⁷⁰ Çıtak, s. 22. Başka bir tanım ise şöyledir: “Ratio decidendi, yargıç tarafından sarahaten yahut delâleten verilen, davada tarafların argümanlarıyla ortaya konmuş hukukî meselenin hâlline yeterli gelen ve dava [sonucunda verilecek] kararın gerekçelendirilmesi için lüzumlu bulunan hükümdür” MacCormick Neil, “Why Cases Have Rationes and What These Are” in Goldstein, Laurence, *Precedent in Law*, Oxford 1991, s. 170'ten aktaran: Bankowski / MacCormick / Marshall, s. 338, (tanımı çeviren: Çıtak, s. 22).

⁷¹ McLeod, Ian, *Legal Method*, London 1999, s. 154-155; Bankowski / MacCormick / Marshall, s. 336. Bu kavramı Fransız idarî yargısına taşıyan bir çalışma için bkz. Lannoy, Marie, *Les obiter dicta du Conseil d'Etat statuant au contentieux*, Paris 2016.

⁷² Çıtak, s. 22-23.

⁷³ *Principle*, kararın metninde açıkça bulunmayıp, yalnızca ondan çıkarsanan bir şeydir. Çünkü diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi Anglo-Sakson hukuk sisteminde de mahkemeler, kararlarını, sadece önlerinde bulunan somut davanın taraflarına yönelik olarak yazarlar. Yani hâkim, bir kararı kaleme alırken, doğrudan doğruya genel bir kural koyar nitelikte ifadeler kullanmaz. *Principle*, gelecekte ortaya çıkan benzer bir uyuşmazlıkta, ilgili hâkim tarafından, emsâl aldığı kararı veren hâkimin kullandığı cümlelerden soyutlama yoluyla elde edilir. Mesela ABD Federal Yüksek Mahkemesi, bir

kararı, içinden *principle* çıkarılabilecek nitelikteyse, yani bir *ilke* ihtiva ediyorsa, işte o karara *precedent* adı verilir⁷⁴. Anglo-Sakson hukuk geleneğinde, bizdeki *yargısal içtihat* kavramını karşılamak üzere kullanılabilecek en yakın terim, işte budur⁷⁵. Şu hâlde *precedent*, bünyesinde barındırdığı ilke aracılığıyla, doğrudan muhataplarının (ilgili davanın taraflarının) ötesinde bir etki alanına kavuşmakta ve daha sonra doğacak benzer ihtilaflara *emsâl* oluşturmaktadır. İşte bu sebeple *precedent* kelimesini, Türkçeye *emsâl karar* şeklinde tercüme etmek de yanlış olmayacaktır⁷⁶.

Common Law sisteminde aynı mahkemede, aynı derecedeki bir başka mahkemede veya daha farklı derecedeki mahkemelerde görülecek uyuşmazlıklar açısından herhangi bir fark gözetilmeksizin, bir davada belli bir duruma uygulanabilir bir hukuki ilkenin yargısal içtihatla ortaya konulması halinde, tarafları ve konusunun aynı olup olmadığına bakılmaksızın gelecekte ortaya çıkacak ve o uyuşmazlıkla aynı ya da benzerlik taşıyan bütün uyuşmazlıklarda mahkemeler artık uyuşmazlığı önceki içtihadı, emsal karara dayanarak çözecektir. Başka bir ifadeyle önceki emsal kararlar, uyuşmazlığın çözümünde dayanak norm olacaktır.

kanun hükmünün anayasaya aykırılığına hükmederken, Kit'a Avrupası'nda olduğu gibi o hükmü soyut olarak ele alıp bir *iptal* kararı vermez. Yüksek Mahkemenin yaptığı şey, sadece *önündeki dava bakımından o kanun hükmünü anayasaya aykırı bulmak ve ihmal etmekten / uygulamamaktan* ibarettir. İşte bu karardan bir *principle* çıkarılır ve daha sonra karşılaşılan benzer davalarda ilgili kanun hükmü ihmal edilmeye devam olunur. Çıtak, s. 23. Aynı yönde bkz. Metin, Sevtap, *Hukuk Normunun Yorumu*, (Doktora Tezi), İstanbul, 2002, s. 178.

⁷⁴ “*Precedent, kendi içinde ilke [principle] barındıran bir yargı kararıdır. Onun [kararın] altında yatan ve âmir unsurunu teşkil eden ilke, ekseriya ratio decidendi olarak adlandırılır. Somut karar, onun tarafları arasında [için] bağlayıcıdır; ancak herkes açısından hukukî kuvvete sahip bulunan ise yalnız soyut ratio decidendi'dir*” Salmond, s. 173 (ifadeyi çeviren: Çıtak, s. 23). Benzer ifadeler için bkz. Cardozo, s. 28.

⁷⁵ Çıtak, s. 23. Aynı sayfada Çıtak, yakın zamanda hayatını kaybeden ünlü Fransız sosyolog Bruno Latour'un, Conseil d'Etat'nın etnografisini yaptığı *La Fabrique du droit* (Paris, 2002) isimli çalışması İngilizceye tercüme edilirken, *ıçtihat (jurisprudence)* sözcüğünün, *precedent* terimi ile karşılandığını tespit etmektedir. İlgili çeviri için bkz. Latour, Bruno, *The Making of Law: An Ethnography of the Conseil d'Etat*, (Translated by Marina Brillman and Alain Pottage), Cambridge, 2010, s. 11.

⁷⁶ Çıtak, s. 23-24.

Aslında yargısal içtihat (emsal kararlar), hem Common Law sisteminde hem de Kıt'a Avrupası sisteminde mahkeme / hâkim için uyuşmazlığın çözümünde dayanak hukuk kaynağıdır. Bununla birlikte iki sistem arasında uyuşmazlıkların çözümünde yargısal içtihadın (emsal kararların) dayanak olarak alınması bakımından geleneksel bir fark bulunmaktadır. “**İçtihadî hukuk**” anlayışını benimseyen Kıt'a Avrupası sisteminde yargısal içtihat, daha çok normatif ilkelerin belirlendiği ve uyuşmazlıkların çözümünde bu normatif ilkelerden yararlanmak suretiyle mahkemenin / hâkimin uyuşmazlığın çözümünde yararlandığı hukuk kaynağı olarak karşımıza çıkar⁷⁷. Bu anlamda çok önemli olmakla birlikte, önceki yargısal içtihat (içtihadî birleştirme kararları hariç) mahkeme / hâkim için bağlayıcı değildir. Buna karşılık “**içtihat hukuku**” anlayışını benimseyen Anglo-Sakson sistemde birtakım hukuki ilkelerin ortaya konulduğu yargı kararları (yargısal içtihat) sonradan ortaya çıkan benzer uyuşmazlıklarda mahkeme / hâkim için bağlayıcı (emsal) niteliktedir. Mahkeme / hâkim, benzer uyuşmazlıklarda önceki içtihadı göre (onu referans norm olarak) karar vermelidir.

Türk literatüründe *içtihadîlik* (*içtihadî hukuk*) ve *içtihat hukuku* ifadeleri, çoğunlukla eş anlamlı görülerek birbirinin yerine kullanılır. Bununla birlikte *içtihat hukuku* ifadesini; yalnızca emsal karar doktrininin (*doctrine of precedent*) benimsendiği, hâkimlerin eski kararlara açıkça referans verip onları tartışmaya (ve onlardan çıkan ilkelere uymaya) mecbur bulunduğu Anglo-Sakson hukuku gibi sistemlere hasretmek daha doğrudur⁷⁸. Kelimeye böyle bir anlam kazandırıldığında, içtihat hukuku, içtihadîliğin özel bir görünümü haline gelir. Yapılan bu ayırım ışığında şöyle bir sonuca ulaşılabilir:

“(H)er içtihat hukuku, zorunlu olarak içtihadîdir (temel kavram, kurum ve ilkeleri içtihat eseridir); ancak içtihadî karakter arz eden her hukuk dalına içtihat hukuku denemez (temel kavram, kurum ve ilkeleri içtihat yoluyla teşekkül eden her hukuk dalında emsal karar doktrini geçerli olmak mecburiyetinde değildir). Dolayısıyla; yargı kararlarının otoritesinin sınırlı olduğu, yargıçların daha önceki davaları anmak zorunda kalmadığı Kıta

⁷⁷ Ülkemizde yargısal içtihatların hukuk kaynağı olup olmadığı konusundaki tartışmalar için bkz. Uysal, Zeki, *İdari Yargıda İçtihat Aykırılığının Önlenmesi ve Giderilmesi Usulü*, Ankara, 2021, s. 21-36.

⁷⁸ Çıtak, s. 56.

Avrupası'nda içtihat hukukundan söz etmek imkânsız iken, belli bir hukuk dalının temel kavram, kurum ve ilkelerini yargısal içtihatlarla borçlu bulunduğunu (içtihadî olduğunu) söylemek mümkündür⁷⁹.

VIII– İDARİ HÂKİMİN HUKUK YARATMA YETKİSİ

Hâkimin hukuk yaratması, kanun boşluğu durumunda hâkimin kanun koyucu gibi davranarak ve hakkaniyeti dikkate alarak bir kural koyması ve koyduğu bu kurala göre olayı çözümlemesidir.

Anayasa'nın 36. maddesinin ikinci fıkrasına göre "(h) içbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz." Buna göre önüne gelen uyuşmazlıkta mahkeme / hâkim, davanın esasına (maddî hukuka) ilişkin önceden vaz'edilmiş hiçbir norm bulunmasa bile, hukukun ne olduğunu söyleyecek ve uyuşmazlığı çözecektir.

Bu durum 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesinde açıkça ifade edilmiştir: "Kanun, sözüyle ve özüyle değındığı bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiye ona göre karar verir. Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır."

İdare hukukunun önemli ilkelerinden biri de idarenin kanuniliğı ilkesidir. İdarenin kanuniliğı, idarenin teşkilatına ve faaliyetlerine kanunun hâkim olması, idarenin kanunlara saygılı olması, böylece yönetilenlerin, idarenin keyfi eylem ve işlemlerinden korunması anlamına gelir. Söz konusu ilkeye göre idare hem teşkilat hem de faaliyet olarak kanuna dayanmak zorundadır. Zira Anayasa'ya göre, "(i) dare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir" (m. 123/1). Kanuni dayanak ilkesine göre, özellikle bireyin özgürlüklerini etkileyen idari eylem ve işlemlerde idarenin pozitif bir hukuki dayanağının bulunması zorunludur. Çünkü yine Anayasa uyarınca, "(h) içbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz" (m. 6).

Kanunilik ilkesinin geçerli olduğu idare hukukunda genel olarak hâkimin hukuk yaratma yetkisinin olmadığı kabul edilmektedir⁸⁰. İdarenin

⁷⁹ Çıtak, s. 56.

⁸⁰ Yargıtay da kamu hukuku alanında hâkimin hukuk yaratma yetkisi olmadığı kanaatindedir: "...Bizce, özel hukuk alanındaki uyuşmazlıkların çözümünde hâkime

kanuniliği ilkesi gereği, idari hâkimin önüne gelen uyuşmazlığa uygulanacak dayanak bir hüküm -çok genel de olsa- mutlaka vardır; olmalıdır. Zira kanun yoksa idare de yoktur. Diğer taraftan idari yargı yerlerinin idari eylem ve işlem niteliğinde karar veremeyeceği yönündeki Anayasa ve İYUK hükmü (AY m. 125/4, İYUK m. 2/2) de idari hâkimin hukuk yaratma yetkisi önünde bir engel olarak görülebilir.

Bu çerçevede idare hukukunun icthadi karakterinin idari hâkimin uyuşmazlığa uygulanacak normun çok genel ya da anlamının belirsiz olduğu durumlarda normu yorumlayarak mevcut kuralları dönüştürmek, yeni bir anlam kazandırmak suretiyle belirlediği ilkelere dayandığı söylenebilir.

İdare hukukunun tedvin (kodifiye) edilmemiş olması, mevzuatın dağınık vaziyette bulunması ve ihtiyaçlara her an cevap verememesi, kamu hizmetinin değişkenliği ve yeni şartlara uyulanması zorunluluğu idari hâkimin icthadi faaliyetinin, çok genel de olsa uyuşmazlığa uygulanacak bir normun yorumlanmasının çok ötesinde, başta idare hukukunun temel kavramlarının tanımlanması olmak üzere benzer olaylarda da normatif bir kural gibi uygulanabilir ilkeler ortaya koymak şeklinde cereyan ettiği açıktır. Bu çerçevede hizmet kusuru, risk ilkesi, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gibi ilkelerin doğrudan Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan "(i)dare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür" kuralının yorumundan ibaret olduğu; idarenin sorumluluğu hukukuna ilişkin kuralların salt bu kuralın yorumlanması ile ortaya çıktığının kabulü mümkün değildir.

İdari hakiminin hukuk yaratma yetkisi, hukuk hakiminin hukuk yaratma yetkisinin ötesindedir. Zira hukuk hakiminin hukuk yaratma yetkisini kullanarak koyduğu kural, o uyuşmazlık ve uyuşmazlığın tarafları ile sınırlı bir etkiye sahiptir. İdari hâkimin icthadi ise benzer olaylarda uygulanabilir olma kabiliyetine sahiptir. Bu durum aynı zamanda idare

tanınan hukuk yaratma yetkisinin, kamu hukuku alanında da tanınması ve bu yetkinin özellikle, grev yasaklarının kapsamı ve içeriğinin belirlenmesinde kullanılması, kural olarak kabul edilemez. Aksi halde, kanunun açıkça öngörmediği grev yasaklarının uygulama ile getirilmesi yolu açılmış olur ki, bunun doğal sonucu olarak hem grev hakkı zedelenir hem de anayasal bir hakkın kullanılmasında ciddi kuşku ve duraksamalar ortaya çıkar. Hele, kanunsuz grevin suç sayıldığı ve çok ağır hukuki ve cezai yaptırımlara bağlandığı da dikkate alınır, böyle bir görüşün getireceği sakıncalar daha çok belirginleşir." Y9HD, E: 1988/12248, K: 1988/11589, KT: 7.12.1988.

hukukunun statü hukuku olması özelliği ile de ilgilidir. İdare hukuku kuralları genel, soyut, sürekli ve kişilik dışı hukuki durumlar yaratmaya yönelik kurallar olduğundan idari hâkimin içtihatla ortaya koyduğu ilkeler de aynı statüde olanlara uygulanabilme kabiliyetine sahip olan ilke ve kurallardır. Bu çerçevede o uyuşmazlık konusunu ve taraflarını aşan bir etkiye sahiptir. Diğer taraftan (içtihadî birleştirme kararları hariç) Common Law sisteminden farklı olarak sonradan ortaya çıkacak benzer uyuşmazlıklar bakımından bağlayıcı değildir. Bu durum içtihatla ortaya çıkan kuralın zamanla ihtiyaçlara göre değişebilmesini ve mevcut şartlara uyarlanabilmesini de sağlamaktadır.

IX– İDARE HUKUKUNUN İÇTİHADİLİĞİ

İdare hukuku yargı içtihatları ile gelişen bir hukuk dalıdır. İlk bakışta tedvin edilmemiş; ancak pozitif bir hukuk dalı olan idare hukukunun, içtihadî bir hukuk dalı olması bir çelişki olarak görülebilir. Ancak bünyesinde binlerce yazılı hukuk kuralı bulunan idare hukukunun yeni bir hukuk dalı olması ve hukuk devletindeki gelişmelere bağlı olarak gelişmekte olması, içtihadî bir hukuk dalı olmasını zorunlu kılmıştır.

Kamusal ihtiyaçların çeşitliliği ve buna bağlı olarak bunlarla ilgili düzenlemelerin farklılıklar göstermesi, yazılı idare hukuku kurallarının, her zaman uyuşmazlıkların çözümünde yeterli olamaması sonucunu doğurmuştur. Kamu hukukunda *yetki*, *kamu düzenine* ilişkin olduğundan, benzer bir uyuşmazlık için var olan bir hükmün kıyasen⁸¹ uygulanması mümkün değildir. Bu sebeple idari hâkim, *hukuk yaratma yetkisini* kullanarak, ayrıntılı düzenleme bulunmayan hallerde, idari uyuşmazlığın çözümünde genel ilkelerden, bilimsel ve yargısal içtihattan yararlanarak; kamu hizmetinin gereklerine ve kamu yararına uygun çözümler bulmak

⁸¹ “...davacının kiraathane açmak istemiyle yaptığı başvurusunun, İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmeliğin 5/e maddesine uygun olmadığından bahisle reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinin patlayıcı, parlayıcı, yanıcı ve benzeri tehlikeli maddeler üretilen, satılan, kullanılan, depolanan yerler ile gaz dolmuş tesislerine uzaklığı konusunda mevzuatta açık olarak belirtilmemiş olan mesafe sınırının, başka kurumlar için öngörülmüş olan mesafe sınırının kıyas yoluyla esas alınarak, işyerinin yukarıda anılan yerlere bu mesafeden daha az bir mesafede olduğu için davanın reddedilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir”. D8D, E. 2007/5844, K. 2009/1309, KT. 23.02.2009, DD, sy. 121, s. 290.

durumundadır. Bu durum, hem idari yargının uzmanlaşmış bir yargı kolu olduğu gerçeğine; hem de idare hukukunun esnek, gelişmeleri izleyebilir karakterine⁸² uygun bir durumdur.

İdarenin sorumluluğu konusu, idare hukukunun içtihatî bir hukuk dalı olduğunu gösteren güzel bir örnektir. Hukuk devletinin gereği olan idarenin sorumluluğuna ilişkin olarak Anayasa'nın 125/son maddesinde pozitif bir düzenleme bulunmaktadır: “(i)dare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür”. Ancak ne Anayasa'da ne de herhangi bir kanunda sorumluluğun ilkeleri ile ilgili ayrıntılı bir düzenleme bulunmaktadır. İşte idarenin gerek kusur sorumluluğu gerekse kusursuz sorumluluğu ile ilgili ilkeler Fransa'da olduğu gibi Türkiye'de de Danıştay içtihatları ile belirlenmiş; *hizmet kusuru*, *risk ilkesi*, *sosyal risk ilkesi* gibi ilkelerin esasları, içtihatla idare hukuku kuralı haline gelmiştir. Yine kamu tüzel kişiliği, idari vesayet, kamu hizmeti, kamu düzeni, idari işlem, idari sözleşme, yetki devri gibi idare hukukunun temel kavramları yargı kararları ile tanımlanmış ve idari hâkim tarafından şekillendirilmiştir.

İdari hâkimin gerek Common Law hâkiminden gerekse adli yargı hâkiminden farklı olarak, verdiği kararlarla belirsiz hükümleri yorumlayarak kurala yeni bir anlam kazandırması, idare hukukuna ilişkin yeni ilkeler ortaya koyması, onun sübjektif hareket ettiğini düşündürebilir. Unutulmamalıdır ki idari hâkim, hukuk devleti ilkesine göre yargılama yapmakta, karar verirken hukukun genel ilkelerini gözetmekte ve yerleşik içtihatları da dikkate almaktadır.

X– HÜLASA

Başlangıçta idarenin eylem ve işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları, genel yargı düzeninin dışına çıkararak, yürütmenin kontrol edebileceği ayrı bir denetim organına bırakmak amacıyla ortaya çıkan idari yargı, hukuk devletinin gelişmesi ile birlikte devlet konseyinden yüksek mahkemeye ve nihayet ayrı bir yargı düzenine evrilmiş; buna bağlı olarak ihtisaslaşmış bir yargı yeri olarak bireyi devlete karşı korumak misyonunu üstlenmiştir.

⁸² Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, c. I, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, 12. Bası, Ankara, 2018, s. 16; Akgüner, Tayfun / Berk, Kahraman, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, 8. Basım, İstanbul, 2017, s. 18.

Bu süreçte idari hâkim, bir yandan yürütmenin baskısına direnmeye çalışarak, kısıtlı enstrümanlarla idarenin hukuka uygun davranmasını sağlayarak hukuk düzenini korumaya çalışırken, bir yandan da yeni misyonuna uygun olarak kişileri idareye karşı korumaya çalışarak hak ve adalet taleplerini karşılamaya çalışmıştır. Bütün bunların yanında idari hâkim bir başka misyonu da üstlenmiştir: yargısal içtihatla idare hukukuna kaynaklık etmek. İdari hâkim, uyuşmazlıklarda uygulayacağı genel veya anlamı belirsiz normu yorumlayarak ya da hukukun genel ilkelerinden hareketle uyuşmazlığı benzer uyuşmazlıklarda da uygulanabilir nitelikte normatif ilkelere dayanarak çözmekte; böylece mevcut kuralları dönüştürmekte veya tamamen orijinal bir kural koymaktadır. Bu çerçevede içtihadîlik, idare hukukuna esneklik ve intibak kabiliyeti kazandırmaktadır. İdarî hâkimin önündeki ihtilafa hakkaniyet odaklı çözüm(ler) bulmasını kolaylaştıran bu durum, idare hukukunun anî değişimlere kolayca ayak uydurmasını, toplumsal ihtiyaçları doğar doğmaz karşılayabilmesini ve siyasî baskılar karşısında sürekliliğini korumasını sağlamaktadır. Ayrıca idari hâkim ve doktrin tarafından, tümevarım yoluyla inşa edilmesi, idare hukukunu uzmanlık ürünü kılmaktadır⁸³.

Kamu hizmetindeki dinamizm, toplumsal hayattaki hızlı değişim, kamu hizmetine ilişkin düzenlemelerde sürekli bir değişim ya da yeni düzenlemelerin yapılması zaruretini beraberinde getirmektedir. Toplumsal hayatta etkili olan hemen her gelişme hukukun da konusu olmakta ve bu hususlarda sürekli kanun ya da düzenleyici işlemler yürürlüğe sokulmakta; adeta bir “*kural işlem enflasyonu*”⁸⁴ yaşanmaktadır. Kural işlem enflasyonu, hukuki meselelerin artmasına ve hukuki sorunların çözümünün zorlaşmasına yol açmaktadır. Bu duruma bir çözüm olarak idari hâkimin rolünün genişletilmesi eğilimi göze çarpmaktadır.

İdari yargıyı, yalnızca idarenin yargısal denetimini gerçekleştirme işleviyle tanımlamakla yetinmek; idarenin yargısal denetimi işlevine hapsetmek ya da içtihadî ile hukuk devletinin yerleşmesine katkı sağladığını kabullenmekle yetinmek, yargılama usulünde ortaya çıkan sorunları

⁸³ İdare hukukunda içtihadîliğin avantajları hakkında bkz. Çıtak, s. 170-177 ve 220.

⁸⁴ Poncelet, C. “*Ouverture*”, in *L’office du juge*, Les Colloques du Sénat, 29-30 Eylül 2006, Paris, 8.

açıklamayı güçleştirmekte⁸⁵ ve sorunların çözümünü de engellemektedir. İdari yargı yerlerine başvuran kişinin, soyut bir hukuk düşüncesinin ya da idesinin değil; hakkının peşinde olduğu unutulmamalıdır⁸⁶. Davanın arka planında yer alan çatışmanın tam anlamıyla sona erdirilebilmesi için adaletin pratikte somutlaşması gerekmektedir. Adaletin somutlaşabilmesi için de yargılamanın tüm aşamaları özenle kurgulanmalı, hâkim uyuşmazlığa/çatışmaya zamanında ve etkili biçimde müdahale edebilmesini sağlayacak vasıtalarla donatılmalı; yine verdiği kararın uygulanmasını sağlayacak enstrümanlara kavuşturulmalıdır.

Fransa'da, başlangıçta çekingen bir tavırla sürekli mazeret ileri süren idari hâkimin, kazandığı güç ve adalet anlayışındaki gelişim sayesinde bugün artık âdeta hasta yatağından çıktığı belirtilmektedir⁸⁷. Ancak Türk idari hâkimi için aynı şeyi söylemek mümkün görünmemektedir. Öncelikle artık Danıştay ismiyle müsemma bir yüksek mahkeme değildir. Türkiye'de idari yargılama hukukundaki gelişmelere karşı ciddi bir direnç söz konusu olduğu için, idari hâkimin yeni usuli imkânlarla kavuşturulması bir tarafa, mevcut hukuki ve usuli koruma yetkileri de kısıtlanmaya çalışılmaktadır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda (İYUK) yer almasına rağmen yerindelik denetimi yasağı, "hiçbir surette" takısı ile anayasal bir yasak haline getirilmiş; zaten hukukilik denetimi ve yerindelik denetimi arasındaki gri alanda bocalayan idari hâkim, iyice baskı altına alınmıştır. İYUK'taki tek geçici koruma müessesesi olan yürütmeyi durdurma ile ilgili yapılan düzenlemelerle âdeta idari hâkim yürütmeyi durdurma kararı vermekten menedilmiştir⁸⁸. Anayasa Mahkemesinin Anayasa'ya aykırı bulmadığı, hatta

⁸⁵ Karahanoğulları, s. 2.

⁸⁶ Karahanoğulları, s. 3.

⁸⁷ Pacteau, Bernard, *Traité de contentieux administratif*, PUF, Paris, 2008, s. 39.

⁸⁸ 02.07.2012 tarihli 6352 sayılı Kanun'un 57. maddesi ile İYUK'ta davacı için en önemli güvence mekanizması olan yürütmeyi durdurma kararlarının idarenin savunması alındıktan sonra verilebileceğine ilişkin genel kural getirilmiş; savunma alınmadan yürütmeyi durdurma kararı verilebilmesi uygulanmakla etkisi tükenen işlemlere hasredilmiş; 21.02.2014 tarihli 6526 sayılı Kanun'un 17. maddesi ile uygulanmakla etkisi tükenen işlem bakımından idari hâkimin yapacağı yorum dahi sınırlandırılmıştır. Maddedeki asıl "**garabet**", "Yürütmenin durdurulması kararlarında idari işlemin hangi gerekçelerle hukuka açıkça aykırı olduğu ve işlemin uygulanması halinde doğacak telafisi güç veya imkânsız zararların neler olduğunun belirtilmesi zorunludur" ifadesidir. Yargı kararının gerekçeli olması hukuk devletinin gereğidir; ancak maddede gerekçe

yetki kullanımı kapsamında görmeyerek bir anlamda kararı uygulamayan kamu görevlisinin cezai sorumluluğunu işaret ettiği kararına⁸⁹ rağmen yargı kararını kasten uygulamayan kamu görevlileri ile ilgili “doğrudan” kişisel sorumluluğa ilişkin hüküm, madde metninden çıkarılarak yargı kararlarının uygulanması için öngörülen sınırlı mekanizmada bile geri adım atılmıştır. Yargı kararlarının uygulanmaması halen çok önemli bir sorundur. Bu hususta idari hâkim, hukuk hâkiminin elinde olan enstrümanlara dahi sahip değildir⁹⁰.

İşte ülkemizde idari hâkim bu zor şartlarda idare hukukunun gelişmesine katkı sağlamakta ve idare hukukunun önemli kaynağı olma vasfını devam ettirmeye gayret sarf etmektedir.

KAYNAKÇA

Akgüner, Tayfun / Berk, Kahraman, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, 8. Basım, İstanbul, 2017.

Akyılmaz Bahtiyar – Sezginer Murat – Kaya Cemil, *Türk İdare Hukuku*, 16. Baskı, Ankara, 2023.

Bankowski, Zenon / MacCormick, Neil D. / Marshall, Geoffrey, “Precedent in the United Kingdom”, in *Interpreting Precedents*, (Editors: Neil MacCormick, Robert S. Summers and Arthur L. Goodhart), New York (Routledge) 2016.

yükümlülüğü ters çevrilmiştir. Davacının yürütmeyi durdurma talebi reddedildiğinde değil; yürütmeyi durdurma kararı verildiğinde, yani davacının talebi uygun görüldüğünde gerekçe yükümlülüğü bulunmaktadır. Yürütmeyi durdurma talep eden davacının talebi reddedilirse gerekçe yok; ama yürütmeyi durdurma kararı verilirse açıkça hukuka aykırı davranan idareyi gerekçe ile tatmin etme zorunluluğu var. Üstelik 6352 sayılı Kanun’un 57. maddesi ile (gerekçeli) kararın on beş gün içinde yazılması zorunluluğu getirilerek idari hâkime adeta “yürütmeyi durdurma kararı verme” denilmiştir.

⁸⁹ Anayasa Mahkemesi, 27.09.2012, E. 2012/22, K. 2012/133, R.G. Tarih-Sayı: 11.10.2012-28494.

⁹⁰ HMK m. 398: “(1) **İhtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uymayan veya tedbir kararına aykırı davranan kimse, ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren altı ay içinde şikâyet edilmesi üzerine, altı aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılır. Görevli ve yetkili mahkeme, esas hakkındaki dava henüz açılmamışsa, ihtiyati tedbir kararı veren mahkeme; esas hakkındaki dava açılmışsa, bu davanın görüldüğü mahkemedir**”.

Başbüyük, İ. “Yargı Kararlarında Gerekçe Zorunluluğu”, *Güncel Hukuk Dergisi*, 2009.

Bigot, Grégoire, “Les mythes fondateurs du droit administratif”, *RFDA*, 2000, s. 527.

Bilge, Necip, “Yargısal İçtihatların Bağlayıcı Etkileri ve İçtihatî Birleştirme Kararları”, *Recai Seçkin'e Armağan*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:351, Ankara, 1974.

Cardozo, Benjamin N., *The Nature of the Judicial Process*, New Haven (Yale University Press) 1946.

Chauvaux Didier, “L’office du juge administratif : constantes et mutations”, *Revue Justice et Cassation*, Dossier L’office du juge, 2010.

Corkery, Jim, “The English Courts and the Rise of Equity”, *The National Legal Eagle*, Volume: 7, Issue: 2 (Spring 2001), Article Number: 6.

Costa, Jean-Paul, “L’effectivité de la justice administrative en France”, *La Revue administrative*, 52 (8), 1999.

Çıtak, Halim Alperen, *İdare Hukukunun İçtihatî Karakteri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Devellioglu, Ferit, *Osmanlıca – Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, 15. Baskı, Ankara, 1998.

Dinçkol, Abdullah, “Hâkimin Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, 1995.

Drogula, Fred K., “Imperium, Potestas, and The Pomerium in The Roman Republic”, *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte*, Band: 56, Heft: 4, 2007.

Erkut, Celal, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı*, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2004.

Goodhart, Arthur L., “Determining the Ratio Decidendi of a Case”, *Yale Law Journal*, Volume: XL, Number: 2 (December 1930).

Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, c. I, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, 12. Bası, Ankara, 2018.

Jarrosson, Charles, “Réflexions sur l’imperium”, *Etudes Offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991.

Jenks Edward, “İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler”, (Çeviren: Mukbil Özyörük), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 7, Yıl: 1950, Sayı: 1.

Johnston, David, “The General Influence of Roman Institutions of State and Public Law”, *The Civilian Tradition and Scots Law*, (Editors: D.L. Carey Miller and R. Zimmerman), Berlin, 1997.

Karahanogullari, Onur, *İdari Yargı, İdarenin Hukuka Zorlanması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.

Kayhan, F. “Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İçtihatlarının ve İçtihadî Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1999, S. 2.

King Edward / Hawley Joseph, “İngiliz (Common Law)'unun Gelişmesi”, (Çeviren: İlhan Lütem), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 16, Yıl: 1959, Sayı: 1-4.

Kocher, Paul H., “Francis Bacon on the Science of Jurisprudence”, *Journal of the History of Ideas*, Volume: 18, Number: 1 (January 1957), s. 3-26.

Lafaix, Jean-François, “Rendre la justice en matière administrative (Avant-propos)”, in *Le renouvellement de l'office du juge administratif*, (Editör: Lafaix, Jean-François), Berger-Levrault, Boulogne-Billancourt 2017.

Lannoy, Marie, *Les obiter dicta du Conseil d'Etat statuant au contentieux*, Paris, 2016.

Latour, Bruno, *The Making of Law: An Ethnography of the Conseil d'Etat*, (Translated by Marina Brilman and Alain Pottage), Cambridge 2010.

Leclerc, Caroline, *Le renouvellement de l'office du juge administratif français*, L'Harmattan, Paris, 2015.

Lundmark, Thomas, *Charting the Divide Between Common and Civil Law*, New York, 2012.

McLeod, Ian, *Legal Method*, London, 1999.

Metin, Sevtap, *Hukuk Normunun Yorumu*, (Doktora Tezi), İstanbul, 2002.

Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Livre: XI, Chapitre: VI, Paris 1758, http://institutdeslibertes.org/wp-content/uploads/2013/09/Montesquieu_esprit.pdf.

Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, (Çev. Günen, B.), (İlk Yayım Yılı: 1748), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2017.

Mumcu, Uğur, “İngiliz Hukukunda Ultra Vires İlkesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 27, Yıl: 1970, Sayı 1-2.

Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, Cilt: I, İstanbul, 1966.

Özay, İl Han, *Devlet, İdari Rejim ve Yargısal Korunma*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986.

Özay, İl Han, “Türkiye’de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı”, *İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu*, Danıştay Başkanlığı, Ankara, 1982.

Özbudun, Ergun, “İngiltere’de Parlâmento Egemenliği Teorisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 25, Yıl: 1968, Sayı: 65-66.

Pacteau, Bernard, *Traité de contentieux administratif*, PUF, Paris, 2008.

Poncelet, C. “Ouverture”, in *L’office du juge*, Les Colloques du Sénat, 29-30 Eylül 2006, Paris.

Rials, S. “Ouverture/L’office du juge”, *Droits*, (9), 1989, s. 3.

Ricoeur, Paul, *Le Juste*, Éditions Esprit, Paris, 1995.

Salmond, John W., *Jurisprudence*, London, 1913.

Sauvé, Jean-Marc, “La justice administrative au service de l’État de droit”, *Intervention de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d’État, à l’Ecole nationale d’administration du Liban 2012*, (İnternet: <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/la-justice-administrative-au-service-de-l-etat-de-droit>. Erişim Tarihi: 01.06.2023).

Sichler-Ghestin, Françoise, “Le rôle social du juge administratif”, in *Le renouvellement de l’office du juge administratif*, (Editör : Lafaix, Jean-François), Berger-Levrault, Boulogne-Billancourt, 2017.

Stirn, Bernard, “L’évolution de l’office du juge, regards sur la dernière décennie”, *Administration publique: Revue du droit public et des sciences administratives*, 36 (4), 2013, s. 461-465. (İnternet: <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/l-evolution-de-l-office-du-juge-regards-sur-la-derniere-decennie> Erişim Tarihi: 22.05.2023).

Türk Hukuk Lûgatı, 3. Baskı, Ankara, 1991.

Türkoğlu Üstün, Kamile, *İdari Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Uçar, İsmail, *İdare Hukukunda Kamu Gücü Kavramı*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016.

Uçar, İsmail, “İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcılığı Kavramı ve Bir Kamu Gücü Ayrıcılığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20 (3), 2016, s. 339-341.

Uysal, Zeki, *İdari Yargıda İçtihat Aykırılığının Önlenmesi ve Giderilmesi Usulü*, Ankara, 2021.

Yolcu, Serkan, *İngiltere'de Kuvvetler Ayrılığı ve Yargı Bağımsızlığı Alanındaki Gelişmeler*, Ankara, 2011.

Nevzat ÖZGÜR (Oturum Başkanı): Sayın Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz'a teşekkür ediyoruz. Kendisinin açıklamalarından ben de yeni bir şey öğrendim. Başlangıçta ifade etmiştim: İdare hukukunun içtihat hukuku olduğu hep söylenir diye. Biz de böyle biliyorduk. Ama hocam, tez danışmanlığını yaptığım iki doktora tezi münasebetiyle bu kavramın çok doğru olmadığını öğrendim dedi. Biz de ondan yeni bir şey öğrenmiş olduk. İchtihat hukuku değil, içtihadî hukuk imiş doğrusu. Bizim açımızdan da öğretici oldu. Hocam kısaltarak anlattı. Aslında yazılı metin daha da uzun. Süreye riayet etme adına kısalttı. Verdiği örnekler de teorik çerçevesini oturtmak bakımından önemliydi. Hatalı idarî işlemlerin hangi hallerde geri alınabileceği ile ilgili olarak biliyoruz ki hiçbir kanunda hüküm yok. Borçlar Kanunu, Medenî Kanun, Ticaret Kanunu gibi özel hukuk alanına dair kanunlarda fazlaca ayrıntı var. Bu kanunlar yaklaşık 300, 400, 500 maddeden oluşuyor. Hatta Ticaret Kanunu 1500 küsur madde. Ama idarî yargı hâkimlerinin uygulamak zorunda olduğu, idarî işlemler ve idarî eylemlerden doğan davalarla ilgili 1500 maddelik, 800 maddelik, 400 maddelik bir kanun yok. Çok kısa bir usûl kanunumuz var. Bunun dışında hiçbir kural yok. Sanıyorum hocamın da ifade etmek istediği budur. Bütün bunların içini doldurmak idarî yargı hâkimine düşüyor. Zorunlu olarak içtihadî hukuk söz konusu. Danıştay Dergisi'nde 1988 yılında yayınlanan Merhum Danıştay Savcısı Ali Cavit Zeybek'in ikinci dereceye yükselme tezi olan "Yargı İchtihatlarının Hukuk Kaynağı Olarak Değeri ve Yeri" başlıklı tezde konuyla ilgili değerlendirmeler yer alıyor. Eskiden Danıştayda ikinci dereceye yükselmek için mutlak suretle tez yazmak mecburiyeti vardı. Meslek mensuplarımız bilir. Genç arkadaşlar belki ilk defa duyuyor olabilirler, Merhum Zeybek tezinde Mukbil Özyörük'e atıf yapıyor. Mukbil Özyörük'e göre diğer hukuk dallarında içtihat var ama idarî yargı hâkiminin yaptığı içtihat, sadece kanun boşluğunu doldurmak için değildir. İdare hukuku tedvin edilmemiş (kodifiye edilmemiş) olduğundan idarî yargı içtihadıyla kanun kuvvetinde kurallar konmakta, hukuk inşa edilmektedir. Hocamızın açıklamalarıyla bunlar gayet güzel örtüştü. Bizim açımızdan da ufuk açıcı oldu. Hocamıza teşekkür ediyoruz.

MUKAYESELİ HUKUK VE ULUSLARARASI HUKUK PERSPEKTİFİNDEN İDARİ YARGIDA SÜRELERİN KISALTILMASI AÇISINDAN KANUN YOLLARINDA (TEMYİZ-İSTİNAF) FİLTRELEME VE BAZI MODELLER

Prof. Dr. Serkan ÇINARLI*

GİRİŞ

Çağımızda zaman, en değerli mefhumlardan biridir. Bu husus, her alanda olduğu gibi, hukuk alanı için de geçerlidir. Nitekim geç tecelli eden adaletin adalet olmayacağı dahi mütalâa edilebilecektir. Bu perspektiften ele alındığında, mahkemelerin, özellikle nihaî karar mercii konumundaki üst mahkemelerin iş yoğunluğunun azaltılarak hem hızlı hem verimli çalışmalarının sağlanması günümüzde zarurî bir ihtiyaç konumundadır. Bilhassa üst mahkemelerin yükünün azaltılmasına çalışmak adına ne gibi öneriler ortaya konulabilir? Bu sorunun cevabına mukayeseli bir araştırma yapmak suretiyle ulaşmak uygun düşecektir. Nihayetinde bu konuda çaba sarf edilerek oluşturulmuş sistemlerin ve bu sistemler kapsamındaki uygulamaların tecrübesinden faydalanmak akılcı bir yaklaşımdır.

Bilindiği üzere ülkemizde istinaf kanun yoluna geçiş uzunca bir zaman almıştır. Ancak 2014 yılında geçilen bu sistem ile beraber, özellikle 2577 sayılı Kanun'un 46'ncı maddesinin temyiz kanun yoluna gidilebilecek dava konularını oldukça sınırladığı fark edilmektedir¹. Söz konusu düzenleme Danıştay'ın görev yükünü azaltacağı gibi bir içtihat mahkemesine dönüşeceği yönünde fikirler ortaya çıkarmıştır. Ancak filtreleme yöntemi ile kanun yolunun yasa ile sınırlanması aynı şey değildir. Belli bir konuda çok yoğun dosya gelmesi engellemez bir durumdur. Bu nedenle bu çalışmada kanun yollarında filtreleme yöntemi anlatılarak Türk Danıştay'ının iş yükünü hafifletme ve içtihat mahkemesi olma yoluna girmesi konusunda öneriler ortaya konulacaktır.

Çalışma, böylelikle, iki temel kısım olarak plânlanmıştır. İlk kısımda farklı devletler bünyesindeki yüksek mahkemelerin bu konudaki tecrübe ile sabit uygulamaları analiz edilirken, ikinci kısımda uluslararası idare mahkemelerin bu yönlü uygulamalarının yön gösterici özellikleri

* İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı.

¹ İstinaf sistemi ve istinaf kararlarının temyizi için bkz. ÇINARLI, Serkan, İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.

değerlendirilecektir. Müteakiben ise, bu incelemelerden esinlenilerek naçizane Türk yüksek yargısının yükünün hafifletilmesine ilişkin bizim önerilerimize yer verilecektir.

ULUSAL HUKUKLAR ÇERÇEVESİNDE KONUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ: MUKAYESELİ HUKUK ÇERÇEVESİNDE ANALİZLER

Birçok Avrupa devletinin kendi yargılama sistemleri bünyesinde, özellikle de yüksek yargının iş yükünü hafifletmek adına çeşitli uygulamalara başvurduğu takip edilmektedir. Başvurulan bu yollar arasında filtreleme metodundan da ağırlıklı olarak yararlanıldığı göze çarpmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere, bu çerçevede mukayeseli bir analiz zaruret teşkil etmektedir.

A- Almanya

Almanya'da istinaf mahkemeleri eyalet düzeyinde oluşturulmuştur. Kanun yolu başvurusu yapılabilmesi için kararı veren mahkemenin izin vermesi gerekmektedir.² Esas kararı veren mahkemenin, kanun yoluna başvuru için izin vermiş ise kanun yolu merci, bu karar ile bağlıdır. İzin verilmemesi durumunda ise izin verilmemesi kararına karşı üst mahkemeye itiraz yoluna gidilebilir.

İstinaf başvurusuna izin verilebilmesi için şu hâllerden en az birisinin bulunması gerekmektedir:

1) istinafa konu olan ilk derece mahkeme kararının doğruluğu konusunda ciddi derecede şüphelerin bulunması,

2) davanın özgün koşullarından kaynaklanan ve tartışılması gereken maddî ve hukukî sorunların yer alması,

3) davaya konu olan olay ve hukuki tartışmaların temel öneme sahip olması,

4) istinafa konu olan ilk derece mahkeme kararının eyalet ve federal düzeydeki yüksek mahkemelerin (İstinaf Federal Yüksek İdare Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi) tek tek ya da ortaklaşa oluşturdukları yerleşik içtihadı aykırılık teşkil etmesi,

² Kararların yaklaşık %15'inde istinaf başvurusuna izin verilmektedir, **ACA-Europe Seminar on Functions of and Access to Supreme Administrative Courts**, https://www.aca-europe.eu/seminars/2019_Berlin/Germany.pdf (Erişim tarihi: 15.5.2023), s. 11.

5) ilk derece mahkeme kararında bariz usul eksikliklerinin olması.³

Sayılan hâllerden 2. ve 3. durumda ilk derece mahkemesi, hüküm kurarken istinaf başvurusuna da izin verir. Fakat diğer hâllerde, izin verilebilmesi tarafların talebine bağlıdır.

İstinaf mahkemelerinin kararları Federal Yüksek İdare Mahkemesi nezdinde temyiz edilebilir. Ancak bu temyiz talebi de izne tabi olup daha sınırlı bir çerçevede uygulanmaktadır. Temyiz başvurusu için izin verilmez ise yine bu karara karşı, Federal Yüksek İdare Mahkemesine itiraz edilmesi mümkündür. Bu doğrultuda ilgili iznin verilmesi, kabul edilebilirlik incelemesi şeklinde gerçekleştirilen bir ön inceleme sonucu gerçekleşmektedir. Bu çerçevede;

1) hukuki mesele, temel bir öneme sahipse,

2) karar; Federal İdare Mahkemesinin, Yüksek Mahkemeler Ortak Senatosunun veya Federal Anayasa Mahkemesinin kararından farklıysa ve bu farklılığa dayanıyorsa,

3-Usuli bir eksiklik iddia edilmiş ve karar, bu eksikliğe dayanıyorsa temyiz başvurusuna izin verilmelidir.

Almanya'da kanun yoluna getirilen sınırlamaların temel amacı doğru kararlara ulaşarak bireylerin adil yargılanma hakkının gerçekleştirilmesi ile yargılamanın makul bir zaman dilimi ve masrafla gerçekleştirilmesine bağlı olan kamu yararının sağlanması arasında bir dengenin kurulmasıdır.⁴ Almanya özü için yapılan bu açıklama hiç şüphesiz aşağıda örnekleri verilen diğer ülkeler açısından da geçerlidir. Benzer bir şekilde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi idari yargıda mahkemeye erişim hakkının mutlak bir hak olmadığını ve meşru gerekçelerle hakkın özü kriterine bağlı olarak sınırlandırılabilceği görüşündedir.⁵

³ Bkz. <https://www.aca-europe.eu/index.php/en/tour-d-europe-en> (Erişim tarihi: 2 Nisan 2023).

⁴ Bkz. WEITZEL Jürgen, "Kanun Yolları Hukukunun Temel Esasları", Çev.: Fazlı Doğan, *Küresel Bakış*, Yıl: 1, Cilt: 1, Sayı: 3, 2011, s. 21-22.

⁵ Bkz. ZRVANDYAN Arman, *İdari Yargıda Avrupa Adil Yargılanma Standartlarına İlişkin Emsal Kararlar*, Avrupa Konseyi Yayınları, 2021, s. 63, <https://rm.coe.int/emsalkararlarlakitabioption-2/1680a1cdb6> (Erişim tarihi: 14 Mayıs 2023).

B- Avusturya

Avusturya'da Danıştay düzeyinde temyiz izne tabidir. Avusturya Danıştay'ı önüne gelen temyiz başvurularını kabul edilebilirlik ön incelemesinden geçirmektedir. Bu aşamada Danıştay ancak şu hususlardan birisinin varlığı halinde temyiz başvurusunu kabul etmektedir: 1) Temyiz sonucu verilecek kararın Danıştay'ın yerleşik içtihadında önemli değişiklikler yapma olasılığının olması 2) Temyize konu olan alt derece mahkemesi kararının Danıştay içtihatlarından farklılıklar göstermesi 3) Temyize konu olan dava ile ilgili Danıştay'ın bir içtihadının olmaması ya da mevcut içtihadın yeknesak bir hukuk pratiği oluşturmaya yeterli olmaması.⁶

C- Danimarka

Danimarka'da yargı birliği sistemi uygulanmakta olup adli yargı yerleri genel kural itibarıyla her türlü idari işlemleri denetlemeye yetkilidir. Yerel mahkemelerin kararlarına karşı bölge mahkemelerine (istinaf) başvurulabilir. Bölge mahkemelerinin kararlarına karşı ise en yüksek yargı mercii olan Yüksek Mahkemeye temyize gidilebilir. Temyizin izne tabi olup olmadığı öncelikle dava konusunun ekonomik bir değere bağlı olup olmadığına göre belirlenir.⁷

D- Finlandiya

Finlandiya'da genel kural Danıştay'a yapılan temyiz başvurularının izne tabi olmaması şeklinde olsa da kimi özel kanunlar yoluyla ilgili meselelere ilişkin davalara dair temyiz izni düzenlenmektedir. Vergilendirme, sosyal haklar, yabancılar hukuku, ziraat teşvikleri gibi konular temyiz iznine tâbi olan konular arasında yer almaktadır.⁸

Görüldüğü üzere, Finlandiya'da temyiz izni özel kanunlarla getirilen bir istisna niteliğindedir. Öte yandan, bu durum uygulamada Finlandiya Danıştay'ının önüne gelen davaların yaklaşık yarısının temyiz iznine tâbi olması sonucunu doğurmuştur.

⁶ Bkz. <https://www.aca-europe.eu/index.php/en/tour-d-europe-en> (Erişim tarihi: 2 Nisan 2023).

⁷ Bkz. <https://www.aca-europe.eu/index.php/en/tour-d-europe-en> (Erişim tarihi: 2 Nisan 2023).

⁸ Bkz. <https://www.aca-europe.eu/index.php/en/tour-d-europe-en> (Erişim tarihi: 2 Nisan 2023).

E- İsveç

İsveç'te idari yargı ve vergi yargısı ilk derece ve istinaf mahkemelerinde arzuladığı yargı kararına erişemeyen kişiler bu kararlarını İsveç Yüksek İdare Mahkemesinde (İYİM) temyiz etme imkânına sahiptirler. Ancak İsveç temyiz hakkının izne tabi olduğu ülkeler arasında yer almaktadır. Bu çerçevede mahkemeler önlerine gelen davalarda öncelikle “görülebilirlik izni” (*leave to appeal*) verip vermeyeceklerine karar verirler.⁹

İYİM, idare mahkemelerinde açılan davalarda son mercidir. Yüksek Mahkemenin temel görevi, içtihat tesis etme yoluyla hukukun uygulanmasına öncülük etmektir. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere İYİM'in bireylerin adalete erişiminde nihai temyiz mahkemesi olma rolü ikinci plânda yer almaktadır. Nitekim konuya ilişkin Yüksek Mahkemenin resmi internet sitesinde temyiz başvurusu yapanlara yönelik hazırlanan bilgi notunda, kişilere dava dosyalarının sınırlarını aşmaları tavsiye edilmekte ve başvurularının İYİM tarafından esastan incelenmesi hâlinde İsveç idare hukuku ile içtihadında ne gibi bir önemli değişikliğe yol açacağını açıklamaları istenmektedir.¹⁰

İYİM'e temyiz hakkı oldukça sınırlıdır. Bu izin ancak yeni bir içtihat verilme olasılığının olması ve bir alt derece yargı yeri olan istinaf mahkemesi (Bölge İdare Mahkemesi) kararının açıkça hukuka aykırılık teşkil etmesi hâlinde verilebilmektedir.¹¹ Her yıl Yüksek Mahkeme'ye yaklaşık 6.000 temyiz başvurusu yapılmaktadır. Temyiz izni yalnızca 100 civarı davada verilmektedir.

İsveç'teki söz konusu izin sistemi, 1970'li yıllarda İYİM 'in dosya yükünü azaltarak onu sadece içtihat mahkemesine dönüştürmek amacıyla getirilmiştir.¹² 1990'lı yıllara gelindiğinde ise temyize ilişkin benzer amaca yönelik filtreleme sistemi Bölge İdare Mahkemelerine de getirilmiştir. Bu dönemde vergi davaları ve kimi özel davalar dışındaki diğer tüm idari davalar izin sistemine bağlı hale getirilmiştir. Bu çerçevede İsveç istinaf mahkemeleri önlerine gelen temyiz başvurularında üç kritere göre izin

⁹ Bkz. ERKAN Fikret, “İsveç İdari Yargı Sistemi (İdari İstinaf Sistemi) ve Analizi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 12, 2013, s. 119.

¹⁰ Bkz. <https://bit.ly/3IU70CM> (Erişim tarihi: 2 Nisan 2023).

¹¹ Bkz. AKINCI Müslüm, *İsveç İdare Hukuku*, Ankara: Yetkin, 2010, s. 140.

¹² Bkz. ERKAN, 2013, s. 119.

kararı vermektedir. Bunlar; 1) yeni bir içtihat geliştirme olanağının olması, 2) temyize konu olan ilk derece mahkemesi kararında değişiklik yapılması için haklı bir nedenin bulunması ve 3) davanın yeniden ele alınmasını haklı hale getirecek özel nedenlerin varlığı şeklinde listelenebilir.¹³

İstinaf düzeyinde izin yoluyla filtreleme kuralının istisnalarını vergi davaları ile Gençleri Koruma Kanunu ve Kötü Alışkanlıklardan Korunma Kanunu gibi özel yasalardan kaynaklanan konular oluşturmaktadır.¹⁴

Temyiz izninin reddedilmesine karşı bir üst mahkeme olan İYİM'e itiraz yoluna başvurulabilmektedir. Bu durumda İYİM istinaf mahkemesinin temyiz talebinin reddine dair kararı bozarsa dosyayı ilgili istinaf mahkemesine havale eder. İstinaf mahkemesinin esastan vermiş olduğu karara karşı da İYİM'e temyize başvurulması halinde ise Yüksek Mahkeme, temyiz iznine dair kararını öncelikli olarak verir, temyiz izni verilmesi halinde ise dosyayı esastan inceler.¹⁵

F- Fransa

Fransız idari yargısında yer alan filtreleme sistemi 1987 yılından istinaf mahkemelerinin kurulmasıyla başlanan idari yargı reformunun bir parçasını teşkil etmektedir. 1990'lı yıllarda çeşitli yasal düzenlemelerle gerçekleştirilen bu reformlarla Danıştay başta olmak üzere idari yargı yerlerinin üzerindeki iş yükünün azaltılması ve yargılama süreçlerinin hızlandırılması amaçlanmıştır. Bu çerçevedeki filtre mekanizmaları Danıştay'ın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine benzer bir şekilde kabul edilebilirlik ön incelemesi yapabilmesi ve avukat tutma zorunluluğudur. Bu bağlamda, her avukat değil sadece Danıştay önünde temsil yetkisine sahip belirli sayıdaki avukatlardan faydalanmak suretiyle temyiz başvurusu yapılabilir.¹⁶ Fransa'nın Danıştay'a ulaşımını bu denli zorlaştırması ilk bakışta yargıya ulaşım hakkını ihlal ettiği iddia edilebilerek uygulamaya konulduğu ilk yıllarda eleştirilmiştir. Bu eleştiriye karşı olarak belirtmek gerekir ki

¹³ Bkz. AKINCI, 2010, s. 140.

¹⁴ Bkz. AKINCI, 2010, s. 140.

¹⁵ Bkz. AKINCI, 2010, s. 141.

¹⁶ Bkz. AKBABA Ahmet, "Fransız İdari Yargı Sistemine Bir Bakış", *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt: 72 Sayı: 2, 2014, s. 453-454.

“Danıştay önündeki kanun yolu olağanüstü bir kanun yoludur ve temyiz hakkı genel değildir.”¹⁷

Kabul edilebilirlik ön incelemesine ilişkin ayrıntıya girmek gerekirse, Fransa’da da temyiz taleplerinin izne tabi tutulması temyiz başvurularının önkoşullar açısından incelenmesi usulü çerçevesinde gerçekleşmektedir. 1988 ile 1997 yılları arasında Danıştay bünyesinde bir komisyon kurularak temyiz taleplerinin kabul edilebilirlik incelemesine tabi tutulması dolayısıyla “filtrelenmesi” düşünülmüştür. 1997 yılı itibarıyla bu filtreleme görevi ilgili komisyondan alınarak Danıştay dava dairesinin içinde bulunan on alt daireye verilmiştir. Kabul edilmezlik kararı kimi durumlarda ilgili alt dairenin başkanı tarafından tek başına, kimi durumlarda ise heyet tarafından verilmektedir. Daire başkanı tarafından verilen kararlara örnek olarak başvuranın başvurusundan açıkça feragat etmiş sayılması veya başvurunun konusuz kalmış olması, başvurunun avukat aracılığıyla yapılmamış olması ve tahkikat aşamasında giderilmesi mümkün olmayan açık bir kabul edilmezlik hali ile malul olması halinde de daire başkanı tek başına karar verebilmektedir. Kimi durumlarda ise kabul edilmezlik kararının daire başkanı tarafından tek başına değil çekişmeli bir yargısal usulle verilmesi gerekmektedir. Özellikle, başvurunun ciddi bir hukuki sebebe dayanmıyor olması gibi işin esasına girilmesi gereken durumlarda bu görüşte olan daire başkanı dosyayı değerlendirmesi için kamu raportörüne gönderir. Bu raportörün görüşünün dinlendiği bir duruşmada daire heyeti kabul edilebilirliğe ilişkin kararını verir.¹⁸

G- Yunanistan

Yunanistan temyiz/temyizden çok fazla zorlaştırıldığı ülkeler arasında yer almaktadır. Bir idari davanın konusunu teşkil eden meblağ 40.000 avroyu geçmedikçe temyiz başvuruları kabul reddedilmektedir. İdari sözleşmelerle ilgili bir uyuşmazlık durumunda, ilgili miktar 200.000 avrodur.

Yunan Danıştay’ının temyiz izni verme yetkisinin yasal kaynağını 18/1989 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi teşkil etmektedir. Bu

¹⁷ Bkz. SANCAKDAR Oğuz, “İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler”, *Yaşar Üniversitesi Dergisi*, Cilt 8 (Özel Sayı), 2012, s. 2280.

¹⁸ Bkz. KAPLAN Gürsel, *Fransız İdari Yargılama Hukukunda Kararlara Karşı Başvuru Yolları*, Bursa: Ekin, 2016, s. 201-211.

düzenlemeye göre, temyiz başvuruları ilk aşamada konuyla ilgili dava dairesinde görev yapan üç yargıçtan oluşan bir komisyon tarafından incelenir. Bu incelemede temyiz açıkça kabul edilemez ve temelden yoksun olması gerekçe gösterilmek suretiyle komisyon tarafından duruşma yapılmaksızın reddedilebilmektedir. İlgili yasal düzenlemede, bu ret kararının gerekçeyle verilmesi zorunluluğuna ilişkin bir hüküm yer almamakla birlikte komisyonlar uygulamada, genel hükümler uyarınca gerekçesini de eklemektedir. İlgili ret kararı, temyiz başvurusunda bulunan tarafa tebliğ edilir. Bu tebliği takiben ilgili tarafın 60 gün içinde kararın duruşmalı olarak gözden geçirilmesi için itiraz hakkı mevcuttur. Tarafın bu şekilde duruşma talep etmesi halinde, normalde ödenenden daha fazla bir harç yatırması gerekmektedir.

Temyize ilişkin sınırlamalar 2010 yılında 3900/2010 sayılı Kanununun 12'nci maddesiyle daha da sıkılaştırılmıştır. Buna göre temyiz başvurusunun kabul edilebilmesi için temyize konu olan hükmün 1) Danıştay içtihadına açıkça aykırılık teşkil etmesi, 2) İlgili konuda Danıştay içtihadının olmaması 3) Hükme dair olgu ve hukuki değerlendirmelerin mevcut Danıştay içtihadının gözden geçirilmesini gerektirecek ciddi sorunları bünyesinde taşıdığı inandırıcı bir şekilde iddia edilmesi gerekmektedir.

Danıştay içtihatlarında buraya yukarıdaki hükümleri katı bir şekilde yorumlayarak, temyize başvurmayı uygulamada oldukça zor hale getirmiştir. Bu çerçevede Danıştay önüne gelen temyiz başvurularında -ileri sürülen ve somut davaya ilişkin her bir hukuki argümana ayrı ayrı eşlik edecek bir biçimde- içtihat yokluğu/içtihadı aykırılık/içtihadın gözden geçirilmesi gerekliliği hususlarının açıkça belirtilerek gösterilmesini ve devamında da bu hususların somut uyuşmazlığın çözümünde belirleyici olduğunun ayrıca gösterilmesini talep etmektedir.

AİHM 2016 yılında vermiş olduğu bir kararında 3900/2010 sayılı yasanın 12'nci maddesiyle getirilen sınırlandırmaların AİHS 6'nci maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına aykırı olmadığı kararına varmıştır. Mahkemeye göre, 12'nci madde kapsamındaki sınırlamalar, temyiz prosedürünün gereksiz bir şekilde kullanılmasını ve Danıştay önünde biriken dava sayılarını sınırlamak ve adaletin yerine getirilmesinde gecikmeleri önlemek gibi meşru bir amaç gütmüştür. Böylece, kullanılan

araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir ilişki korunmuştur.¹⁹

SONUÇ

Ülkemiz temyiz sisteminde, parasal sınır ve konu sınırı getirilerek Danıştayın iş yükü azaltılmak istenmişse de gelinen noktada Danıştayın içtihat mahkemesi fonksiyonu yerine getirip getiremediği ciddî tartışma konusu olmaktadır. Mevcut sistemde her ne kadar Danıştayın iş yükünü azaltmak amacıyla konu sınırı getirilmiş ise temyize tabi bir konuya ilişkin dava sayısının artmasının, Danıştayın iş yükünü artıracacağı da açıktır. Bunun yanı sıra bütün konuların Danıştayın önüne gelmesi; içtihat aykırılıklarının giderilmesi²⁰, kanun yararına temyiz gibi çeşitli yollarla hukuken mümkün olsa da bu yolların etkinliğine yönelik tartışma ve değerlendirmeler, Danıştayın içtihat mahkemesi olma fonksiyonunun da etkinliğini tartışmalı hâle getirmektedir. Bu nedenlerle mevcut kanun yolu sisteminin hem Danıştayın iş yükünü azaltma hem de içtihat mahkemesi fonksiyonunu sağlama bakımından yetersiz kaldığı eleştirisini yapmak, yanlış olmayacaktır.

Bu çalışmada özellikle karşılaştırmalı hukuktaki Yüksek İdare Mahkemelerinin iş yükünü hafifletme ve böylelikle içtihat mahkemelerine dönüşmeleri için temyiz aşamasında sadece konu sınırlamasına gidilmediği, ayrıca dosyaların içtihatlara uygun olup olmaması, yeni içtihat yaratma potansiyeli gibi kriterler getirilerek filtrelendiğini belirledik. Bu filtrasyon kimi ülkelerde Yüksek İdare Mahkemelerinin alt komisyonları tarafından yapılırken kimi ülkelerde kararı temyize taşınan mahkeme tarafından yapılmaktadır. Ancak filtrasyon konusunda ortak noktanın temyiz isteminin reddi halinde her ülkede bir itiraz müessesesinin bulunmasıdır. Her ne kadar filtrasyon kararlarına itiraz edilmesi öngörülmüş ise de bu durumun, temyiz merci dışında merciler tarafından verilen izin kararlarına ilişkin olduğunu söyleyebiliriz. Bu sebeple eğer ki temyiz merci veya temyiz merci üyelerinden oluşan bir alt komisyona bu yetki verilecek olursa, itiraz

¹⁹ AİHM, Papaioannou/Greece (Başvuru no 18880/15).

²⁰ Bu konuda eleştiri ve değerlendirmeler için bkz. ÇINARLI, Serkan ve AZAK, Kerim, “*Bölge İdare Mahkemelerinin Kesin Kararları Arasındaki Aykırılık veya Uyuşmazlığın Giderilmesi Meselesi*”, Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, 2020, 1-26.

yolunun öngörülmemesi de düşünülebilir bir seçenek olacaktır. Zira özellikle ülkemizde hâlihazırda, tarafların bütün başvuru yollarını tüketmeye yönelik tutumu da dikkate alındığında izin kararlarına itirazın, iş yükünü azaltmaması, örneğin istinaf mercilerinin izin kararlarına karşı hemen her durumda itiraz edildiği gibi bir sonuç çıkması hiç uzak bir sonuç değildir.

Kanımızca Danıştayımızın bir içtihat mahkemesi olabilmesi için mutlaka filtrasyon sistemine geçilmeli, temyiz inceleme süresinin kısıtlanması gündeme alınmalıdır. Temyiz filtrasyonu ile dosya yükü hafifleyen Danıştayın kesin bir temyiz inceleme süresine tabi olması ve içtihat mahkemesi fonksiyonunu yerine getirebilmesi, adaletin tecellisi açısından elzemdir.

KAYNAKÇA

AKBABA Ahmet, “Fransız İdari Yargı Sistemine Bir Bakış”, **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt: 72 Sayı: 2, 2014, s. 435-463.

AKINCI Müslüm, *İsveç İdare Hukuku*, Ankara, Yetkin, 2010.

AYDINOĞLU Zeynep Nihal, “İstinaf Kanun Yolunun İdari Yargılama Usulüne Başlıca Etkileri”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 9, Sayı: 34, 2018, s. 387-423.

ÇINARLI, Serkan, **İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri**, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.

ÇINARLI, Serkan ve AZAK, Kerim, “*Bölge İdare Mahkemelerinin Kesin Kararları Arasındaki Aykırılık veya Uyuşmazlığın Giderilmesi Meselesi*”, **Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 2, 2020, 1-26.

ERKAN Fikret, “İsveç İdari Yargı Sistemi (İdari İstinaf Sistemi) ve Analizi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:4, Sayı: 12, 2013, s. 99-130.

KAPLAN Gürsel, *Fransız İdari Yargılama Hukukunda Kararlara Karşı Başvuru Yolları*, Bursa, Ekin, 2016.

SANCAKDAR Oğuz, “İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler”, **Yaşar Üniversitesi Dergisi**, Cilt 8 (Özel Sayı), 2013, s.2237-2326.

WEITZEL Jürgen, “Kanun Yolları Hukukunun Temel Esasları”, Çev.: Fazlı Doğan, **Küresel Bakış**, Yıl: 1, Cilt: 1, Sayı: 3, 2011, s.21-39.

ZRVANDYAN Arman, *İdari Yargıda Avrupa Adil Yargılanma Standartlarına İlişkin Emsal Kararlar*, Avrupa Konseyi Yayınları, 2021 via

<https://rm.coe.int/emsalkararlarkitabioption-2/1680a1cdb6> (Erişim tarihi: 14 Mayıs 2023).

İnternet Yayınları

https://e-justice.europa.eu/content_judicial_systems_in_member_states-16-cz-en.do?member=1 (Erişim tarihi: 5 Mayıs 2023).

<https://www.aca-europe.eu/index.php/en/tour-d-europe-en> (Erişim tarihi: 2 Nisan 2023).

ACA-Europe Seminar on Functions of and Access to Supreme Administrative Courts, https://www.aca-europe.eu/seminars/2019_Berlin/Germany.pdf (Erişim tarihi: 15.5.2023).

<https://bit.ly/3IU70CM> (Erişim tarihi: 2 Nisan 2023).

Nevzat ÖZGÜR (Oturum Başkanı): Sayın Prof. Dr. Serkan Çınarlı'ya bu değerli bildirisinden dolayı teşekkür ediyoruz. İstinaf sistemine geçilirken bir tercih söz konusuydu. Danıştayın aşırı iş yükünün azaltılması hedeflenmişti ve o günün şartlarında bu tür bir düzenleme yapılmıştı. Ama zaman içerisinde görüldü ki temyizın amacı çok basit bir tanımlamayla ülke çapında hukuk birliğini sağlamak olduğu halde bu sistemin hukuk birliğini sağlamaktan oldukça uzaklaştığı anlaşıldı. Çünkü bölge idare mahkemelerinde davaların büyük çoğunluğunun kesinleşmesi münasebetiyle birçok önemli davanın temyize ulaşamadığı görüldü. O yüzden bu tür arayışlara girildi. Hocam da yabancı ülke uygulamalarından hareketle bunların örneklerini sundu. Bu konuda Danıştayda da çalışmalar yapıldığını biliyorum. Özellikle Vergi Dava Daireleri Kurulu Kıdemli Tetkik Hâkimi arkadaşımız Dr. Yunus Emre Yılmazoğlu'nun bu konuda uzun zamandır fikir ürettiğini biliyorum. Kendisiyle zaman zaman bu konuları mütalâa ettik ve Danıştay yönetimiyle de bağlantılı olarak bu çalışmalar devam ediyor. Bu bir müddet sonra, muhtemelen bir yasal değişiklikle gündeme gelecektir. Hocamızın değerli bildirisini de bu konuda katkı sağlayacaktır umarım. Kendisine tekrar teşekkür ediyorum.

MUKAYESELİ HUKUKTA İÇTİHAT FARKLILIĞININ GİDERİLMESİ, İDARİ UYUŞMAZLIKLARDA HIZLANDIRMA MÜESSESELERİ VE TÜRK İDARİ YARGISI İÇİN ÖNERİLER

Doç. Dr. Gürsel ÖZKAN*

GİRİŞ

İçtihat aykırılıklarının giderilmesinin en etkili yolu, ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararların, kanun yollarına tabi tutularak hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesi ve böylelikle çelişkilerin giderilerek yargı kararlarının en az hatayla kesinlik kazanmasının sağlanmasıdır. Bu denetim mekanizması, bilindiği gibi kanun yolu olup kanun yolları, olağan ve olağanüstü olarak ikiye ayrılmaktadır¹.

İtiraz ve temyiz dışında olağan kanun yolu olarak istinaf düzenlemesinin de içinde yer aldığı 6545 sayılı Kanun'un gerekçesinde² idari yargıda istinafin getirilmesinin gerekçesi Danıştayın iş yükünün azaltılması olarak açıklanmıştır. Hâlbuki temyiz merciinin iş yükünün azaltılması, istinaf yargısının kabul edilmiş amaçlarından sadece biri olup, iş yükünün azaltılması amacının temyiz yolunun kapatılması suretiyle değil başka yollardan

* Danıştay Üyesi

¹ 2004 yılında kabul edilen 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'la, ülkemizde iki dereceli (ilk derece ve temyiz) yargılama sisteminden, üç dereceli (ilk derece-istinaf-temyiz) yargılama sistemine geçilmiştir. Bu çerçevede, 5236 sayılı Kanunla 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda değişiklik yapılmış; daha sonra yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda kanun yolu olarak bu yeni sistem kabul edilmiştir. 04/12/2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda olağan kanun yolları, itiraz, istinaf ve temyiz; 12/01/2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda olağan kanun yolları, istinaf ve temyiz; 06/01/1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda olağan kanun yolları ise istinaf ve temyiz olarak düzenlenmiş, 18/06/2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle, yapılan değişiklikten önce Kanun'da yer verilen itiraz kanun yolu yürürlükten kaldırılmıştır.

²“...2577 sayılı Kanunun 46'ncı maddesinde yapılan değişiklikle, istinaf mahkemelerince karara bağlanacak konulardan hangisinin temyiz yolu ile Danıştaya gideceği belirlenmekte olup, bu maddede tahdidi olarak sayılan bu konular dışındaki davaların bölge idare mahkemelerinde istinaf incelemesi neticesinde kesinleşmesi öngörülmektedir. Böylece Danıştayın temyizen karara bağladığı iş yükünün yaklaşık yüzde seksen oranında azaltılarak Danıştayın içtihat mahkemesi rolünün güçlendirilmesi amaçlanmaktadır.”

sağlanması gerekir³. Asıl olan kararların maddi ve hukuki denetiminin yapılması bakımından, temyiz yoluna başvurulmasının engellenmemesidir.

İstinaf mahkemesinin kararlarının temyiz incelemesine tabi olması esas olmalıdır. Aksi durumda içtihat birliğinin sağlanması için temyiz mercii tarafından içtihadı nitelikli kararlar verilerek hukuki istikrarın sağlanması mümkün olmaz. Bu yolla en azından bölge adliye ve bölge idare mahkemeleri tarafından aynı konuda verilen farklı kararların kesinleşmesi önlenecektir. Nitekim Fransa'da prensip olarak bütün kararlara karşı temyiz yolu açık tutulmuştur. Ancak yine de orada temyiz mercii önüne gelen dava sayısı oldukça sınırlı kalabilmektedir.

Türkiye'de içtihat aykırılıklarını gidermeye yönelik müesseseler olarak; kanun yolu incelemesinin dışında yargı kararlarının gerekçeli olması, usuli kazanılmış hak ilkesi, yargılamanın yenilenmesi, Uyuşmazlık Mahkemesinin görev ve hüküm uyuşmazlığını gidermeye yönelik karar verme yetkisinin varlığı, kanun yararına bozma müessesesi, içtihadı birleştirme kararları, Anayasa Mahkemesinin hak ihlali kararı vermesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ihlal kararı vermesi yöntemleri bulunmaktadır. Ancak bu yöntemler, içtihat aykırılıklarını gidermeye yeterli olmamaktadır.

Ülkede aynı hukuk kuralı uygulanarak aynı maddi olgu hakkında verilen kararların aynı hukuki sonuca ulaşması ve yargılamada birliğin gerçekleşmesi ve tüm yurttaki aynı kararın geçerliliğinin sağlanması yargıya güven duygusunun güçlendirilmesi bakımından zorunluluk taşımaktadır. Nitekim ulus devlet olarak tüm yurttaki yargının aynı kararı vermesi gerekliliği ve aynı kararın geçerliliğinin sağlanmasının önemi kuşkusuzdur. Bu nedenle çelişkili karar verilmesini önleyecek yeni çözüm yoluna ihtiyaç bulunmaktadır.

Bu tebliğde mukayeseli hukukta özellikle Avrupa Birliği ülkelerinde içtihat farklılıklarının giderilmesine yönelik olarak uygulanan yöntemleri ve yargının hızlandırılmasına ilişkin kurumları belirttiğinden sonra, Türkiye'de içtihat farklılığının giderilmesi ve yargının hızlandırılması için somut öneriler kapsamında emsal karar müessesesi hakkında bilgi verilecektir.

³ AKYILDIZ Ali, İstinafa İlkel Bakmak, Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara, 2015, s.17-20.

I. İCTİHAT AYKIRILIKLARI SORUNU

Yargılama faaliyeti soyut normun anlamını araştırmak, yorumlamak ve bunu yaparken de somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurmaya gerektirir⁴. İctihat aykırılığı, yargı mercilerinin uyuşmazlıkları çözme görev ve yetkisini kullanarak verdiği kararlar arasında çelişki bulunmasıdır. İctihat aykırılıkları hem aykırılığın ortaya çıkışının önlenmesi hem de ortaya çıkışa dahi aykırılığın giderilmesi yönünden birlikte ele alınması gereken bir hukuki sorundur.

İstinaf sisteminin faaliyete geçmesiyle birlikte uyuşmazlıkların büyük kısmının bölge adliye ve bölge idare mahkemelerinin verdiği kararlarla kesinleştiği düşünüldüğünde, aynı/benzer uyuşmazlıklar açısından yüksek yargı ve istinaf kararları arasında aykırılığın oluşması kaçınılmazdır. Bölge adliye ve bölge idare mahkemesi kararları arasındaki icthad aykırılığının giderilmesi amacıyla yürürlüğe konulan mekanizma da icthad aykırılığını önleyici değil sadece giderici nitelik taşımaktadır.

Yüksek yargıda aynı konuda görevli birden fazla daire ve daire içinde heyet bulunması istikrarlı karar verilmemesinin nedenlerindedir. Ayrıca benzer olaylarda farklı kararlar verilmesinin diğer nedenleri olarak, dairelerdeki heyet veya kurullarda görev yapan üyelerin görev yerlerinin veya dairelerinin değiştirilmesi ve mahkemelerde görev yapan hâkimlerin mevcut davaların görülmesi sırasında değiştirilmesi de sayılabilir.

Bunlara iş yoğunluğu nedeniyle mahkemelerin ayrıntılı bir biçimde eski kararlarını araştıramaması; mevzuatın yeni olması, sık değişmesi veya muğlaklığı nedeniyle farklı yorumlara açık olması da eklenebilir. Ama asıl önemlisi mahkemelerin aynı mahiyetteki davalarda uyuşmazlığın çözümü için gerekli olan bir yasa hükmünü uygularken, bir hukuki müesseseyi değerlendirirken ya da uyuşmazlığın çözümünde takip edilecek usulü belirlerken birbirinden farklı ilke ve yorumlar benimsemesi⁵ ve hâkimlerin objektif nitelmeden uzak kendi kişisel değerlendirmelerine dayalı olarak dünya görüşlerinin etkisiyle karar vermeleridir.

⁴ EVREN Çınar Can, Bir Örnek Olay Üzerinden Mahkeme Kararlarında İstikrar, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:4, Sayı: 2019/2, s. 122.

⁵ AYM, Engin Selek Başvurusu/Başvuru No. 2015/19816, K.T. 8/11/2017.

A. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN (AİHM) İCTİHAT FARKLILIKLARINA YAKLAŞIMI

AİHM, hukuk kuralının farklı mahkemeler tarafından farklı şekilde yorumlanması konusunu olağan görmektedir⁶. Ancak yorum farklılıklarının hukuk sistemi üzerindeki etkileri de değerlendirilmekte ve icthaat farklılıklarının hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerini ihlal etmesi için "süregelen" olması yani "devamlılık" göstermesi ölçüsü aranmaktadır.

AİHM, adil yargılanma hakkı kapsamında yaptığı değerlendirmede, "yorumlama farklılığı, tüm yargı sistemlerinin özelliği olarak kabul edilebilir. Bu sebeple farklı mahkemeler, benzer fiili gerçek durumlardan doğan, aynı yasal sorunlara ilişkin, farklılık gösteren fakat **rasyonel ve gerekçeli**, sonuçlara varabilir. Bununla birlikte, bazı şartlar altında, özellikle yüksek mahkemeler olmak üzere yerel mahkemelerin çelişkili kararları AİHS'nin 6. maddesinde yer verilen adil yargılanma hakkına ihlal teşkil edebilir."⁷ şeklinde açıklamada bulunmuştur.

AİHM yüksek mahkemelerin, tutarsızlıkları düzeltmek ve böylece halkın yargıya duyduğu güveni sürdürmek için icthatta birliği sağlaması gerektiğini de ifade etmektedir⁸. AİHM'e göre, icthaat aykırılığı içerdiği tespiti yapılan kararlar arasındaki çelişkiyi giderebilecek hukuksal bir mekanizmanın bulunmaması hukuki belirsizlik oluşturur. Ulusal yargı mercilerinin çelişkili kararlarının belirli bir sayıya ulaşması ve zaman dilimine

⁶ "AİHM, her hukuk sisteminde kanun hükümlerinin yargısal yoruma tabi tutulmasının kaçınılmaz olduğunun altını çizmektedir. AİHM'ne göre müphem hususların açıklığa kavuşturulması ve değişen koşullara uyum sağlanması her zaman için bir ihtiyaçtır. Kesinlik, ziyadesiyle arzulan bir husus olduğu halde bu, aşırı katı olma sonucunu doğurabilmekte ve kanunun değişen koşullara uyumuna engel teşkil edebilmektedir. Birçok kanun kaçınılmaz olarak -az veya çok- belli bir derecede muğlaklık içerir. Muğlaklık barındıran bu kanunların yorumlanması ve uygulanması ise bir pratik sorundur. Bu çerçevede kanunların müphem yönlerini açıklığa kavuşturmak ve yorumda ortaya çıkan şüpheleri dağıtmak mahkemelerin görevidir (AİHM, OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos/Rusya, Başvuru No: 14902/04, K.T. 20/9/2011, § 568)."

⁷ AİHM, Şahin-Şahin/Türkiye, Başvuru No: 13279/05, K.T. 20.10.2011. AİHM'nin yorumlama farklılığı konusundaki değerlendirmeler için bakınız. YILMAZOĞLU Yunus Emre, İctihat Farklılıklarının Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden Değerlendirilmesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl:7, Sayı: 13, 2019, s. 551-662.

⁸ AİHM, Albu ve diğerleri/Romanya, Başvuru No: 34796/09, K.T. 12/05/2012.

yayılmış olması gerekmekte, esas itibarıyla **belirsizliğin** ortaya çıkmasından ziyade bunun **devamlılığı** ya da belli bir süreyi aşması hali ihlal sonucunu doğurmaktadır.

AİHM, benzer olaylarda çelişkili karar verilmesi durumunu, adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmekte⁹ ve icthah farklılıklarını aynı yargı kolunda oluşan ve farklı yargı kolunda oluşan icthah farklılıkları olarak ikiye ayırmakta ve farklı değerlendirmeye tabi tutmaktadır.

İctihat farklılıklarının hukuki güvenlik ilkesi ve adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmesine yönelik kriterler de belirlenmiştir. Buna göre;

-Yerel mahkemelerin icthadında "derin ve uzun süredir devam eden farklılıklar" bulunup bulunmadığı, farklı kararın son derece mahkemesi tarafından verilip verilmediği,

-Farklılığın giderilmesine yönelik iç hukukun bu tutarsızlıkların üstesinden gelebilmek için bir mekanizmasının mevcut olup olmadığı,

-Bu mekanizmanın uygulanıp uygulanmadığı,

-Gerekli görüldüğü takdirde söz konusu mekanizmanın elverişli olup olmadığı, diğer bir deyişle, etkin olup olmadığı ve ne derece uygulandığı değerlendirilmelidir"¹⁰ şeklinde açıklama yapılmıştır.

Anlaşılaacağı üzere değerlendirmenin esasını, icthah farklılıklarının önleyici mekanizmasının öngörülüp öngörülmediği ve etkisinin belirlenmesi ve farklılıkların derin ve uzun süreli olup olmadığı oluşturmaktadır.

B. AVRUPA HÂKİMLERİ DANIŞMA KURULU'NUN İCTİHAH FARKLILIĞI GÖRÜŞÜ

Yargı kararlarında istikrarın (icthah birliğinin) sağlanması konusunda Avrupa Hâkimleri Danışma Kurulu, yerleşik icthahattan sapmak için **net, açık ve anlaşılabilir** gerekçeler sunma şartının aranması gerekliliğine işaret etmektedir.

⁹ Bu yöndeki çeşitli kararlar için bkz. TAŞDELEN Okan, Çelişkili Yargı Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt: I, Sayı: 7, Yıl: 2016, s.987-1024.

¹⁰ AİHM, Şahin -Şahin /Türkiye, Başvuru No: 13279/05, K.T. 20/10/2011.

Bu şarta uyulmaması, AİHM'nin adil yargılanma hakkının ihlali olarak gördüğü "*hâkimin keyfi karar vermesi*" durumunu oluşturacaktır. Aynı hususta daha önce mahkemelerce verilmiş kararlardan farklı bir hüküm kurulması halinde mahkemelerce, bu farklılaşmaya ilişkin **makul bir açıklama** getirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, "*hâkim, yerleşik içtihattan farklı bir karar verdiğinde, önceki içtihadı belirterek, farklı karar verilmesinin gerekçelerini ayrıntılı olarak açıklamak*" durumundadır.

Avrupa Hâkimleri Danışma Kurulu-Consultative Council of European Judges'nun (CCJE) konuya ilişkin değerlendirmesi şu şekildedir:

CCJE hâkimlerin genel olarak yasayı tutarlı bir şekilde uygulaması gerekliliği kanaatini benimsemiş olup bir mahkemenin önceki içtihattan sapmaya karar verdiğinde kararının **gerekçesinde** bunun net bir şekilde belirtilmesinin çok önemli olduğu görüşündedir.

Gereğede hâkim yerleşik içtihadın ilgili konuda farklı olduğunu bildiğini açık bir şekilde belirtmeli ve bu konuda önceden kabul edilen görüşün/yargının neden geçerli olmadığını detaylı bir şekilde açıklamalıdır. Yalnızca bu metotla içtihattan sapmanın bilinçli olup olmadığı (hâkimin içtihattan değişiklik yapmak niyetiyle bilinçli olarak sapıp sapmadığı) veya mahkemenin önceki içtihadı dikkate alıp almadığı ya da önceki içtihadın bilincinde olup olmadığı tespit edilebilir. Bu koşullara uymamak keyfi olarak değerlendirilebilir ve bireyin adil yargılanma hakkı ihlal edilebilir.

C. ANAYASA MAHKEMESİNİN İCTİHAT FARKLILIĞI YAKLAŞIMI

Anayasa Mahkemesi, yargının birbirine zıt kararlar verilmesini önleyecek yapılandırmaların bulundurulmasının, sözleşmecî devletlerin sorumluluğu altında olduğuna ilişkin AİHM'nin belirlediği ilkelere uygun değerlendirme yapmıştır. Anayasa Mahkemesi, genel olarak mahkeme kararlarındaki devamlılığın (istikrar), mahkemelere duyulan güvenin ve hukuki güvenlik ilkesinin önemli unsurlarından olmakla birlikte, içtihadın değişmezliği anlamına da gelmediğini belirtmektedir.

Yapılan bireysel başvuru üzerine içtihatları birleştirme kararı verilmek üzere Yargıtay Başkanlığına gönderme kararı vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, "*...uygulamadaki istikrarı (birlikteliği) sağlaması beklenen yüksek mahkemeler içinde yer alan dairelerin benzer davalarda tatmin edici bir gerekçe göstermeksizin farklı sonuçlara ulaşması, bir kararın*

belirli bir daireye düştüğü takdirde onanacağı, başka bir daire tarafından ele alındığı takdirde bozulacağı gibi ihtimale dayalı ve birbirine zıt sonuçları ortaya çıkarır. Bu ise hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşer. Ayrıca böyle bir algının toplumda yerleşmesi halinde, bireylerin yargı sistemine ve mahkeme kararlarına duymaları beklenen güven zarar görebilir” değerlendirmesini yapmıştır.

Aynı kararda, *“hukukun üstünlüğü ilkesi gereği yargı sistemine olan güveni sağlamak ve korumakla yükümlü olan devlet, aynı yargı koluna dâhil mahkemeler arasındaki derin ve süregelen içtihat farklılıklarını ortadan kaldıracak nitelikte bir mekanizmayı kurmak ve bu mekanizmanın etkin bir şekilde işleyişini sağlamakla yükümlüdür”* tespitini yapmış ve Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ile Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin benzer konuda farklı kararlar vermeye devam etmeleri nedeniyle Yargıtay daireleri arasındaki yedi yıldan beri süren içtihat farklılığının derinleşmiş ve sürekli bir nitelik kazanmış olduğunu belirtmiştir. Bu durumun ortadan kaldırılmasını sağlayacak içtihadı birleştirme kararı gibi elverişli bir mekanizma bulunmasına rağmen bunun işletilmemesi neticesinde farklı ve birbiriyle çelişkili kararlar ortaya çıkmış olmasının yargılamanın hakkaniyetini zedelemiş olduğunu belirterek, *“mahkemeler arasındaki derin ve süregelen içtihat farklılıklarının içtihadı birleştirme yoluyla ortadan kaldırılarak yeni ihlâllere neden olacak uygulamanın önüne geçilmesi...”*ni teminen, kararın Yargıtay Birinci Başkanlığı’na gönderilmesine karar vermiştir.

Yine Anayasa Mahkemesi, yapılan bireysel başvuru üzerine, aynı duruma ilişkin farklı yargı kollarına bağlı mahkemeler arasındaki içtihat farklılıklarını ortadan kaldıracak mekanizmaların bulunduğunu, ancak yetersiz kaldığı ve etkili bir çözüm sunamadığı tespitini yaptıktan sonra, mevcut mekanizmalara örnek olarak farklı yargı kolları arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlığını giderecek *“Uyuşmazlık Mahkemesi”* ne başvuru yolu olduğunu göstermiştir¹¹.

Anayasa Mahkemesi, bir kararında¹², hüküm uyuşmazlığına dayalı çelişkili karar iddiasının dile getirildiği durumlara ilişkin olarak, Uyuşmazlık Mahkemesi’ne başvurulmasının fiili ve etkili bir çözüm sunduğunu

¹¹ AYM, Ahmet Saygılı ve Şefika Saygılı Başvurusu/Başvuru No: 2013/135, K.T. 21/01/2015

¹² AYM, Erol Güler Başvurusu/Başvuru No: 2013/8173, K.T. 14/04/ 2016.

belirtmiştir. Hüküm uyuşmazlığının giderilmesi istemiyle Uyuşmazlık Mahkemesine başvuru yolunun kullanılmaması nedeniyle de başvurusunun şikâyeti, başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulunmuştur.

II. TÜRKİYE’DE İÇTİHAT AYKIRILIKLARINI GİDERMEYE YÖNELİK MEVCUT MÜESSESELER

A. YARGI KARARLARININ GEREKÇELİ OLMA ZORUNLULUĞU

Gerekçeli karar verme zorunluluğu, “benzer olaylarda benzer sonuçlara ulaşılabilmesi” bakımından önemli bir denetim mekanizmasını oluşturmaktadır¹³.

Anayasanın 141. maddesinde, “Bütün mahkemelerin her türlü kararının gerekçeli yazılacağı” hükmü düzenlenmiştir. Anayasa, kişinin hak ve ödevleri başlığı altında yaptığı düzenlemelerle insan haklarına yer vererek hem hukuk devleti kavramını pekiştirmiş hem de yargıya ilişkin düzenlemelerle adil yargılanma hakkını somutlaştırmıştır. Ayrıca usul kanunlarında¹⁴ da gerekçe ile ilgili düzenlemeler yer almıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 43. maddesinde, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divanı kararlarının gerekçeli olacağı kabul edilmiştir. Bu düzenlemelerle gerekçenin tıpkı iç pozitif hukukta olduğu gibi uluslararası hukuk açısından da somutlaştığı anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, “mevcut yapısal mekanizmanın işletilmesindeki eksiklikle birlikte ele alındığında, Yargıtay dairelerinin ilamlarında yeterli gerekçeyle desteklenmeyen farklılıkların bulunmasının, başvurusunun açtığı

¹³ Gerekçeli karar hakkı konusunda geniş bilgi için bakınız. ÖZKAN Gürsel, Hak İhlaline İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Danıştay Kararlarına Yansımaları, (Hak İhlali), Anayasa Yargısı, Cilt: 37, Sayı: 1, Eylül 2020, s. 193-236.

¹⁴ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 24. maddesinde kararlarda “kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi”nin belirtileceği düzenlenmiştir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 321. maddesinde “Kararın tefhimi, mahkemece hükme ilişkin tüm hususların gerekçesi ile birlikte açıklanması ile gerçekleşir.” hükmü bulunmaktadır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 34. maddesinde ise “Hâkim ve mahkemelerin her türlü kararı, karşı oy dahil, gerekçeli olarak yazılır.” hükmüne yer verilmiştir.

davanın görülmesi bakımından hukuki belirsizliğe neden olduğu ve başvuru açısından öngörülemez bulunduğu” tespitini yapmıştır¹⁵.

Yargının yanlı davrandığı, taraflı bir tutum takındığı, baskı altında karar verdiği, etki altında kaldığı gibi pek çok kaygıyı giderebilecek etkili yollardan biri mantıksal ve hukuksal bütünlük sergileyen, tutarlı, makul ve yeterli açıklamayı içeren karar gerekçeleridir. Şayet bir kararın gerekçesinden, kararın hangi somut olgular ve hukukî nedenlere dayanılarak verildiği açıkça anlaşılıyorsa, bu tip kararların tarafsız olmadığı yönündeki iddialar dayanaksız kalacaktır.

Gerekçenin varlığına rağmen mahkemenin hangi saikle hareket ettiğini tam olarak ortaya koymak güç olsa da gerekçesiz ya da yeterli gerekçesi olmayan bir kararın tarafsız olduğunu ortaya koymak çok daha güçtür. Bu nedenle hâkimin tarafsız olarak karar verdiğine ikna edebileceği en etkili yol, kararın gerekçesidir.

Gerekçe hem üçüncü kişiler için sonuca giderken takip edilen fikri yolculuğun keyfi olmadığının kanıtı, hem de yargılamayı yapan hâkim için de bir otokontrol mekanizmasıdır. Hâkim kararı gerekçelendirirken yargılama sürecini kontrol etme olanağı bulmaktadır. Nitekim ulaşılan kanaatin gerekçelendirilmesi, bazı inceleme ve değerlendirmelerde bulunmayı gerektirdiği için, henüz nihaî karar verilmeden hatadan dönme fırsatını da sağlamaktadır. Böylece, gerekçelendirerek hükmünü açıklayan hâkimin, gerçeğe ulaşma konusunda keyfi bir tutum içinde olma olasılığı azalmakta, keyfiliğin olması halinde ise, gerekçe sayesinde denetim kolaylığı söz konusu olmaktadır.

Hâkimler bir taraftan hukuku uygularken bir taraftan da kendileri içtihat oluşturarak hukuku şekillendirmekte ve geliştirmektedirler. Ancak burada önemli olan husus, hâkimin bunu yaparken, nasıl, neden, hangi koşullar altında yaptığını gerekçe aracılığıyla açıklaması gerekliliğidir. Başka deyişle, uyuşmazlığı layıkıyla çözmüş ve adaleti sağlamış olsa da bunu nasıl yaptığını anlatamayan kararların içtihat niteliği taşıdığı söylenemez. Nitekim içtihatla, önemli olan sonuç değil, sonuca giden yolun ortaya konulmasıdır.

¹⁵ AYM, Türkan Bal [GK], Başvuru No: 2013/6932, K.T. 06/01/2015§ 68.

B. USULE İLİŞKİN KAZANILMIŞ HAK İLKESİ

Usule ilişkin kazanılmış hak, bir davada taraf veya mahkeme usul işlemi ile taraflardan biri lehine doğmuş ve uyulması zorunlu olan haktır¹⁶. Usule ilişkin kazanılmış hak ilkesi, hukuk yaratma faaliyeti sonucu maddi hukuk alanında başvurulmuş kazanılmış hak fikrinden esinlenerek kabul edilmiştir¹⁷.

Usule ilişkin kazanılmış hak; mahkeme kararının temyiz incelemesini yapan temyiz mercinin (Yargıtay-Danıştay), kararın bozulmasına ilişkin kararında belirttiği bozma nedenleri üzerine mahkemenin bozma kararına uyararak yapacağı inceleme ve değerlendirme sonucunda verdiği kararın temyizinde, bu defa temyiz mercinin “*bozma kararında belirttiği hususlarla sınırlı temyiz incelemesi yapabilmesi*”, bunun dışında kalan hususlara yönelik temyiz incelemesi yapamaması anlamına gelmektedir.

Temyiz incelemesi sonucunda bir mahkeme kararının işin esasına ilişkin olarak bozulması halinde mahkemenin, bozma kararına uymak veya ilk kararında ısrar etmek şeklinde iki seçeneği bulunmaktadır. Mahkemenin ilk kararında ısrar etmeyerek, bozma kararına uymak suretiyle verdiği kararın temyizi halinde, temyiz mercii, bu kez bozma kararına uygun karar verilip verilmediğini incelemekle sınırlı denetim yapmak durumundadır.

Temyiz incelemesi sırasında, temyiz mercininin, aynı hukuki durumla farklı bir sonuca ulaşması, ilk bozma kararı ve buna uyularak verilmiş olan yargı kararının aynı mevzuat karşısında yeniden değerlendirilmesi, taraflar ve uygulama açısından istikrar ve kazanılmış haklar yönünden, hukuka aykırı sonuçlar yaratabilmektedir.

Usule ilişkin kazanılmış hak ilkesi, yüksek mahkemelerin temyiz incelemesi yaparak denetimden geçirdikleri davalarda tekrar tekrar bozma kararı verememelerini sağlamaktadır. Bu yolla “**temyiz incelemesinin daha özenli yapılması ve keyfi bozma kararı verilmesinin önlenmesi**” amaçlanmaktadır. Dolayısıyla usuli kazanılmış hak ilkesi, temyiz incelemesi yapılırken bozma kararı verilmesi değerlendirmesi sırasında özel bir

¹⁶ Usule ilişkin kazanılmış hak ilkesi hakkında bilgi için bkz. ÖZKAN Gürsel, Danıştay Kararları Işığında Usuli Kazanılmış Hak İlkesi, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.1, Temmuz 2014, s. 11-48.

¹⁷ Yargıtayın E. 1957/13, K.1959//5, K.T. 04/02/1959 ve E. 1960/21, K. 1960//9, K.T. 09/05/1960 sayılı İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararları.

hassasiyet gösterilmesini zorunlu kılmaktadır. Çünkü verilen bozma kararına mahkemece uyulmasından sonra, karara karşı temyiz isteminde bulunulması üzerine artık temyiz mercii bozma kararı veremeyeceğini¹⁸ bilecek ve böylece keyfi karar veremeyecektir. Bu durum, yüksek mahkemelerin kendi kendinin denetlenmesi sonucunu doğuracak ve dolayısıyla istikrarlı kararlar verilmesi sağlanacaktır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 18/6/2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun'un 23. maddesi ile değişik 50. maddesinin 4. fıkrasındaki, *"Danıştayın bozma kararına uyulduğu takdirde, bu kararın temyiz incelemesi, bozma kararına uygunlukla sınırlı olarak yapılır"* şeklindeki kural ile usule ilişkin kazanılmış hak ilkesi, idari yargıda yargılama usulüne yönelik hukuk ilkesi olmaktan çıkmış, yasal düzenleme ile yasal kural olarak zorunlu hale gelmiştir. 2577 sayılı Kanun'un 50/(4). maddesinin iptali istemiyle Danıştay tarafından Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuru reddedilmiştir¹⁹.

¹⁸ Re'sen araştırma ilkesi uyarınca kendiliğinden dikkate almak zorunda olduğu görev, yetki, ehliyet gibi kamu düzenine ilişkin hususlar ve içtihat değişikliği, Anayasa Mahkemesince verilmiş iptal kararı, yeni yasa çıkması gibi yeni hukuki durumlar dışında.

¹⁹ Danıştay Onüçüncü Dairesi, 20/11/2019 tarih ve E.2019/3831 sayılı ara kararı ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun *"Temyizen verilen karar üzerine yapılacak işlem"* başlıklı 50. maddesinin 4. fıkrasında yer alan *"Danıştayın bozma kararına uyulduğu takdirde, bu kararın temyiz incelemesi, bozma kararına uygunlukla sınırlı olarak yapılır."* kuralının, Anayasa'nın 2., 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle bu kuralın iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar verilmiş, yapılan başvuru sonucu Anayasa Mahkemesinin 12/06/2020 tarih ve E.2019/115, K.2020/31 sayılı kararıyla, *"yargı içtihatlarıyla kabul edilmiş olan usuli kazanılmış hak ilkesini hukuki güvenliği sağlama ve kamu yararını gerçekleştirme amacıyla kanun hükmü niteliğine kavuşturan kanun koyucunun yukarıda belirtilen meşru amaçlarla ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacak şekilde yargılamanın hakkaniyet, hukukun üstünlüğü gibi ilkelerin görmezden gelinerek ya da temel hak ve özgürlükler ihlâl edilerek sonuçlandırılması yolunda bir iradesinin varlığından söz etmek mümkün değildir. Dolayısıyla kural, yargı yerlerince usuli kazanılmış hak ilkesinin uygulanmasında hukuk devleti ve adil yargılanma hakkı ilkeleri gereğince içtihat yoluyla istisnai durumlar öngörülebilmesine engel teşkil etmemektedir. Aksi yönde bir kabulün hukuki güvenlik ilkesinin öz değil sadece şekil itibarıyla korunması anlamına geleceği gibi temel görevi adaleti tesis etmek olan yargı mercilerinin varlık sebebiyle de bağdaşmayacağı açıktır. Belirtilen hususlar dikkate alındığında sınırlama ile ilgililere orantısız bir külfet yüklenmediği anlaşılmaktadır."* gerekçesi ile 2577 sayılı İdari

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bozmaya uyma veya direnme başlıklı 373/(6). maddesinde, *“Davanın esastan reddi veya kabulünü içeren bozmaya uyularak tesis olunan kararın önceki bozmayı ortadan kaldıracak şekilde yeniden bozulması üzerine alt mahkemece verilen kararın temyiz incelemesi, herhâlde Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca yapılır”* şeklindeki hükme²⁰ yer verilmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 307/(4). maddesinde de, *“Yargıtaydan verilen bozma kararına bölge adliye veya ilk derece mahkemesinin direnme hakkı vardır. Direnme kararları, kararına direnilen daireye gönderilir. Daire, mümkün olan en kısa sürede direnme kararını inceler ve yerinde görürse kararını düzeltir; görmezse dosyayı Yargıtay Ceza Genel Kuruluna gönderir. Direnme üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulunca verilen kararlara karşı direnilemez”* şeklinde düzenleme yer almış ancak bozmaya uyma kararının temyizinde, temyiz incelemesinin sınırı belirlenmemiştir.

Usule ilişkin kazanılmış hak ilkesi bakımından, Danıştay ile Yargıtay arasında farklılık yaratılmasının nedeni olarak, idari yargının hukuka uygunluk denetimi sonucunda verdiği iptal kararının objektif sonuçları ve iptal kararlarının niteliği gereği böyle bir ayırım yapıldığı değerlendirilebilirse de Yargıtay Kanunu'nda İdari Yargılama Usulü Kanunu'ndaki hükme paralel bir düzenleme yapılmamış olmasının nedeni belirsizdir.

Hatalı-çelişkili bozma kararı verildiğinin anlaşılması durumunda, Danıştay kanun hükmünü ihmal mi edecektir? Ne tür bir uygulama yapacaktır? Kanunun açık hükmü nedeniyle hatalı bozma kararı kazanılmış hak oluşturacak mıdır?

Özellikle belirtilmelidir ki, Anayasa Mahkemesi, usule ilişkin kazanılmış hak ilkesine içtihat yoluyla birtakım istisnalar getirilebilmesinin mümkün

Yargılama Usulü Kanunu'nun 50. maddesinin (4) numaralı fıkrasının Anayasaya aykırı olmadığına ve itirazın reddine karar verilmiştir (R.G.Tarih-Sayısı:19/8/2020-31218).

²⁰ 17/4/2013 tarih ve 6460 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile eklenmiştir. 30 Nisan 2013 tarih ve 28633 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.

oluşunu belirterek usuli kazanılmış hak ilkesinin istenildiği durumda ihmal edilebileceğine yönelik açıklamada da bulunmuştur²¹.

C. YARGILAMANIN YENİLENMESİ

Bir yargı kararı, yasalarda belirlenen usullere uygun olarak verildikten, itiraz ya da kanun yollarından geçerek veya bunlara ilişkin başvuru süreleri sona ererek kesinleştikten sonra değişmez bir nitelik kazanır. Yargı kararlarının bu değişmezlik kuvvet ve niteliğine “kesin hüküm” (muhkem kazıye) denilmektedir. Yargı yerlerinin bu şekilde verdiği karar kesin hüküm halini alınca, gerçeğe uymasa bile, hukuksal gerçek olarak kabul edilir. Kararı veren mahkeme de dahil olmak üzere hiçbir merci kural olarak (yargılamanın yenilenmesi hariç) bu karara dokunamaz. Bu durum hukuki barışın ve yargıya güven sağlanmasının bir sonucudur. Tüm beşerî eylemlerde olduğu gibi, yargılama faaliyetinin de bir sonu olmak durumundadır. Bir yargılama faaliyeti sonsuza dek süremez. Böyle bir durumun sosyal ahengi bozacağı açıktır. İşte bunun içindir ki yargı yerlerinin hükümleri, ‘kesin hüküm’ imtiyazından yararlanır. Ancak bu kuralın mutlak olarak uygulanması adaletin gerçekleşmesine ters düşebilir.

Kararın gerçeğe aykırı olduğu, kesin hükümden sonra yeniden bir muhakemenin yapılmasını haklı gösterecek önemde bir hatanın yapılmış olduğu sonradan anlaşılabilir. Bu durumda ortada bir kesin hüküm vardır denilerek, karara dokunulmaması, başka bir haksızlık teşkil eder.

Yargılama faaliyeti sonucunda verilen hükümde hata yapılmışsa, hüküm gerçeğe aykırılık teşkil ediyorsa, kesin hüküm, bu gerçeğe tercih edilerek başka bir adaletsizliğe yol açılması kabul edilemez. İşte bu gibi durumlarda, kanunda sayılmış sebeplere dayanılarak, kesin hükmün ortadan kaldırılarak davanın yeniden görülmesini sağlamak üzere,

²¹ Anılan kararında, “kuralın söz konusu ihtiyacın giderilmesine hizmet ederken hukukun üstünlüğü ilkesini dışladığından, başka bir deyişle usuli kazanılmış hak ilkesinin gerektiğinde hukukun üstünlüğü ilkesi feda edilerek her durum ve koşulda, istisnasız bir şekilde uygulanma kabiliyetine sahip olmasını öngördüğünden veya bu sonucu amaçladığından söz edilemez. Bu itibarla **“kurala içtihat yoluyla birtakım istisnalar getirilebilmesinin mümkün olduğu,”** ancak her hukuki sebebin de bu kuralın istisnası olarak kabul edilemeyeceği açıktır.” değerlendirmesi yapılmıştır.

yargılamanın yenilenmesi denilen kanun yolu hukuk sistemlerinde kabul edilmiştir.

Yargılamanın yenilenmesi, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 53. maddesinde, Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 311-323. maddelerinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 374-381. maddelerinde düzenlenmiştir.

Kesinleşmiş bir karara karşı öngörülen kanun yolu olduğu için yargılamanın yenilenmesi, olağanüstü kanun yolu olarak nitelendirilmektedir.

D. KANUN YARARINA BOZMA MÜESSESESİ

Hukuk ve ceza yargılamasında düzenlenen kanun yararına bozma idari yargıda 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51/(1). maddesinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 363. maddesinde ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 309. maddesinde düzenlenmiştir²². Kanun yararına bozma yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucu ifade eden mahkeme kararlarına karşı uygulanabilen bir olağanüstü kanun yoludur²³.

Yürürlükteki hukuk pozitif hukuk olarak devlet organlarını bağlayıcı nitelikteki Anayasa, kanun, tüzük, kararname, yönetmelik ve içtihadı birleştirme kararları gibi genel kurallardır. Mahkeme kararının bu kurallara açık aykırılık oluşturması ve kanun yolu denetiminden geçmeyerek kesinleşmiş olması durumunda, kanun yararına bozma yolu işletilebilmektedir.

²² "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."

²³ Ceza Muhakemesi Kanunu açısından olağan kanun yolları; itiraz, istinaf ve temyiz olmak üzere üç türdür. Hukuk Muhakemeleri Kanunu açısından kanun yolları ise; istinaf, temyiz ve yargılamanın iadesi olmak üzere yine üç tür olarak yer almaktadır. İdari Yargılama Usulü Kanununda ise kararlara karşı başvuru yolları olarak; itiraz, temyiz, yargılamanın yenilenmesi ve kararın düzeltilmesi sayılmıştır. Ceza Muhakemesi Kanunu açısından olağanüstü kanun yolları, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisi, kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi olmak üzere üç tür yol olarak belirlenmiştir.

Olağanüstü kanun yolu olarak kanun yararına bozmanın temel amacı, yargı mercilerinin verdiği kararlarda içtihat birliğinin sağlanması, yani yürürlükteki hukukun ülke genelinde birlik içinde uygulanmasının sağlanmasıdır. Kanun yararına bozma ile kesinleşen hükümler bir kere daha temyiz mercii tarafından görüşülmekte, böylece verilen kararların emsal teşkil etmesi sağlanmakta ve ülke genelinde uygulama birliği gerçekleşmektedir. Dolayısıyla, kanunların her yerde ve herkese karşı aynı şekilde uygulanma sonucuna ulaşılmaktadır.

Kanun yararına bozma Yargıtay ve Danıştay'ın kanunları yorumlama ve içtihat birliğini sağlama görevini tamamlayan bir olağanüstü kanun yoludur. Kanun yararına bozma ile mevcut hukuka aykırı karar veren mahkemenin dikkati çekilmekte ve esas hükmü veren mahkeme kararının diğer mahkemeler için emsal karar olma niteliğine son verilmektedir.

Kanun yararına bozma kararına esas alınacak kararların yürürlükteki hukuka aykırı olması önem taşımaktadır. Bunun için de özellikle görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması, hukuka aykırı karar verilmesi, usul hükümlerine uyulmamış olması gerekmektedir. Ancak, sadece usul hükümlerine uyulmamış olmasının kanun yararına bozma için bir sebep oluşturabilmesi için usul hükümlerine aykırı olarak verilen mahkeme kararının aynı zamanda hukuka aykırı nitelik taşıması da gerekmektedir.

Kanun yararına bozma kararları, *kesin kararı vermiş olan mahkemenin kararı üzerinde herhangi bir hukuki sonuç doğurmamaktadır*. Kesin kararı vermiş ilgili mahkemenin kanun yararına bozma kararına karşı gidebileceği herhangi bir yol bulunmamaktadır. Kanun yararına bozma kararı sonucunda esas hüküm, ilgili mahkemece tekrar gündeme alınıp görüşülmez²⁴.

E. UYUŞMAZLIK MAHKEMESİNİN GÖREV VE HÜKÜM UYUŞMAZLIĞI KARARLARI

Yargının birbiriyle uyuşmayan çelişkili kararlar vermesinin bir nedeni de uyuşmazlıkların farklı yargı kollarında görülerek karara bağlanmasıdır. 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun'un 17. maddesinde, *“Olumlu görev uyuşmazlığı; adli ve idari yargıya bağlı ayrı*

²⁴ ZABUNOĞLU Yahya Kazım, İdare Hukuku, 12. Baskı, Cilt: 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 744.

iki yargı merciine açılan ve tarafları, konusu ve sebebi aynı olan davalarda bu yargı mercilerinin her ikisinin kendilerini görevli sayan kararlar vermiş olmaları durumunda meydana gelir” hükmüne yer verilerek, olumlu görev uyuşmazlığı düzenlenmiştir.

Hüküm uyuşmazlığı ise, 2247 sayılı Kanun’un 24. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre *“adli, idari ve askeri yargı mercileri tarafından, görevle ilgili olmaksızın kesin olarak verilmiş veya kesinleşmiş, aynı konuya ve sebebe ilişkin, taraflarından en az biri aynı olan ve kararlar arasındaki çelişki yüzünden hakkın yerine getirilmesi olanaksız bulunan hallerde hüküm uyuşmazlığının varlığı kabul edilir”*. Bu yola, *“adli, idari ve askeri yargı mercileri tarafından, konusu, sebebi ve taraflardan en az birinin aynı olduğu davalarda verilen çelişik kararlar yüzünden hakkın yerine getirilmesi mümkün olmazsa”* başvurulabilmektedir. Çelişkili kararların giderilmesine doğrudan hizmet eden bu yolun niteliği gereği istisnai hallerde ortaya çıkabileceği açıktır.

Uyuşmazlık Mahkemesinin, farklı yargı kolları arasındaki çelişkili kararların giderilmesinde etkili olduğu asıl husus hüküm uyuşmazlığı konusudur. Hüküm uyuşmazlığında çelişki, aynı olayın farklı yargı mercilerince birbiriyle uyumsuz şekilde kararlaştırılmasından kaynaklanmaktadır. Bir yargı kolunun Uyuşmazlık Mahkemesinin kararına rağmen önüne gelen davayı görmeye devam etmesi ve verdiği kararın diğer yargı kolundaki mahkemenin yorumundan ayrılması çelişkili kararlar verilmesine neden olmaktadır²⁵.

Uyuşmazlık Mahkemesi, görev ve hüküm uyuşmazlığı olmak üzere iki açıdan içtihat birliğinin sağlanmasına hizmet etmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesinin görevli yargı koluna dair verdiği kararların *“somut dosya haricindeki benzer dosyalarda bağlayıcılığının bulunmaması”* bu sorunun dayanağını oluşturmaktadır.

2247 sayılı Kanun’un 29. maddesinde *“Uyuşmazlık Mahkemesinin kararları kesindir”* hükmüne yer verilmiş olmasına rağmen kararların bağlayıcılığı düzenlenmemiştir. Uyuşmazlık Mahkemesinin kararına rağmen yargı kollarından birinin diğerinin görev alanındaki davaya bakması durumunda görev ve hüküm uyuşmazlığı söz konusu olmaktadır. Bunun da

²⁵ TAŞDELEN, s. 1019.

temelinde Uyuşmazlık Mahkemenin kararlarının ilke kararları haricinde bağlayıcılığının bulunmamasıdır. Bu nedenle Uyuşmazlık Mahkemesine yargı kollarının görev alanlarına ilişkin bağlayıcı karar verme yetkisinin kabul edilmesi gerekmektedir²⁶.

F. BÖLGE İDARE MAHKEMELERİNİN ÇELİŞKİLİ KARARLARININ GİDERİLMESİ

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45/(6). maddesinde, *“Bölge idare mahkemelerinin 46. maddeye göre temyize açık olmayan kararları kesinidir”*. Kararların kesinliği iki yönlüdür. Bir yandan, ilk derece yargı yeri itiraz üzerine verilen karara karşı ısrar edememekte; diğer yandan da itiraz üzerine bölge idare mahkemesince verilen karara karşı temyiz olanağı da bulunmamaktadır.

Çelişkili kararların ortaya çıkması ihtimali bir bölge idare mahkemesinin kendi kararları arasında olabileceği gibi, değişik bölge idare mahkemelerinin kararları arasında da olabilmektedir. Hatta söz konusu içtihat farklılığı, Danıştay ile bu mahkemelerin aynı konuda temyize açık olmayan kararları arasında da olabilmektedir. Her bölge idare mahkemesince verilebilecek aynı konudaki aykırı kararların, birbiriyle ve hatta Danıştay kararlarıyla çelişen haliyle kesinleşmesi söz konusu olmaktadır²⁷.

2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 3/C-(c). maddesinde, *“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 Danıştaydan bu*

²⁶ YEŞİL Ufuk, Türk Yargı Sisteminde Görev ve Hüküm Uyuşmazlıkların Çözüm Usulü, Uyuşmazlık Mahkemesi Yayınları, Yayın No: 4, Ankara, 2014, s. 321 ve 322.

²⁷ Ayrıntılı bilgi için bakınız. BİLGİN Hüseyin, Bölge İdare Mahkemesi Kararları Arasındaki Aykırılık ve Uyuşmazlığın Giderilmesi Sorunu, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2021, Cilt: 25, Sayı: 3, s. 639-688.

konuda karar verilmesini istemek.” bölge idare mahkemesi başkanlar kurulunun görevleri arasında sayılmıştır.

Aynı maddenin 17/10/2019 tarih ve 7188 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile değişik beşinci fıkrasında ise, dördüncü fıkranın (c) bendine göre yapılacak istemlerin, konusuna göre İdari veya Vergi Dava Daireleri Kuruluna iletileceği; ilgili dava daireleri kurulunca üç ay içinde karar verileceği; aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesine ilişkin olarak bu fıkra uyarınca verilen kararların kesin olduğu kurala bağlanmıştır. Anılan maddenin gerekçesinde de bölge idare mahkemesi dairelerinin benzer konularda birbiriyle çelişen kararlar vermesini önlemek amacıyla bu tür kararların Danıştay Başkanlığına gönderilmesinin sağlanması konusunda bölge idare mahkemesi başkanlar kurulunun görevlendirildiği belirtilmiştir.

Kanun metni ve gerekçesi dikkate alındığında, aykırılığın giderilmesi müessesesinden beklenen amacın, benzer olaylarda, aynı veya farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında süregelen aykırılıkların giderilmesi suretiyle kararlardaki hukukî istikrarın sağlanması olduğu anlaşılmaktadır.

Bu aykırılıkların giderilmesini sağlayacak hukukumuzda kanun yolu olarak bir mekanizma söz konusu değildir. 2576 sayılı Kanun'un 3/C maddesi uyarınca, bölge idare mahkemelerinin kesin nitelikteki kararları arasındaki aykırılığın giderilmesi istemi bir kanun yolu olarak düzenlenmemiştir. Dolayısıyla söz konusu hukuki kurumun, başvuru konusu bölge idare mahkemesi kararlarının kesin olma niteliğine ve bu kararların hukuki sonuçlarına herhangi bir etkisi söz konusu olmamaktadır²⁸.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un “Başkanlar Kurulunun Görevleri” başlıklı 35. maddesinin birinci fıkrasında, Bölge adliye mahkemeleri ceza daireleri başkanlar kurulu ve hukuk daireleri başkanlar kurulunun kendi aralarında toplanacağı belirtildikten sonra (3) numaralı bendinde, re'sen veya bölge adliye mahkemesinin ilgili hukuk veya ceza dairesinin ya da Cumhuriyet başsavcısının, Hukuk Muhakemeleri Kanunu veya Ceza Muhakemesi Kanununa göre istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların, “benzer olaylarda bölge adliye mahkemesi hukuk veya ceza

²⁸ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2022/46, K. 2022/61, K.T. 29/09/2022

dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında ya da bu mahkeme ile başka bir bölge adliye mahkemesi hukuk veya ceza dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında uyuşmazlık bulunması” hâlinde bu uyuşmazlığın giderilmesini gerekçeli olarak kendi görüşlerini de ekleyerek Yargıtaydan bu konuda bir karar verilmesini isteyebileceği kurala bağlanmıştır.

Bu fıkranın, 01/02/2018 tarih ve 7079 sayılı Kanun ile değişik halinde ise, “bu istemlerin, ceza davalarında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına, hukuk davalarında ise ilgili hukuk dairesine iletileceği, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının uyuşmazlık bulunduğu kanaat getirmesi durumunda ilgili ceza dairesinden bir karar verilmesini talep edeceği, uyuşmazlığın giderilmesine ilişkin olarak dairece bu fıkra uyarınca verilen kararların kesin olduğu” şeklinde düzenleme yapılmıştır²⁹.

G. İCTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARI

1. Genel Olarak

Türk hukukunda içtihat farklılıklarının giderilmesi bakımından öngörülmüş bulunan mekanizmaların başında, içtihadı birleştirme³⁰ müessesesi gelmektedir. Yüksek mahkemelerin iki önemli işlevi bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, önlerine, kanun yolu talebi ile gelen somut uyuşmazlıkların hukuka uygun olarak karara bağlanıp bağlanmadığını denetlemek, ikincisi ise **benzer uyuşmazlıklarda** hukukun ülke çapında aynı yönde uygulanarak içtihat (hukuk) birliğini sağlamaktır. Bu nedenle yüksek mahkemeler, “*ıctihat mahkemesi*” olarak da adlandırılmaktadır. Alt dereceli mahkemelerin, benzer olaylarda hukuk kurallarını farklı yorumlayarak

²⁹ Ayrıntılı bilgi için bakınız. ÖZKAN Gürsel, Yargıya Güven Sorunu, (Yargıya Güven), Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, 2023, s.185-191.

³⁰ İctihatları Birleştirme Müessesesi hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız. DURAN Lütfi, “Danıştay’ın İctihatları Birleştirme Uygulaması”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: XXVII, Yıl: 1972, Sayı: 3 (Eylül), s. 419-441; IŞIKLAR Celal, “İdari Yargıda İctihatların Birleştirilmesinin Hâl ve Şartları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 14 (Temmuz 2013), s. 467- 500; KAYHAN Fahrettin, Özel hukuk Uygulamasında Yargı İctihatlarının ve İctihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1999/2, s.341-363; KIZILYEL Serkan, Danıştay İctihatları Birleştirme Usulünün Formel İşleyişi Üzerine, TBB Dergisi, 2015 (119), s. 115-142; ZEYBEK Ali Cavit, “Yargı İctihatlarının Hukuk Kaynağı Olarak Değeri ve Yeri”, Danıştay Dergisi, Ankara, 1988, Sayı:68-69, s.46-109.

birbirinden tamamen zıt yönde çelişkili kararlar verebilmeleri veya aynı mahkemenin gelişen şartlar ve değişen ihtiyaçlar nedeniyle daha önceki benzer uyuşmazlıklarda verilen kararlardan ayrılabilmesi de mümkündür.

Yüksek mahkeme, ülkenin değişik yerlerinden önüne gelen benzer uyuşmazlıklarda, hukukun aynı yönde uygulanmasını sağlamak üzere, dosyaları duruma göre, onama veya bozma kararı vererek, kararları paralel hale getirmek suretiyle hukuk birliği sağlanmış olacaktır. Buna karşılık, benzer uyuşmazlıklarda farklı farklı şekillerde, birbirine zıt olarak verilen alt dereceli mahkeme kararları, yüksek mahkeme tarafından mevcut halleriyle aynen onanır ve bunlar kesinleşirse, yargı kararlarında (adalette) çelişki ortaya çıkacaktır. Bu durumun önlenmesi içtihatları birleştirme müessesesinin amacını oluşturmaktadır.

İctihadı birleştirme müessesesi yoluyla, o ana kadar ortaya çıkmış bulunan çelişkili kararlara (adalet çelişmesine) son verilerek, bozulan hukuki istikrarın yeniden tesisi sağlanmaktadır. Başka bir anlatımla, *“ictihadı birleştirme”, “yargı kararlarındaki /(adaletteki) çelişkiye son verme ihtiyacı”* ndan kaynaklanan bir hukuki müessesedir.

2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 45/(5). maddesi ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 18, 39, 40. maddelerinde içtihatları birleştirme kurumu düzenlenmiştir.

Yargıtay dairelerinin kendi müstakar³¹ içtihatlarıyla bağlı olduğu ilkesi benimsenmiştir. 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 15. maddesinin 2/(c). fıkrasında, *“Yargıtay dairelerinden biri; yerleşmiş içtihadından dönmek isterse, benzer olaylarda birbirine uymayan kararlar vermiş bulunursa, ...Bunları içtihatların birleştirilmesi yoluyla kesin olarak karara bağlamak”* görevinin Hukuk ve Ceza Genel Kurullarının görevleri arasında olduğu hükmü yer almaktadır. Buna göre bir Yargıtay dairesinin, müstakar içtihadından dönmek istemesi halinde, ilgili Hukuk veya Ceza Genel Kurulu içtihadı birleştirme yoluyla doğacak içtihat uyuşmazlığını giderecektir. Dolayısıyla bir Yargıtay dairesi, kural olarak, müstakar içtihadıyla bağlıdır, bundan dönmeye yetkili değildir; müstakar içtihadından dönmek isterse, bu hususta karar vermeye başka bir mercii olan Ceza veya Hukuk Genel Kurulları yetkili bulunmaktadır.

³¹ İstikrar bulmuş, yerleşmiş, durulmuş.

2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 45/(5). maddesinde, *"İctihadi birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar."* hükmü yer almıştır. Bu hükme paralel bir biçimde, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 40. maddesinde de *"İctihatların birleştirilmesi veya birleştirilmiş icthadların değiştirilmesi (nin), Danıştay Başkanı, konu ile ilgili daireler, idari ve vergi dava daireleri kurulları veya Başsavcı tarafından istenebileceği"* düzenlenmiş olup kararlara, *"Danıştay daire ve kurulları ile idari mahkemeler ve idare uymak zorundadır"* hükmüne yer verilmiştir.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50/(4). maddesinde³², Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurular hakkında verdiği kararlar bakımından, Komisyonlar arasındaki icthad farklılıklarının, bağlı oldukları bölümler; bölümler arasındaki icthad farklılıklarının ise Genel Kurul tarafından karara bağlanacağı belirtilmiştir. Yüksek mahkemelerin icthadları birleştirme kararı verme görev ve yetkisini gerektiği gibi yerine getirmemesi halinde yapılması gerekeni, yapılan bireysel başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararında³³ ortaya koymuştur.

2. İctihadi Birleştirme Müessesesinin Yetersizliği

Anayasa Mahkemesi, icthadları birleştirme müessesesinin anayasaya aykırı olmadığına ilişkin verdiği kararında³⁴, icthadları birleştirme kurumuna,

³² *"Komisyonlar arasındaki icthad farklılıkları, bağlı oldukları bölümler; bölümler arasındaki icthad farklılıkları ise Genel Kurul tarafından karara bağlanır."*

³³ AYM, Türkan Bal Başvurusu/[GK], Başvuru No: 2013/6932, K.T. 06/01/2015.

³⁴ *"Anayasa Mahkemesi, Yargıtay'da icthadları birleştirme usulünü düzenleyen kanun hükmünün anayasaya aykırılığı iddiasıyla açılan bir davada, iptal talebini reddetmekle beraber, ilgili kanunu, Kıta Avrupası hukuk sisteminin genel mantığından uzaklaşmayacak bir şekilde anlamlandırmıştır: "İctihadi birleştirme kararı, o zamana değin hukuk alanında hukuk kuralı olarak bulunmayan yeni bir kural koymayı erek edinmiş olan bir hukuk işlemi değildir. Gerçekten, istem konusu yasa hükmü incelendiğinde görülür ki bir olayda uygulanacak olan hukuk kuralının hangisi olduğu yönünde verilen kararlar arasında çelişmeye düşülmesi veya bir olayda uygulanacak olan bir hukuk kuralının başka başka dâvalarda değişik biçimde yorumlanarak uygulanması söz konusu olur ise, ortaya atılan hukuk görüşlerinden hangisinin hukuka uygun bulunduğunu belirtmek üzere icthadi birleştirme kararı verilmesi yoluna gidilir. Demek ki icthadi birleştirme kararı, belli bir olay için yeni bir hukuk kuralı koymak ereği"*

kuvvetler ayrılığını zedelemeyecek bir istikamet çizmektedir. Ancak bu istikamet içtihat farklılıkları oluşmadan, aykırı içtihatlar ortaya çıkmadan önleyici nitelikte yani yargı kararlarında istikrarsızlık oluşmadan engelleyici bir mekanizma niteliği taşımamaktadır.

İctihatları birleştirme kararı, bir hukuk normunun ileriye dönük olarak nasıl uygulanacağını belirlemekte ve benzer durumdaki tüm uyuşmazlıklar bakımından bağlayıcılık taşımaktadır. Kesinleşmiş yargı kararlarının değiştirilmesi ya da ortadan kaldırılması söz konusu olmadığından, geriye dönük bir hakkın sağlanması da söz konusu değildir. İctihadı birleştirme kararları, her şeyden önce, somut bir dava ve somut bir uyuşmazlıkla ilgili değildir. Aslında, içtihadı birleştirme işleminde ortada bir dava da yoktur. Davanın olmadığı yerde, yargılama faaliyetinden de söz edilemez. Doğal olarak, içtihadı birleştirme kurullarının faaliyeti sonucunda ortaya çıkan karar, yargısal bir karar, bu kararlarda yer alan ilkeler de teknik anlamda yargısal içtihat değildir. Aslında içtihadı birleştirme kararı, kural koyan ilke belirleyen düzenleyici işlem niteliğindedir. Bu da maddi anlamda yasama fonksiyonuna dâhil bir işlemidir³⁵.

İctihatları birleştirme kararları, doğrudan somut bir uyuşmazlığı çözmeye yönelmediği için, organik anlamda yüksek mahkemeden verilmiş karar olsa da fonksiyonel anlamda kural koyma (yasama) faaliyeti sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle, içtihatları birleştirme kararına dayanılarak üretilmiş yargısal içtihatlardan dahi söz etmek mümkündür³⁶.

ile değil, ancak ve ancak belli bir olaya uygulanacak yasanın veya nesnel nitelikte, olan tüzük ve yönetmelik kuralları gibi öbür hukuk kurallarından hangisinin, hangi anlamda uygulanacağını saptamak için verilir. Buna göre içtihadı birleştirme kararı yasa koyucu veya yetkisi içinde idare tarafından ortaya konulmuş bulunan nesnel hukuk kurallarının uygulanma biçimini gösteren ve bu bakımdan yenilik doğurucu nitelikte bulunmayan, ancak hukukî bir durumu açıklayan nitelikte bir hukuk işlemidir. Bundan ötürü bu işlem; genel, nesnel ve yenilik doğurucu nitelikte bir işlem olan yasa koyma işlemi ile bir tutulamaz ve içtihadı birleştirme kararı veren Yargıtay'ca Türkiye Büyük Millet Meclisine özgü yasama yetkisinin kullanılmış ve böylece Anayasa'nın öngördüğü güçler ayrılığı ilkesinin çiğnenmiş olduğu ileri sürülemez". AYM, E.1968/88, K. 1969/34, K.T. 12/06/1969.

³⁵ KAYHAN, s.350.

³⁶ Yargıtay İctihadı Birleştirme Genel Kurulu, E. 1948/4, K. 1949/11, K.T. 15/06/1949.

Bir konuda aynı yönde verilen kararın devamlılık kazanacak kadar sürmesi yargısal icthad anlamına gelmektedir. Bu nedenle devamlılık kazanmak geçmişte verilen kararların kesinleşmesi ile mümkün olduğundan, icthadları birleştirme kurumu geleceğe etki sağlayacak sonuçlar doğurmaktadır³⁷.

Yargıtay ve Danıştay uygulamalarına bakıldığında, yargı kararları arasında oluşan aykırılık veya **uyuşmazlığın hukuki istikrarı zedeleyecek nitelikte bir süreklilik taşıması durumunda** icthadın birleştirilmesi usulüne başvurulduğu görülmektedir. İctihadı birleştirmeye konu olabilecek kararların kesinleşmesi gerekmediği halde, kararlara karşı kanun yollarına başvurulması bu usulün işletilmesine engel oluşturmaktadır. Ancak Danıştay uygulamasında icthadların birleştirilmesi için kanun yolu aşamalarının tamamlanması beklenmektedir. Bu durum ise icthadları birleştirme kararı verilmeden önce sonuçlanarak kesinleşen davalar bakımından birleştirilen icthadın etkisi olmaması sonucunu doğurmaktadır.

İctihadları birleştirme kararı verildiği tarihten itibaren bağlayıcı etki göstermekte, sonuç kısmına sıkı sıkıya bağlı olan gerekçedeki ilkeler de benzer hukuki konularda bağlayıcı etkiye sahip olmaktadır. İctihadların birleştirilmesi veya değiştirilmesi hakkındaki kararlar Resmî Gazete’de yayınlanarak, bağlayıcılığın geçerli olacağı zamanın duyurulması ve ilgililerin icthadla bağlı olacaklarından haberdar edilmesi amacı taşımaktadır.

Bağlayıcılık, kesinleşmemiş davalara kadar geriye gitmekte, henüz karara bağlanmamış davalar ile sonuçlandırılmamış temyiz veya itiraz istemleri için de geçerli olmaktadır. Bu durum ise öngörülebilirlik, haklı beklenti ve hukuki güvenlik ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır. Nitekim hukuk devletinin asli unsurları arasında yer alan hukuki belirlilik veya güvenlik ilkesi, hukuki durumlarda belirli bir istikrarı temin etmekte ve kamunun mahkemelere güvenine katkıda bulunmaktadır. Birbiriyle uyuşmayan mahkeme kararlarının sürüp gitmesi, yargı sistemine güveni azaltarak, yargısal bir belirsizliğe yol açabilir³⁸.

İctihadları birleştirme kararları, birleştirmeye konu olan ve birbiriyle çelişen kesin hükümlerin etkisini gidermediği gibi, daha önce tesis edilmiş

³⁷ ZEYBEK, s.91.

³⁸ AİHM, Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye. Başvuru No: 13279/05, K.T. 20/10/2011.

idari işlem / eylemleri de hukuka uygun veya aykırı kılmamaktadır³⁹. Bu bakımdan -mevcut hâliyle içtihatları birleştirme uygulaması, içtihat farklılığından kaynaklanan sakıncaları, sadece geleceğe ilişkin olarak giderme potansiyeline sahiptir, yani içtihat farklılığını baştan önleme imkânı bulunmamaktadır.

H. ANAYASA MAHKEMESİNİN HAK İHLALİ KARARLARI

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "Bireysel başvuru" başlıklı bölümünde yer alan 50. maddesinin ikinci fıkrasında, *"Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için **yeniden yargılama** yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."* kuralına yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesince hak ihlalinin belirlenerek giderilmesi için karar verilmesi durumunda, yeniden yargılama yapılması, hak ihlalinin giderilmesinin sağlanması bakımından önem taşımaktadır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesince *"hak ihlali"* kararı verildiği durumda, ihlale konu kararı vermiş mahkemenin ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmayı reddetme seçeneği bulunmamaktadır. Çünkü

³⁹ *"Dosyanın incelenmesinden, yükümlü derneğin yabancı dil kursu düzenlediği, dil kursu düzenleme şeklindeki faaliyetinin iktisadi işletme sayılmadığına ilişkin 1980-1987 yıllarında Danıştay tarafından verilmiş kararlar bulunduğu, bu kararlar uyarınca yükümlü derneğin ihtilaf yılında mükellefiyet tesis ettirmediği, ancak Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 16.6.1994 gün ve E: 1992/2, K: 1994/2 sayılı kararı ile derneklerin yabancı dil kursları iktisadi işletme olarak kabul edilmesi üzerine, 13.12.1996 tarihli inceleme raporu ile yükümlü dernek adına 1991 yılı dönemleri için kaçakçılık cezalı tarhiyat yapıldığı anlaşılmıştır. Bu durumda, vergilendirilen konu hakkında içtihat değişikliği olduğundan yükümlünün yanıldığı kabul edilerek yukarıda anılan kanun maddesi hükmü uyarınca yükümlü dernek adına ceza uygulanamayacağından, mahkemece cezanın kusura çevrilerek onanmasında isabet görülmemiştir"*. Danıştay Onbirinci Dairesi, E. 1998/881, K. 1998/3608, K.T. 03/11/1998.

6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin ikinci fıkrası düzenleniş biçimi itibarıyla yalnızca Anayasa Mahkemesine değil aynı zamanda ihlale yol açan kararları veren derece mahkemelerine de hitap etmektedir.

Yeniden yargılama, yargılamanın yenilenmesi müessesesinin etki ve sonucunu doğurmakta, ancak işleyiş olarak farklılık göstermektedir. Olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi talebi, bir dilekçe ile kararı veren mahkemeden istenebilmektedir. Böyle bir talep olmazsa kararı veren mahkemenin re'sen yargılamanın yenilenmesini yapması mümkün değildir. Hâlbuki 6216 sayılı Kanun'da Anayasa Mahkemesi tarafından verilecek yeniden yargılama kararından sonra başvurusunun 'yeniden yargılamayı' talep etmesi gerekmemektedir. Bu durumda, Anayasa Mahkemesinin dosyayı ve kararını ilgili mahkemeye göndermesiyle yeniden yargılama süreci kendiliğinden başlamaktadır⁴⁰. Dolayısıyla bireysel başvuru üzerine verilen kararlarda, yeniden yargılama yapmak için talep gerekmemektedir.

Anayasa Mahkemesi, ihlalin sonuçlarını gidermek için "yeniden yargılama yapılması" na ilişkin yükümlülüğün nasıl yerine getirileceğini de açıklamış ve "öncelikle devam eden ihlalin durdurulması, ihlale konu kararın veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca uygun görülen diğer tedbirlerin alınması"⁴¹ gerektiğini de belirtmiştir.

Anayasanın 153. maddesinde, "Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir... Anayasa Mahkemesi kararları ... yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar" şeklindeki düzenleme yargı mercilerini bu kararlara uymakla zorunlu tutmaktadır⁴². Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin yeniden yargılama kararından kaynaklanan yükümlülüğü bir sonuç yükümlülüğü değildir. Yani hak ihlalinin giderilmesini sağlayacak olan hak ihlaline neden olan idare veya yargı merciidir. Ayrıca derece mahkemelerinin de AİHM kararları bakımından tarafların sahip olduğu takdir yetkisine benzer değerlendirme yapma yetkisi

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi, hak ihlalinin bir mahkeme kararından kaynaklanması durumunda, dosyanın resen ilgili mahkemeye gönderilmesine karar vermektedir.

⁴¹ AYM, Mehmet Doğan [GK], Başvuru No: 2014/8875, K.T. 7/6/2018.

⁴² Buna rağmen Anayasa Mahkemesinin "ihlal" kararlarının kimi mahkemelerde uygulanmadığı görülmektedir.

bulunmaktadır. Yeniden yargılama yapacak mahkemenin, bireysel başvuruya konu yargılamada benzer bir karar vermesi ya da aksi yönde yeni bir karar vermesi de söz konusudur. Hatta kimi durumlarda Anayasa Mahkemesi kararı, derece mahkemesinin ilk kararından aksi yönde hüküm kurmasını zorunlu kılabilir.

Anayasa Mahkemesi, yargılamayı yapan mahkemelerin hatalarının temel hak ve özgürlükleri ihlal eder dereceye ulaşmasının bireysel başvuru kapsamında değerlendirileceğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesinin çelişkili kararlar ile ilgili değerlendirme yaptığı iki karar bölge idare mahkemesi ile Danıştay arasındaki içtihat farklılığından doğmuştur. Davalardaki uygulamanın Danıştayın ve diğer bölge idare mahkemelerinin yerleşik içtihatlarıyla çeliştiğini belirtmiş ve başvurucu yönünden “öngörülemez” olduğunu değerlendirmiştir⁴³.

Danıştay'ın iki vergi dava dairesi (Üçüncü ve Dördüncü Daireler) arasındaki içtihat farklılığını, Kanun'un yürürlüğe girmesinin üzerinden uzun süre geçmesine rağmen ilgili hükmün yorumunda yeknesaklığın sağlanamaması nedeniyle hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerinin zedelenmesi olarak değerlendirmiş⁴⁴ ve vergilendirme suretiyle mülkiyet

⁴³ “Murat Çevik ve Murat Çevik (No. 2) başvurularına konu olaylarda, okul aile birliğinden kiralarak kantin işletmekte olan başvurucuya katma değer vergisi (KDV) tevkiyatı yapıp beyanname vermediği gerekçesiyle bir kat vergi ziyai cezalı KDV tarhiyatı yapılmıştır. Başvurucunun, iktisadi işletmelere dâhil olmayan gayrimenkullerin kiralanmasının KDV’den istisna edildiği, okul aile birliklerinin tüzel kişiliğinin ve iktisadi işletme niteliğinin bulunmadığı ileri sürerek vergi tarhiyatına karşı açtığı davalar ilgili idare mahkemesi tarafından ve itirazları da Balıkesir Bölge İdare Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi, davalardaki uygulamanın Danıştayın ve diğer bölge idare mahkemelerinin “okul aile birliklerinden kiralanın kantinler için kira tutarları üzerinden sorumlu sıfatıyla KDV hesaplanmasının ve KDV mükellefiyeti tesis edilmesinin mevzuata aykırı olduğu” yolundaki yerleşik içtihatlarıyla çeliştiğini belirtmiş ve başvurucu yönünden “öngörülemez” olduğunu değerlendirmiştir.” AYM, Murat Çevik Başvurusu/Başvuru No: 2013/3245, K.T. 11/12/2014.; AYM, Murat Çevik (No. 2), Başvuru No: 2013/3244, K.T. 07/07/2015.

⁴⁴ AYM, Ford Motor Company Başvurusu/ Başvuru No: 2014/13518, K.T. 26/10/2017; Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin değerlendirmesi şu şekildedir; “Hukuk kurallarının belirli olması, bunlara ilişkin yorumların değiştirilemeyeceği anlamına gelmez. Aksine bazı durumlarda içtihat değişikliği hukukun gelişmesi ve güncel gelişmelere uyarlanması bakımından gerekli bir hal alabilmektedir. Bu nedenle

hakkına yapılan müdahalenin belirlilik ve öngörülebilirlik kriterlerini taşıyan bir kanuna dayanmadığı, dolayısıyla Anayasa'da güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Yine Anayasa Mahkemesi, yapılan bireysel başvuru talepleri üzerine verdiği çeşitli kararlarında, AİHM kararlarına paralel olarak, birbiriyle çelişen mahkeme kararlarının adil yargılanma hakkını ihlâl ettiğini tespit etmiştir. Anayasa Mahkemesinin verdiği ihlal kararları, içtihat aykırılıklarını giderici nitelikte doğrudan etkili olmamakta, sadece içtihat çelişkisi nedeniyle hak ihlaline neden olunmasına bağlı olarak somut bir davada hak ihlalinin giderilmesine imkân sağlamaktadır.

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN (AİHM) İHLAL KARARLARI

Bireysel başvuru üzerine Anayasa Mahkemesinin verdiği kararlara karşı ayrıca AİHM'e bireysel başvuru yolu bulunmaktadır. AİHM'in verdiği ihlal kararlarının yasal olarak yargılamanın yenilenmesi nedeni sayılmasından dolayı AİHM kararlarına uyma zorunluluğu bulunmaktadır⁴⁵.

Dördüncü Dairenin içtihat değişikliğine gitmesi olağan karşılanması gereken bir durumdur. Nitekim Dördüncü Dairenin kararları incelendiğinde yeni görüşünü tatmin edici bir şekilde gerekçelendirdiği ve temellendirdiği görülmektedir. Bununla birlikte Üçüncü Dairenin, yatırım indirimi istisnasından yararlanan kazanç üzerinden yapılan kesintinin temettü vergilendirmesi mahiyetinde olduğu yolundaki görüşünün geçerliliğini sürdürdüğü anlaşılmaktadır. Bu durumda Üçüncü Daire ile Dördüncü Daire arasında, 193 sayılı Kanun'un geçici 61. maddesi uyarınca yatırım indirimi tutarları üzerinden yapılan kesintinin mahiyetine ilişkin olarak görüş ayrılığının ortaya çıktığı saptanmaktadır. Sonuç olarak yatırım indirimi istisnasından yararlanan kazançlar üzerinden 193 sayılı Kanun'un geçici 61. maddesi uyarınca uygulanan % 19,8 oranındaki stopajın mahiyetine ilişkin farklı içtihatların bulunması ve Kanun'un yürürlüğe girmesinin üzerinden uzun süre geçmesine rağmen ilgili hükmün yorumunda yeknesaklığın sağlanamaması nedeniyle hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri zedelenmiştir."

⁴⁵ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Türkiye Cumhuriyeti tarafından 18 Mayıs 1954'te onaylanmış, 1987'de bireysel başvuru hakkı tanınmış, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin zorunlu yargı yetkisi ise 1990'da kabul edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 46. maddesinde taraf devletlerin AİHM kararlarına uymaları düzenlenmiş olup (özellikle taraf oldukları davalarda) insan haklarının korunmasında ve geliştirilmesinde çok önemli bir araç olan AİHS mekanizmasının devamlılığı bakımından da AİHM kararlarına uymanın özel önemi kuşkusuzdur. Bakanlar Komitesi

AİHM içtihadı uyarınca hak ve özgürlüklere ilişkin yapılan yoruma dayanarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) uygun yargısal uygulamaların gelişmesi, bireysel hakların korunması bakımından önem taşımaktadır. AİHM kararlarına uymak aynı zamanda gerek uluslararası gerek ulusal boyutlarıyla hukukun üstünlüğünün vazgeçilmez bir gereği olmaktadır⁴⁶. AİHM kararlarının uygulanmasının denetlenmesi ile benzer ihlallerle gelecekte karşı karşıya kalınmasının önlenmesi amacıyla ulusal düzeyde genel ve özel tedbirlerin alınması, ulusal düzeyde ihlal sonrası oluşan yeni durumun AİHM kararındaki tespitler ışığında değerlendirilmesi, yeterli olup olmadıklarının, ihtiyaca cevap verip vermediklerinin tespiti, yeterli olmamaları durumunda ilgili devlete tavsiyelerde bulunularak sorunun çözümünün sağlanması amacı taşımaktadır.

Anayasa'nın 90/(son). maddesi uyarınca uluslararası anlaşma olan AİHS hükümlerine uyma zorunluluğu bulunduğu dolayısıyla AİHS hükümlerinin bağlayıcılığı tartışmasıdır. Nitekim AİHM'in verdiği hak ihlali kararlarının hukukumuzda "yargılamanın yenilenmesi" nedeni sayılmasına ilişkin adli (CMK ve HMK) ve idari yargı (İYUK) da uyulması zorunlu yasal düzenlemeler bulunmaktadır⁴⁷.

AİHS'den kaynaklanan denetim yetkisinin bir gereği olarak, sunulan bilgiler ve uygulama üzerinde ayrıntılı inceleme yapmakta ve inceleme sonucunda hazırlanan Komite kararları gerek kamuoyuna gerekse de ilgili devlete bildirilerek incelenen önlemlerin yeterli olup olmadığı hususunda bilgi verilmektedir. ÖZKAN Gürsel, Hak İhlaline İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Danıştay Kararlarına Yansıması, Anayasa Yargısı, 37(1), 2020, s.197.

⁴⁶ 9/1/2013 tarihli ve 6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun'un "Müracaat hakkında karar ve karara itiraz" kenar başlıklı 7. maddesi şöyledir: "(1) Komisyon, müracaat hakkında dokuz ay içinde karar vermek zorundadır. (2) Komisyon, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin emsal kararlarını da gözetmek suretiyle müracaat konusunda gerekçeli olarak karar verir.

⁴⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları bakımından "kararın İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme'nin veya eki protokollerinin ihlali suretiyle verildiğinin AİHM'in kesinleşmiş kararıyla saptanmış olması" CMK, HMK ve İYUK'ta yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında sayılmış ve kişilerin bu durumda AİHM kararının kesinleştiği tarihten itibaren HMK'da üç ay, CMK ve İYUK'ta bir yıllık süre içerisinde bu yola başvurabilmelerine imkân sağlanmıştır.

AIHM'in verdiği hak ihlali kararlarına uyma zorunluluğu bulunması ve içtihatların gerekleri doğrultusunda hukuku anlama ve yorumlama gereği ile devletin sorumluluğuna hükmedilmesi durumu dikkate alınır, bu tür kararların da yargı kararlarının çelişkili olmaması doğrultusunda katkı sağladığı açıktır. AIHM aynı mahkemece benzer davalarda verilen çelişkili kararların AIHS'nin 6. maddesi kapsamında hukuki belirlilik ilkesini ihlal ettiği durumlarda hangi ölçütlerin kullanılacağını tespit etmiştir⁴⁸. Buna göre, derece mahkemelerinin içtihadında "*derin ve süreklilik arz eden farklılıkların*" bulunup bulunmadığı, iç hukukun bu tutarsızlıkları ortadan kaldırmaya yönelik mekanizmalar barındırıp barındırmadığı, bu mekanizmaların uygulamaya konulup konulmadığı ve gerekirse, bu mekanizmaların uygulamaya konulmuş olmasının etkileri, dikkate alınmaktadır⁴⁹. Bu ölçütler dikkate alındığında AIHM'in çelişkili içtihatlar konusunda içtihat aykırılığının belirli bir seviyeye ulaşmasını aradığı, aynı somut olaya ilişkin olarak farklı kararların varlığını yeterli görmediği, içtihatdaki farklılığın '*derin ve süreklilik arz etmesi*' gerektiği koşulunu aradığı görülmektedir.

AIHM, çelişkili kararların tutarlılık sağlayan bir mekanizmanın yokluğunda, adil yargılanma hakkını ihlal edebileceği ve dolayısıyla hukukun üstünlüğü ilkesine dayanan bir devletin temel unsurlarından biri olan *yargıya güven unsurunu zedeleyebileceği*⁵⁰ değerlendirmesini de yapmaktadır. Yine içtihat farklılıklarının ulusal mahkemelerin bulunduğu yargı sistemlerinin doğal bir sonucu olmakla birlikte, bu durumun düzeltilmesinin yüksek mahkemelerin görevi olduğu, ancak çelişkili uygulamanın yüksek mahkeme kararlarından kaynaklanması durumunda toplumun adli sisteme olan güveni azalarak hukuki güvenlik ilkesinin ihlal edileceği⁵¹ belirtilmiştir.

Bu değerlendirmelerden de anlaşılacağı üzere, yüksek mahkemelerin görevi yargı kararlarında oluşabilecek içtihat farklılıklarına bir çözüm getirmektir. Bununla birlikte yeni kabul edilmiş bir kanunun

⁴⁸ AIHM, Lordan Lordanov ve Diğerleri/Bulgaristan Başvuru No: 23530/02, K.T. 2/7/2009.

⁴⁹ AIHM, Şahin- Şahin/Türkiye, Başvuru No: 13279/05, 20/10/ 2011.

⁵⁰ AIHM, Balazoski /Makedonya Eski Yugoslavya Cumhuriyeti, Başvuru No: 45117 /08, K.T. 25/4/2013.

⁵¹ AIHM, Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye, Başvuru No: 13279/05, K.T. 20/10/ 2011

yorumlanmasında olduğu gibi bazı hallerde icthadın müstakar hale gelmesinin belirli bir zamana ihtiyaç duyacağı dikkate alındığında, makul bir süre geçtiği halde icthad istikrarının sağlanamadığı durumlarda hukuki güvenlik ilkesinin zedeleneyeceği açıktır⁵². Belirtmek gerekir ki AİHM'e göre, "bireylerin makul güvenlerinin korunması ve hukuki güvenlik ilkesi, icthadın değişmezliği şeklinde bir hak bahsetmez. Dolayısıyla mahkemelerin yorumlarında dinamik ve evrilen bir yaklaşımı sürdürmemeleri yani bu konuda dinamik ve gelişmeye açık bir yaklaşımı benimsememeleri reform ve gelişimi engelleyeceğinden kararlardaki değişim, adaletin iyi idaresine aykırılık teşkil etmez"⁵³. İctihat değişikliğinin gerekliliğine ilişkin ikna edici açıklama ve makul bir gerekçe ile icthattan dönülmesinin nedenlerinin açıklaması yapılmak suretiyle icthad değişikliğine gidilmesi gerekir. AİHM, ilk derece mahkemeleri kararlarında var olan çelişkinin, kararlara karşı kullanılan başvuru yollarında düzeltilmesi ihtimali nedeniyle "icthad aykırılıklarının" özellikle yüksek mahkemelerin kararlarında olması halini dikkate almaktadır.

III. İDARİ UYUŞMAZLIKLARDA HIZLANDIRMA MÜESSESELERİ

Avrupa Birliği ülkelerinde⁵⁴ koordinatör hâkimlik, yargısal görüş, grup (seri) dava, filtreleme sistemi, istişare toplantıları, zorunlu idari ön itiraz ve arabuluculuk gibi kimi yasal düzenleme ile kimi de gayriresmî olarak geleneksel uygulama şeklinde geliştirilmiş bulunan icthad farklılığının önlenmesini sağlayan yöntemler bulunmaktadır.

⁵² AİHM, Zielinski ve Pradal ve Gonzalez ve diğerleri/Fransa [BD], Başvuru No: 24846/94, ... 34173/96, K.T. 28/10/1999, AİHM, Schvvarzkopf ve Taussik/Çek Cumhuriyeti (k.k.), Başvuru No: 42162/02, K.T. 2/12/2008.

⁵³ AİHM, Unedic/Fransa, Başvuru No: 20153/04, K.T. 18/12/2008- Nejdet Şahin ve Perihan Şahin Türkiye, Başvuru No: 13279/05, K.T. 20/10/ 2011; AİHM, Atanasovski/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti, Başvuru No: 36815/03, K.T. 14/1/2010.

⁵⁴ Fransa, Federal Almanya ve Avrupa Birliği hukuku örneğinde hızlı ve etkin yargılamaya ilişkin kısmi düzenlemeler ve bazı öneriler için bakınız. SANCAKDAR Oğuz, Hızlı ve etkin Yargılamanın Sağlanması amacıyla İdari Yargıda Geliştirilen Yöntemler, Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara 2022, s.308-334.

A. GELENEKSEL UYGULAMALAR

1. Koordinatör Hâkimlik Müessesesi

Koordinatör hâkimlik müessesesi, Fransa'da Paris İdare Mahkemesinde uygulanmakta ve herhangi bir yasal düzenlemeye dayanmamaktadır.

Uygulamada ortaya çıkan sorunların çözümü amacıyla geliştirilmiştir. Aynı bölümde görev yapan hâkimlerden birinin içtihat farklılıklarını takip etmesi ve mahkemeler arasında adeta arabulucu gibi çalışıp, ortak bir çözüm önermesi söz konusu olmaktadır. Bu görevle yetkilendirilmiş hâkimin, aynı bölüm içerisinde görev yapan mahkemeler arasında ortaya çıkan farklı kararları takip etme, farklı karar çıkma ihtimali olması durumunda bu konuda çözüm önerme, meslektaşları ile görüşerek ortaya çıkan ve içtihat farklılığı yaratacak uyuşmazlıkları karara bağlama gibi görev ve yetkisi bulunmaktadır.

Koordinatör hâkimler meslektaşları arasında bir çeşit “arabuluculuk” görevi yürütmektedir⁵⁵. Bu uygulama, herhangi bir mevzuat hükmüne dayanmayıp, yargı mensuplarının yargılama sürecinde gerçekleştirdiği mekanizma niteliği taşımaktadır.

2. Düzenli İstişare Toplantıları

Yasal olarak düzenlenmemiş olan Fransız uygulamasında, herhangi bir mevzuata dayalı olmaksızın, yargı mensupları tarafından işletilen bu mekanizmaya göre, yargı mensupları bir mevzuat hükmünün yorumu veya usul kurallarının uygulamasında ortaya çıkan belirsizlikler konusunda görüş alışverişinde bulunmaktadır.

Düzenli istişare toplantıları adı altında belli bir usul öngörülmemiştir. Bu mekanizma, öncelikle aynı yargı düzeyinde eş değer mahkemeler arasında yapılmakta, hâkimler arasında istişare mekanizması genel olarak gayriresmî şekilde işletilmektedir. Ancak Fransız İdari Yargılama Kanunu'nda, İdare Mahkemeleri ile İstinaf Mahkemesi hâkimlerinin tümünün katılımıyla yılda en az bir kez toplantı yapılması da öngörülmüştür (CJA, R.222-4). Ayrıca Danıştay bünyesinde farklı daireler arasında içtihat

⁵⁵ GÜLER Mürteza, İçtihat Aykırılıklarının Giderilmesinde Önleyici ve Giderici Mekanizmaların Güçlendirilmesi, Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara 2019, s.183.

birliğini sağlamak amacıyla gayriresmî olarak düzenli istişare toplantıları da yapılmaktadır.

Danıştay bünyesinde yapılan düzenli istişare toplantılarının ilki, daire başkanlarının yaptığı toplantılardır. Buna göre, daire başkanları bir araya gelip içtihat birliği konusunda görüş alışverişinde bulunmakta ve kararlar almaktadır. Toplantıda yapılan tartışmalarda, ortak bir eğilim tespit edilmektedir.

Düzenli istişare toplantılarının ikincisi, 'troyka' denilen, dava daireleri başkanları ile bunların dairelerindeki olağan heyetlere başkanlık eden üçer yardımcılarını bir araya getiren gayriresmî organ toplantısıdır. Salı günü öğleden sonra toplanmakta ve bir önceki haftada alınan kararlar hakkında değerlendirme yapılmaktadır. Bu toplantılarda farklı daireler tarafından verilecek kararlar arasında herhangi bir uyumsuzluk olmaması, kararlar arasında içtihat farklılığı önlenerek içtihat birliğinin sağlanması amacı güdülmektedir⁵⁶.

Görüş farklılığı olması durumunda veya içtihadın belirlenmesi gerektiği durumlarda, uyuşmazlık konusu genel kurul olarak nitelendirilebilecek daha geniş katımlı bir kurula taşınmaktadır. Bu kurul, içtihat değişikliği gerektirecek nitelikte uyuşmazlıkları görüşerek tüm Danıştayı bağlayacak şekilde karar veren içtihat merciidir⁵⁷. Bu organ gayriresmî nitelikte olup dava dairesinin içtihatlarının belirlenmesinde önemli görev üstlenmektedir.

Fransa'da hiçbir yazılı metinde yer almayan bu mekanizma, içtihadın esas kaynağı olan Danıştayın çelişkili karar vermesi riskini en aza indiren bir yöntem olarak uygulanmaktadır.

3. Sulh İşlemi

Sulh işlemi usulünde, birey ile idare uzlaşarak dava açılmaması veya açılmış bir davayı sona erdirmeye hususunda anlaşmaya varmaktadır. Bu yola başvurulması için anlaşma/uzlaşma sonucunda yapılacak sulh işleminin

⁵⁶ GILBERG Karine, İdari Yargının Etkinliğinin Artırılması ve Danıştayın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi, Fransız İdari Yargı Sisteminde Reformlar ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, Aralık 2020, s. 34.

⁵⁷ SEZGİNER Murat, İdari Yargıda İstinaf İncelemesinin Esasları ile İstinaf Uygulamasında İctihat Ayrılıkları Sorunu ve Çözüm Yolları, (İctihat Ayrılıkları Sorunu) Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara 2018, s. 132.

yasal olabilmesi, tarafların her ikisinin de bazı tavizler vermesi ve bu tavizlerin dengeli olması gerekmektedir. Ayrıca birey ile idare arasında düzenlenecek protokolün (anlaşma/uzlaşma) kamu düzenine uygun olması da gerekmektedir⁵⁸.

Fransız Danıştay'ı da protokol ile devam eden bir uyuşmazlığa son verilebileceğini veya doğması muhtemel bir uyuşmazlığın önlenebileceğini kabul etmektedir⁵⁹. Fransız Danıştay'ının bu kararına göre, işlem olarak adlandırılan bu usul uyarınca yapılan protokolün geçerli olması için sulh işlemi protokolünün üç koşula uygun olması gerekmektedir.

Bunlar, sulh işleminin amacının yasal olması, tarafların karşılıklı ve dengeli tavizler vermesi ve düzenlenecek Protokolün kamu düzenine uygun olması gerekmektedir. Conseil d'Etat, işlemin mevcut bir uyuşmazlığı sonlandırmak veya doğması muhtemel bir uyuşmazlığı önlemek için kullanılabileceğine hükmetmiştir. Ancak bu yöntemin uygulanması için yazılı bir anlaşma⁶⁰ gerekmektedir.

B. YASAL DÜZENLEMELER

1. Arabuluculuk

Arabuluculuk, Fransız İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun L213-1 ile L213-10 maddeleri arasında düzenlenmiştir. İdari Yargı Kanunu'na (Madde 1.213-1) göre arabuluculuk, hangi ad altında olursa olsun iki veya daha fazla tarafın uyuşmazlıklarını dostane bir şekilde çözmek için üçüncü bir tarafın (arabulucunun) desteğiyle anlaşmaya varmaya çalıştığı bir yapısal usuldür. Taraflar kendi "arabulucularını" seçebilir veya mahkeme tarafından belirlenen arabulucuyu uygun bulabilirler.

⁵⁸ Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Fransa İdari Yargı Sistemi ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Fransa Çalışma Ziyareti Raporu, Ocak 2022, s.13.

⁵⁹ 2019 yılında, Conseil d'Etat önemli bir karar vermiş (CE, 5 Haziran 2019, Centric hospitalier de Sedan, Dava no. 412732) ve bu konunun koşullarına açıklık getirilmiştir. Bu özel davada, işlem protokolünde bir devlet memuru idareye karşı olan dava açma hakkından feragat etmiştir.

⁶⁰ Conseil d'Etat, Fransız Medeni Kanunu'nun 2044. maddesine atıfta bulunmuştur. Bu maddeye göre, sulh işlemi, tarafların bir uyuşmazlığı sona erdirdiği veya doğması muhtemel bir uyuşmazlığı önlediği bir sözleşmedir.

Arabuluculuk süreci, taraflar veya hâkim tarafından başlatılabilmektedir. Arabuluculukta, taraflar arasında uyuşmazlık taraflarca seçilen veya tarafların onayı alınarak belirlenen arabulucunun yardımı ile çözüme kavuşturulmaktadır (L213-1).

Yapılacak anlaşma tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı hakları ihlal etmemelidir (L213-3). Ayrıca taraflar varılan anlaşmanın yasal olarak bağlayıcılık taşıması amacıyla, anlaşmayı hâkimin onayına sunabilir (L213-4). Aksi durumda varılan anlaşma hukuki yönden bir sözleşme ile aynı etkiyi doğuracaktır⁶¹.

Uyuşmazlığın tarafları yargısal süreçler dışında kendileri de arabulucu belirleyerek süreci başlatabilmekte ya da mahkeme başkanından arabulucu seçmesini talep edebilmektedirler (L213-5). Tarafların arabulucuya başvurma konusunda karar almaları ile birlikte dava açma süresi durmakta, anlaşmazlık durumunda süre yeniden işlemeye başlamaktadır (L213-6). Yine uyuşmazlık mahkeme de görülmeye devam ederken arabuluculuğa başvurulabilmektedir.

Tarafların başvurusu üzerine veya hâkimin önermesi üzerine tarafların da onayı alındıktan sonra arabuluculuk süreci başlatılmaktadır. Seçilen arabulucu, süreç sonunda anlaşma olup olmadığını mahkemeye bildirmektedir (L213-8).

Arabuluculuğa başvurabilecek konular bakımından kural, her idari uyuşmazlığın arabuluculuğa götürülebilmesidir. Ancak bazı konulara ilişkin ayrıntılı düzenlemeler mevcut olup bazı istisnalarda öngörülmüştür.

Fransa İdari Yargı Kanunu'nda arabuluculuğa ayrılan bir bölüm yer almaktadır⁶². 2018'de, idare mahkemeleri 600'den fazla arabuluculuk

⁶¹ 22 Mayıs 2019 tarihinde, Conseil d'Etat ile Ulusal Barolar Birliği Conseil d'Etat'ya sunulabilecek uyuşmazlıkların çözülmesi için arabuluculuğu teşvik etmek amacıyla bir anlaşma imzalamıştır. Öte yandan, zorunlu ön arabuluculuk, deneme amaçlı olarak 18 Kasım 2016 tarihli ve 2016-1547 sayılı Kanunun 5 IV maddesi ile devlet memurlarının kişisel durumlarına ilişkin davalar, sosyal hak veya yardımlara ve sosyal konut hizmetlerine ilişkin davalar için yürürlüğe konulmuştur (Fransa Raporu, s. 16-17).

⁶² Fransa İdari Yargı Kanunu; arabulucu ve yükümlülükleri, usulün gizliliği ve anlaşmanın her iki taraf için etkileri ile ilgili teminatlar sağlamaktadır. Arabulucular görevlerini tarafsızlık, titizlik ve yetkinlikle yerine getirirler. Kanun, idare mahkemelerinde görev yapan arabulucu kişilerin, dava konusuyla ilgili profesyonel yeterliliğe sahip olmasını öngörmektedir. Arabulucular, arabuluculuk konusunda eğitim almış veya önemli bir

yapmıştır. 2019 yılında, 1.040 arabuluculuk sürecinde anlaşmaya varılmış olup, bunların % 66'sı mahkeme tarafından başlatılmıştır⁶³.

2. Yargısal Görüş Müessesesi

Fransa'da görülmekte olan bir uyuşmazlıkla ilgili olarak Danıştaydan (Conseil d'Etat) görüş talep edilmesi yasal olarak kurala bağlanmıştır. Fransız İdari Yargı Kanunu'nda 1987 yılında yapılan değişiklikle "yargısal görüş" (avis contentieux) Fransız İdari Yargılama Kanunu'nun 113/(1). maddesinde düzenlenmiştir⁶⁴. Ancak belirtmek gerekir ki Danıştaydan konuya ilişkin düşüncesini bildirmesini istemeleri olarak tanımlanabilen yargısal görüş müessesesi uygulanarak yapılan başvuruya verilecek görüş bağlayıcı nitelikte değildir⁶⁵.

Yargısal görüş müessesesinin benimsenmesinde, idari istinaf mahkemelerinin kurulması ile birlikte bunların gerek kendi aralarında ve gerekse bunlarla Coseil d'Etat arasında ortaya çıkabilecek "ıctihat farklılığının" sakıncalarının en alt düzeye indirilmesi amaçlanmıştır.

İdare mahkemelerince verilen kararların idari istinaf mahkemelerince ve bunlar tarafından verilen kararların Conseil d'Etat tarafından incelenmesinin zaman alması ve hatta bazen hiç incelenmemesi ihtimali karşısında, uygulamada farklı kararların ortaya çıkacağı ve bunun da kalıcı veya geçici bir süre için ilgililer arasında "eşitsizlik" yaratmasının önlenmesi böyle bir kurumun kabulünde etkili olmuştur⁶⁶.

mesleki deneyime sahip olmalıdır, arabulucu yeterliliğine sahip olabilmek için en az 200 saatlik eğitim öngörülmektedir.

⁶³ Conseil d'Etat, Yıllık Kamu Raporu, İdare Mahkemelerinin 2019 Yılı Adli ve Danışma Faaliyetleri, Mayıs 2020, s. 15.

⁶⁴ KAPLAN Gürsel, Yargısal Görüş (Avis Contentieux) Kurumu, Danıştay Dergisi, Sayı: 119, (2008), s. 1.

⁶⁵ 2576 sayılı Kanun ile getirilen Bölge İdare Mahkemeleri kararları arasındaki aykırılığın giderilmesi müessesesi, genel olarak Fransa'da uygulanan yargısal görüş ile benzerlik göstermektedir. Bu benzerlikler, kararın verilme süresi (3 ay) ve bağlayıcılığına yönelik yasal düzenlemede açık hüküm içermemesi olarak sayılabilir. Ancak iki mekanizma arasında en önemli farklılık yargılama aşamasında istenip istenilemeyeceğine ilişkindir. Zira Fransa'da uygulanan sistemde, yargılama devam ederken Fransız Danıştay'ından görüş istenilmektedir (KAPLAN, s. 2).

⁶⁶ KAPLAN, s.2.

2 Eylül 1988 tarih ve 95 sayılı Uygulama Kararnamesi ile hukuksal yapısı tamamlanan müessesenin, yasama organınca kabulü tartışmalı olmuştur. Müesseseye muhalif milletvekilleri ve senatörler, bununla ilk derece yargı yerlerinin Conseil d'Etat'ın tahakkümü altına gireceğini ve Conseil d'Etat'a bir temyiz merciinin yetkilerini aşan yetkiler tanınması sonucunu doğuracağını ileri sürerek öneriye karşı çıkmışlardır.

Buna karşılık, Danıştayın görev ve işlevini somut hukuki uyuşmazlıkları çözmekle sınırlı tutmayı gerektiren bir neden bulunmadığı, ona “danışma” (consultation) yetkisinin tanınmasında da hiçbir sakınca bulunmadığı, ilk derece yargı yerleri önünde görülen somut uyuşmazlıklardan “ayrılabilir” nitelikteki hukuki sorunlar hakkında görüş bildirerek yargı yerlerini aydınlatmanın ve böylece uyuşmazlık sayısını azaltmak ve uygulamada bir an önce içtihat birliği sağlamanın onun düzenleyici ve denetleyici yetki ve görevinin bir parçası olarak düşünülmesi gerektiği ileri sürülmüş ve anılan yasal düzenlemelerin gerçekleşmesi sağlanmıştır.

Başvurunun konusunu genel, soyut ve sürekli nitelikteki kurallar teşkil etmesi gerekmekte, başvuruya konu oluşturan kural bir kanun hükmü olabileceği gibi, kanun hükmünde kararname, tüzük veya yönetmelik gibi, yürütme ve idarenin düzenleyici bir işlemi de olabilmektedir. Ancak bireysel nitelikteki işlemler bu kapsama girmemektedir. Bunun nedeni ise verilecek yargısal görüşün, uyuşmazlığın esası hakkında karar verme sonucunu doğuracak olmasıdır.

Yargısal görüş yoluna başvurabilmek için her şeyden önce, idare mahkemesi veya idari istinaf mahkemesinde görülmekte olan bir davada (uyuşmazlıkta) uygulanacak hukuk kurallarının “yeni” bir nitelik taşıması gerekir⁶⁷. Yani daha önce bu kuralların uygulanması suretiyle karara bağlanmış ve istinaf mahkemesinin veya temyiz merciinin denetiminden geçmiş bir uyuşmazlık olmaması gerekmektedir.

⁶⁷ İdare mahkemesi veya idari istinaf mahkemesinin bakmakta olduğu uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kurallarının “yeni” olması gerekir; yani bu kuralların daha önce mahkemelerde uygulanmamış ve istinaf mahkemesinin veya Conseil d'Etat'ın denetiminden geçmemiş olması gerekir. Dolayısıyla, başvurunun konusunu teşkil edecek kuralın “yeni” olması ile, genellikle yeni yürürlüğe girmiş bulunan kurallar anlaşılmakta ise de bu şart değildir; daha önce yürürlüğe girmiş olmakla birlikte, ilk defa bir uyuşmazlıkta uygulanacak olan kurallar da bu nitelikte sayılmaktadır.

İkincisi ise uyuşmazlığa uygulanacak söz konusu hukuk kurallarının yorumunda “*ciddi*” bir güçlük yaşanması gerekmektedir. Buna göre, uygulanacak kuralın geçerliliği veya anlamı konusunda önemli derecede güçlük yaşanması gerekir. Uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kurallarının yürürlüğü ve yorumu konusunda “*ciddi bir güçlük*” bulunup bulunmadığının sübjektif bir nitelik taşıdığından hareket eden Danıştay, bu şartı da bir önceki gibi esnek ve geniş bir yaklaşımla ele almaktadır. Örneğin, daha önce temyiz incelemesine konu olmuş hukuki sorunlar hakkında yapılmış olan başvuruları bile hemen reddetmeyerek, bu kararlara göndermede bulunmak suretiyle ve kısa ve özlü bir anlatımla yetinerek, başvurulara bir cevap vermektedir.

Üçüncü koşul olarak da uyuşmazlığa uygulanacak kuralların ya çok sayıda uyuşmazlık yaratmış bulunması ya da buna yol açacak nitelikte olması gerekmektedir⁶⁸.

Fransa’da uyuşmazlığa ilişkin olarak Danıştayın görüşü ortaya çıktığında hem dosyayı gönderen mahkeme hem de aynı konuda uyuşmazlık bulunan mahkemeler bu görüş ile bağlı olmamakla birlikte genellikle Danıştayın görüşüne uygun karar verdikleri görülmektedir⁶⁹.

3. Grup (Seri) Dava Müessesesi

Fransa’da, İdari Yargılama Kanunu'nun 222-1/6. maddesi ile 2002'de düzenlenen grup dava uygulanmasında aynı mevzuat hükmünün yorumundan kaynaklanan çok sayıda davadan bir tanesi öncelikle karara bağlanarak Danıştaya gönderilmekte, Danıştay uyuşmazlığı ivedilikle inceleyerek karar vermekte, bu karara göre diğer davalar sonuçlandırılmaktadır.

Seri davalar olarak nitelenebilecek bu tür uyuşmazlıklar, birden fazla mahkemede dava konusu edilen çok sayıda uyuşmazlıklardan, birine öncelik tanınmak suretiyle çözümlenmektedir⁷⁰. Diğer mahkemeler öncelik tanınan

⁶⁸ KAPLAN, s.4.

⁶⁹ SEZGİNER Murat, İdari Yargılama Hukukunda Yargılamanın Hızlandırılması Tartışmaları ve Grup Dava Uygulaması, (Grup Dava), Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara 2014, s.208-209.

⁷⁰ SEZGİNER (İçtihat Aykırılıkları Sorunu), s. 132.

davanın sonucunu beklemektedir. Böylelikle kararlar arasında koordinasyon sağlanmaktadır⁷¹.

Fransa’da grup dava için aranan iki koşul bulunmaktadır. Bunlardan birincisi; ileri sürülen iddialar, nedenler veya sonuçların aynı veya benzer olması, diğer bir deyişle davacıların farklı menfaatleri etkilense veya farklı özel durumlara ilişkin olsa bile tarafların istem sonuçlarının benzer ya da aynı nitelikte olması, ikincisi ise uyuşmazlık sayısının fazla olmasıdır.

Alman hukukunda da aynı idari işlem veya eylemden kaynaklanan davalar için öngörülmüş bulunan “*grup dava*”⁷² müessesesi, içtihat farklılıklarının giderilmesinde etkili olmaktadır. Alman İdari Yargılama Kanunu’nun (VwGO) 93/(a). maddesindeki düzenlemeye göre, bir idari tedbirin hukuka uygunluğu yirmiden fazla (en az 21) davanın konusunu oluşturuyorsa, mahkeme uygun bulduğu davalardan bir ya da birkaçını öncelikle inceleyip karara bağlayarak, diğer davaların incelenmesine ara verebilmektedir.

Alman idari yargılama usulünde, "grup dava" (Massenverfahren) veya "*emsal (örnek, model) dava*" (Musterprozess) kavramları ilk kez Münih Havaalanı projesinin yapımına ilişkin planlar hakkında binlerce idari dava açılmasından sonra mahkemenin bu davalardan birkaçını emsal dava seçip görmeye başlaması diğer davaları ise durdurmasıyla gündeme gelmiştir⁷³. Bu karara karşı hem emsal davaların hem de durdurulan davaların tarafları

⁷¹ İnsan Hakları Eylem Planında, “*Hedef 7.2 İcra Takibi ve Yargılama Süreçlerinden Kaynaklı Mülkiyet Hakkı İhlallerinin Önlenmesi*” başlığında değinilen faaliyete yer verilmiştir. “*Kamu idarelerinin taraf olduğu aynı nitelikteki uyuşmazlıklarda “pilot dava” usulü getirilecek, bu davanın ivedi bir şekilde görülmesi ile verilecek kararın aynı konudaki uyuşmazlıklar bakımından bağlayıcı olması sağlanacaktır.*” <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/insan-haklari-ep02-03-202115-14.pdf> (Erişim Tarihi: 06/05/2023)

⁷² SEZGİNER (Grup Dava), s.209-211.

⁷³ Münih Havaalanının imar planına 5724 kişi dava açması üzerine mahkeme davaların birleştirilmesi yoluna gidilmesi halinde bile aynı anda bu kadar davayı birden göremeyeceğine kanaat getirmiş, bunların içinden avukatla temsil edilen 40 tanesini emsal dava olarak seçmiştir. Mahkeme 11 ay içerisinde 30 bilirkişi dinleyerek 67 gün yargılama yaparak davaları karara bağlamıştır. TÜRKÖĞLU ÜSTÜN Kamile, Alman İdari Yargılama Usulünde Grup Dava Uygulaması, Memleket Siyaset Yönetim, Cilt:10, Sayı:24, Temmuz 2015, s.115.

Anayasa Mahkemesine başvurmuş, ama mahkeme başvuruyu reddetmiştir⁷⁴.

1991 yılında idari yargı reformları çerçevesinde idari davaların birleştirilip ayrılmasını düzenleyen 93. maddeden sonra gelmek üzere 93/a maddesinin VwGO'ya (Verwaltungsgerichtsordnung, Alman İdari Yargılama Kanunu) eklenmesiyle grup dava uygulaması kanuni dayanağa kavuşmuştur.

VwGO'nun 93/a maddesi ve genel olarak grup dava uygulamasının esas amacı, geniş kapsamlı kitlesel yargılamaları makul bir sürede ve mümkün olan en az masrafla sonuçlandırmaktır. Örneğin büyük endüstri tesislerine verilen faaliyet ruhsatları, imar planları, çeşitli enerji yatırım ve projeleri birçok kişinin hak ve menfaatini çeşitli şekillerde etkilemekte ve aynı idari tasarrufa karşı birden çok ve bazen binlerce kişi aynı anda dava açarak ilgili mahkemeyi ağır iş yükü altında bırakmaktadır. Bütün davalar için tebligatlar yapılması, dava malzemesinin toplanması, tarafların ve tanıklarının dinlenmesi, bilirkişi ve keşif delillerine başvurulması gibi usul işlemlerinin aynı anda yapılması davaların uzamasına, dava masraflarının artmasına sebep olmakta, bu da mahkemenin verimli bir şekilde çalışmasını engellemektedir. Bu durum istinaf ve temyiz aşamalarında da dava yığılmasına sebep olmaktadır. Grup dava uygulaması bu sakıncaların önüne geçebilecek bir kurum olarak geliştirilmiştir.

Grup dava uygulamasıyla mahkeme, emsal davadaki kesin hüküm doğrultusunda diğer davaları karara bağlamaktadır. Bu davalarda, basit bir yargılama sonucunda hızlı karar verilebilmekte aynı usul işlemlerinin tekrarlamasına gerek kalmadığından dava masrafları da azalmaktadır.

Grup dava uygulamasının en önemli işlevinin emsal davadaki dava malzemesinin (maddi olay ve delillerin), diğer yargılamalarda da kullanılabilmesi ve yargılamayı kolaylaştırmasıdır.

AİHM'de, aynı sebebe dayalı çok sayıdaki benzer davalarla ilgili olarak, 2004 yılından itibaren "*pilot karar*" uygulamasını benimsemiştir. Buna göre, aynı sebebe dayalı olarak çok sayıda dava başvurusu olduğunda, mahkeme, bu davalardan bir ya da birkaçını öncelikle karara bağlamak üzere seçebilmekte, seçilen dava ya da davalar karara bağlanarak, aynı sebebe bağlı benzer nitelikteki davalara da uygulanacak bir çözüme ulaşmak için

⁷⁴ TÜRKOĞLU ÜSTÜN, s.115.

çaba gösterilmektedir. Bu çerçevede alınan karar, pilot karar olarak, diğer uyuşmazlıklarda da geçerli olmaktadır⁷⁵.

Grup dava müessesesi, icthad farklılıklarının önüne geçilmesi, dava dosyalarının yıllarca ilk derece mahkemeleri ile yüksek yargı mercileri arasında gidip gelmesinden kaynaklanan uzun yargılama sürelerinin kısaltılması ve yargıya güvenin artmasına katkı sağlayacak bir müessese olarak, Fransa, Almanya ve İsveç'te uygulanmaktadır⁷⁶.

Türkiye'de de bu tür dava çözüm yöntemi çalışması yapılmış, ancak Adalet Bakanlığınca hazırlanan ve Başbakanlıkça 3/12/2013 tarihinde TBMM Başkanlığına gönderilen Danıştay Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nda grup dava hakkındaki öneri⁷⁷ yasalaşmamıştır.

⁷⁵ Mahkeme bu kararla, somut uyuşmazlık bakımından ihlali tespit etmekte; ihlalin kaynağı olan iç hukuk düzenlemesinin bozukluğunu ortaya koymakta, bu bozukluğun bertaraf edilmesi için hükümetlere açık yol göstermekte, benzer uyuşmazlıklara (mahkeme önünde bekleyen davalar dâhil) uygulanacak bir iç hukuk yolunun oluşturulmasını sağlamaya çalışmakta ya da en azından mahkeme önünde bu tip benzer uyuşmazlıkların çözümünü sağlamaya çalışmaktadır.

⁷⁶ SEZGİNER (İctihat Ayrılıkları Sorunu), s. 132.

⁷⁷ MADDE 8- 2577 sayılı Kanuna 20'nci maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki madde eklenmiştir.

"Grup dava

Madde 20/D- 1. İdare ve vergi mahkemeleri ile Danıştayın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı davalarda, dava konusunun aynı maddi ve hukuki sebebe bağlı ve birbirine emsal teşkil edebilecek nitelikte olması halinde grup dava usulü uygulanır.

2. Mahkeme veya Danıştay ilgili dairesi, davaların birinci fıkra kapsamında grup dava usulünün uygulanabileceği nitelikte olduğuna karar vermesi durumunda, bu davalardan birini öncelikle esas karara bağlar ve dosyayı temyiz incelemesi için Danıştay ilgili dava daireleri kuruluna re'sen gönderir.

3. Birinci fıkra kapsamındaki diğer davaların karara bağlanması için Danıştay ilgili dava daireleri kurulunun vereceği karar beklenir.

4. Danıştayın ilgili dava daireleri kurulu öncelikle davanın grup dava olup olmadığını inceler ve bir ay içinde karar verir. İlgili dava daireleri kurulu, davanın grup dava olduğuna karar vermesi halinde, dosyanın kendisine geldiği tarihten itibaren üç ay içinde esas hakkında kesin olarak karar verir. Dosyanın taraflarca temyiz edilmemiş olması halinde dava daireleri kurulunun verdiği karar, taraflar açısından hukuki sonuç doğurmaz. Davanın grup dava olmadığına karar verilmesi halinde istinaf veya temyiz talepli dosyalar ilgili temyiz veya istinaf merciine, istinaf veya temyiz talepli olmayanlar

Tasarıdaki öneriye göre, grup dava uygulamasında öncelikle aynı işleme ilişkin 20'den fazla davanın bulunması gerekmektedir. Bu yolda bir tespit yapıldıktan sonra, emsal dava ya da davaların seçimi mahkeme heyeti tarafından yapılmakta, emsal davada verilen kararın diğer davalarda uygulanabilmesi için, verilen kararın kesinleşmesi gerekmektedir. Ancak emsal olarak seçilen davalardan en az biri için kanun yoluna başvurulmuş ise bunun sonucunun beklenilmesi gerekmekte, bekletilen davalar ise emsal davada verilen kararın kesinleşmesini takiben bu karar esas alınarak hızlı bir şekilde sonuçlandırılmaktadır⁷⁸.

4. Filtreleme Sistemi (İstinaf-Temyiz İzni)

Filtreleme sistemi, ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararın istinaf veya temyiz merciine taşınmasının “izne bağlı olduğu” bir sistemi anlatmaktadır. Bu sistem, kanun yolu başvurularını kapayan bir mekanizma olmayıp, işin esasına girilmeden önce, kanunla belirlenen ölçütlere göre “kabul edilebilirlik” yönünden bir ön inceleme yapılması ve uygun olmayan başvuruların önlenmesini sağlayan bir yöntemi esas almaktadır.

Başta Almanya, İsveç, İspanya olmak üzere, birçok ülkedeki uygulamaya göre, karar verme yetkisi tanınan merciye göre sistem, üç aşamalı ya da iki aşamalı olacak şekilde işletilmektedir.

ise mahkemesine veya Danıştay ilgili dairesine gönderilir.

5. Danıştay, grup dava kapsamındaki başvurular ile bu başvurular hakkında verilen kararları elektronik ortamda yayınlar ve kararların bir örneğini ilgili mahkeme veya Danıştay dava dairesine gönderir.

6. Mahkemeler grup davaları, Danıştayın ilgili dava daireleri kurulu kararı doğrultusunda sonuçlandırır. Grup davalar nedeniyle ilgili dava daireleri kurulu tarafından verilen karara uygun olarak grup dava kararını veren ilgili yargı mercii veya diğer idari yargı mercilerince verilen kararlar aleyhine kanun yollarına başvurulamaz. Ancak, karara bağlanan davanın grup dava kapsamında olmadığına ya da grup davaya uygun karar verilmediğine dair iddialarla istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurulabilir. Grup davanın esasına ilişkin olmayan istinaf ve temyiz sebepleri saklıdır.”

⁷⁸ Fransız uygulamasında, idare mahkemeleri ve istinaf mahkemeleri başkanları, seri davalar söz konusu olduğunda, aynı konuda daha önce verilmiş bulunan karar veya Conseil d'Etat'nın konuya ilişkin kararı veya yargısal görüşü var ise tek başına karar verebilmektedir. (CJA, R.222-1). Tek başına karar verme yetkisi aynı kapsamda, Conseil d'Etat bakımından uyuşmazlık dairesi başkanı ve daire başkanları için de söz konusudur. (CJA, R.122-12). Böylece hem hızlı karar alınması hem de icthad farklılıklarının önlenmesi sağlanmış olmaktadır.

İlk derece mahkemesine, istinaf yoluna gidilip gidilmeyeceği konusunda *'istinaf izni'*ne karar verme yetkisi verilebildiği gibi, bu konuda karar verme yetkisi sadece istinaf mahkemesine de verilebilmektedir.

Temyiz yoluna gidilip gidilmeyeceği bakımından ise, *'temyiz izni'*ne karar verme yetkisi, istinaf mahkemesi ile birlikte yüksek mahkemeye verilebileceği gibi sadece yüksek mahkemeye de verilebilmektedir. Bu mekanizmanın uygulandığı ülkelerde, istinaf ve temyiz iznine tabi olmayan uyuşmazlıklar sayma suretiyle istisnai olarak düzenlendiğinden, sayılanlar dışındaki uyuşmazlıklar açısından *'izin verme'* mekanizması geçerli bulunmaktadır.

Temyiz izni verilmesi konusunda hangi ölçütlerin esas alındığı incelendiğinde; uyuşmazlığın çözümünün icthad yaratılmasını gerektirecek nitelikte olması, temyize konu kararın yüksek mahkeme icthadlarına, Anayasa Mahkemesi kararlarına aykırı olması, temyize konu kararın genel kamu yararını etkileyecek nitelikte bir aykırılık içermesi, kararın isabetli oluşu konusunda ciddi şüphenin bulunması, davanın ülke çapında önem taşıyan bir uyuşmazlığa ilişkin bulunması, yargılama sırasında kararın esasını etkileyecek nitelikte usul hatası yapılmış olması hallerinde temyiz izninin verildiği görülmektedir.

Kanun yolu başvurularında süzgeç görevi yapan istinaf ve temyiz izni mekanizmalarının icthadların oluşmasında, ülke çapında istinaflar arası icthad farklılığının giderilerek icthad birliğinin sağlanmasında, icthadların belirgin hale gelmesinde ve yargıya güven duygusunun güçlendirilmesinde katkı sağlayacağı açıktır.

Bu sistemde icthad farklılığı bulunmasına ilişkin gerekçeli açıklamalar yapılması durumuna bağlı olarak kararın istinaf edilmesi ya da temyiz edilmesi izninin verilmesi söz konusu olmakta ve çelişkili karar verilmesinin engellenmesi sağlanmaktadır.

Fransız idari yargı sisteminde ise davalarda uygulanan kabul edilmezlik kararı usulünde başvurunun idareye gönderilmesinden önce niteliğine bakılmaktadır. Başvurunun niteliğine göre başvuru eğer ciddi değilse, yerleşik icthada aykırılığı açık değil veya başvurunun dayanaksız ve soyut olduğu kanaatine varılırsa derhal kabul edilmezlik kararı verildiği, bu anlamda verilen kabul edilmezlik kararlarının kesin olduğu ve itiraz yolunun

bulunmadığı ve bu kabul edilmezlik kararlarının verilen kararlar içindeki oranının ise %25-30 olduğu belirtilmiştir⁷⁹.

Kabul edilmezlik kararlarında, dayanaksız ve soyut nitelikteki başvuruların öncelikle karşılanarak özellikle başkan kararıyla ya da başkanın yetkilendirdiği hâkim tarafından kabul edilmezlik kararları verildiği, idari yargıda davaların kabul edilmezliğinin çıkış noktasının yargısal mercilere başvurunun sıradanlaşması olduğu, kabul edilmezlik kararlarının verilmesi durumunda bu kararın davalı idareye iletilmeden yalnızca başvurucuya bildirildiği anlaşılmaktadır.

31 Aralık 1987 tarihli Kanun'la düzenlenen usule göre, Danıştay nezdinde temyiz dosyası ön kabul incelemesine tabidir. Kabul edilebilirlik kriterlerinin karşılanmaması ve ciddi gerekçelere dayanamaması hâlinde dava kabul edilmez⁸⁰.

İdari Yargı Kanunu'nun R822-1- Art. R822-6 maddeleri gereğince, Danıştay nezdinde kabul edilebilirlik usulü dört aşamadan oluşmaktadır. Öncelikle yetkili Dairenin başkanı dosyanın kabul edilemez olduğuna ve kabul edilebilirlik usulü nitelikleri taşımadığını değerlendirirse, kabul edilemezlik kararını yazmak ve inceleme hâkimine göndermek üzere bir raportör atamakta, daha sonra taslak karar, 3 üyeden (başkan, değerlendirme hâkimi ve raportör) oluşan bir dairede görüşülmek üzere kamu raportörüne gönderilmektedir. Bunun normal bir incelemeden tek farkı çelişmeli ön "*talimat*" niteliğinde olmamasıdır. Daire, dosyanın tamamen ya da kısmen kabul edilemezliğine ilişkin bir karar vermektedir⁸¹.

Danıştay Başkanlığınca hazırlanarak Temmuz 2019 tarihinde Adalet Bakanlığına gönderilen Taslakta, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü

⁷⁹ Avrupa Konseyi tarafından finanse edilen İdari Yargının Etkinliğinin Artırılması ve Danıştayın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi, Çalışma Ziyaretleri Raporları, s.41.

⁸⁰ Danıştay nezdinde (yalnızca temyiz usulünde) kabul edilemezlik (ön kabul) kriteri İdari Yargı Kanunu'nun L822-1 sayılı maddesiyle düzenlenmiştir. Bu hüküm, Fransız hukukuna 31 Aralık 1987 tarihli Kanun'un 11. maddesinin ilk fıkrası ile getirilmiştir.

⁸¹ Çalışma Ziyaretleri Raporları, s.41.

Kanunu'nun 48. maddesine 48/B maddesi olarak temyiz izninin düzenlenmesi önerilmiş ancak bu da yasalaşmamıştır⁸².

5. Zorunlu Ön İdari İtiraz (Rapo)

Bu usule göre Fransa'da idare mahkemesinde dava açılmadan önce idareye zorunlu ön itirazda bulunulması gerekmektedir. Kanunda zorunlu ön itirazın öngörüldüğü 140 muhtemel durum belirlenmiştir⁸³.

17 Mayıs 2011 tarihli (Yargı İşlemlerinin Sadeleştirilmesi ve Kalitesine Dair) Kanun, bu usulü devlet memurlarına ilişkin davaları kapsayacak şekilde genişletmiştir. 2015 yılından bu yana bu usulün genel ilkeleri, Kamu İdarelerinin Kamu ile İlişkilerine Dair Kanunda yer almaktadır (Madde L 412-1 ila L 412-8). Buna göre, kamu idaresi nezdinde bir talepte bulunulacağı durumlarda, zorunlu ön idari itiraz kararı olmadan idare mahkemesinde yapılan herhangi bir başvuru kabul edilmemektedir.

IV. TÜRK İDARİ YARGISI İÇİN ÖNERİLER

Ülkemiz bakımından özellikle yargılama öncesinde uyuşmazlık henüz doğmadan yargı yoluna gidilmesine ihtiyaç oluşmadan önce çözümler getirilmesi önem taşımaktadır.

⁸² "Temyiz izni Madde 48/B-1. Temyiz talepleri; öncelikle, ilgili Daire veya Kurulca temyiz izni incelemesine tabi tutulur. Bu inceleme, Danıştay Tetkik Hakiminin açıklaması ve görüşü dinlendikten sonra Daire veya Kurul Başkanı ve görevlendireceği iki üye tarafından sonuçlandırılır. Temyiz izninin kabulü kararları oyçokluğuyla, temyiz izninin reddi kararları ise oybirliği ile alınır. Oybirliği sağlanamadığında, temyiz izni verilmiş sayılır. 2. Temyiz izni; a) Temyize konu kararın Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına aykırı olması, b) Uyuşmazlığın çözümünün yeni içtihat oluşturulmasını gerektirecek nitelikte olması, c) Yargılama sırasında kararın esasını etkileyecek nitelikte usul hatası yapılmış olması, d) Davanın ülke çapında önem arz eden bir uyuşmazlığa ilişkin olması, hallerinde verilir. Temyiz izninin verilmesi için, yukarıdaki hallerden birinin mevcut olması yeterlidir. 3. Temyiz izni incelemesi sonucu verilen kararlar kesindir. 4. Temyiz izninin reddi kararları, gerekçeli olarak yazılır ve taraflara tebliğ edilir."

⁸³ Bu hususlara örnek olarak vergi ödemeleri ve miktarı, vize talebinin reddi ve hatalı park cezaları gibi uyuşmazlıklar verilebilir.

A. YARGILAMA ÖNCESİ

1. Genel İdari Usulün Düzenlenmesi

İyi düzenlenmiş bir idari usul kanunu, hukuka uymayı amaç edinen bir hukuk devletinin idaresinin uygulamasında, yasayla önceden belirlenmiş hukuk kurallarına, ölçütlere ve standartlara göre hareket edilmesi sayesinde idari davaların önemli derecede azalmasını sağlayacaktır.

İdari işlemlerin yapılış usullerinin düzenlendiği idari usul⁸⁴ kuralları genellikle, İspanya, Avusturya, Amerika Birleşik Devletleri, Almanya, İtalya, Polonya gibi ülkelerde olduğu gibi bir genel idari usul kanunu adı altında düzenlenmiştir. Ayrıca idari usul düzenlemelerinin Fransa gibi konularına göre birden fazla kanun veya kararname ile düzenlendiği, İsviçre gibi idari usul kuralları ile idari yargılama usulü kurallarını aynı kanunla düzenleyen ülkelerin de bulunduğu bilinmektedir.

Kamu hizmeti veren idare ile kamu hizmetinden yararlanan bireylere idari işlemin yapılış sürecinde birtakım haklar tanınmak ve yükümlülükler getirilmek suretiyle, idari usulün hukuk devleti güvencesi ile donatılması, idarenin şekle bağlı olmayan, denetimsiz iç işleyişinin, hukuki sonuç doğuran (dış etkiye sahip) faaliyetleri gibi denetlenebilir olmasını sağlayacaktır.

Bu anlamda idari usulün hukuki işlevi, hukukun genel ilkelerini ve anayasal ilke ve hedefleri korumaya ve gerçekleştirmeye yöneliktir.

İdari yargı kararlarının, karar alma sürecinde emsal alınması sağlanarak hem çelişkili kararlar alınması önlenecek hem de idari yargıyı gereksiz yere meşgul etmemek suretiyle idarenin hukuka uygunluğu eksiksiz olarak gerçekleştirilecektir.

Eşitlik ilkeside, böylece kamu hayatında etkili olabilecektir. İdari yargı kararlarının, işlem tesis edilirken (işlem üretme sürecinde) emsal alınması sağlanarak, idarenin bütünlüğü ve kararlarındaki keyfi tutumu önlenilecektir.

İşlem üretme sürecinde alınacak kararların oluşmasında, düzenlenecek usul kanununda belli kurallara bağlanmakla birlikte hem çelişkili kararlar alınmasını önlemek hem de idari yargıyı gereksiz yere meşgul etmemek ve idarenin hukuka uygunluğunu eksiksiz sağlamak için,

⁸⁴ Ayrıntılı bilgi için bakınız. ÖZKAN Gürsel, İdari Usul, Danıştay Dergisi, Sayı: 101, Yıl:2000, s. 13-39.

bu süreçten çıkan ve yargıya intikal eden işlemler hakkında verilen yargı kararlarının emsal alınması suretiyle idari usul ile varılmak istenen amaca ulaşılabacaktır.

Kamu görevlilerinin sorumluluğu belirlenerek, kamunun uğratıldığı zararın ilgili kamu görevlisine kusuru oranında yansıtılması (rücu) sağlanarak, kamu görevlilerinin hukuka aykırı tutum ve davranışlarının önüne geçilecektir.

İdari usul ile düzenlenecek olan gerekçe ilkesi, bireylerin idareye güven duymasını sağlayacaktır. Gerekçe ilkesi uyarınca, idare makamı, kararını dayandıracığı maddi ve hukuki olayları iyice araştırıp aydınlatmak zorunluluğunda kalacak ve yanılma ihtimalleri böylece azalmış olacaktır.

Bu ve benzeri amaçlara ulaşılması için Genel İdari Usul Kanunu adı altında yasal bir düzenleme yapılması gerekliliği kuşkusuzdur. Ancak yaklaşık çeyrek asırdır yapılan çalışmalara ve yasal düzenleme önerilerine rağmen idari usul kanunu yasalasamamıştır⁸⁵.

2. Sulh Başvurusunun Zorunlu İdari Başvuru Yolu Olarak Yeniden Düzenlenmesi⁸⁶

Tam yargı davalarının sulh yoluyla çözümüne yönelik 2011 yılında yürürlüğe giren 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile ilgililerin idari işlem ve eylemlerden kaynaklanan zararlarının sulh yoluyla tazmin edilebilmesini idareden isteyebilme imkânı getirilmiştir. Bu Kararnameyle idareye uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmin edilmesi istemiyle yapılan başvurunun incelenmesinin usul ve esasları ayrıntılarıyla düzenlenmiştir.

Adli yargıda kısmen başarılı sonuçlar vermesine rağmen idari işlemlerden kaynaklanan zararlara karşı sulh yoluna başvuruda bulunulmasının ilgililerin tercihine bırakılması, idari işlemin yargı kararı ile

⁸⁵ Ekim 1996 tarihli Başbakanlık Oluru ile başlatılan “İdari Usul Yasasında Düzenlenecek Hususlar” konulu Proje sonucunda hazırlanan ve Şubat 1999’da Başbakanlığa sunulan “İdari Usul Kanunu Ön Taslağı” ve önce 13/6/2006 tarihinde, sonra 15 Eylül 2008 tarihinde Adalet Bakanlığınca Başbakanlığa sunulan “İdari Usul Kanunu Tasarıları” ve sonrasında gerçekleştirilen çalışmalar sonuç vermemiştir.

⁸⁶ ÖZKAN Gürsel, “Tazminat Uyuşmazlıklarının İdari Yargı Öncesi Sulh Yoluyla Çözümü”, Uluslararası Avrasya Ekonomileri Konferansı, 29-31 Ağustos 2016, Kaposvar Üniversitesi-Macaristan, International Conference on Eurasian Economies, Beykent University Publications No:115, s.260-267.

iptal edilmesi sonrasında kanun yolu aşamasındaki süreçte zararın sulh yoluyla giderilebilmesine imkân tanınmaması, üst yönetici ile hukuki uyuşmazlıkları değerlendirme komisyonu üyelerine yapmış oldukları iş ve işlemlerden dolayı yeterli yasal güvence sağlanamaması ve Sayıştay denetimi ile zararın tazminine sulh yolu ile karar veren kamu görevlilerinin hukuki ve mali sorumluluğuna yol açılmasının önlenmemesi nedenleriyle beklenen amacın elde edilmesi mümkün olamamıştır.

Belirtildiği gibi 659 sayılı KHK'de yer alan mevcut düzenlemede, idaredeki uzlaşma ile görevli kamu görevlilerinin uzlaşma ile ilgili görevlerinden dolayı hukuki güvencelerinin bulunmaması ve mali sorumluluk kaygısı kamu görevlilerinin inisiyatif almasını güçleştirmiştir. Bu nedenle yapılacak düzenleme ile tam yargı davalarında sulh başvurusu müessesinin etkinliğinin artırılması gerekmektedir.

659 sayılı KHK'nin yürürlüğe girmesine rağmen gerek idarelerce, gerekse vatandaşlarca uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümüne ilişkin hükümlerin etkin bir şekilde uygulanmadığı görülmektedir. Sulh başvurusunu uygulamak amacıyla idareler bünyesinde kurulacak olan hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonlarında görev yapacak üyelerin sürekli hale getirilmesi de sistemin işlerliği bakımından önemli olmaktadır.

KHK kapsamına giren idari uyuşmazlıklarda sulh yoluna başvurulmasının "zorunlu" hale getirilmesi diğer bir ifadeyle sulh başvurusunun "zorunlu idari başvuru yolu olarak" düzenlenmesi gerekmektedir. Yine 659 sayılı KHK'de yapılacak değişiklik ile idareler tarafından tesis edilen bir idari işlem nedeniyle haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin açtıkları iptal davasının sonuçlanmasından sonra tam yargı davası açmadan önce sulh yoluna başvurmalarının da "zorunlu" tutulması uygun olacaktır.

Uzlaşma bilincinin yeterince oluşmadığı ve uzlaşmaya varmada genel bir isteksizliğin geçerli olduğu ülkemizde, uyuşmazlıkların yargı dışı mekanizmalar ile çözümüne işlerlik kazandırmak, öncelikle bu yollara başvurulmasının zorunlu tutulmasını gerektirmektedir. Ancak başvurunun etkili olması, idare içinde işleyen süreçte uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasının mümkün olması halinde sistemin işlerliği sağlanabilecektir.

3. Zimni Ret Sisteminden Vazgeçilerek Zimni Kabul Sisteminin Benimsenmesi⁸⁷

Fransız idare hukukunda 2013 yılında “devrim” olarak nitelendirilen bir reform yapılmıştır. İdari yargı sisteminin ve idari rejim olarak kamu yönetimi anlayışının kaynağını oluşturan Fransız sisteminde susmaya olumsuz anlam yüklenmesi nedeniyle, bizde geleneksel olarak susmanın kabul etme, onaylama anlamını ters yüz ederek zimni ret müessesesini, susmaya olumsuz anlam yükleyerek uygulamaya devam etmekteyiz. Geline aşamada 12 Kasım 2013 tarihli bir Yasa ile Fransız yasa koyucusu zimni ret müessesesini genel kural olmaktan çıkarmış ve yerine “zimni kabul” müessesesini getirmiştir.

12 Kasım 2013 tarih ve 2013-1005 sayılı İdare ve Vatandaşlar Arasındaki İlişkilerin Sadeleştirilmesi İçin Hükümete Yetki Veren Yasa ile 12 Nisan 2000 tarih ve 2000-321 sayılı Vatandaşların İdare ile Olan İlişkilerinde Sahip Olduğu Haklara İlişkin Yasanın 20, 21 ve 22. maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Böylece Fransız idare hukukunun köklü müesseselerinden olan ve uzun yıllardır uygulanmakta olan zimni ret uygulaması, genel kural olmaktan çıkarılmıştır. Yapılan değişiklik ile 2000 tarihli Yasa'nın 21. maddesinde, açıkça zimni kabul genel kural olarak düzenlenmiştir.

Buna göre; “İdari makamın başvuru hakkında iki aydan fazla sessiz kalması halinde, başvuru zimnen kabul edilmiş sayılır.” Artık idare kendisine yapılan başvurulara onay vermek istemiyorsa, o talebi açıkça reddetmek durumundadır. Aksi halde sürenin geçmesi sonucu zimnen kabul etmek suretiyle talebe geçerlilik kazandırılmış olacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki Yasanın 21/(1). maddesinde zimni kabul kuralı genel kural olarak öngörülmüş olsa da, bu kuralın idareye yapılan her türlü başvuru için uygulanması söz konusu değildir. Bu kurala getirilen istisnalar maddenin devamında saymak suretiyle düzenlenmiştir.

Anayasa'nın “Temel hak ve hürriyetlerin korunması” başlıklı 40. maddesine 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla eklenen ikinci fıkrasında “Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere

⁸⁷ ÖZKAN Gürsel, İdari Usul, İyi Yönetim Hakkı ve Türk Devlet Geleneğinde Yönetim Anlayışı, Danıştay ve İdarî Yargı Günü Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara 2016, s.257-258.

başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.” şeklinde hüküm düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin gerekçesinde ise “Bireylerin yargı ya da idari makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkân sağlanması amaçlanmaktadır. Son derece dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, mercii ve sürelerin belirtilmesi hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk haline gelmiştir” şeklinde açıklama yapılmıştır.

Bu hükmün anlamı, idarenin, gerek re’sen tesis ettiği gerek kendisine yapılan başvurular üzerine tesis edilen tüm işlemleri bakımından *“hangi kanun yolları ve mercilerine başvurulabileceği ve bunlara ilişkin süreleri”* belirtmek zorunda olduğu, cevap vermemek ya da suskun kalmak gibi bir seçeneğinin bulunmadığı sonucunu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla suskun kalmak ya da cevap vermemek suretiyle bu Anayasal gerekliliği işlevsiz hale getirmek söz konusu olamayacağından gerek re’sen gerek yapılan başvurular üzerine tesis edilen tüm işlemler bakımından mutlaka bir cevap verilmesi ve bu cevapta da başvuru yolları ile sürelerinin gösterilmesi Anayasal bir zorunluluktur.

Ancak belirtilmesi gerekir ki Danıştayın zımni ret kurumunun Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal edilmesi istemiyle yapılan başvuruyu⁸⁸ Anayasa Mahkemesi reddetmiştir⁸⁹.

⁸⁸ Danıştay Onüçüncü Dairesi, E. 2016/1183, K.T. 23/05/2016.

⁸⁹ AYM, E. 2016/143, K. 2017/23, K.T. 09/02/2017; Danıştayın zımni ret kurumunun Anayasaya aykırılığı nedeniyle yapılan başvuruyu Anayasa Mahkemesi yaptığı incelemede, idareye yapılan şikâyet başvurusu üzerine iddialarla sınırlı olarak kamu ihale kurumuna itirazın şikâyet başvurusuna gidilebileceğine ilişkin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 55 ve 56. maddeleri hükmünü *“bu çerçevede, itirazın şikâyet üzerine Kurum tarafından verilen nihai kararların ayrıca iptal davasına konu edilebileceği göz önüne alındığında, ihale sürecinde tesis edilen bütün işlemlere karşı yargı yolunun açık olduğu hususunda bir duraksamanın bulunmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, idarenin ihale sürecindeki tüm eylem ve işlemlerinin, idari yargıda hukuka aykırı olduğu iddiasıyla dava konusu edilmesi mümkündür.”* şeklinde hatalı nitelemiş ve iptal istemini reddetmiştir. Hâlbuki idarenin şikâyet başvurusunun reddine ilişkin işleme karşı zorunlu başvuru olan itirazın şikâyet başvurusunun Kamu İhale Kurulunca iddialarla sınırlı olarak incelenerek verilecek kararın iptali istemiyle açılan davanın, yargısal denetiminde de mahkeme tarafından iddialarla sınırlı denetim yapılması zorunluluğu bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin zımnî ret sisteminin varlığı ve devamı sonucunu doğuran anlayışına rağmen yasama organının Fransız sisteminin benzeri bir düzenlemeyi yapması uygun ve gerekli bulunmaktadır. Kaldı ki toplumsal kültürümüzün susmaya zımnî kabul anlamı yüklediği dikkate alındığında, bu düzenlemenin sosyal dayanağının da varlığı tartışmasıdır.

B. YARGI KARARLARINDA EMSAL KARARA UYMA ZORUNLULUĞU GETİRİLMESİ

1. Emsal Karar Müessesesi⁹⁰

İçtihat farklılığının değişik nedenleri bulunmaktadır. Yargının siyasal ve ideolojik tutumu, yürütmeden çekinmesi, mahkeme yapısında özellikle üye sayısındaki değişiklik, asıl sorun olan çelişkili karar verilmesinin nedenleridir.

Hukuk kurallarının yorumunda farklılık, yargının boşluk doldurma konusunda bilgi eksikliği ve karar değişikliğini gerektiren haklı sebepler yani olayın özelliği-mevzuat değişikliği-idari uygulama farklılığı⁹¹ da çelişkili karar verilmesinin nedenlerindedir. Ancak belirtilen bu nedenlerden siyasal tutum ve yürütmenin etkisinden kaynaklanan nedenler aslında yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığıyla ilgili nedenlerdir ve yargıya güven duygusunu azaltan da bu nedenlerdir.

Özellikle mevzuat değişikliği, idari uygulama değişikliği olması durumunda aynı konuda verilen kararların yeniden gözden geçirilerek içtihat değişikliğine gidilmesi gerekebilir. Ayrıca hâkim içinde bulunduğu toplumdan soyutlanamayacağı için toplumsal gelişmelerden doğal olarak etkilenecektir. Yaşanılan toplumdaki siyasal, ekonomik, sosyal olaylar, gelişmeler, içtihat değişikliğini gerekli kılabilir. Ancak yargının bağımsız ve tarafsız konumu ve hukuki istikrar ilkesi, hâkimin konjektürel değişikliklerden etkilenmeden adaleti sağlama fonksiyonunu yerine getirmesini zorunlu kılmaktadır.

Hukukun toplumsal hareketleri aynı esneklikte ve hızda düzenleyemeyeceği dikkate alınırca, hâkimin de değişen koşullara göre yeni gelişmelere uyumlu hukuksal sorunları çözüme görev ve yetkisi, hukuki

⁹⁰ Ayrıntılı bilgi için bakınız. ÖZKAN, (Yargıya Güven), s. 215-281.

⁹¹ YILDIRIM Turan, İdari Yargıda İçtihat Farklılıkları Sorunu ve Çözüm Önerileri, Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Ankara 2017, s.137- 153.

istikrarı sağlama fonksiyonu, hukukun toplumsal olayların peşinden sürüklenmesine engel oluşturur. Dolayısıyla güncel olaylar içinde hüküm verilmesi, süreklilik/devamlılık gerektirir.

Benzer dava ve uyuşmazlıklar hakkında verilen kararların birbirine “aykırı” olmasının önlenmesi, çelişkili karar verilmeksizin kararlarda istikrarın sağlanması emsal karar müessesesine olan ihtiyacı ortaya koymaktadır.

Anayasadaki hak ve özgürlüklerle ilgili kurallar ve yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin düzenlemeler, hâkimlerin hukuku sübjektif yorumlamalarına yeterli düzeyde engel olamamaktadır. Bu nedenle olması gereken hâkimlerin de uymak zorunda oldukları yasal düzenleme yapılması ve uyulmaması halinde sorumluluk doğacağına bilinmesidir. Bu konudaki somut çözüm önerisi “*emsal kararlara uyma zorunluluğu*” olacaktır.

a) Emsal Karar Müessesesinin Amacı

Bir ülkede hukukun aynı şekilde uygulanması yüksek yargı organlarının içtihatları arasında görülen uyumla sağlanabilir. Yargısal içtihatlarda zamanla değişme olması gelişme ve yeni ihtiyaçların ortaya çıkması ile açıklanabilir. Ancak içtihatların gelişmesi yönünden normal olan bu durumun, devam ettirilmesi sürekli değişimin söz konusu olması aynı zamanda bir çelişkiyi, istikrarsızlığı ve keyfiliği de beraberinde getirmektedir.

Hâkimlerin kararlarında istikrar sağlanması ve çelişkili karar verilmesinin önlenmesi daha doğrusu çelişkili karar verilememesi gerekmektedir. Hukuki güvenlik, belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleriyle bağdaşmayan, toplumun mahkemelere güvenini sarsan⁹² bu durum, adil yargılanma hakkına⁹³ da hâle getirmektedir.

⁹² “Birbirinden farklı yargı kararlarının devamlılık arz etmesi, toplumun yargısal sisteme olan güveninin hukuk devletinin temel unsurlarından biri olmasına rağmen, bu güveni azaltacak nitelikte bir hukuki belirsizlik durumu yaratabilecektir” AİHM, Çelebi ve diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 552, K.T. 09/02/2016. “Hukukun üstünlüğü ilkesi gereği yargı sistemine olan bu güveni sağlamak ve korumakla yükümlü olan devlet, aynı yargı koluna dâhil mahkemeler arasındaki derin ve süregelen içtihat farklılıklarını ortadan kaldıracak nitelikte bir mekanizmayı kurmak ve bu mekanizmanın etkin bir şekilde işleyişini sağlayacak düzenlemeler yapmakla yükümlüdür”. AYM, Engin Selek, Başvuru No: 2015/19816, K.T. 08/11/2017.

⁹³ Anayasanın 13. maddesine göre temel hak ve hürriyetler ancak kanunla sınırlanabilir. Anayasa Mahkemesi, bir kanunun yorumuna ilişkin içtihat farklılığının, o kanunu

Peki nasıl? Yargının denetimini yine yargının yapması hatta kararı veren mahkemenin kendi kendini denetlemesi mümkün müdür?

Evet mümkündür. İşte emsal karar müessesesi bu amacı gerçekleştirecektir. Yüksek mahkemelerin, benzer olaylarda birbiriyle çelişen kararlar vermesi halinde yargıya, adalete ve son aşamada devlete duyulan güveni kökünden sarsacağı açıktır. Emsal karar önerisi hukuk kurallarının ülkenin her yerinde aynı şekilde uygulanmasını sağlamak amacı taşımaktadır.

Adaletin, devletin temelini oluşturduğu (-*Adalet, Mülkün temelidir.*) düşünülduğünde, çelişkili kararların varlığı kesinlikle kabul edilemez. Bununla birlikte, zaman zaman yüksek mahkemelerin, benzer olaylarda birbiriyle çelişen kararlar vermekte olduğu da yaşanan bir durumdur. Hâlbuki ki, yargı bağımsızlığı, keyfilik, başıbozukluk, gelişigüzel davranmak, denetimsiz olmak demek değildir. Yetki ve hak, görev ve sorumluluk, nimet ile külfet ile birlikte vardır ve yetki verilen kişinin görevini gereği gibi yapmadığının denetlenmesi de gerekmektedir.

b) Emsal Karar Ne Demektir?

Yargı organlarının “*yargıda istikrarı sağlamak ve çelişkili karar verilmesini önlemek*” amacıyla uygulanması önerilen emsal karar müessesesi, yargıda istikrarlı karar verilmesini sağlamak ve çelişkili kararlar verilmesini önlemek işlevine sahip olmalıdır. Yargı mercilerinin vereceği kararlarda; farklı uygulamaya gidilmemesi, çelişkili karar verilmemesi, ayrımcılık yapılmadan herkese eşit davranılması önem taşımaktadır.

Emsal karar, aynı nitelikte, benzer, örnek oluşturacak şekilde yargı organları tarafından hukuki durum oluşturan veya hukuki durumu açıklayan “istikrar” bulmuş beyan anlamına gelmektedir. Bir kararın emsal karar olabilmesi için aynı kararın sürdürülmesi, aynı şekilde karar verilmeye devam edilmesi gerekmektedir. Bunun için de aynı doğrultuda

öngörülebilir ve belirli olmaktan çıkardığı takdirde, adil yargılanma hakkı dışındaki başka temel hak ve hürriyetleri de ihlâl ettiğine karar verebilmektedir. AYM, E-BA İnşaat Taahhüt Limited Şirketi, Başvuru No: 2015/13921, K.T. 27/06/2018, AYM, Ford Motor Company, Başvuru No: 2014/13518, K.T. 26/10/2017 (Mahkemeye erişim hakkı, Mülkiyet hakkı ve hak ihlaline ilişkin AYM kararları için bakınız. Kadir ÖZKAYA, “İctihat Aykırılıklarının Temel Hak ve Hürriyetler Bağlamında Değerlendirilmesi”, Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara 2019, s. 157,161-164.

en az iki kararın, kanun yolları aşamalarından geçerek kesinleşmiş olmasının aranması uygun olacaktır.

Bir mahkemenin belirli bir olayda verdiği bir kararı, daha sonra önüne gelen benzer bir olayda da örnek olarak karar vermesi kadar doğal bir şey yoktur. Bir mahkemenin önüne yeni dava gelince, mahkeme benzer konuda daha önce bir karar vermişse, genellikle, sorunu sıfırdan inceleyip, yeniden bir hukukî değerlendirmeye tâbi tutup karar vermez. Önceki kararını örnek alır. Örnek aldığı önceki kararında, yani emsal aldığı kararda ifade edilen çözüm, artık o mahkemenin bir “*ıctihat*” hâline gelmiştir.

Yine mahkemeler, yeni bir olayla karşılaştıklarında, genellikle bu uyuşmazlığın hukukî değerlendirmesini yapmadan önce, benzer olaylarla karşılaşmış başka mahkemeler varsa o mahkemelerin kararlarını kendilerine örnek alırlar. Özellikle mahkemeler, önlerindeki dava konusu olaya benzer uyuşmazlıklar hakkında istinaf veya temyiz mahkemesi gibi bir üst mahkemenin kararı varsa, onu örnek alma eğilimindedirler.

Örnek almak zorunlulukları olmamakla birlikte, her mahkeme üst mahkemelerin kararlarına büyük önem verir. Çünkü benzer bir konuda üst mahkemenin verdiği karar örnek alınmaz ise ve eğer mahkemenin kararına karşı istinaf veya temyiz başvurusu yapılırsa, mahkemenin bu kararı pek muhtemelen üst mahkeme tarafından bozulacak, kararı veren hâkimler de kanun yolu değerlendirmesinde olumlu not alamayacaklardır. Bu nedenle her alt mahkeme üst mahkemenin kararını dikkatle incelemekte ve onu çoğunlukla örnek almaktadır. Dolayısıyla aynı mahkemenin kendi kararını veya başka bir mahkemenin veya bir üst mahkemenin kararını örnek alması durumunda, örnek alınan karara “*emsal karar*” denmekte, belirtildiği gibi emsal olarak kabul edilen kararlarda ifade edilen ilke ve kurallar da “*ıctihat*” oluşturmaktadır.

Emsal karar uygulamasının yargı kararlarının istikrarlı olmasını sağlayarak bu konudaki önemli bir boşluğu dolduracağı kuşkusuzdur. Ancak belirtmek gerekir ki emsal karar oluşabilmesi için yargı organlarınca verilen kararın “örnek karar” olarak dikkate alınması gerekmektedir. Bu durum gerçekleşmez ise “emsal karar” oluşması mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla verilmiş bir kararın örnek alınması ve buna uygun karar vermeye devam edilmesi emsal karar müessesesi için zorunlu bulunmaktadır.

Yargılama yapılırken karar verilmeden önce mevcut uyuşmazlığa esas olacak temyiz mahkemesince daha önce verilmiş bir karar bulunup bulunmadığını araştırmak ve varsa bu karara uyma zorunluluğunun getirilmesi, yargı kararlarında istikrar sağlanması ve çelişkili karar verilmesinin önlenmesi bakımlarından önemli bir ihtiyacı karşılayacaktır.

Belli bir konuda belli bir karar veren mahkemenin, benzer bir konuda somut olay aynı ise benzer nitelikte karar vermesi “*emsal karar/örnek karar*” uygulamasının zorunlu sonucu olmaktadır. Benzer şekilde bir alt mahkeme de belli bir uyuşmazlıkta üst mahkemenin aynı konuda belli bir biçimde verdiği kararı varsa, bu kararı esas alarak karar vermek durumundadır. Emsal karar uygulamasında, mahkeme karar verirken benzer uyuşmazlıklarda daha önceden verilmiş bulunan kararların varlığını araştırmak ve bu kararları dikkate almak zorunluluğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Üst mahkemelerin kararlarının bütün alt mahkemeler tarafından izlenmesi ve uyulması zorunlu olacak şekilde uygulanması önem taşımaktadır⁹⁴.

c) Emsal Kararda İctihat Değişikliği Gerekliliği ve İctihat Değişikliğinin Geleceğe Etkili Olması

Hukuki güvenlik ilkesi, kişilere ictheadın değişmezliği şeklinde bir hak sağlamamaktadır. İctihat değişikliğini gerektiren nedenler olarak, ictheadın önemli hukuki yanlışlıklar içerdiğinin saptanması, ahlaki ve siyasi değer ölçülerinde değişim, sosyal ve ekonomik değişim ve bilimsel değişim belirtilebilir⁹⁵.

Mahkemelerin kararlarında değişikliğe gitme, yargının takdir yetkisi kapsamında olup bu aynı zamanda hukukun dinamizmini, mahkemelerin yaklaşımlarını yaşanan değişim ve gelişmelere uyarlama yeteneklerini yansıtmaktadır. Ancak değişiklik gerekçesinin “*haklı ve makul*” olduğunun ikna edici bir biçimde açıklanması gerekmektedir.

Ayrıca önceki ictheadın açılmış bulunan davalarda uygulanmaya devam edilmesi, değiştirilen ictheadın ise mevcut devam eden davalara/uyuşmazlıklara uygulanmayarak, yeni açılacak davalara

⁹⁴ ÖZKAN, (Yargıya Güven), s. 245-246.

⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bakınız. ÖZKAN, (Yargıya Güven), s.251-253.

uygulanması da yargıda istikrar ve güvenilirliğin sürdürülmesi bakımından gerekli olmaktadır.

Değişikliğin etkisinin (uyulma zorunluluğunun) ertelenmesi ve yeni içtihadın bilinirliğinin sağlanması önem taşımaktadır. Nitekim Yargıtayın yeni tarihli bir kararı⁹⁶, bu konuda son derece önemli ve yol gösterici niteliktedir. Anılan karar, içtihat değişikliği sonucunu doğuran kararın, mevcut derdest davalarda uygulanmasının önlenerek, içtihat değişikliğine ilişkin kararın duyurulmasından/bilinmesinden sonra açılacak davalarda esas alınmasına yöneliktir.

Yargıtay içtihat değişikliğinin etkisinin ertelenmesine ilişkin olarak yaptığı içtihat değişikliği kararında, *“...Dairemizin belirsiz alacak davası ile ilgili yukarıda belirtilen yeni ilkelerinin hemen uygulamaya konulması, dairenin önceki görüşüne güvenerek dava açanlar yönünden hukuki güvenlik, hukuki belirlilik, hukuki öngörülebilirlik ve sürpriz karar yasağı ilkelerinin ihlaline yol açacaktır. Bu sebeple, benimsenen yeni görüşün Yargıtay Kararları Dergisi ya da başkaca yollarla duyurulmasından itibaren makul bir süre sonra uygulamaya konulması, dairenin görüşüne güvenilerek açılan davalarda ise, önceki uygulamaya devam edilmesi uygun görülmüştür”* denilmek suretiyle temyiz mahkemesinin istikrarlı olarak verdiği kararların değiştirilmesi yolunda karar vermesi halinde, bu yeni kararın uygulamasının ertelenmesi ve bilinirliğinin sağlanması amacıyla makul süre eski kararlar doğrultusunda karar vermeye devam edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Farklı yargı kararlarının varlığı, hukukun dinamizmini ve mahkemelerin yaklaşımlarını yaşanan gelişmelere uyarlama kabiliyetlerini yansıtmaktadır. Önceki karardan daha farklı bir karar verilmesi yargı organlarının takdiridir. Bu durum yargı merciinin maddi olay ya da hukuk kurallarının yorumunu tekrar ele alması sonucunda önceki çözümünü tatminkâr bulmadığı anlamına gelmektedir⁹⁷. Ancak yerleşmiş içtihattan neden dönüldüğünün

⁹⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.2020/8853, K. 2021/7345, K.T. 01/04/2021.

⁹⁷ AİHM, S.S. Balıklıçeşme Beldesi Tarım Kalkınma Kooperatifi ve diğerleri/Türkiye, Başvuru No:3573/05 ...17293/05, K.T. 30/11/2010.

gereçlendirilmesi de gerekir⁹⁸. Bu noktada derhal uygulama ilkesinin bağlayıcılığının da zorunluluk taşımadığının belirtilmesi gerekmektedir⁹⁹.

d) Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı ve Emsal Karar

İdareye işlem tesis ederken emsal yargı kararına uyma zorunluluğu getirilmesi Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı'nda önerilmiş bir müessesedir.

Adalet Bakanlığınca hazırlanarak 13/6/2006 tarih ve 1152 sayılı olarak Başbakanlığa gönderilen Genel İdari Usul Kanunu Tasarısının 53. maddesi emsal yargı kararları başlığını taşımaktadır.

Tasarı maddesinde; *“İdare, işlemlerinde ve diğer faaliyetlerinde, benzer nitelikte ve istikrar kazanmış emsal yargı kararlarını ve gerekçelerini dikkate alır”* şeklinde düzenleme önerilmiştir. Bu maddenin gerekçesinde ise, istikrar kazanmanın niteliği belirtilmiş, emsal karardan *“aynı konu ve nitelikte kesinleşmiş en az iki yargı kararının bulunması”* olarak anlaşılması gerektiği şeklinde açıklama yapılmıştır¹⁰⁰.

15 Eylül 2008 tarihinde Adalet Bakanlığı tarafından Başbakanlığa sunulan Genel İdari Usul Kanunu Tasarısının 45. maddesinde de, aynı hüküm tekrar yer almış ve gerekçesinde, *“idarenin işlem tesis ederken yargı kararları ile hukuka aykırılığı saptanmış işlemleri tesis etmemesi istenmiştir. Hukuka uygunluğu yargı tarafından verilmiş emsal kararlara uygunluk sağlamak olarak düzenlemek suretiyle yargı tarafından iptal edileceği önceden bilinen idari işlemlerin hukuk âlemine hiç kazandırılmaması*

⁹⁸ AİHM, Stoilkovska/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti, Başvuru No: 29784/07, K.T. 18/7/2013, § 49; AİHM, hukuki belirlilik şartının ve meşru beklentilerin korunması gereğinin yerleşik içtihadın sürdürülmesini içermediğinin altını çizmekte ancak iyi temellere oturmuş yerleşik içtihadın varlığının yüksek mahkemeye içtihattan ayrılmayı haklı kılan daha sağlam gerekçeler açıklama görevi yüklediğini ifade etmektedir. AİHM'e göre yüksek mahkemenin yerleşik içtihattan farklı karar verilmesinin sebebi hakkında başvuruçuya detaylı açıklama yapma sorumluluğu bulunmaktadır (AİHM, Atanasovski/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti, Başvuru No:36815/03, K.T. 14/1/2010).

⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bakınız. ÖZKAN, (Yargıya Güven), s.261-263.

¹⁰⁰ ÖZKAN Gürsel, Yargıya Güvenin Arttırılmasında Somut Öneriler, 150 Yıl Anısına Danıştay, Danıştay Yayınları, Ankara, 2019, s. 638.

amaçlanmıştır. Ayrıca yargı kararlarının uygulanmasına yönelik emsal karar uygulamasından yararlanılmış¹⁰¹ olduğu açıklanmıştır.

Genel İdari Usul Kanunu Tasarısındaki düzenlenen şekliyle, “emsal karar” müessesesinin idarenin işlemlerinde uyulma zorunluluğu getirilmesi bakımından önemli olmakla birlikte hem idare hem de yargının “emsal

¹⁰¹ “MADDE 45- Hukuk devletin olmaması olmaz unsurlarından biri de kuvvetler ayrılığı ilkesidir. Bu ilkenin esasları anayasamızda belirlenmiş; bu çerçevede hiçbir organın kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanmayacağı vurgulanmıştır. Anayasamız yargı kararlarının bağlayıcılığını ortaya koymuş; idarenin de yargı kararlarına uymak; yargı kararlarının gereklerini yerine getirilmekle yükümlü olduğunu belirlemiştir. Bu yükümlülük 2577 sayılı Kanun'da ayrıca ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Diğer taraftan yine hem Anayasamızda hem de 2577 sayılı Kanun'da idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte yargı kararlarının gerekçesi ile birlikte idareler için yasal düzenlemelerin yorumlanmasında yol gösterici olduklarında da kuşku yoktur. Bütün bu esaslarla uyumlu olarak maddede, idarelerin idari işlem tesisinden önce yalnız mevzuatı değil aynı veya benzer nitelikteki olaylar nedeniyle yargı organlarınınca verilen ve istikrar kazanmış olan kararları ve gerekçelerini de dikkate almak durumunda oldukları belirtilmiştir. Bu düzenlemenin amacı, hem yapılacak idari işlemleri, yargısal denetim sonucu iptal müeyyidesi riskinden uzak tutmak, hem de idareleri hukuka uygun davranmaya zorlamaktır. Bu yolla idari makamlar gereksiz yargılama masraflarından kurtulacaklar, idareler, önceden hukuka uygunluğu belirlenmiş standart uygulamalar yapacaklar, idari yargı mercileri de ağır iş yükünden bir parça da olsa kurtulmuş olacaklardır. Maddede, idarelerin işlem tesisinde dikkate alacağı vurgulanan yargı kararlarının benzer olaylarda verilmiş ve istikrar kazanmış yargı kararları olduğu ifade edilmiştir. Bu çerçevede sadece idari yargı yerlerince değil, ülkemizdeki bütün yargı yerlerince, hatta ülkemizin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar gereğince Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kuşkusuzdur. Yine idare tarafından dikkate alınması gereken yargı kararlarının, zaten umumi ve mutlak bir hüküm ifade eden iptal kararları ile sınırlı olmadığı, idare tarafından yapılması düşünülen düzenleme benzer bir işlemle ilgili olarak verilmiş yargı kararları olduğu açıktır. Ancak maddede her tür yargı kararından değil, özel olarak istikrar kazanmış yargı kararlarından bahsedilmektedir. Bu kararlar aynı hukuki gerekçe ile birden çok kişi tarafından ayrı ayrı açılan davalarla ilgili verilen pilot kararlar olabileceği gibi zaman içinde tekrarlanarak yargı yerince kabul görmüş gerek diğer yargı yerlerince gerekse doktrinle o uyuşmazlıkla ilgili atıf yapılan kararlar olabilirler. Diğer taraftan yukarıda belirtilen anayasal ilkelerle uyumlu olarak idarenin emsal yargı kararları ve gerekçelerini idari işlemin yapılışında dikkate alacağı belirtilmek suretiyle bu yükümlülük idareye her somut olay ve durum için uygulanabilir olmak kaydıyla yüklenmiştir.” şeklinde açıklama yapılmıştır.

karar” müessesesine tabi kılınmasının sağlanması ancak yasal düzenleme yapılması ile mümkün olacaktır.

2. Yargının Uymak Zorunda Olacağı Emsal Karar Türleri

a) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Hak İhlali Kararlarının Emsal Karar Olarak Dikkate Alınmasının Düzenlenmesi

Bireysel başvuru yolu, hak ve özgürlüklerden herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulması üzerine verilen ihlal kararında belirtilen şekilde ihlalin giderilmesi amacıyla hak ve özgürlüklerin yargısal yoldan korunmasıdır.

Bireysel başvuruya konu haklar Anayasa’da ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (AİHS) yer alan haklardır. Sadece AİHS’de veya sadece Anayasa’da yer alan haklar bireysel başvuruya konu edilememektedir.

Bireysel başvuru yolunun kabulüyle birlikte yargı bakımından hem yargılama süreçlerinde hem de yargılama sonucunda verilecek karar ile herhangi bir hak ihlaline neden olmamak, bir gerekliliğin ötesinde artık Anayasal bir zorunluluk haline gelmiştir. AİHS’nin 46. maddesinde, taraf devletlerin AİHM kararlarına uymaları düzenlenmiş olup (özellikle taraf oldukları davalarda) insan haklarının korunmasında ve geliştirilmesinde çok önemli bir araç olan AİHS mekanizmasının devamlılığı bakımından da AİHM kararlarına uymanın özel önemi bulunmaktadır.

AİHM kararlarının uygulanmasının denetlenmesi ile benzer ihlallerle gelecekte karşı karşıya kalınmasının önlenmesi amacıyla ulusal düzeyde genel ve özel tedbirlerin alınması, ulusal düzeyde ihlal sonrası oluşan yeni durumun AİHM kararındaki tespitler ışığında değerlendirilmesi, yeterli olup olmadıklarının, ihtiyaca cevap verip vermediklerinin tespiti, yeterli olmamaları durumunda ilgili devlete tavsiyelerde bulunularak sorunun çözümünün sağlanması hedeflenmektedir. Mahkeme kararlarının gereğinin yapılmaması durumunda uygulanabilecek yaptırımlar ve kim tarafından uygulanacağı Avrupa Konseyi Statüsü’nde düzenlenmiştir. Statünün özellikle 8. maddesi bu konuya ilişkin hükümler içermektedir¹⁰².

¹⁰² Avrupa Konseyi Statüsü’nün 3. maddesinde, “Avrupa Konseyi’nin her üyesi, hukukun üstünlüğü prensibini ve hükmü altında bulunan her şahsın insan haklarından ve ana hürriyetlerden faydalanma prensibini kabul eder. Birinci fasılda yazılı gayenin güdülmesine samimi ve fiili bir surette iştirak etmeyi taahhüt eyler”, Avrupa Konseyi Statüsü 8. maddesinde de, “Avrupa Konseyi’nin üçüncü madde hükümlerini ciddi surette

Anayasanın 90/son maddesinde, uluslararası anlaşma olan AİHS hükümlerine uyma zorunluluğu bulunduğundan, AİHS hükümlerinin bağlayıcılığı tartışmasızdır.

AİHM'in verdiği hak ihlali kararlarının hukukumuzda yargılamanın yenilenmesi nedeni sayılmasına ilişkin adli (CMK ve HMK) ve idari yargı (İYUK) da uyulması zorunlu yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Nitekim 03.08.2002 gün ve 4771 sayılı Kanun ile AİHM kararlarının iç hukukumuzda yargılamanın yenilenmesi nedenleri arasında yer alması kabul edilmiştir.

Bütün bunların sonunda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gereğince AİHM'nin verdiği ihlal kararlarının¹⁰³ “*emsal karar*” olarak dikkate alınmasının yasal düzenleme konusu yapılması, çelişkili karar verilmesinin önlenmesinde önemli katkı sağlayacaktır.

Somut uyuşmazlık bakımından hak ihlali kararlarının bağlayıcılığı tartışmasız olmakla birlikte, asıl önemli olan ihlal kararlarındaki ilkelerin yargı mercileri tarafından benzer uyuşmazlıklarda “*emsal karar*” olarak dikkate alınmasının bir zorunluluk olarak düzenlenmesiyle, hak ve özgürlüklerin korunması ve yargı kararlarındaki çelişkinin önlenerek istikrarlı karar verilmesinin sağlanması mümkün olabilecektir.

b) Anayasa Mahkemesinin Hak İhlali Kararlarına, Emsal Karar Olarak Dikkate Alınma Zorunluluğu Getirilmesi

Belirtildiği gibi bireysel başvuru, bireyin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükler hakkında ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamındaki haklardan ve buna ek Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin kabul ettiği protokollerde düzenlenen haklardan herhangi birinin 'kamu gücü' tarafından '*ihlal edildiği*' iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurma yoludur¹⁰⁴.

ihlal eden, her üyesi temsil hakkından bir müddet için mahrum edilebilir ve Bakanlar Komitesi tarafından yedinci maddedeki şartlar dâhilinde Konsey'den çekilmeye davet edilebilir. Bu davet nazarı itibara alınmadığında Komite, bizzat Komite'nin tayin edeceği tarihten itibaren bahis mevzuu üyenin artık Konsey'e mensup olmadığına karar verebilir” hükmü yer almaktadır.

¹⁰³ AİHM'in verdiği ihlal kararları sadece somut uyuşmazlık bakımından “*yargılamanın yenilenmesi nedeni*” sayılmaktadır.

¹⁰⁴ Anayasa'nın, Anayasa Mahkemesinin “*Görev ve yetkileri*” başlıklı 148. maddesinin 3. fıkrasında, “*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden,*

Anayasa Mahkemesi kararlarının kesinliği ve bağlayıcılığı anayasal kuraldır¹⁰⁵. Bireysel başvuru sonucu verilen kararlar bakımından da kesin hüküm ve bağlayıcı etkileri yönüyle Anayasa Mahkemesi kararlarına ilişkin genel hükümler geçerlidir. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru sonucu verdiği kararlar, egemenlik yetkileri kullanan tüm devlet organlarını bağladığı gibi bu bağlayıcı etki benzer nitelikteki olaylar bakımından da geçerlilik taşımaktadır¹⁰⁶.

Bağlayıcı etkinin hukuki sonucu, Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilen Anayasaya aykırılığın gecikilmeksizin Anayasaya uygun duruma dönüştürülmesi yükümlülüğüdür. Başta yeniden yargılama yapan mahkeme olmak üzere tüm mahkemeler, bu kararı gelecekteki davalarda ölçü almak zorundadır. Anayasa Mahkemesinin Anayasaya aykırı olarak tanımladığını yapmamak ve Anayasaya uygun gördüğü çerçevede hareket etmek Anayasa Mahkemesi kararlarının “bağlayıcı” ve “kesin” olma niteliğinin sonucudur. Böyle bir bağlayıcılık olmaksızın mahkeme kararlarına karşı bireysel başvurunun bir anlamı kalmayacaktır. Belirtilmesi gerekir ki Anayasa’nın 153/1 ve 153/son maddelerinde yer alan “kesin” ve “bağlayıcı” ifadeleri sadece norm denetiminde verilen iptal kararları için değil, Anayasa Mahkemesinin tüm yargısal kararları açısından geçerli¹⁰⁷ bulunmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.” kuralı yer almış, 03/04/2011 tarihinde yürürlüğe giren 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 45. maddesinin 2. fıkrasında ise “*İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.*” hükümlerine yer verilmiştir.

¹⁰⁵ Anayasa’nın 153. maddesinin birinci fıkrasında “*Anayasa Mahkemesinin kararlarının kesin olduğu; son fıkrasında ise, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağladığı*” kuralı yer almaktadır.

¹⁰⁶ KANADOĞLU Korkut, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 258.

¹⁰⁷ KARAN Ulaş, Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Norm Denetimi ile Bireysel Başvuru Usulünde Verilen Kararlar Özelinde Bir İnceleme, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 134.

Anayasa, herkesin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğunu belirttiikten sonra bu kararların hiçbir suretle değiştirilemeyeceğini ve yerine getirilmesinin geciktirilemeyeceğini de düzenlemektedir (m.138/son). Derece mahkemelerinin Anayasa Mahkemesinin yeniden yargılama kararından kaynaklanan yükümlülüğü bir sonuç yükümlülüğü değildir¹⁰⁸.

Bireysel başvurunun iki önemli işlevi bulunmaktadır. Öncelikle bireysel başvuru, kişilerin kendilerini ilgilendiren anayasa ve hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler tarafından teminat altına alınan hakların korunmasını sağlamak amacı taşımaktadır.

İkinci işlevi ise bireysel başvuru sonucu verilen kararlar aracılığıyla Anayasanın uygulanmasından kaynaklanan sorunlara açıklık getirilerek, toplumsal sorunların çözümüne, Anayasanın yorumlanarak geliştirilmesine ve Anayasal düzenin korunmasına katkı sağlamaktır. Ayrıca bireysel başvuru yolu, bireylerin maruz kaldığı temel hak ihlallerinin tespitini yapan ve tespit edilen ihlalin ortadan kaldırılması için etkin araçları içeren anayasal bir güvence oluşturmaktadır. Belirtilen bu işlevlerin dışında bireysel başvuru yolu, ülkemiz aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) yapılan başvuruların azalmasında da önemli katkı sağlamıştır¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Anayasa Mahkemesi, ihlalin sonuçlarını gidermek için yeniden yargılama yapılmasına ilişkin yükümlülüğün ne şekilde yerine getirileceğini yine bir bireysel başvuru üzerine vermiş olduğu Mehmet Doğan kararında; *“Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kapsamında bir temel hak ve hürriyetin ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kuralın, mümkün olduğunca eski hâle getirmenin, yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanması olduğunu; bunun için ise öncelikle devam eden ihlalin durdurulması, ihlale konu kararın veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerektiğini (paragraf 55)”, “ihlalin, idari işlem veya eylemin kendisinden ya da (derece mahkemesince yapılan veya yapılmayan usul işlemlerinden değil de) derece mahkemesi kararının sonucundan kaynaklandığının Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edildiği hallerde derece mahkemesinin, usule dair herhangi bir işlem yapmadan doğrudan mümkün olduğunca dosya üzerinden önceki kararının aksi yönünde karar vererek ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırması gerektiği” (paragraf 60) şeklinde açıklamıştır. AYM, Mehmet Doğan Başvurusu/Başvuru No: 2014/8875, K.T. 07/06/2018.*

¹⁰⁹ Nitekim bu husus, yapılan Anayasa değişikliklerinin gerekçesinde açıkça yer almıştır. Anayasa'nın 148. maddesinde değişiklik yapan 5982 sayılı Kanun'un gerekçesi.

Anayasa yargısının bireysel başvurulara ilişkin işleviyle haklar, somut hayatta karşılık bulmaktadır. Dolayısıyla haklara ilişkin Anayasal düzenlemeler genel norm olmalarının yanı sıra artık doğrudan uygulanması gereken kurallar haline dönüşmüştür. Bireysel başvuru hakkına ilişkin bir sistem etkili şekilde işlediğinde iki önemli sonuç ortaya çıkarmıştır.

Özellikle, tüm yargı kurumlarının Anayasa Mahkemesi içtihadını takip etmesinin sağlanması ve AİHM'e başvuru sayısının azalması için Anayasa Mahkemesi'nin de hak ve özgürlükleri koruyucu nitelikte ve hukuk uygulamasını etkili bir şekilde yapması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi, derece mahkemeleri üzerinde sadece yol gösterici nitelikte değil aynı zamanda uyulması zorunlu nitelikteki kararları ile Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin bir sonucu olarak, devlet yapısının dengesinin korunması ve kuvvetler ayrılığının gereği olarak demokratik sistemin sürdürülmesine katkı sağlamaktadır. Bu açıdan bakıldığında Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkının getirilmesi, ulusal düzeyde etkili şekilde insan haklarının korunmasında çok önemli bir işlev görmektedir. Anayasa Mahkemesinin verdiği hak ihlali kararının diğer yargı mercilerince dikkate alınmaması hukuka geniş anlamda devlete güven duygusunun sarsılmasına yol açacaktır¹¹⁰.

Bireysel başvuru yolu, "*hak ihlalinin giderilmesi*" adı altında aslında çelişkili karar verilmesinin önlenmesini sağlayacak şekilde yeniden yargılama yapılarak hak ihlaline neden olan kararın etkilerinin giderilmesinde olduğu gibi, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı kapsamında hak ihlaline ilişkin kararların "*emsal karar*" olarak bütün mahkemelerce uygulanma zorunluluğunun yasal olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Bireysel başvuru üzerine verilen Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtilen ilkelerin "*emsal karar*" olarak kabul edilmesi ve buna bağlayıcılık tanınması, içtihat farklılığının önlenmesi ve yargının tarafsız karar vermesinde çok önemli katkı sağlayacaktır.

¹¹⁰ ÖZKAN, (Hak ihlali), s. 199.

c) Nitelikli Çoğunlukla (2/3) Verilen Uyuşmazlık Mahkemesi, Yargıtay Ceza ve Hukuk Genel Kurulları ile Danıştay İdari ve Vergi Dava Daireleri Kurulları Kararlarına, Emsal Karar Olarak Uyma Zorunluluğu Getirilmesi

Yine özellikle nitelikli çoğunlukla verilen ***Uyuşmazlık Mahkemesi kararları ile mahkemelerce bozma kararlarına uyulmayarak verilen ısrar kararlarının temyizinde Yargıtay Ceza ve Hukuk Genel Kurulları Kararları ile Danıştay İdari ve Vergi Dava Daireleri Kurullarınca nitelikli çoğunlukla verilen kararlarına*** emsal karar olarak uyma zorunluluğu getirilmesi de bu konuda yapılacak yasal düzenleme sırasında değerlendirilmesi gereken diğer emsal karar önerileridir.

d) Bölge Adliye ve Bölge İdare Mahkemelerinin Kararları Arasındaki Aykırılığın Giderilmesine İlişkin Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairesi ile Danıştay İdari ve Vergi Dava Daireleri Kurulları Kararlarına Emsal Karar Olarak Uyma Zorunluluğu Getirilmesi de yasal düzenlemede dikkate alınması gereken başka bir öneridir. Ancak bu öneriye Adli Yargı bakımından bağlayıcılık tanınmasında Yargıtay Ceza ve Hukuk Daireleri yerine Yargıtay Ceza ve Hukuk Genel Kurullarına aykırılığı giderme yetkisi verilmesi ve bu Kurulların kararlarına uyma zorunluluğu getirilmesi gerekmektedir.

3. İdarenin Emsal Karara Uyma Zorunluluğu

a) İdareye İşlem Tesis Ederken Emsal Karara Uyma Zorunluluğu Getirilmesi

İdarenin, işlem tesis etmeden önce emsal konularda yargı kararları ile belirlenmiş ilke ve esaslar uyarınca işlem tesis etmesi¹¹¹ hukuka bağlı idare bakımından son derece önemlidir.

Bilindiği gibi idarenin tesis ettiği işlemler hakkında verilen yargı kararları, sadece tarafları bağlayan kararlardır. İdare, benzeri olaylarda bu yargı kararları doğrultusunda işlem tesis etmek zorunda değildir. Benzer uyuşmazlıklar hakkındaki yargı kararları müstakar hale gelmiş yerleşik içtihatlar şekline dönüşmüş ise, artık idareler açısından da bu kararlar emsal alınması gereken kararlar olarak kabul edilmelidir.

İdarenin, benzer olaylarda istikrarlı hale gelmiş yargı kararları doğrultusunda işlem tesis etmesi, hukuka bağlı ve saygılı olmasının bir

¹¹¹ ÖZKAN Gürsel, "İdari Usulün Düzenlenmesi İhtiyacı ve Genel İdari Usul İlkeleri", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 1998, s.257.

gereği olduğu gibi, gereksiz davaların açılmasını önlemesi bakımından ve dava ekonomisi açısından da uyulması gereken bir kural niteliği taşımaktadır.

Bir yargı kararının “idari” anlamda “*emsal karar*” olarak kabul edilebilmesi için, o kararda istikrar sağlanmış olması gerekir. Buradaki emsal karar doğaldır ki yargı mercilerinin karar verirken dikkate almak zorunda olacakları, “*emsal karar*” ile aynı nitelikteki karardır.

İdareye yönelik “*emsal karar*” önerisi, idari faaliyetlerin yerine getirilmesinde idarenin bireylerin hak ve özgürlüklerine etkide bulunan veya sorumluluk ya da yükümlülük doğuran işlemleri tesis etmeden önce, yargı organlarınca verilmiş istikrar kazanmış kararların dikkate alınması, o kararlar uyarınca işlem tesis edilmesi amacı taşımaktadır.

b) İdareye Yargı Kararlarını Uygulamada Emsal Karara Uyma Zorunluluğu Getirilmesi

Ceza mahkemelerinin görevi toplum düzenini bozanları cezalandırarak düzenin korunmasını sağlamak, hukuk mahkemelerinin görevi eşit düzeydeki kişiler arasında ortaya çıkan anlaşmazlıkları gidermek olduğu halde, idari yargıya düşen görev, bireyleri kamu otoritelerine karşı korumak ve kamu hizmetinin etkili ve verimli bir şekilde yürütülmesini engellemek suretiyle hukuka uygunluğu gerçekleştirmektir.

Hukuk devleti olmanın gereklerini yerine getirmek, diğer bir ifadeyle hukuk devletini gerçekleştirerek güçlü olan idare karşısında zayıf olan bireyi korumak aynı zamanda da kamu hizmetinin yürütülmesini engellemek idari yargıya düşmektedir.

İdarenin çok değişik alanlarda kullandığı kamu gücü ile bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması arasında uyum sağlanması, idarenin yargısal denetiminin esasını oluşturmaktadır. İdari yargının bu temel zorluğu yanında en büyük zorluklarından biride, idari işlemler hakkında hukuka aykırı olduklarından dolayı verilen iptal kararlarının yerine getirilmesi aşamasında kendini göstermektedir. Burada da diğer yargı alanlarında olmayan bir durum ortaya çıkmakta, kararların yerine getirilmesi, kural olarak davalı durumda olan idareye düşmektedir.

İdari davalarda uyuşmazlıkların idarenin işleyişinden kaynaklanması nedeniyle mahkeme kararlarının gereklerinin idare tarafından yerine getirilmesi için doğasına uygundur. Ancak, idare haklı olduğuna inandığı ve

bunu savunduğu dava sonunda aksi yönde verilen bir karara, en başta taraf psikolojisi içinde buruk yaklaşmakta, idari otoritenin sarsılacağı endişesi de kararın uygulanması konusunda gerekli duyarlılığı göstermemek için her türlü mazereti geçerli kılmaktadır.

Ceza mahkemeleri kararlarının infazı ile hukuk mahkemeleri kararlarının icrası özel yasalarla ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ancak idari yargı kararlarının yerine getirilmesine ilişkin olarak, Anayasanın 138. maddesinde yer alan: “*Yasama ve yürütme organları ile idare mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare mahkeme kararlarını hiç bir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*” genel hükmü dışında, sadece 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 28. ve 52. maddelerinde esas ve yürütmenin durdurulması kararlarının yerine getirilmesine ilişkin yasal düzenlemeler mevcuttur.

İptal davası sonucunda idari yargı mercileri tarafından verilen iptal kararının uygulanması anayasal ve yasal zorunluluk taşımaktadır. Davanın reddine ilişkin yargı kararı ise, hukuk âleminde yeni bir durum yaratmadığı için idare tarafından uygulanması gereken bir karar değildir. Bu nedenle yargı kararlarının uygulanmasından, iptal kararlarının uygulanması anlaşılmaktadır.

İptal kararları çoğunlukla yol gösterici ve açıklayıcı niteliktedir. Bu nedenle iptal kararı üzerine idarenin yeni bir işlem veya eylem tesis etmesi ve bu işlem veya eylemin iptal kararlarının amaç ve anlamına uygun olması zorunludur. İdarenin yapacağı işlem ve eylem konusunda en önemli yol gösterici kararın gerekçesi olmaktadır. Bunun dışında yargı kararlarının uygulanmasına ilişkin herhangi bir yasal düzenleme veya idareye yol gösterici nitelikte bir uygulama bulunmadığından, iptal davası sonucunda verilen kararların içeriği ve gerekçesinin idareyi tereddüde düşürmeyecek açıklıkta olması gerekmektedir.

İdarenin yargı kararlarını yerine getirirken dikkate alması gereken “*emsal karar*” uygulamasının, Genel İdari Usul Kanunu Tasarısında da düzenlenmiş olduğunun belirtilmesi gerekir. Türkiye’de yargı kararlarının uygulanmasının yasal olarak düzenlenmesine yönelik ilk somut öneri¹¹²,

¹¹² Ayrıntılı bilgi için bakınız. ÖZKAN Gürsel, Demokratik Yönetime Geçiş- 21. Yüzyıl Türkiye için Bir Kanun Önerisi, Tutibay Yayınları, Ankara 2001.

Genel İdari Usul Kanunu Tasarısında yer almıştır. Genel İdari Usul Kanunu Tasarısında düzenlenen yargı kararlarının uygulanmasına ilişkin somut öneriler, aslında yargı kararlarında “*emsal karar*” müessesesinin incelenmesinin de esin kaynağı olmuştur.

İdarenin bireylerin hak ve özgürlüklerine müdahalede bulunması sonucunu doğuran yükümlülük getiren idari işlemleri tesis etmeden önce, yargı tarafından daha önce çözülen benzer nitelikteki uyuşmazlıklarda ortaya konulan ilke ve değerlendirmeler uyarınca işlem tesis edilmesinde ve yargı tarafından verilen kararların uygulanmasında da uyulması öngörülen emsal karar uygulaması, aslında idarenin hukuka uygun karar almasını zorlayacak ve ayrımcılık yapmadan herkese kanun önünde eşitlik ilkesine göre uygulamada bulunmasını sağlayacaktır.

Genel İdari Usul Kanunu Tasarısının Yargı Kararlarının Uygulanması Usulü ve Sorumluluk başlıklı bölümünde yargı kararlarının uygulanması usulü ve uygulaması öngörülen usule uygun işlem yapılmaması halinde kamu görevlilerinin sorumluluğu düzenlenmiş ve rücu müessesesine de ayrıca yer verilmiştir¹¹³.

¹¹³ Tasarıda yer alan bu konuya ilişkin maddeler şu şekildedir:

“Yargı kararlarının uygulanması usulü

MADDE 42- (1) İdare, yargı kararlarının gereklerini, kararın gerekçesini de dikkate alarak aynen ve gecikmeksizin yerine getirir. (2) İdari yargı mercilerince verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarının gereklerinin yerine getirilmesi bakımından ilgilinin başvurusu ve kararın kesinleşmesi beklenmez. Ancak bu kararların, inceleme, araştırma ve değerlendirme yapmayı gerekli kılması halinde idare, kararın kendisine tebliğinden itibaren en geç otuz gün içinde, bu incelemeleri yaparak karar gereklerini yerine getirmekle yükümlüdür. (3) Düzenleyici işlemler hakkında verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararları yeni bir düzenleme yapılmasını gerektiriyor ise idare, bu düzenlemeyi de gecikmeksizin yapar. (4) Düzenleyici işlemler hakkında verilen ve kanun yolları tüketilen iptal kararları, düzenleyici işlemin yürürlüğe konuluş usulüne uygun olarak ilan edilir ve ayrıca uygun iletişim araçlarıyla duyurulur. (5) Yargı kararı, tebliğatı alan birim tarafından işlemi yapmış olan makam veya kurula derhal sunulur. Yeni bir inceleme, araştırma ve değerlendirme yapılması gereken hallerde, işlemi tesis etmiş olan makam veya kurul, kararı, kendisine sunulduğu tarihten itibaren üç gün içinde, görüşünü almak üzere, hukuk müşavirliği veya davayı takip eden yetkili birime gönderir. Hukuk müşavirliği veya davayı takip eden yetkili birim, yedi gün içinde görüşünü bildirir. Bu görüş alındıktan sonra kararın gereği yerine getirilir. (6) Bakanlar Kurulu kararı veya müşterek kararnameyle yapılan atama işlemlerinde yargı kararları, ilgili bakan

c) Düzenleyici İşlemlerin İptaline İlişkin Yargı Kararlarının Uygulanmasında Eşit Muamelede Bulunma Yükümlülüğü

İptal kararı işlemi geriye yürür bir biçimde ortadan kaldırmaktadır. İşlem ortadan kalktığına göre, etkinin yalnız taraflar arasında kalması ve bunun giderilmesi düşünülemez. İşlemin etkisi ne kadar ise, bu işlemin iptali sonucunda ortadan kalkmasının etkisi de -en azından- o kadar olmalıdır.

tarafından uygulanır. 7) Yargı kararlarının gereklerinin otuz gün içinde yerine getirilmemiş olması, bu süre geçtikten sonra da uygulama yükümlülüğünü ve sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. (8) Uygulanan yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarının sonuçlarını etkisiz kılacak yeni bir idari işlem tesis edilemez. (9) Haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında, bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir.

Tam yargı davalarında kararın uygulanması

MADDE 43- (1) Tam yargı davalarında hükmedilen miktar kararın idareye tebliğinden itibaren otuz gün içinde idarece başvuruda bulunan davacı veya vekiline ödenir. Bu süre içinde ödeme yapılmadığı takdirde karar, genel hükümler çerçevesinde, infaz ve icra olunur. (2) Belli bir miktarı içermeyen tam yargı davalarında veya iptal ve tam yargı davalarının birlikte açılması durumunda, yargı kararının idareye tebliğinden sonra tebligatı alan birim bu kararı üç gün içinde üst yöneticiye iletir. Kararı alan üst yönetici, ödenecek miktarın tespiti için kararı üç gün içinde ilgili birime gönderir. İlgili birim, yedi gün içinde miktarı tespit eder. İdare, kararın kendisine tebliğinden itibaren otuz gün içinde gereğini yerine getirir. (3) Mahkemenin karar tarihi ile idarece ödemenin yapıldığı tarih arasındaki süreye kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz uygulanır. Ancak, ilgilinin, kararın idareye tebliğinden itibaren otuz gün içinde başvuruda bulunmaması halinde otuz günlük sürenin bitiminden ilgilinin başvurusuna kadar geçen süre için faiz ödenmez.

Rücu

MADDE 44- (1) Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarında, idari yargı mercilerince aleyhine tazminata hükmedilen kamu kurum ve kuruluşları, olayla ilgili 23 üncü maddedeki esaslara uygun soruşturma yaptırarak, kişisel kusuru belirlenenlere karşı, genel hükümlere göre rücu davası açmakla yükümlüdürler.(2) Yargı mercileri, yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle açılan tazminat davalarında rücu davası açılmasını gerektiren kesinleşmiş kararları Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğüne gönderir. Genel Müdürlük yargı kararını uygulamayan kamu görevlisine karşı, tazminatın ödendiği tarihten itibaren bir yıl içinde, ödenen tazminatın kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiziyle birlikte tahsili istemiyle adliye mahkemelerinde rücu davası açar.”

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 303/(1). maddesinde yer verilen, *"bir davaya ait şeklî 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"* şeklindeki kesin hükmün nispiyeti ilkesi, idari yargıda verilen düzenleyici işlemlerin iptaline yönelik kararlar bakımından geçerlilik taşımamaktadır.

Dava konusu, iptal davalarında her zaman iptal istemi olarak aynıdır, yani işlemin iptalinin talep edilmesidir. Dolayısıyla işlem iptal edilip de dava ile güdülen sonuç elde edilince, bu sonuç bütün ilgililer için elde edilmiş olmaktadır. İşlemin iptalinden bütün ilgililer aynı biçimde etkilenirler, dava açarak iptal kararını elde etmiş davacının bir ayrıcalıklı durumu söz konusu değildir. Öte yandan işlem ortadan kalktığına göre işlemle ilgili kişiler ya da ileri sürülen sebepler değişse de artık ortadan kalkmış bir işlemin iptalini istemenin de bir gereği bulunmamaktadır¹¹⁴.

İşlemle ilgili kişiler bakımından iptal kararının genel olarak objektif etkisi düzenleyici ve genel işlemlerde çok açıktır. Ancak, iptal kararının etkisinin genelliği ilkesi, bireysel işlemler için de geçerlilik taşır. İşlemler objektif iseler kesin hüküm mutlak, sübjektif iseler nispidir biçiminde bir ayırım yapılmaması gerekmektedir. Çünkü etkinin genelliği bakımından önemli olan işlemin genel ya da bireysel oluşu değil, işlemin iptalinin objektif oluşu ve işlemle ilgili olan herkesi etkilemekte olmasıdır.

Kesinleşme yargılamaya son veren kararların normal kanun yollarına başvurma olanağının ortadan kalkması ya da bu başvuruların reddedilmesinden sonra aldıkları durumdur. Kesin hüküm¹¹⁵ ise, uyuşmazlıkları ve hukuka aykırılık iddialarını çözen yargı kararlarına tanınan

¹¹⁴ ULER Yıldırım, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:128, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s.44.

¹¹⁵ Uyuşmazlıklar yargısal yollarla, bir kez çözüldünce artık bu çözümün tartışılmaması, aynı sorunun tekrar tekrar yargı organı önüne getirilmemesi için bu çözümlere *"hukuksal gerçeklik"* yani *"kesin hüküm"* gücü tanınmıştır. Kesin hüküm, *"maddî anlamda"* (hukuksal gerçeklik niteliği) ve *"şeklî anlamda"* (kesinleşme) olarak iki şekilde değerlendirilebilir. Kesin hüküm terimiyle yalnız, *"karara tanınan hukuksal gerçeklik niteliği"* anlatılmak istenmekte, aynı zamanda kesin hüküm, kesinleşme ve mahkemenin karar verdikten sonra bu kararını değiştirememesi anlamı da taşımaktadır.

hukuksal gerçeklik niteliğidir. Dolayısıyla kesin hüküm ile kesinleşme arasında zorunlu bir bağ yoktur. Diğer bir ifadeyle, kesinleşen her karar, kesin hüküm olmayabilir. Ancak, kesin hüküm için, kesinleşme ön koşuldur.

Anayasa, yasama ve yürütme organları ile idarenin yargı kararıyla bağlı olduğunu düzenlemiştir. Yargı kararlarının bağlayıcılığı ile uyuşmazlıkların “kesin hükümle çözümü” eş anlamda değerlendirilemez. Belirtilmesi gerekir ki, yargı kararlarının bağlayıcılığı kesin hükümden daha geniş bir kavramdır. Yargı kararlarının bağlayıcılığının yargı yerlerinin ve hâkimlerin yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili olarak yaptıkları her türlü işlemleri içerir şekilde bir kapsamı bulunmaktadır. Bağlayıcılık ise, yargı organının devlet yapısı içindeki yeri ve görevinin öneminin bir sonucu olmaktadır.

Anayasaya göre “Yargı yetkisi” “...Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır”. İşte yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili kararların bağlayıcılığı bu kararların “...Türk Milleti adına...” alınmış olmasından dolayıdır ve Anayasanın, “...Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır...” şeklindeki hükmü yargı kararlarının bağlayıcılığını bu geniş anlamı ile bütün devlet organları için belirtmiş olmaktadır.

Yargı kararlarının uygulanmaları gereği de bu geniş anlamdadır. Yani, yalnız kesin hükümler değil, uygulanmaları gerekli her türlü yargı kararları uygulanacaktır ve Anayasaya göre “...yerine getirilmesi geciktirilemez...”.

Düzenleyici işlemlerin iptaline ilişkin kararda belirtilen ilkeler uyarınca aynı kapsamda bulunanlara uygulama yapılması eşitlik ilkesinin gereğidir. Aslında bu uygulama emsal karar uygulaması kapsamında değerlendirilmelidir. Çünkü açılacak davalar aynı ve benzer dava niteliği taşıyacak dolayısıyla bu uygulama emsal karar uygulaması sonucu doğuracaktır.

Emsal konularda yargı kararları ile belirmiş görüş uyarınca işlem tesis edilmesi “eşit muamelede bulunma” anlamına gelmektedir. İdarenin, benzeri olaylarda emsal yargı kararları doğrultusunda işlem tesis emek zorunda olması, hem bireylerin hukuki koruma altında güven içinde bulunmalarını sağlayacak, hem de idarenin hukuka aykırı işlem tesis etmeyerek “iyi idare” olarak idareye güven ilkesinin gerçekleşmesini mümkün kılacaktır.

4. Yargısal Emir Müessesesi

İdareyi baskı ve zorlamaya tabi tutabilecek olan ve adli yargıdan ödünç alınan yargısal emir verme ve yaptırım uygulama yetkisi¹¹⁶ önem taşımaktadır.

İdari yargının kaynağı olan Fransa'da, idari yargının yaptırım uygulama yetkisi kabul edilirken, idari yargının idareye yargısal emir ya da buyruk vermesi belli bir dirençle karşılanmıştır. Yargısal emir, yaptırım gibi idari yargı kararlarının uygulanmasını sağlamak amacı ile kabul edilmiştir. Yargısal emir, aslında *"her durumun özelliğine göre emretme gücüdür"*, yargısal emrin aynı zamanda *"yapma"* emri de içerebileceğini kabul etmek gerekir.

Yargısal emir kavramı, yargı kararının uygulanması için, idareye baskı oluşturmak üzere üretilen bir araç olduğu kadar, yargı kararının zorunlu bir sonucunu da gerektirmektedir. Yargısal emir, mahkemenin, idareye kararda tespit edilen hukuka aykırılığı düzeltme/giderme yöntemini, kararın gereğinin yerine getirmesini emretmesidir. Mahkeme kararları, bir taraftan uyuşmazlığı çözerken, diğer taraftan da, idarenin yargı kararını düzgün biçimde uygulamasını istemektedir¹¹⁷.

Danıştayın, idarenin sorumluluğuna verilmiş kamu hizmetleri ile ilgili konularda idareye emirler veren bir organ olmadığı açıktır. Ancak, mahkemenin görevi yalnız soyut biçimde uyuşmazlıkları çözmek olamaz. Uyuşmazlık çözümlenip haklı-haksız ayrıldıktan sonra, haksız çıkan tarafa -yap yapma ver- diye emirler verilmesi yargı görevi kapsamındadır. Bu emirler olmadan, uyuşmazlıkların çözümünün bir anlamı olamaz.

Mahkeme, haksız çıkan tarafa emir verdiği gibi, aynı zamanda bu yargı kararlarını uygulamakla, gereklerini yerine getirmekle görevli devlet organlarına da emir vermiş olmaktadır. Bu ikinci emir Anayasanın 138. maddesine göre geniş anlamda bütün devlet organlarına verilmiştir. Dar anlamda ise ilgili yargı kararının gereklerinin yerine getirilmesi, uygulanması görev olarak kimlere verilmiş ise, emir onlara yöneltilmiştir.

İptal kararları ile ilgili olarak uygulama görevi idareye ve idare adına eylem ve işlem yapanlara verilmiş olmaktadır. İptal davalarında idare davalı

¹¹⁶ YAŞAR Hasan Nuri, İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç Yargısal Emir, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s.159.

¹¹⁷ YAŞAR, s.187.

durumda olduğuna göre hem haksız çıkan tarafa ve hem de uygulama ile görevli olana verilen emirler idare üzerinde toplanmaktadır. Kamu hizmetlerinin yürütülmesi ile ilgili emirler veremeyecek olan Danıştay, bir iptal kararının uygulanması ile ilgili olduğu ölçüde idareye gerekli emirleri verebilmelidir. Devletin yapısı gereği idarenin zorlama gücünü tekelinde tutması dolayısıyla yargı kararlarında görülen emirlerin soyut iptal kararlarından daha fazla etkisi olamayacağı ileri sürülebilir¹¹⁸.

Emir ile idareye iptalden sonra yapması gerekenler açıkça gösterilmiş, emredilmiş ve böylece idarenin uygulama sırasındaki seçim yetkisi iyice daraltılmıştır. İdarenin, kendisine verilen emri yerine getirmemesi halinde onun ve onun adına işlem ve eylem yapanların sorumluluğuna gidilmesi gerekeceği açıktır.

İdari yargıya idareye yargısal emir verme ve yaptırım uygulama yetkisi tanınması "*yargı kararlarının uygulanması*" konusunda değerlendirilmesi gereken bir çözüm yoludur. İdari yargı kararlarının idare tarafından yerine getirilmesi/uygulanması, idarenin iyi niyetine bırakılacak bir konu olarak değerlendirilemez. Gelişmiş demokratik ülkelerde idari yargı kararlarını uygulamayı sağlayıcı araçların geliştiği görülmektedir. Bunlar, yargı

¹¹⁸ Ancak, soyut iptal ile emir arasındaki fark, soyutluk-somutluk farkıdır. Yargı organlarının idareye emir veremeyecekleri klasik Fransız idare hukukunun bugün de geçerli sayılan bir ilkesidir, İdare-idarî yargı ayrılığı ve idarenin yargı karşısında bağımsızlığı gibi, bu ilke de, bir yandan Fransızların geleneksel kavramlarıyla açıklanmakta ve aynı zamanda da, Fransız Danıştay'ının idareye karşı uyguladığı içtihadı bir «nezaket siyaseti» olduğu söylenmektedir, Fransa'da 1995 tarihli Kanunun L. 8-2, L. 8-3 ve L. 8-4. maddelerinin düzenlemesine göre, yargısal emir dolaylı veya doğrudan kullanılabilir. *Dolaylı yargısal emir*, idarenin yargı kararını uygulamayı geciktirmesi ya da hiç uygulanmaması durumunda, ilgilinin talebi üzerine kullanılabilir. *Doğrudan yargısal emir ise*, yargısal emrin esas yargı kararıyla birlikte verilmesi halinde gerçekleşmektedir. Söz konusu düzenleme, yargısal emrin iki biçimini öngörmektedir: *İlki* yargı kararının "belirli bir işlem" yapmayı içermesi, *ikincisi* ise, belirli bir işlem yapılmasını öngörmeyip, "*belirli sürede*" içinde olmak kaydıyla "*usulüne uygun yeni bir karar alınması*" nın karara bağlanmasının emredilmesidir. Birinci durumda, *yargısal emir, açık ve kesin olmalıdır*. Yargısal emir, belirli bir işlemin yapılmasını içerebilir, ancak idarenin alması gereken kararın içeriğini de belirtmek zorunda değildir. Buna karşılık, yargısal emir, idarenin uygulayacağı "*hukuk metinleri*" ni göstermeyi de içerebilir. Yargısal emrin ikinci biçiminde, yargı, idarenin belirli bir süre içinde olmak kaydıyla, sadece usulüne uygun yeni bir işlem yapmasını emretmektedir.

görevinin dışında değil, tam tersine yargısal etkinliğin içinde sayılmaktadır¹¹⁹.

“Yargısal emir” müessesesinin işlerliğe kavuşturulması; yargı kararlarının uygulanmasının sağlanması ve idarenin hukuk devleti kurallarına uygun kamu hizmetini yerine getirmesi ve kamu yararını gerçekleştirilmesi bakımından, “*emsal karar*” önerisinin de kabulü ile birlikte yargının daha objektif kararlar vereceği dikkate alınır, yargıya güven sağlanması ve idarenin yargı kararlarını da dikkate almak suretiyle hukuka uygun işlem yaparak devlete saygı duyulması konusunda önemli yararı olacaktır.

SONUÇ

“Emsal karar” müessesesinin yasal olarak kabul edilerek yargıdaki çelişkili karar sorununun etkili bir biçimde çözüme kavuşturulması mümkündür. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin hak ihlali kararlarının emsal karar olarak dikkate alınmasının düzenlenmesi, Anayasa Mahkemesinin hak ihlali kararlarına emsal karar olarak dikkate alınma zorunluluğu getirilmesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararları ile mahkemelerce bozma kararlarına uyulmayarak verilen ısrar kararlarının temyizinde Yargıtay Hukuk ve Ceza Genel Kurulları ile Danıştay İdari ve Vergi Dava Daireleri Kurullarınca nitelikli çoğunlukla verilen kararlarına emsal karar olarak uyma zorunluluğu getirilmesi yapılacak yasal düzenleme sırasında emsal karar önerisi olarak değerlendirilebilecek nitelikte önerilerdir.

Ayrıca emsal karar uygulamasında, idareye işlem tesis ederken ve yargı kararlarını uygularken (düzenleyici işlemlerin iptaline ilişkin yargı kararları dâhil) emsal karara uyma zorunluluğu getirilmesi mevcut idari ve yargısal sorunların çözümünde önemli katkı sağlayabilecektir.

Avrupa Birliği ülkelerinde uygulanan gurup dava müessesesi ülkemiz bakımından yasal düzenleme konusu yapılması gereken önemli kurumdur.

¹¹⁹ Fransa'da kanun koyucu, yargısal emir kurumunun eksikliğini hissederek, 1995 tarihli Kanunla, idari yargıya, yargısal emir verme yetkisi tanınmıştır. İdari yargı yargısal emir müessesesini uygularken görev ve yetkisinin gereği doğrultusunda davranmış ve idari yargının yargılama faaliyetinin dışına çıktığı ileri sürülmemiştir. YAŞAR, s. 162.

Fransa'da görülmekte olan bir uyuşmazlıkla ilgili olarak Danıştaydan konuya ilişkin düşüncesini bildirmesinin istenmesi olarak tanımlanabilen yargısal görüş müessesesinin de yasal düzenleme konusu yapılması, yine temyiz izni müessesesi olarak ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararın istinaf veya temyiz merciine taşınmasının "izne bağlı olduğu" filtreleme sisteminin başta Fransa, Almanya, İsveç, İspanya olmak üzere, birçok ülkede uygulandığı dikkate alınarak ülkemizde de uygulamaya konulması önem taşımaktadır.

KAYNAKÇA

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Fransa İdari Yargı Sistemi ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Fransa Çalışma Ziyareti Raporu, Ocak 2022

AKYILDIZ Ali, İstinafa İlkesel Bakmak, Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara 2015

Avrupa Konseyi tarafından finanse edilen İdari Yargının Etkinliğinin Artırılması ve Danıştayın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi, Çalışma Ziyaretleri Raporları, Conseil d'Etat, Yıllık Kamu Raporu, İdare Mahkemelerinin 2019 Yılı Adli ve Danışma Faaliyetleri, Mayıs 2020

BİLGİN Hüseyin, Bölge İdare Mahkemeleri Arasındaki Aykırılık ve Uyuşmazlığın Giderilmesi Sorunu, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2021, Cilt: 25, Sayı: 3

DURAN Lütfi, Danıştay'ın İçtihatları Birleştirme Uygulaması, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: XXVII, Yıl: 1972, Sayı: 3

EVREN Çınar Can, Bir Örnek Olay Üzerinden Mahkeme Kararlarında İstikrar, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 2019/2

GÜLER Mürteza, İçtihat Aykırılıklarının Giderilmesinde Önleyici ve Giderici Mekanizmaların Güçlendirilmesi, Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara 2019

GILBERG Karine, İdari Yargının Etkinliğinin Artırılması ve Danıştayın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi, Fransız İdari Yargı Sisteminde Reformlar ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, Aralık 2020

İŞIKLAR Celal, İdari Yargıda İctihatların Birleştirilmesinin Hâl ve Şartları, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 14 (Temmuz 2013)

KANADOĞLU Korkut, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015

KAPLAN Gürsel, Yargısal Görüş (Avis Contentieux) Kurumu, Danıştay Dergisi, Sayı: 119, (2008)

KARAN Ulaş, Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Norm Denetimi ile Bireysel Başvuru Usulünde Verilen Kararlar Özelinde Bir İnceleme, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018

KAYHAN Fahrettin, Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İctihatlarının ve İctihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1999/2

KIZILYEL Serkan, Danıştay İctihatları Birleştirme Usulünün Formel İşleyişi Üzerine, TBB Dergisi, 2015 (119)

ÖZKAN Gürsel, İdari Usulün Düzenlenmesi İhtiyacı ve Genel İdari Usul İlkeleri, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 1998

ÖZKAN Gürsel, İdari Usul, Danıştay Dergisi, Sayı:101, Yıl: 2000

ÖZKAN Gürsel, Demokratik Yönetime Geçiş- 21. Yüzyıl Türkiye İçin Bir Kanun Önerisi, Tutibay Yayınları, Ankara 2001

ÖZKAN Gürsel, Danıştay Kararları Işığında Usuli Kazanılmış Hak İlkesi, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.1, Temmuz 2014

ÖZKAN Gürsel, Tazminat Uyuşmazlıklarının İdari Yargı Öncesi Sulh Yoluyla Çözümü, Uluslararası Avrasya Ekonomileri Konferansı, 29-31 Ağustos 2016, Kaposvar Üniversitesi-Macaristan, International Conference on Eurasian Economies, Beykent University Publications No:115

ÖZKAN Gürsel, İdari Usul, İyi Yönetim Hakkı ve Türk Devlet Geleneğinde Yönetim Anlayışı, Danıştay ve İdarî Yargı Günü Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara 2016

ÖZKAN Gürsel, Yargıya Güvenin Arttırılmasında Somut Öneriler, 150 Yıl Anısına Danıştay, Danıştay Yayınları, Ankara 2019

ÖZKAYA Kadir, İctihat Aykırılıklarının Temel Hak ve Hürriyetler Bağlamında Değerlendirilmesi, Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara 2019

ÖZKAN Gürsel, Yargıya Güven Sorunu, Turhan Kitabevi, Ankara 2023

SANCAKDAR Oğuz, Hızlı ve Etkin Yargılamanın Sağlanması Amacıyla İdari Yargıda Geliştirilen Yöntemler, Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara 2022

SEZGİNER Murat, İdari Yargılama Hukukunda Yargılamanın Hızlandırılması Tartışmaları ve Grup Dava Uygulaması, Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara 2014

SEZGİNER Murat, İdari Yargıda İstinaf İncelemesinin Esasları ile İstinaf Uygulamasında İçtihat Ayrılıkları Sorunu ve Çözüm Yolları, Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara 2018

TAŞDELEN Okan, Çelişkili Yargı Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt: I, Sayı: 7, Yıl: 2016

TÜRKOĞLU ÜSTÜN Kamile, Alman İdari Yargılama Usulünde Grup Dava Uygulaması, Memleket Siyaset Yönetim, Cilt: 10, Sayı: 24, Temmuz 2015

ULER Yıldırım, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 128, Sevinç Matbaası, Ankara 1970

YAŞAR Hasan Nuri, İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç Yargısal Emir, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013

YEŞİL Ufuk, Türk Yargı Sisteminde Görev ve Hüküm Uyuşmazlıkların Çözüm Usulü, Uyuşmazlık Mahkemesi Yayınları, Yayın No: 4, Ankara 2014

YILDIRIM Turan, İdari Yargıda İçtihat Farklılıkları Sorunu ve Çözüm Önerileri, Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Ankara 2017

YILMAZOĞLU Yunus Emre, İçtihat Farklılıklarının Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden Değerlendirilmesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl: 7, Sayı: 13, 2019

ZABUNOĞLU Yahya Kazım, İdare Hukuku, 12. Baskı, Cilt: 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2012

ZEYBEK Ali Cavit, Yargı İçtihatlarının Hukuk Kaynağı Olarak Değeri ve Yeri, Danıştay Dergisi, Ankara 1988, Sayı: 68-69

BİRİNCİ OTURUM TARTIŞMALAR

Nevzat ÖZGÜR (Oturum Başkanı): Sayın Özkan'a bu değerli bildirisini için teşekkür ediyorum. Şimdi soru cevap bölümüne geçiyoruz. Soru sormak isteyen değerli konukların isimlerini ve soruyu kime yönelttiklerini de belirtmeleri gerekir. Bunu hatırlatıyorum. Buyrunuz.

Osman DANACI (Danıştay Tetkik Hâkimi) : Ben sorumu genel olarak soracağım. Bu mukayeseli hukuk sisteminde diğer ülkelerde temyizden izne tâbi olması diye bir müessesesi var. Bu müessesenin bizdeki hâkim profili, dava sayıları, dava çeşitleri de dikkate alındığında uygulanabilirliği var mı? Uygulanabilir mi? Faydalı mıdır? Faydası ne olabilir? Veya uygulanamaz mı? Bir diğer sorum da, hep sempozyumlarımızda genelde içtihat birliğinin sağlanması yönünde konuşmacılarımız hakikaten güzel sunumlar yapıyor ama anladığım kadarıyla ne kadar yapılsa da tam anlamıyla içtihat birliği sağlanamadı ki konu devamlı gündemde. Özellikle bunu istinaf mahkemeleri açısından söylüyorum. İchtihat birliğini sağlamada faydalı mıdır? Zararlı mıdır? Yani yeni istinaf mahkemelerinin açılması düşünüldüğü için söylüyorum. Birden fazla istinaf mahkemesi var sonuçta. Yani tabii ki İdari ve Vergi Dava Daireleri Kuruluna itirazın gelip orada bir içtihat birliği sağlanabileceği düşünülüyor ama gelmeyen uyuşmazlıklar da olabilir. Akla gelmeyen, gözden kaçan uyuşmazlıklar da olabilir. Yeni istinaf mahkemeleri kurulurken bu içtihat birliğinin sağlanması noktasında olumlu veya olumsuz etkisi tartışılır mı ve şu anki konum itibarıyla istinaf mahkemelerinin içtihat birliği sağlanmasında faydası ve zararını soru olarak yöneltiyorum. Tekrardan sunumu yapan Sayın Başkanlarımıza ve Sayın Hocalarımıza teşekkür ediyorum.

Nevzat ÖZGÜR (Oturum Başkanı): Sorunun ilk bölümü Serkan Hocaya yönelik anladığım kadarıyla. Değişik Avrupa ülkelerinden örnekler anlattı kendisi. Sorunun ikinci bölümü de sanıyorum Sayın Özkan'a. Buyrun hocam.

Prof. Dr. Serkan ÇINARLI: Teşekkür ederim soru için. Şimdi ben şahsi yorumumu söyleyeceğim. Bizim istinaf kanun yoluna geçmemizle beraber Danıştayın iş yükünün hafiflemesi ve bu anlamda bir içtihat mahkemesi olması yönünde bir umut vardı, zaten iş yükünün %80'i oranında azaldığı da

söylendi ama süreç böyle işlemedi. Böyle işlememesindeki benim tezim, benim savunduğum tez, konu yönünden kısıtlamanın yeterli olmadığı. Belli konuda çok fazla gelmeye devam ettiği için iş yükü gene artmış olacak. Bugün Maraş depremi belki on bin, on beş bin dosya demek. Bu nedenden dolayı filtreleme sisteminin özellikle Yunanistan, Almanya ve Fransa'daki usullerden Türkiye'ye adapte edilmesi yönteminde ben başarı sağlanabileceğini ve uygulanabileceğini düşünüyorum ve bizim idari yargı sistemimiz açısından da faydalı olacağını düşünüyorum. Uygulanmaması için bir sebep yok. İstinaf sistemine bizden çok daha önce geçen ülkeleri takip edip geçtik. İstinaf sistemi başarısız olmadı. İstenen başarıyı elde edememiştir o ayrı. Biraz önce sizin de ifade ettiğiniz gibi, içtihatlar konusunda bölge idare mahkemelerinin içtihatları konusunda bazı sıkıntılar var. Bu da doğru. Ama sonuç itibarıyla idari yargıda, iki dereceli duruma göre daha hızlı karara ulaşıldığı da açık. Yani bir başarı sağlanmıştır netice itibarıyla. Ben filtreleme, filtrasyon sisteminin temyiz aşaması için getirilebileceğini, bu modeller üzerinde çalışılarak belli bir noktada bir yasal değişiklikle bunun sağlanabileceğini düşünen taraftayım. Umarım cevabım sizi tatmin etmiştir. Teşekkür ederim.

Nevzat ÖZGÜR (Oturum Başkanı): Buyrun Sayın Özkan.

Doç. Dr. Gürsel ÖZKAN (Danıştay Üyesi): Teşekkür ederim Sayın Başkan. İstinaf sisteminin varlığı Türk Hukuku için çok ciddi bir kazanımdır. Ancak işleyişinde ve düzenlenişinde sorunlar olduğunu düşünüyorum. İstinaf, istisna; temyiz, genel olmak durumundaydı. Bütün uyuşmazlıklarda ama temyiz izninin verilmesi sürecini yani filtreleme sistemi dedikleri temyiz izni sistemi olmak şartıyla istinafta kalacağı kesin olanlar sayılacaktı, onun dışındaki uyuşmazlıklar Danıştaya gelecekti. Şimdi tam tersine temyize gelecekler sayıldı. Dışındakiler istinafta kaldı. O istinafta kesinleşen kararların farklı hukuki sonuca ulaşması, Danıştaya gelenlerin ayrı hukuki sonuca ulaşması durumunda çelişki yaşanıyor. Bölge idare mahkemeleri arasındaki çelişkide de sorunlar var. 2576 sayılı Yasa'nın 3/C maddesindeki düzenleme de buna yetmedi. Hatta İdari Dava Daireleri ve Vergi Dava Daireleri Kurullarının kendilerine yapılan Bölge İdare Mahkemesi Başkanlar Kurulu tarafından verilen kararlar üzerine başvuruların sonucunda verilen kararlarına da Danıştay dairelerinin de uyma zorunluluğu getirilebilirdi.

Vergi Dava Daireleri Kurulu da İdari Dava Daireleri Kurulu da, kendi o şekilde verdiği karara hem Danıştaydaki ilgili daire hem de bütün bölge idare mahkemelerinin ondan sonrası için en azından uyma zorunluluğu düzenlenebilirdi. Eksik olduğunu düşünüyorum. Teşekkür ederim.

Nezhat ÖZGÜR (Oturum Başkanı): Soruda şöyle bir yorum vardı. Acaba içtihat birliği faydalı mı farklı mahkemelerin kararları arasında? Tabii ki faydalı. Aslında ülkenin tamamında, aynı içtihadın geçerli olması gerekir. İdeali budur. Ama bugün bu idealden niye uzaklaştık. Danıştay uzun yıllardır o kadar ağır iş yükü altında kaldı ki, bir türlü başa çıkamayınca zarureten istinaf sistemine geçildi. İstinaf sisteminden önce de, şimdiki istinafın ilkel formu diyebileceğimiz uygulamaya 1982'den beri idarî yargı alışkın. O günün rakamıyla 75 bin TL'ye kadar olan vergi davaları ve tam yargı davaları bölge idare mahkemelerinde itiraz yoluyla kesinleşiyordu. Bugünkü istinafın ilkel şekliydi diyebiliriz ona. O tarihte kapatılan temyiz komisyonundan ve itiraz komisyonlarından gelen binlerce dosyayı eritmenin başka bir yolu yoktu ve zarureten kaynaklandı. Sonrasında burada mensuplarımız var çok iyi biliyorlar. Danıştayda gelir ve kurumlar vergisine bakan Dördüncü Daire aslında ana daireydi. Sonradan Üçüncü Daire de aynı konulara bakmaya başladı. Hatta daha da öncesinde eski Onüçüncü Daire de, iş çokluğundan şimdiki Üçüncü Daire gibi vergi davalarına bakan bir daire olarak kurulmuştu. Yani kanun koyucu içtihat farklılığını göze almıştı. Başka çare yoktu. Vatandaş yargı yolunu tüketsin, varsın içtihat farklı olursa olsun, amaç Danıştay denetiminden geçilsindi. Sonradan istinaf sistemine de geçildi ama biraz önce hocalarımız da söylediler temyiznin nihâî gayesi, ülke çapında hukuk birliğini sağlamak. Bu gayeye ulaşabilmek açısından tüm istinaf kararlarının temyize açık olması ideal bir durum ama istinaf mahkemesinin filtrasyon sistemiyle temyize izin verip vermemesi ya da değişik mekanizmalar yoluyla dengeleme yapılması uygun bir çözüm olabilir. Amaç güzel. Başarılabilir mi bilmiyorum. Danıştayın tetkik hâkimi ihtiyacının çok fazla olduğuna hâlâ Hâkimler ve Savcılar Kurulunu ikna edebilmiş değil, böyle sorunlarla uğraşıyoruz. Yeterli tetkik hâkimi takviyesi yapılamadığı için Danıştay, istinaftan binlerce dosya Danıştaya gelmemesine rağmen hâlâ mâkûl sayılara erişebilmiş değil. Bunlar ayrıca konuşulacak konular. İdeali budur. Başka soru var mı? Soru sormak isteyen arkadaşlara söz verelim. Buyrunuz.

Gülşen KÖSE (Danıştay Tetkik Hâkimi): Gülşen Köse Danıştay İkinci Daire tetkik hâkimiyim. Sayın Bahtiyar Hocama sormak istiyorum. Hâkimin hukuk yaratma yetkisinin sınırları neler olmalıdır? Yani sınırsız diye düşünebilir miyiz? Özellikle tam yargı davalarında tazminata ilişkin olarak Borçlar Kanunu'nda bir hüküm var. İdari yargı için de uygulanır. Şimdi adli yargıya baktığımızda kusur sorumluluğu esastır. Kusursuz sorumluluk hallerinin özellikle tehlike sorumluluğu ya da olağan sebep sorumluluğu, objektif sorumluluk hallerinin özel düzenlenmesi gerekiyor. Şimdi idari yargıda hizmet kusuruna dayanan sorumluluklarda bir sıkıntımız yok ama kusursuz sorumluluk hallerini hâkimin hukuk yaratması yoluyla biz sınırsız bir şekilde geliştirebilir miyiz? Bunda bizim sınırlarımız ne olmalıdır? Adli yargıda kusursuz sorumluluk için özel düzenleme gerekliliği ve bu konudaki düzenleme karşısında eğer idari yargı kusursuz sorumluluk hallerini içtihatlarla geliştirirse bu acaba yasama yetkisine bir müdahale oluşturur mu?

Bir soru daha sormak istiyorum müsaadeniz olursa. O da bizim idari yargıda çok uğraştığımız İYUK'un 50/4. maddesi. Yani bozmaya uyma dosyalarında bozmaya uygunlukla sınırlı denetim yapılması. Şimdi bu hangi tarihten itibaren geçerli olacak. Yani bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra açılan davalar için mi uygulanacak? Yoksa bu tarihten sonra verilen bozma kararları için mi uygulanacak? Yoksa geçmişte verilen bu hüküm yürürlüğe girmeden önce verilen tüm kararlara biz bunu uygulayabilir miyiz? Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ: Hemen şunu söyleyeyim. Aslında hukuk yaratma yetkisinin belli bir sınırı yok. Neden yok? Olması da çok mümkün değil. Şimdi önüne gelen somut olayda hâkim eğer o uyuşmazlığa uygulayacak bir hüküm bulamıyorsa o zaman kendisini yasa koyucu yerine koyarak şayet kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyardı? Bunu düşünüp ona göre o uyuşmazlığı çözecek. Dolayısıyla aslında bu gibi durumlarda önüne gelen her olayda, somut olayın niteliğine göre çözüm yolu da değişebilir. Dolayısıyla yarattığı hukuk, koyduğu ilke de değişebilir. Bir kere şunu söyleyeyim. Hani genellikle şöyle bir algı vardır. İchtihat hukukundan bahsedebilmek için, daha doğrusu yargısal içtihattan bahsedebilmek için bunun tekrar ediliyor olması gerektiği şeklinde bir kanaat vardır. Aslında bu da doğru değildir. Yargısal içtihat tek bir karar ile de karşımıza çıkabilir. Yani

somut bir olaya ilişkin hâkim, kendi zihni beceresini ortaya koymuş ve bir çözüm üretmiştir. O yargısal içtihattır. Bu karar başka bir olayda uygulanabilir veya uygulanmayabilir. İçtihadî hukukun kabul edildiği ülkelerde yargısal içtihat bağlayıcı olmadığı için somut olayda uyuşmazlığın çözümünde hukuk kuralının yorumu daha önce verilmiş benzer bir kararın olaya uygulanıp uygulanmaması hâkimin takdirindedir. Ama şunu söyleyeyim. Anayasamıza göre hakim önüne gelen uyuşmazlığı kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatine göre herhalde çözmekle yükümlüdür. Önüne bir uyuşmazlık geldi, uyuşmazlığa uygulanacak bir somut norm bulamadı. Ben bu uyuşmazlığı çözmüyorum deme şansı yok hâkimin. Mutlaka o uyuşmazlığı çözmek durumunda. Aslında ben de önceki yıllarda idari yargı hâkiminin hukuk yaratma yetkisinin olmadığını savundum. Zira idarenin kanuniliği ilkesi gereği idari yargı hâkimi her hâlükârda bir kanun hükmüne ya da bir Anayasa hükmüne dayanmak zorundadır. Bunu hep söyledim ama Anayasa'da sorumluluk ile ilgili esas, idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür. Bu kadar. Bunun ötesinde bir kural yok. Şimdi bundan hareketle, sorumluluk için kusur gerekli mi değil mi? İdare zarara neden olan her işlemi, her eyleminden sorumlu mu? 125. madde hükmünde bu konuda açıklık yok. Bu durumda idare, her iptal edilen işlemde sonra tam yargı davası açan kişiye tazminat ödemek durumunda mı? Düşünsenize her gün bir sürü iptal kararı veriyorsunuz; işlemlerin hukuka aykırılığını tespit ediyorsunuz. İdare her iptal edilen işlem nedeniyle maddi ya da manevi zarar görene, tazminat ödemek durumunda mı? İşte bu soruların mutlaka yargı yeri tarafından cevaplanması lazım. Doğru söylüyorsunuz bunun bir sınırı olmalı. Ama bu sınırı belirlemek kolay değil. Biliyorsunuz yıllarca biz depremi tabii afet olarak nitelendirdik. İlliyet bağıni ortadan kaldırdığı için de deprem söz konusu olduğunda idarenin sorumlu olmadığını söyledik. Ama 99 depreminden sonra işler değişti. İçtihadta da değişiklik oldu. Deprem nedeniyle ortaya çıkan zararlar zaman içinde hizmet kusuru içinde değerlendirilmeye başlandı. Yani ortaya çıkan zararda idarenin denetiminde, gözetiminde bir eksiklik varsa hizmet kusurunun var olduğu kabul edildi. Dolayısıyla artık deprem oldu, binalar yıkıldı, bu durum illiyet bağıni kaldırdı demiyoruz. Bakın içtihadta da şartların değişmesine, teknolojiye göre değişiklik de oluyor. Bu olmak da zorunda zaten. Dolayısıyla her somut olayda toplumun ihtiyaçlarındaki değişikliklere göre idari hâkimin

de hukuk yaratma yetkisi var ve bu her somut uyuşmazlıkta uyuşmazlığın niteliğine göre farklılık gösterebilir. Ama şu bir gerçek, zaman içerisinde ilkesel kararlar, yani o olayı çözdüğünüzde ortaya koyduğunuz ilke, kural, bir şekilde başka hâkimler tarafından da benimsenerek olaylara uygulanmaya başlıyor ve ondan sonra bir bakıyorsunuz ki bir idare hukuku kuralı yaratılmış. Erzurum İdare Mahkemesi kararları ile karşımıza bir kusursuz sorumluluk ilkesi olarak çıkan sosyal risk ilkesi, daha sonra Danıştay tarafından benimsenince Türk hukukunda yeni bir kusursuz sorumluluk ilkesi ortaya çıkmış oldu. Aslında sosyal risk ilkesi kanaatimce bir kusursuz sorumluluk ilkesi olamaz. Çünkü Danıştay kararlarında da açıkça belirtildiği üzere sosyal risk ilkesinin uygulandığı durumlarda illiyet bağı kesilmiştir. İlliyet bağı kesildiyse sorumluluk yoktur aslına bakarsınız. Ama biz bunu bir ihtiyaç, bir zaruret gereği olarak bir kusursuz sorumluluk ilkesi olarak uyguladık. Daha sonra çıkan 5233 sayılı Kanunla sosyal risk uygulamasını azaltmaya başladık. Benim şahsi kanaatim tehlike ilkesi de bir kusursuz sorumluluk ilkesi olmamalıdır. Çünkü tehlike ilkesini uyguladığımız her olayda, aslında zarara neden olan idari faaliyeti detaylıca incerseniz idarenin birtakım eksikliklerini bulursunuz. Geçtiğimiz yıllarda cephanelik patladı, yaralananlar, hayatını kaybedenler oldu. Ne dedik: Tehlike ilkesi. Cephanelik niye patladı? Cephanelik durup dururken niye patlıyor? Aslında bunun altında idareye de yükleyeceğimiz bir kusur mutlaka vardır. Söylemek istediğim şu: Her somut olayın özelliğine göre idari yargı hâkimi, eğer o olayı çözecek bir kural yoksa veya çok genel bir hüküm varsa mutlaka bir zihni ürün olarak kendi bilgisini, beceresini yansıtarak hukukun genel ilkelerinden de yaratarak bir ilke belirliyor ve olayı çözüyor. Bu aslında hukukun gelişmesine de katkı sağlıyor. İdare hukuku da böyle gelişiyor. Sorunun diğer kısmı herhalde Gürsel Bey'in konusu ile ilgili başkanım. Teşekkür ederim.

Nevzat ÖZGÜR (Oturum Başkanı): Tamam, oraya geçeceğiz. Hocamıza çok teşekkür ediyoruz. Ben şöyle bir ekleme yapayım. Tam yargı davalarının temel dayanağı olan Anayasa'nın 125. maddesi mâlûm çok kısa bir cümleden ibaret. Onun olmadığı dönemde dahi Danıştay, Fransız Danıştayının içtihatlarından yararlanarak hizmet kusuru, sosyal risk, idarî risk, kamu külfetleri karşısında eşitlik ya da Alman hukukundan mülhem fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi gibi kavramları hep içtihatlarında kullandı. Kimse de Danıştaya bunu nereden bulduğunu sormadı. Neden?

Çünkü Danıştayın idarenin sorumluluğu bakımından Borçlar Kanunu'na göre hüküm verme ihtimali yok idi. Bazı müellifler adlî yargıdan ayrı bir idarî yargının olmasını bununla da açıklayarak adlî yargının tazmin edemediği birtakım zararları da idarî yargının içtihat yoluyla tazmin etmesi gerektiğini ifade ederler. Az önce bahsettiğim 1979 tarihli sempozyumda Medenî Hukuk Profesörü Kemal Tahir Gürsoy; Danıştay nasıl oluyor da heyelandan idareyi sorumlu tutuyor. Heyelan bir tabii afettir. Borçlar Kanunu'nda böyle bir şey yoktur. Kusursuz sorumluluk halleri kanunda sayma suretiyle belirlenerek sınırlandırılmıştır. Tehlike sorumluluğu, bina sahiplerinin kusursuz sorumluluğu, hayvan idare edenin sorumluluğu gibi. Bunu Danıştay nasıl yapıyor diye hayretini ifade ediyor. Hocam az önce söyledi. Artan ihtiyaçlar ve kamu hizmetlerinin gelişmesi bunu zorunlu kıldı. Terör eylemlerinden kaynaklanan kusursuz sorumluluğa ilişkin sosyal risk ilkesinin uygulanması bu şekilde zorunlu hale geldi. Danıştay Onuncu Dairesinin ve Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulunun uzun yıllardan beri yerleşik hale gelmiş içtihatları var. Terörün hedefi toplumdur. Bir kişiye yönelik değildir. O kişinin üzerinde zararın bırakılması da âdil değildir, tüm topluma paylaştırılmalıdır. Kamu külfetleri karşısında eşitlik gibi. Bunlar keyfilik demek değil. Yani hukukun genel ilkeleri bağlamında üretilmiş içtihatlar, sizin sorunuz bunun sınırı nedir? Tabii ki hâkimin vicdanında bir sınır olacak ama gerçek sınır aslında hukukun genel ilkeleridir diyebiliriz. Fransız Medeni Kanunu'nda mevcut olan geçmişe yönelik idarî sistemler kurulamaz anlamındaki hükme Fransız Danıştayı hiç dayanmamış. İchtihatla oluşturulan idarî işlemlerin geriye yürümezliği ilkesinden hareketle uyuşmazlığı çözmüş. Yapılan eleştirilere karşılık Fransız Danıştayının bir üyesi Danıştayın Medenî Kanuna dayanma ihtiyacı yoktur. Hukukun genel ilkelerini uygulamıştır. Hukukun genel ilkeleri kanunlardan üstündür diyerek cevap vermiştir. Dolayısıyla hukukun genel ilkeleri çerçevesinin dışına taşmamak ve adalet, hakkaniyet, nasafet gibi tüm hukuk alanlarında geçerli olan ilkelere aykırı olmamak kaydıyla içtihat oluşturulmalıdır. İchtihadın sınırı aslında budur. Buyrun Gürsel Bey ikinci kısım için.

Doç. Dr. Gürsel ÖZKAN (Danıştay Üyesi): Usul hukukunda derhal uygulama ilkesi var biliyorsunuz. Derhal uygulama ilkesi usul hukukuna ilişkin getirilen yasal bir düzenlemenin hemen etki ve sonuç doğurmasını gerektirir. 2577 sayılı Kanun'un 50/4. maddesinde düzenlenen, bozmaya

uygunlukla sınırlı, bozma kararı üzerine mahkemece uyularak verilen karara karşı yapılan temyiz isteminin incelenmesinin denetimi bozmaya uygunlukla sınırlı yapılır kuralı ne zaman getirildi? 2019 yılında yanılmıyorsam. O tarih itibarıyla Danıştay ilgili dairesi olarak, önünüzdeki bozmaya uyularak verilen kararların denetimini bu ilkeye göre yapmanız gerekir görüşümdedir. Teşekkür ederim.

Nevzat ÖZGÜR (Oturum Başkanı): Dairemizi ilgilendiren bir konu olması itibarıyla ekleme yapmak istiyorum. İYUK 50/4. madde sorduğunuz soru, usûlî müktesep hakkın idarî yargıya yönelen kısmı bu, çok basitçe. Önüçüncü Daire olarak bu hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine vardık ve Anayasa Mahkemesine müracaat ettik; başvuru kararımızda çok ayrıntılı gerekçelerimiz var. Kısaca dedik ki usûlî müktesep hak adlî yargıda hiçbir kanuna dayanmadan Yargıtay içtihadıyla geliştirilmiş bir müessesedir. Yargıtay, usûlî müktesep hakkın istisnalarını da içtihatla kendisi belirledi. En tipik örneği de açık maddî hata. Bir taşınmazın tapusuz olduğu zannıyla mahkeme hüküm kurmuş, Yargıtay dairesi bozmuşsa ve bozmaya da uyulmuşsa fakat bu sefer taşınmazın tapulu olduğu dosyadan anlaşılıyorsa açık maddî hata olduğu için, yeniden bozabilirim bunu mahfuz tutuyorum, bu usûlî müktesep hakkın istisnasıdır dedi. Ya da Yargıtayın bozma kararına uyularak verilen karara yönelik temyizde davanın yargı yolu bakımından idarî yargının görevinde olduğunu fark ettiğinde hükmün yine bozulabileceğine işaret etti. Kamu düzenine ilişkindir, bu idarî yargının görevidir dedi. Keza içtihadı birleştirme kararı çıkmış olması, geçmişe etkili kanun çıkması ve benzeri Baki Kuru'nun kitabında on üç ayrı örnek zikrediliyor. Kamu düzenine ilişkin hususlarda usûlî müktesep hakkın olmayacağı yönünde içtihatla oluşturulmuş istisnaları var. Biz buradan hareketle dedik ki taraflarca hazırlama ilkesine dayalı olan medenî yargılamada dahi usûlî müktesep hakkın bu kadar istisnası varken, üstelik 2011 yılında yapılan bir kanun değişikliği ile Yargıtay dairesinin ikinci kere bozmasına cevaz verilmişken, ikinci kez bozmaya da mahkemenin uyması durumunda bu kez temyiz incelemesinin dairece değil, Hukuk Genel Kurulunca yapılacağına dair hüküm sevk edilmişken Hukuk Devleti İlkesi bakımından çok önemli olan, re'sen araştırma ilkesinin esas olduğu idarî yargı denetimiyle ilgili olarak tam tersinin yapılmasının uygun olmadığı gibi gerekçelerle müracaatımızı yaptık. Anayasa Mahkemesi bu başvuruyu

reddetti ama yorumlu ret kararı diyebileceğimiz bir karar verdi ve karar gerekçesinde bizim hem çoğunluk kararımızdan ve hem de muhalif arkadaşımızın gerekçelerinden de yararlanmak suretiyle Yargıtayın yaptığına benzer istisnaların olabileceğine dair gerekçeye yer verdi. Yani bir daha bozamazsınız diye mutlak bir kural olmadığını hükmün böyle anlaşılması gerektiğini belirterek yine aslında içtihadı bıraktı Anayasa Mahkemesi de. Danıştayın uygun içtihatlar geliştirerek usûlî müktesep hak ilkesini uygulayabileceğini açıkça ifade etti. Yorumlu ret kararlarının bağlayıcılığı hep tartışmalı konu ama zaten böyle olması gerekiyordu. İptal edilmese de sorun değil. Danıştay dairelerinin çoğu da zaten böyle hareket ediyorlar. Bunu eklemek istedim.

Oğuzhan GÜZEL (Yozgat Bozok Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi): Ben Gürsel Bey'in sunumundan hareketle bir soru sormak istiyorum. Soru, sunumdaki bir başlık olan Fransız İdari Yargılama Kanunu'nda yer alan düzenli istişare toplantıları ile ilgili olacak. Malum burada Onüçüncü Dairenin Eski Başkanı Sayın Başsavcımız var. Gürsel Bey de Onüçüncü Daire Üyesi. Buradan sorularımın cevabını alabileceğimi öngörüyorum. Tabii ki doktrinde de sürekli atıf yaptığımız iki hocama sorum olacak aynı konu çerçevesinde. Şimdi kanunda yılda iki kez tüm hâkimlerin katılımlarıyla yapılan bir toplantıdan bahsediliyor. Ama onun dışında içtihat birliğini sağlamak amacıyla gayriresmî olarak düzenlenen istişare toplantılarından bahsediliyor. Bununla ilgili baktığımız zaman Onüçüncü Dairenin 2019 tarihli ihaleden yasaklamaya ilişkin kararlarında, bu kararların temyize tabi olup olmadığı konusunda bir tartışma yaşandığını ve Onüçüncü Dairenin 2019 tarihli kararında üyelerin tamamının toplanarak bu kararlar otuz günden fazlaysa temyize açık olması gerektiğine yönelik bir atıfta bulunulmuş. Yani gayriresmî yapılan bir toplantıya atıfta bulunduğunu görüyoruz. Yine üç yıl önce yapılan buradaki bir toplantıda da Onüçüncü Daire ile Sekizinci Dairenin yine temyize tabi olan kararların miktarlarının temyiz sınırının altında olsa bile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu madde 46'da yazılan diğer hususlardan birine giriyorsa temyize tabi olup olmayacağı tartışmasının yapıldığını, toplantıda yapılan tartışmalar sonucunda her ne kadar temyiz sınırının altında olsa bile madde 46'da belirtilen diğer hususlara giriyor ise temyize açık olması gerektiğine yönelik gayriresmî toplantı yapıldığını biliyorum. İki tane benim bildiğim. Şimdi şu

var, bizim İdari Yargılama Usulü Kanunu'muzda bu yönde bir düzenleme bulunmamakta. Buradan hareketle hocalarıma soracağım boyutu şu: Medeni Usul hukukçuları, yargılama usul kurallarının kanunla düzenlenmesi gerektiğinde çok ısrarcı. Bizde kanunda böyle bir düzenleme bulunmamasına rağmen gayriresmî toplantı yapılması, yapılsa bile yapılan bu toplantıya Onüçüncü Dairenin bahsettiğim kararındaki gibi atıfta bulunulması doğru mudur? Hocalarıma soracağım boyutu bu. Danıştay boyutuyla soracağım ise bu düzenli istişare toplantılarına bakış açısı nedir? Belki bu işin mutfağı olan buradan anlayabiliriz. Yani sadece Onüçüncü Daire sanki bu konuda uğraşiyor gibi görünüyor. Zaten biz dışarıdan baktığımızda Onüçüncü Daire çok dikkat çekiyor akademi tarafından. Onu da burada itiraf edeyim. Mesela İdari Dava Daireleri Kurulu ile Vergi Dava Daireleri Kurulu arasında Anayasa'nın 40. maddesinin uygulanması konusunda dava açma süresi belirtilmemişse ne uygulanacak? İdari Dava Daireleri Kurulu ve Vergi Dava Daireleri Kurulu arasında yani en üst düzeyde bile içtihat farklılığı var ki onu da örnek olarak gösterebiliriz. Sanki diğer daireler bu istişare toplantılarını yapmak konusunda çok niyetli değilmiş gibi görünüyor. İçeride nasıl bakılıyor? Bu yönden sormak istiyorum. Teşekkür ederim.

Doç. Dr. Gürsel ÖZKAN (Danıştay Üyesi): Teşekkür ederim Oğuzhan Bey. Biz Danıştay Onüçüncü Dairesi Sayın Başkanımız ile birlikte büyük heyet kararı alıp hangi durumlarda, ne tür değerlendirme yapacağımızı bütün üyelerin katılımıyla yapılan toplantılarda değerlendirmeye alırız. Yani ilk defa gelen bir uyuşmazlık, etki ve sonuç itibarıyla henüz tartışma yapılarak karar verilmemiş ise o konuda büyük heyetçe, bütün üyeler toplanarak bir değerlendirme yapılır ve o değerlendirme sonucuna göre karar verilir. İki, eğer içtihadımızı değiştireceksek o konuda verilen yeni ve farklı bir gelişme olduğuna ilişkin değişiklikler ihtiyacı oluşmuş olduğunu düşünürsek o da büyük heyet yapılmasının gerekçesidir ki kendileri bunu daha iyi açıklarlar. Büyük heyet kararımızda Daireyi bağlayıcı olur. Yani yasal bir dayanağı yoktur. Bunun hukuki bir zorunluluğu yoktur. İçtihadi birleştirme kararı gibi uyma zorunluluğu yoktur ama Daire geleneksel olarak böyle bir değerlendirme yapar ve bu uygulamayı da sürdürüyoruz. Şimdi de ona devam ediyoruz. Yani farklı bir şey söyleyecek değilim. Teşekkür ediyorum.

Nevzat ÖZGÜR (Oturum Başkanı): Soruda gayriresmî toplantı tanımlaması geçti. Aslında bu toplantı gayriresmî midir? Bunu tartışmak lâzım. Bu gayriresmî bir toplantı değil, son derece yararlı bir uygulama. Bir uyuşmazlık türü dairenin önüne ilk defa geldiğinde, bunun benzerlerinin de sonradan gelebileceğini hocalarımız da söylediler. Maraş depremi dediler örneğin veya ihaleden yasaklama örneğini verdiler. Yani bu tip örneklerin gelebileceğini gördüğümüz anda, hani basiretli tâcir diyoruz ya biz de basiretli bir hâkim gibi davranmak mecburiyetindeyiz diye düşünüyoruz. Böyle benzeri gelebilecek konular tüm üyelerimizin katılımıyla tartışılır. Tetkik hâkimi arkadaşlarımız akademik dünyanın ne dediğini ve diğer yüksek mahkemelerin kararlarını araştırırlar, tüm dokümanları, üyelerimize dağıtırlar, yarım günden aşağı sürmez büyük heyet toplantılarımız. Tek konuya odaklanırsınız ve artısı eksisi, her yönünü tespit ettikten sonra verilmesi gereken kararı belirlemek için oylama yaparsınız. Diyelim on kişiyle toplanıyoruz. Yediye üç çıktı. Bundan sonra o yediye üç çıkan karara, tüm üyelerimiz saygı duyarlar. Peki bu resmi hale nasıl dönüşür. Sizin o gayriresmî dediğiniz konu resmiyete şöyle dönüşür. Daire başkanının bir görevi de daire istikrarını sağlamaktır. Temyizin nihâî amacı ülke çapında hukuk birliğini sağlamak iken daire içinde içtihat birliğini sağlamak da daire başkanına düşen bir görevdir. Yedi kişinin görüşünün baskın olacağı, üçe iki karar verilir örneğin veya dörde bir verilir. Ama o günkü heyet toplantısında tesadüfen o üç kişi varmış ne yapalım? Üçe iki bu sefer tersi karar verdik dememiz uygun mudur? O zaman akademik dünya bizi nasıl şiddetle eleştirir? Aynı daireden kısa sürede farklı kararlar çıkıyor der. İşte bütün bu amaca mâtuftur bu toplantılar.

İkinci örneğiniz Sekizinci Daire ile böyle bir toplantı yaptık. Temyize tâbi olup olmama hususunda iki daire arasında farklı kararlar olduğu, konusu yüz bin lirayı aşan davaların temyize tâbiliğinin yorumu hakkında Sekizinci Daire ile Onüçüncü Dairenin bakışının farklı olduğu tespit edilerek Danıştay Başkanlığına iletilmiş. Danıştay Başkanı her iki daire başkanını aradı. Dedi ki acaba iki daire bir araya gelerek konuyu müzakere edip içtihat ayrılığını ortadan kaldırılabiliyor mu? Biz de görüştük Sekizinci Daire Başkanımızla. Her iki başkanın ve tüm üyelerin iştirakiyle, yirmi kişilik bir toplantı yaparak bu konuyu tartıştık, oylamaya sunduk. Oylamadan önce arkadaşlarımız dediler ki çıkan karara farklı düşünsük de hepimiz uyarız. Çoğunluk böyle derse adeta bir centilmenlik anlaşması olarak uyarız dediler. Bu çok yararlı bir

mekanizma. Aslında bunun daha ileri boyutları Aydın Hocamı da burada görüyorum. Bahtiyar Hocam da bilirler. Fransız Danıştayında var, hiçbir yasal dayanağa da ihtiyaç duyulmadan çok daha ötesi yapılıyor. Daireler arasında sürekli hâle gelen istişare toplantıları ve benzeri çok özel müesseseler var. Gelelim ihaleden yasaklama kısmına. Biz daire olarak iki defa büyük heyet toplantısı yaptık. İlke kararı oluşturma amacıyla. On bir yıl müddetle bulunduğum Danıştay Onüçüncü Daire Başkanlığım sırasında 130 ilke kararı aldığımızı hatırlıyorum. Yani daire, bu 130 konuda asla farklı karar vermez. Bu kötü bir şey mi? Aslında iyi bir şey değil mi? Hukukî öngörülebilirlik, hukukî güvenlik açısından. Yani tesadüfi karara yer yok. Bu aslında çok iyi bir şey ve de daire olarak Sayın Özkan az önce bildirisinde sundu. Avrupa Hâkimler Birliğinin tavsiyesine de farkında olmadan uymuşuz meğer. Büyük heyette oluşan ilke kararını da karara yazıyoruz. Dairemizin daha önceki yerleşik içtihadı şu yöndeyken şu tarihte tüm üyelerin katılımıyla yapılan toplantıda alınan ilke kararı gereği içtihat değişikliğine gidilmiştir diye. Bunları da hesap verilebilirlik ilkesine uygun olarak kararımıza derc ediyoruz. Bunların herhangi bir yasaya aykırılığından söz edilemez. Yargılamanın nihâî amacı hukuka uygunluğu temin etmekse biz de bu amaca uygun olarak bunu gayet iyi niyetli bir şekilde yaptık. Niye içtihat değişti burada? Yüksek mahkeme çok sayıda dava formuyla karşılaştığı için olaylara makro düzeyde bakabiliyor. İlk gelen kararlarda büyük heyet toplantısı yaptığımızda yaklaşımımız şöyle idi. 2577 sayılı Kanun'un temyiz edilebilecek kararları sayma suretiyle belirleyen 46. maddesinde otuz günden fazla belli bir ticarî faaliyetin icrasını engelleyen işlemlere karşı açılan iptal davalarında verilen kararların temyiz edilebileceği tarzında bir hüküm var. İlk büyük heyet toplantısında biz şöyle düşündük. Kamu ihalelerine girmekten yasaklanmak tüm ticarî faaliyetleri engelleyen bir idarî işlem değildir. Kişi gidip özel kesimde de faaliyetine devam edebilir. Kamu kesiminde yapamamış olması aslında ticarî faaliyetinin otuz günden fazla engellendiği anlamına gelmez. Bu görüşe oy çokluğu ile ulaşılmıştı. Sonradan bunun çok da uygun bir çözüm olmadığı kanaatine vardı heyetimiz ve bu davaların temyize açık olması gerektiğine oy birliğiyle karar verdi. Kamudan çok yüksek bedelli ihale alan ve bütün ticarî projeksiyonunu kamuya yönelik olarak yıllardan beri yapmış olan şirketler ilk büyük heyet kararına göre özel kesimde aynı işi yapabileceği için ticarî faaliyetinin tümüyle engellenmediği kabulüne dayanıyordu. Bunun saha gerçeklerine pek uygun olmadığı ve etki ve sonuçları itibarıyla aslında

kanun koyucunun amacının 46. maddeyle önemli davaları temyize açmak olduğunu da gördüğümüz ve Kanununun lafız ve amacının da bu yönde olduğu kanaatiyle bu tür davaların önemi itibarıyla ve “belli” kelimesinin kısmî engellemeyi işaret ettiğinden hareketle bu davaların temyize açık olması gerektiği yönünde içtihat değişikliğine gidildi. Cevap yeterli oldu mu? Başka soru var mı? Buyrunuz.

Ceren ŞAKAR (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalında Araştırma Görevlisi): Sorum Serkan Çınarlı hocama. Kendisi konu bakımından filtrelemeden bahsetmişti, Danıştayın iş yükünün azaltılması bağlamında. Bu konudaki filtrelemeyi kim yapmalı? Yani istinaf mercii mi bu konuda karar mekanizması olmalı mı? yoksa Danıştaya gelip ilk incelemede mi değerlendirilmeli? Bir küçük bir soru daha sormak istiyorum. Bir örnek veriyorum konu bakımından filtreleme kapsamında kalan konularla ilgili bir dava olduğunu düşünelim. Fakat aynı zamanda yine idare hukukunda başka bir konuyu da ilgilendiren bir konu, yani aynı dava iki farklı konuyu içeriyor ve bu konulardan bir tanesi bu konu bakımından filtrelenen konular arasında kalıyorsa nasıl bir yöntem izlenmesini öneriyorsunuz? Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Serkan ÇINARLI: İkincisini doğru anladığımı umarak cevap vereceğim. Şimdi öncelikle evet bahsettim ama önemli değil tekrar bahsedeyim. Bunun tabii ülkeden ülkeye farklılıklar gösterdiğini ifade etmek lazım. Fransızlar 1997’de başladıkları ve bugüne kadar başarıyla getirdikleri için Danıştay dairelerinin bazı dairelerinin altına alt komisyon şeklinde bir yöntem belirlemişler. Bu alt komisyon temyize tabi olup olmayacağını, daha doğrusu temyiz incelemesine geçip geçmeyeceğini belirtiyor. Şunu da açıklığa kavuşturmak isterim. İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 46. maddesi konu, yani konu yönünden sınırlamak başka bir şey, konu yönünden sınırlasanız bile o konuya ilişkin olan tüm dosyaların temyize tabi tutulmaması başka bir şey. Filtrasyon bu. Yani temyize tabi bir konu. Ancak onu da gene filtreye tabi tutup, getiriliyor. Burada Danıştayın alt komisyonları şeklindeki model en açık ve net olanı. Bu anlamda bir içtihata çok uygunluk doğru anladığımı umarak cevap veriyorum. Bir içtihata çok uygun ancak başka konuyu da içeriyorsa elbette burada benim incelediğim

ya da baktığım kararlarda bu da filtreden geçerek temyize tabi tutuluyor. Oldu mu?

Nevzat ÖZGÜR (Oturum Başkanı): Sayın Hocalarıma, Sayın meslektaşım Gürsel Özkan'a ve değerli katılımlarınız için hepinize çok teşekkür ediyorum. Geç saatlere kadar bilimsel merakınızı ayakta tuttuğunuz için. Oturumu kapatıyorum.

Teşekkür Belgesi Takdimi

Sunucu:
Sayın Danıştay Başkanım,
Değerli Konuklar,

Sunumları ve değerli katkıları için oturum başkanımıza ve konuşmacılarımıza teşekkür ediyoruz.

Sempozyumun bugünkü oturumu sona ermiştir. Katılımlarınız için teşekkür ederiz.

II. OTURUM (11 Mayıs 2023)

Sunucu:
Sayın Danıştay Başkanım,
Değerli Konuklar,

“155. Yılında İçtihat Mahkemesi Olarak Danıştay” başlıklı sempozyuma hoş geldiniz.

Sempozyumun bugünkü programı iki oturumdan oluşmaktadır. İkinci oturumda üç konuşmacı bildiri sunacaktır. İlk iki konuşmacının bildirimlerini sunmasının ardından oturuma kısa bir ara verilecektir. Oturumda yer alan tüm konuşmacılarımızın verilen aradan sonra yerlerini almaları beklenmektedir. Programın ikinci bölümünde konuşmacımızın bildirimlerini sunmasının ardından, oturumun son bölümünün de soru ve cevaplara ayrılması planlanmaktadır. Sorular, ilgili konuşmacıya sözlü olarak yöneltebilecektir.

Şimdi Sempozyumun “Temyiz Mercii Olarak Danıştay” konulu ikinci oturumuna geçiyoruz. Bu oturumun başkanlığını yapmak üzere Danıştay Başkanvekili **Sayın Mahmut VURAL’ı** ve bildirimlerini sunmak üzere Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi **Sayın Doç. Dr. Engin SAYGIN’ı**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı **Sayın Prof. Dr. Aydın GÜLAN’ı** ve Danıştay Onuncu Daire Başkanı **Sayın Yılmaz AKÇİL’i** arz ederim.

İKİNCİ OTURUM AÇIŞ KONUŞMASI

Mahmut VURAL*

Sayın Başsavcım, değerli meslektaşlarım, kıymetli konuklar öncelikle hepinizi saygıyla, sevgiyle selamlıyorum. Hepiniz sempozyumumuzun ikinci oturumuna hoş geldiniz.

Her yıl 10 Mayıs ve 11 Mayıs tarihlerinde, bildiğiniz üzere Danıştayın kuruluş yıldönümü ve Danıştay ve idari yargı günü etkinlikleri kapsamında sempozyumlar düzenliyoruz. Bu yıl düzenlenen sempozyum üç oturumdan oluşuyor. Dün birinci oturumu gerçekleştirdik. Şimdi ikinci oturuma başlıyoruz. Dün birinci oturumda “Danıştayın İctihat Mahkemesi Rolünün Güçlendirilmesi” başlığı altında konuşmacılarımız tarafından birbirinden değerli üç tebliğ sunuldu. Dünkü tebliğlerde Danıştayın içtihat mahkemesi rolünü güçlendirmek bakımından temyiz incelemelerinin sayısının azaltılması, içtihat hukuku - içtihadi hukuk ayrımı da vurgulanarak içtihat kararları verme fonksiyonunun güçlendirilmesi ve bu bağlamda mukayeseli hukuk da dikkate alınarak yapılabilecek şeyler konusunda gerçekten çok değerli açıklamalar yapıldı.

Bugün ikinci oturumda ise yine temyiz konusuna farklı bir yönden yaklaşacağız. Bugünkü konu başlığımız “İctihat Mahkemesi Olarak Danıştay”. Bu başlık altında temyiz incelemesinin kapsamını ve sınırlarını değerlendireceğiz. Temyiz incelemesinin istinaf kanun yolunun uygulanmaya başlamasından sonraki durumunu, temyiz kanun yoluna ilişkin uygulamadaki sorunları ve önerileri hep birlikte inceleyeceğiz ve değerlendireceğiz. Konularında çok yetkin konuşmacılarımız tebliğlerini sunacaklar. Tebliğlerden sonra soru-cevap bölümünde, sizlerden de soru alacağız. Sorularınızla sizin de katkılarınızı bekliyoruz.

Danıştayın kuruluş yıldönümlerinde düzenlediğimiz sempozyumlarda yapılan, sunulan tebliğler ve bildirimler idare hukuku ve idari yargılama hukuku için de ciddi bir kaynak teşkil eden, özellikli tebliğler oluyor. Ben de zaman zaman belli konularla ilgili araştırma yapmak durumunda olduğumda geçmiş sempozyumlarımızda bu konunun irdelenip irdelenmediğine

* Danıştay Başkanvekili

bakıyorum ve eğer bu konularda tebliğ sunulmuşsa gerçekten faydalanacağım bilgilere erişiyorum. Konunun bu yönünü düşünerek Danıştay Başkanlığı tebliğlerin bant çözümlerini elde ederek bir editoryal gözden geçirme işleminden sonra gerek kitap halinde gerekse elektronik ortamda okuyucuların istifadesine de sunuyor.

Bu kısa değerlendirmelerden sonra bugünkü oturum konularımıza dönecek olursak, bugün ilk konuşmacımız Doç. Dr. Engin Saygın Hocamız. Temyiz kanun yolunun istinaf incelemesinin başlamasından sonra bulunduğu noktayı açıklayacak.

İstinaf kanun yolunun yürürlüğe girmesinden sonra belli bir dönem, 5-6 yıl boyunca hep bakış açımız istinaf odaklı oldu. İstinaf kanun yolunu inceledik, sorunlar ve uygulamaya ilişkin tereddütlü konular üzerinde yoğunlaştık. Artık istinaf kanun yolu eksiğiyle, fazlasıyla uygulama sorunları kısmen aşılarak belli bir olgunluğa erişti. Şimdi yeni dönemde temyiz kanun yolunu değerlendirmek gerekiyor diye düşünüldü ve bu bağlamda Engin Hocam bir sunum yapacak. 6-7 yıllık istinaf uygulamasının ardından temyiz kanun yolunun son durumu, güncel durumu nedir diye. Şimdi konuyu açıklaması ve tebliğini sunması için sözü Engin Hocama vereceğim. Süremiz yarım saat toplamda da 2 saat 20 dakikamız var. Ara ve soru-cevap bölümü dahil. İnşallah 12.20'de oturumumuzu kapatmış olacağız. Çünkü zamanında başladık, zamanında da bitirmek oturum başkanı olarak bana düşüyor diye değerlendiriyorum. 12.20'de inşallah başarılı bir şekilde oturumumuzu tamamlamış olacağız. Ben şimdi sözü Engin Hocama veriyorum. Buyurun hocam.

İSTİNAF TECRÜBESİNİN ARDINDAN TEMYİZ KANUN YOLUNUN GÜNCEL DURUMU

Doç. Dr. Engin SAYGIN*

Giriş

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuasının 2011 yılı ve 69 Cilt numaralı sayısı İl Han Özay Armağanı olarak yayınlanmıştır.¹ Bu armağan da yayınlanan makalelerden bir tanesi de “İdari Yargıda İstinaf Mahkemesi Tartışmaları Üzerine Bir Analiz” başlıklı makaledir.² Makalenin amacı, daha çok medeni ve ceza yargılama hukuku bakımından ele alınan istinaf mahkemelerine Türk idari yargı sisteminde ihtiyaç duyulup duyulmadığını, öğretide istinaf mahkemeleri leh ve aleyhinde öne sürülen görüşleri dikkate alarak açıklamak şeklinde ortaya konulmuştur. Bu amaçla, makalenin birinci bölümünde istinaf kavramı üzerinde durulmuş, ikinci bölümde ise Türk idari yargı sistemine kaynaklık etmesi bakımından Fransız idari yargı sistemine ve bu sistem içindeki istinaf mahkemelerine kısaca değinilmiştir. Ardından istinaf mahkemelerinin ülkemiz açısından kısa bir tarihçesinden bahsedilmiş ve istinaf mahkemelerinin ülkemizde idari yargı alanında kurulmasına ihtiyaç bulunup bulunmadığı sözü edilen mahkemeler leh ve aleyhindeki görüşlerle ele alınmıştır.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Söz konusu armağanda bugün için de hala çok güncel nitelikte bulunan konulara ilişkin makaleler yayınlanmıştır. Örneğin Bkz. Gülan, A. (2011) “Akademik Personelin Üniversite Dışında Mesleki Gelir Getirici Çalışmalarda Bulunmasının Meşruluğu Sorunu”, İÜHFMC. LXIX, S.I-2, s. 37-42, 2011; Akyılmaz, B. (2011) “Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu”, İÜHFMC. LXIX, S.I-2, s. 61-78, 2011; Sezginer, M. (2011) “İdari İşlem - İcrailik - Ayrılabilir İşlem - Yargısal Denetim”, İÜHFMC. LXIX, S.I-2, s. 241-250, 2011; Kaya, C. (2011) “Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi”, İÜHFMC. LXIX, S.I-2, s. 317-334, 2011; Kaya, C. (2011) “Kiraçların Sübjektif Dava Ehliyeti Konusunda Danıştay Kararlarının Değerlendirilmesi”, İÜHFMC. LXIX, S.I-2, s. 335-347, 2011; Yasin, M. (2011) “İdari Yargılama Usulünde Davaya Müdahale”, İÜHFMC. LXIX, S.I-2, s. 439-451, 2011; Çağlayan, R. (2011) “Kamulaştırma İşleminin İptali Ve Mülkiyetin Âkibeti”, İÜHFMC. LXIX, S.I-2, s. 453-466, 2011; Kent, B. (2011) “Türk ve Alman Hukukunda Genel Düzenleyici İşlemler”, İÜHFMC. LXIX, S.I-2, s. 453-466, 2011.

² Saygın, E. (2011) “İdari Yargıda İstinaf Mahkemesi Tartışmaları Üzerine Bir Analiz”, İÜHFMC. LXIX, S.I-2, s. 635-648, 2011.

Söz konusu makalenin yayın tarihinden itibaren 10 yıldan uzun bir süre, idari yargı alanında istinaf mahkemelerinin faaliyete başlama tarihinden³ (20 Temmuz 2016) itibaren ise 6 yıldan uzun bir süre geçmiştir.⁴ Aradan geçen ve kısa sayılabilecek bu süre sonunda temyiz⁵ kanun yolunun

³ 28/06/2014 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 18/06/2014 tarihli ve 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, idari yargı alanında köklü değişiklikler getirmiş; bu Kanun’la, mevcut bölge idare mahkemeleri, istinaf mercii olarak yapılandırılmış, bu doğrultuda başvuru usulü, inceleme ve yargılama usullerine ilişkin hükümler getirilmiş, bölge idare mahkemelerince verilecek karar türleri yeniden düzenlenmiştir.

⁴ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda değişiklik yapılması suretiyle istinaf kanun yolunu düzenleyen 6545 sayılı Kanun 28 Haziran 2014 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır ancak istinaf yargılaması yapacak olan”idari yargıdaki istinaf mahkemeleri fiilen 20 Temmuz”2016 tarihinde, belirlenen yargı çevrelerini kapsayacak şekilde göreve başlamıştır.

⁵ 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 bulursa dahi Danıştayda, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde temyiz edilebilir:

- a) Düzenleyici işlemlere karşı açılan iptal davaları.
- b) Konusu yüz bin Türk lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan davalar.
- c) Belli bir meslekten, kamu görevinden veya öğrencilik statüsünden çıkarılma sonucunu doğuran işlemlere karşı açılan 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.
- 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.
- ı) 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.

güncel durumunu anlayabilmek için hem istinaf öncesinde yazılan eserlerde idari yargıda istinafin temyiz kanun yoluna etkisi bakımından yapılan değerlendirmeleri hatırlamanın hem de istinaf kanun yoluna geçiş için yapılan yasal düzenlemelerin etkilerine göz atmanın faydalı olacağı değerlendirilmektedir. Zira bu değerlendirmeler ışığında 6 yıllık istinaf tecrübesinin ardından temyiz kanun yolunun güncel durumunun daha sağlıklı değerlendirilebileceği düşünülmektedir.

I. İstinaf Kanun Yolunun Kabulü ile Yargılamanın Daha da Uzayacağı ve İstinafin Kabulü ile Adaletin Pahalılaşacağı Görüşü

İstinaf mahkemelerine getirilen en önemli eleştiri,⁶ ilk derece mahkemelerindeki yargılamadan sonra istinaf, sonra da temyiz kabul edilecek olursa, davaların tahammül edilemez bir şekilde uzayacağı idi.⁷ Bu eleştiride, aslında istinafin klasik anlamına vurgu yapıldığı not edilmelidir.

Nitekim gerek medeni yargılama hukuku gerekse de ceza yargılama hukuku bakımından bu konuyu ele alan yazarlar, istinafin her iki alanda yargılamayı uzatacağı yolundaki görüşün geçerli olmadığını ileri sürmüştü. Bu bağlamda, medeni yargılama hukuku bakımından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 5236 sayılı Kanun ile karar düzeltme yolunun kaldırılması ile bu eleştirinin bir derece minimize

j) 8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanunun uygulanmasından ve 16/7/1997 tarihli ve 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanunun uygulanmasından doğan davalar.

k) 6/6/1985 tarihli ve 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanununun uygulanmasından doğan davalar.

l) 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun uygulanmasından doğan davalar.

m) Düzenleyici ve denetleyici kurullar tarafından görevli oldukları piyasa veya sektörle ilgili olarak alınan kararlara karşı açılan davalar.

⁶ Yılmaz, E. (2005) İstinaf, 2. Baskı, Ankara, s.28.

⁷ Evren, T. (1984) "Yargılamanın Hızlandırılması Konusunda Düşünceler", ABD, 1984/2, s.864-868, s.866. Benzer düşünce için bkz. Koç, H. (2015) "İdari Yargıda İstinaf Sistemine Geçiş", Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu (12 Mayıs 2015), Danıştay Yayınları, No. 89, Ankara, 2015, s. 56; Taneri, G. (2016) İstinaf Mahkemeleri, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, s. 62-66.

edildiği görülmüştü.⁸ Ceza yargılama hukuku bakımından ise, kabul edilen istinaf sisteminin aslında genişletilmiş temyiz olduğundan bahisle, Yargıtay'a nazaran işlerin daha süratli görüleceği düşüncesi ortaya konulmuştu.⁹

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Yargılamanın yenilenmesine ve kararın düzeltilmesine ilişkin özel hükümler" başlıklı 55 inci maddesi; 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 26 ncı maddesiyle "Yargılamanın yenilenmesi usulü" olarak değiştirilmiş, aynı maddenin beşinci fıkrasında yer alan "53, 54 ve bu" ibaresi ise "Bu madde ile 53 üncü" şeklinde değiştirilmiş; üçüncü ve dördüncü fıkralarında yer alan "ve kararın düzeltilmesi" ibareleri ile beşinci fıkrasında yer alan "ve kararın düzeltilmesinde" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Böylece idari yargıda da karar düzeltme yolu kaldırılmıştır.

Bu noktada not edilmelidir ki 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler değerlendirildiğinde; idari yargılama hukukunda, uygulamada beş farklı kanun yolu olduğuna dair tespiti yapılmaktadır:¹⁰

- i. İdare ve vergi mahkemesince verilen bir kısım nihai kararlar kesin olup taraflar bu tür nihai karara yönelik olacak şekilde hiçbir kanun yoluna başvuramamaktadır.
- ii. İdare mahkemesince ivedi yargılama ile merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulü ile ele alınan davalarda verilen nihai kararlara yönelik temyiz yoluna başvuru yapılmaktadır. Temyiz sonucu verilen kararlar kesindir.
- iii. İdare ve vergi mahkemesinin yukarıdaki iki kategori dışındaki nihai kararlara yönelik istinaf yoluna gidilebilmekte, bu durumda da istinaf mercii tarafından verilen bir kısım nihai kararlar kesin olup taraflar bu tür nihai kararlara yönelik temyiz yoluna başvuramamaktadır.
- iv. İstinaf mercii tarafından Kanun'da belirtilen uyuşmazlıklarda verilen nihai kararlara yönelik temyiz yoluna başvurulabilmektedir.

⁸ Yılmaz, E. (2005), s.29-30.

⁹ Öztürk, B./Erdem, M. R. (2006) Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara, s.843.

¹⁰ Avcı, M. (2015) "6545 ve 6552 sayılı Kanunlar ile İdari Yargıya İlişkin Kanunlarla Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme", Legal Hukuk Dergisi, C. 13, S. 152, s. 67; Yılmaz, S. (2016) "6545 ve 6552 Sayılı Kanunlar Çerçevesinde İdari Yargılama Usulü Değişiklikleri", TAAD, C. 7, S. 28, s. 424.

v. İlk derece mahkemesi olarak Danıştayın görev alanına giren davalardaki nihai kararlara yönelik temyiz yoluna başvurulabilmektedir.

İstinaf kanun yolunun yargılama sürecini daha da pahalı hale getireceği görüşünün iki boyutu bulunmakta idi. Bunlardan ilki, istinaf yolunun bireyler bakımından ek yargılama giderlerine yol açacağı idi.¹¹ Diğeri ise, istinaf mahkemelerinin kuruluşunun ve muhakemesinin devlet açısından da masraflı ve pahalı olacağı idi.¹²

Öğretide, ekonomik gerekçelerle medeni yargılama hukuku alanında istinafa neden karşı çıkılmaması gerektiğine dair ileri sürülen düşüncelerin idari yargılama hukuku bakımından da geçerli olduğu kabul edilmekteydi. Bununla birlikte, adaletin pahalılaşması bağlamında, idari yargılama hukukunun iki önemli özelliğinin göz ardı edildiği de görülmüştür. İlk olarak, idari yargılama çoğu kez medeni yargılamaya göre daha az yargılama gideri gerektirmekte idi ve halen bu durumun geçerli olduğunu söylenebilir. Ayrıca bölge idare mahkemelerinin varlığı sebebiyle, idari yargıda istinaf mahkemelerinin kurulması bakımından yasal ve fiziksel altyapı ile yargısal alışkanlıkların adli yargıdan daha ileri konumda olduğu belirtilmiştir.¹³

İstinaf kanun yolunun fiilen uygulanmaya başlandığı 2016 yılı itibarıyla, ilk derece mahkemelerinde uyuşmazlığın çözümlenme sürecinin ortalama bir yıldan daha az sürdüğü ve Danıştayda temyiz sürecinin ortalama üç yıl olduğu ifade edilmiştir.¹⁴ Bu nedenle, istinaf uygulamasıyla birlikte, ilk derece mahkemelerinde verilen kararların %80'inin istinaf süreci sonunda kesinleşeceği, %20'sinin temyize tabi olacağı tahmin edilmiş ve bu sebeple, yargılama sürecinin uzamayacağı, aksine daha da kısılacağı belirtilmişti.¹⁵

¹¹ Akil, C. (2008) "İstinafin Aleyhindeki ve Lehindeki Görüşler ve Bu Görüşlerin Değerlendirilmesi", Kazancı Hukuk Dergisi, Sayı 49-50, s.35.

¹² Akil, C. (2008), s.35.

¹³ Akyılmaz, B. (2009) "Yargı Kararlarının Temyiz Öncesi Kesinleşmesi", İdari Yargıda İstinaf Semineri, Antalya, s. 156-170, s. 169.

¹⁴ Telli, A. (2016) "İstinaf Kanun Yolunda Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu (10 Mayıs 2016), Danıştay Yayınları, No. 91, Ankara, s. 143.

¹⁵ Telli, A. (2016), s. 143.

Bu konudaki öngörülerin ne kadar doğru olduğu hem Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün adli istatistik verilerinde hem de Danıştayın yıllık raporlarında yayınlanan verilerinde kontrol edilebilmektedir.

Tablo 7.1.1 İdare Mahkemeleri Dosya Sayısı, TÜRKİYE, 2014-2021

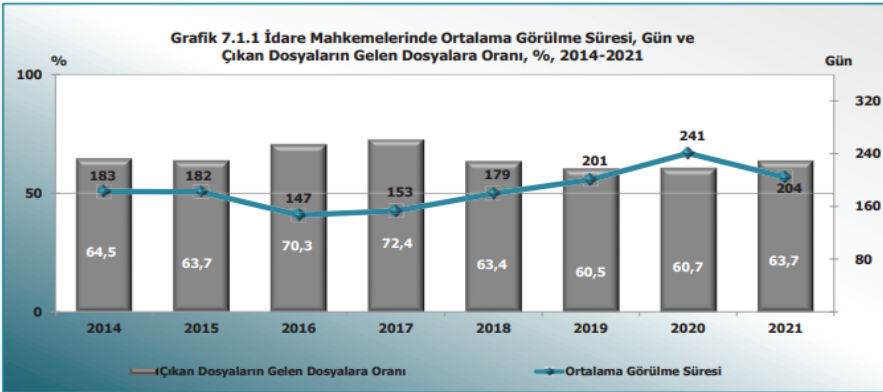
Yıllar	Gelen					Yıl İçinde Çıkan	D (*)	Bir Sonraki Yıla Devreden	Temizleme Oranı % (**)	Çıkan Dosyaların Gelen Dosyalara Oranı % (***)	Ortalama Görülme Süresi, Gün
	Geçen Yılda Devren Gelen	Yıl İçinde Açılan	Bozularak Gelen	Toplam	D (*)						
2014	82 673	153 298	23 859	259 830	100	167 559	100	92 271	94,6	64,5	183
2015	92 271	183 983	22 772	299 026	115	190 525	114	108 501	92,2	63,7	182
2016	108 510	258 072	18 005	384 587	148	270 434	161	114 153	98,0	70,3	147
2017	114 151	223 710	17 308	355 169	137	257 301	154	97 868	106,8	72,4	153
2018	97 862	211 455	17 476	326 793	126	207 237	124	119 556	90,5	63,4	179
2019	119 547	237 805	15 794	373 146	144	225 611	135	147 535	89,0	60,5	201
2020	147 545	201 430	12 203	361 178	139	219 329	131	141 849	102,7	60,7	241
2021	141 849	238 624	13 212	393 685	152	250 700	150	142 985	99,5	63,7	204

(*): Dosya sayısı değişimi (Baz yılı 2014=100).

(**): Temizleme oranı= (Referans yıl içinde çıkan dosya sayısı/ (Referans yıl içinde açılan dosya sayısı + Referans yıl içinde bozularak gelen dosya sayısı))*100.

NOT: Devirlerde oluşan tutarsızlıklar, UYAP sistemindeki veri güncellemelerinden ve kapatılan birimlerdeki tüm dosyaların aktarıldıkları birimlerde yıl içinde yeni açılan dosya olarak işlem görmesinden kaynaklanmaktadır.

Tablo incelendiğinde; 2021 yılında bir önceki yıla göre toplam gelen ve çıkan dosya sayısında artış olduğu görülmektedir. Bir sonraki yıla devreden dosyaların ise 2019 yılında en yüksek değere ulaştığı, en fazla dosyanın da 2021 yılında geldiği görülmüştür. Çıkan dosyaların gelen dosyalara oranına bakıldığında en yüksek oranın %72,4 ile 2017 yılında gerçekleştiği tespit edilmiştir.



Grafik incelendiğinde; 2016 yılından 2020 yılına kadar ortalama görülme sürelerinin her yıl artarak yükseldiği, 2021 yılında bu sürenin 204 güne kadar düştüğü görülmektedir.

Kaynak: Adli İstatistikler 2021, s. 257.

Tablo 7.3.1 Bölge İdare Mahkemeleri Dosya Sayısı, TÜRKİYE, 2014-2021

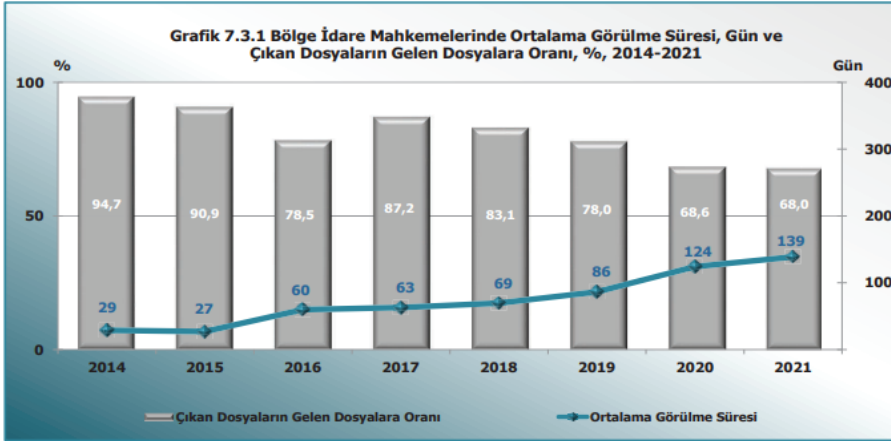
Yıllar	Gelen				Yıl İçinde Çıkan	D (**)	Temizleme Oranı % (***)	Çıkan Dosyaların Gelen Dosyalara Oranı %	Bir Sonraki Yıla Devreden	Ortalama Görülme Süresi, Gün
	Geçen Yılda Devren Gelen	Yıl İçinde Açılan	Toplam	D (**)						
2014	16 541	157 154	173 695	100	164 452	100	104,6	94,7	9 243	29
2015	9 243	181 045	190 288	110	172 959	105	95,5	90,9	17 329	27
2016	17 372	232 114	249 486	144	195 772	119	84,3	78,5	53 714	60
2017	53 706	262 696	316 402	182	275 836	168	105,0	87,2	40 566	63
2018	40 565	221 961	262 526	151	218 187	133	98,3	83,1	44 339	69
2019	44 322	221 407	265 729	153	207 300	126	93,6	78,0	58 429	86
2020	58 429	234 786	293 215	169	201 278	122	85,7	68,6	91 937	124
2021	91 944	297 781	389 725	224	264 853	161	88,9	68,0	124 872	139

(*) : Dosya sayısı değişimi (Baz yılı 2014=100).

(**) : Temizleme oranı= (Referans yıl içinde karara bağlanan dosya sayısı/ Referans yıl içinde açılan dosya sayısı)*100.

Not: Devirlerde oluşan tutarsızlıklar, UYAP sistemindeki veri güncellemelerinden ve kapatılan birimlerdeki tüm dosyaların aktarıldıkları birimlerde yıl içinde yeni açılan dosya olarak işlem görmesinden kaynaklanmaktadır.

2014-2021 yılları arasında bölge idare mahkemelerinde bulunan dosya sayıları (esas dosya, yürütmenin durdurulması kararına karşı yapılan itirazlara ilişkin ve 4483 sayılı Kanundan kaynaklanan başvurulara ilişkin dosya) tablosuna göre 2021 yılında temizleme oranının %88,9, çıkan dosyaların gelen dosyalara oranının ise %68,0 olduğu görülmektedir.



Kaynak: Adli İstatistikler 2021, s. 277.

Tablo 8.8 Danıştay Personel Başına Düşen Dosya Sayısı, TÜRKİYE, 2014-2021

	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Tetkik Hâkimi Başına Düşen Yıl İçinde Açılan Dosya Sayısı	326	439	570	190	203	238	170	223
Tetkik Hâkimi Başına Düşen Gelen Toplam Dosya Sayısı (Geçen Yıldan Devren Gelen + Yıl İçinde Açılan)	766	889	982	779	638	607	497	519
Tetkik Hâkimi Başına Yıl İçinde Çıkan Dosya Sayısı	326	431	420	320	290	296	182	235
Üye Başına Düşen Yıl İçinde Açılan Dosya Sayısı	814	1 126	2 819	863	853	971	715	1 044
Üye Başına Düşen Gelen Toplam Dosya Sayısı (Geçen Yıldan Devren Gelen + Yıl İçinde Açılan)	1 913	2 278	4 858	3 531	2 676	2 471	2 095	2 428
Üye Başına Yıl İçinde Çıkan Dosya Sayısı	814	1 104	2 078	1 451	1 216	1 204	766	1 099

Not: Yıl içinde toplam gelen, yıl içinde açılan ve çıkan dosya sayılarına, Danıştay birinci dairesi ve idari dava daireleri genel kurulu ve vergi dava daireleri genel kurulundaki itirazlar dahil edilmemiştir.

Kaynak: Adli İstatistikler 2021, s. 286.

Tablo 8.4 Danıştay Dava Daireleri ve Kurulları Dava Sayısı, TÜRKİYE, 2014-2021

Yıllar	Gelen			D (*)	Yıl İçinde Çıkan	Bir Sonraki Yıla Devreden	Temizlenme Oranı % (**)	Çıkan Dosyaların Gelen Dosyalara Oranı %	Ortalama Görülme Süresi, Gün
	Geçen Yıldan Devren Gelen	Yıl İçinde Açılan	Toplam						
2014	190 047	140 885	330 932	100	140 815	190 117	100,0	42,6	486
2015	190 117	185 729	375 846	114	182 141	193 705	98,1	48,5	376
2016	193 705	267 831	461 536	139	197 382	264 154	73,7	42,8	354
2017	264 154	85 438	349 592	106	143 604	205 988	168,1	41,1	739
2018	206 030	96 346	302 376	91	137 430	164 946	142,6	45,5	571
2019	164 966	106 804	271 770	82	132 447	139 323	124,0	48,7	458
2020	139 374	72 253	211 627	64	77 343	134 284	107,0	36,5	659
2021	134 290	101 273	235 563	71	106 602	128 961	105,3	45,3	456

(*): Dosya sayısı değişimi (Baz yılı 2014=100).

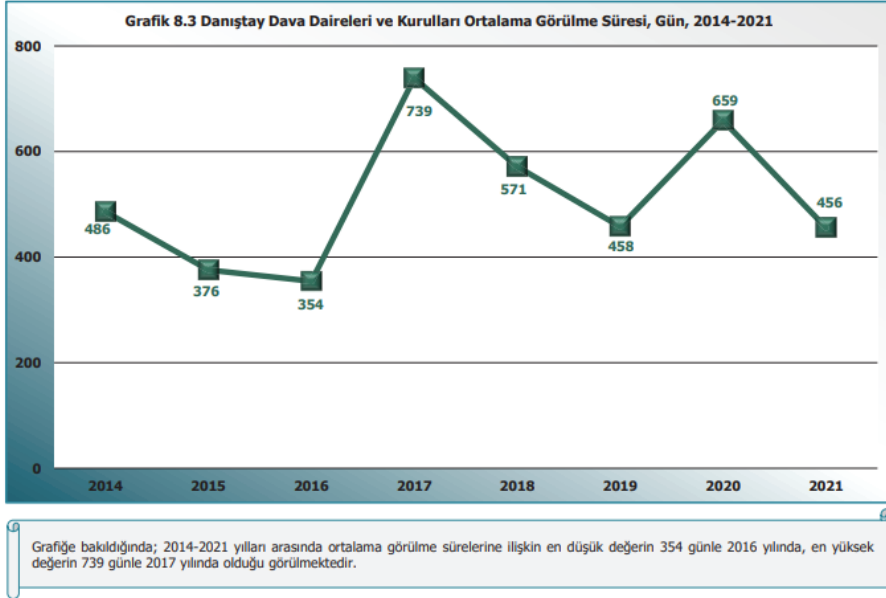
(**): Temizleme Oranı= (Referans yıl içinde çıkan dosya sayısı/Referans yıl içinde açılan dosya sayısı)*100.

Not1: Devirlerde oluşan tutarsızlıklar, Danıştay dairelerine ait dosya aktarımından ve geriye dönük veri güncellemelerinden kaynaklıılmaktadır.

Not2: İdari dava daireleri genel kurulu ve vergi dava daireleri genel kurulundaki itirazlar dahil edilmemiştir.

Not3: Danıştay birinci dairesi, idari daire olması sebebiyle tabloya dahil edilmemiştir.

Kaynak: Adli İstatistikler 2021, s. 290.



Kaynak: Adli İstatistikler 2021, s. 290.

Tüm bu istatistiki verilerden de görüleceği üzere, istinaf kanun yolunun yürürlüğe girdiği günden ilk derece mahkemelerinde görülen dava sayısı ile davaların görülme süresinde belirgin bir azalış söz konusu olmamakla birlikte Danıştay Dava Daireleri ile Kurullarında görülen dava sayısında ve davaların görülme süresinde belirgin bir azalış söz konusudur. Sonuç olarak, istinaf mahkemelerinin faaliyete geçmesi ile birlikte yargılamanın daha da uzayacağı görüşünün, en azından temyiz kanun yolunu için geçerli olmadığı değerlendirilmektedir.

II. İstinafın Kabulü ile Ülkede İçtihat Birliğinin Sağlanamayacağı Görüşü

İstinaf mahkemelerine yönelik getirilen bir başka eleştiri, istinaf mahkemeleri ile yüksek yargı arasında çok büyük görüş ayrılıklarının olabileceği ve içtihat ayrılıklarının ortaya çıkabilecek olması idi.¹⁶

¹⁶ Erem, F. (1950) "İstinaf Mahkemeleri", AÜHFD, s.9-17, s.17. Yıldırım'a göre, içtihat farklılıklarının temel sebepleri altı başlık altında toplanabilir: "1) Yargının (yargıçların) siyasal - ideolojik duruşu, 2) Yargının (yargıçların) güçlü yürütmeden - idareden

Medeni yargılama hukuku bakımından bu eleştirinin 5235 sayılı Kanun'un 35. maddesinde bölge adliye mahkemesi başkanlar kuruluna *"Re'sen veya bölge adliye mahkemesinin ilgili hukuk veya ceza dairesinin ya da Cumhuriyet başsavcısının, Hukuk Muhakemeleri Kanunu veya Ceza Muhakemesi Kanununa göre istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların, benzer olaylarda bölge adliye mahkemesi hukuk veya ceza dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında ya da bu mahkeme ile başka bir bölge adliye mahkemesi hukuk veya ceza dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında uyumsuzluk bulunması hâlinde bu uyumsuzluğun giderilmesini gerekçeli olarak istemeleri üzerine, kendi görüşlerini de ekleyerek Yargıtaydan bu konuda bir karar verilmesini istemek"* yetkisi verilerek aşıldığı görülmektedir.

Yine 5235 sayılı Kanun ile Yargıtay Kanunu'nun 15. maddesinde değişiklik yapılarak, *"aynı veya farklı yer bölge adliye mahkemelerinin kesin olarak verdikleri kararlar bakımından hukuk daireleri arasında veya ceza daireleri arasında uyumsuzluk bulunursa"* bunların Yargıtay'da içtihadı birleştirme yoluyla kesin olarak karara bağlanacağını düzenlenmiş olması, istinaf mahkemelerinin varlığının içtihat birliğini bakımından sorun çıkaracağına ilişkin eleştiriye medeni yargılama hukuku bakımından dayanaksız kılmaktadır.

Danıştayın da kabul ettiği üzere, 20 Temmuz 2016 tarihinde istinaf mahkemelerinin faaliyete geçmesiyle birlikte, istinaf mercilerince verilen kararlarda yorum farkından kaynaklanan birtakım içtihat aykırılıklarının ortaya çıktığı bilinen bir gerçektir.¹⁷

Benzer olaylardan doğan uyumsuzlukların hukuken kabul edilebilir herhangi bir gerekçe gösterilmeksizin farklı şekilde neticelendirilmesiyle oluşan içtihat aykırılıklarının hukuki güvenlik ilkesini zedelememesi için bölge idare mahkemelerinin gerek kendi aralarında gerekse Danıştay ile aralarındaki içtihat farklılıklarının giderilmesi ve böylece içtihat birliğinin

çekinmesi, 3) Mahkeme yapısında - üye sayısında değişim, 4) Hukuk kurallarının yorumunda farklılık - hukuk kurallarının farklı yoruma müsait olması, 5) Yargının boşluk doldurma konusunda bilgi eksikliği, 6) Haklı sebepler: Olayın özelliği - mevzuat değişikliği - idari uygulama farklılığı". Bkz. Yıldırım, T. (2017) "İdari Yargıda İchtihat Farklılıkları Sorunu ve Çözüm Önerileri", Danıştay ve İdari Yargı Günü 149. Yıl Sempozyumu (11 Mayıs 2017), Danıştay Yayınları, No. 93, Ankara, s. 137.

¹⁷ Danıştay Başkanlığı, 2021 Yıllık Rapor, s. 81.

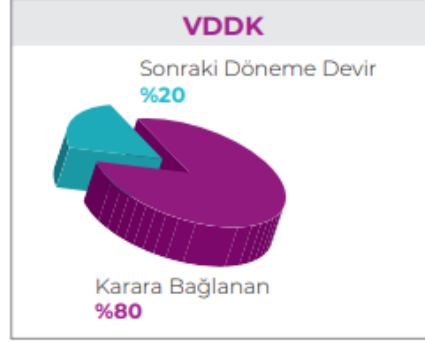
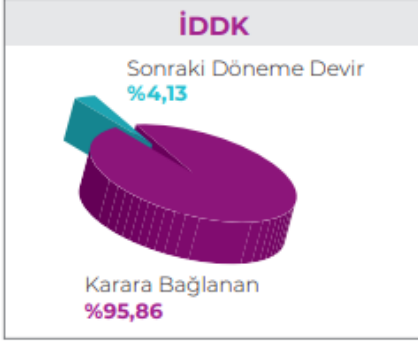
sağlanması için 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'da düzenlemeler de yapılmıştır.

2576 sayılı Kanun'un 3/B maddesi¹⁸ bölge idare mahkemesi başkanlarına, dairelerin benzer olaylarda kesin olarak verdikleri kararlar arasındaki uyuşmazlığın giderilmesi için başkanlar kuruluna başvurma; Kanun'un 3/C maddesi¹⁹ bölge idare mahkemesi başkanlar kurullarına, 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 halinde re'sen 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 halinde kendi görüşlerini de ekleyerek Danıştaydan bu konuda karar verilmesini isteme görevi vermiştir.

¹⁸ g) Dairelerin benzer olaylarda kesin olarak verdikleri kararlar arasındaki uyuşmazlığın giderilmesi için başkanlar kuruluna başvurmak.

¹⁹ 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 Danıştaydan bu konuda karar verilmesini istemek.

2021 YILI KARAR AYKIRILIKLARINA İLİŞKİN DOSYA SAYILARI			
	Dönemde Açılan	Dönemde Sonuçlanan	Devir
İDDK	121	116	5
VDDK	10	8	2
Toplam	131	124	7



Kaynak: Danıştay Başkanlığı, 2021 Yıllık Rapor, s. 81.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu ve Vergi Dava Daireleri Kurulunda her yıl olduğu gibi 2021 yılında da karar aykırılıklarına ilişkin dosyalar görüşülmüştür. Bu kapsamda verilen hızlı ve nitelikli kararlarla Danıştayın içtihat mahkemesi olarak görevini etkin şekilde yerine getirdiği değerlendirilmektedir.

Danıştay içtihatları hakkında düzenli ve sistemli incelemeler yapılması, raporlar hazırlanması ve istatistikler oluşturulması amacıyla kurulan “İçtihat, Raporlama ve İstatistik Birimi” faaliyete geçmiş ve görevlerini ifa etmeye başlamıştır. Danıştay tarafından yayınlanan 2021 Yıllık Raporuna göre, yayımlanan karar sayısı yeterli görülmediğinden yapısal bir değişikliğe ihtiyaç duyulmuş ve 25/12/2020 tarihinde intranet sayfasında yayımlanarak yürürlüğe giren “Danıştay Kararlarının Yayımlanmasına İlişkin Yönerge”nin 9. maddesi gereğince “Danıştay Daire ve Kurulları Tarafından Verilen Kararların Yayımlanmasına Dair Yönerge” yürürlükten kaldırılmıştır.²⁰ 2020 yılında yürürlüğe giren bu yeni Yönerge uyarınca Danıştay Dava Daire ve Kurulları tarafından verilen kararların İçtihat, Raporlama ve İstatistik Birimi tarafından Danıştay resmî internet sitesinde düzenli olarak yayımlanması

²⁰ Danıştay Başkanlığı, 2021 Yıllık Rapor, s. 89.

kurala bağlanmıştır. Bu kapsamda 25/12/2020 tarihine kadar toplam 23.444 karar yayımlanmışken 25/12/2020-31/12/2021 tarihleri arasında 60.820 karar yayımlanmıştır.²¹

Danıştay Başkanlığının; Danıştay ile bölge idare mahkemeleri arasında iletişim ve işbirliğinin güçlendirilmesinin, Danıştay içtihatlarının bilinirliğinin sağlanmasına, olası içtihat farklılıklarının azaltılmasına ve mahkemelerdeki ihtisaslaşmada etkinlik ve verimliliğin sağlanmasına yardımcı olacağına ilişkin düşüncesi neticesinde bölge idare mahkemeleri ile içtihat paylaşımı toplantıları yaptığı bilinmektedir.

Netice itibariyle, Danıştay dava daire ve kurulları tarafından verilen kararlar Danıştay resmî internet sitesinde düzenli biçimde yayımlanması, bunun yanı sıra kararların sistemli biçimde paylaşımına yönelik tematik karar bültenleri de hazırlanması ve başta akademisyenler ile hukuk uygulayıcıları olmak üzere içtihatları takip eden tüm ilgililere katkı sunulmasının amaçlanması da önem arz etmektedir. Nitekim 2021 Yıllık Raporunda bu konuya yönelik çalışmalara ve yayımlanan kararlara ilişkin istatistiklere de yer verilmiştir.

Sonuç

İstinaf mahkemelerinin faaliyete geçtiği 20 Temmuz 2016 tarihinden önce, istinaf kanun yolunun temyiz yoluna etkisi konusunda iki temel görüş ortaya çıkmıştır. Bu görüşlerden ilki, istinaf kanun yolunun yargılama sürecini daha da uzatabileceği yönünde idi. Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünün adli istatistik verileri ile Danıştay Başkanlığının yıllık raporlarında yer alan veriler incelendiğinde, istinaf kanun yolundan sonra temyiz aşamasında dava süresinin belirgin olarak azaldığı gözlemlenmektedir.

İstinanın kabulü ile ülkede içtihat birliğinin sağlanamayacağı görüşünü ise Danıştay tarafından da kabul olunduğu üzere yadsımak mümkün değildir. Bununla birlikte, Danıştay tarafından karar aykırılıklarını ortadan kaldırma konusunda aynı veya farklı bölge idare mahkemesi dairelerince benzer olaylarda verilen kesin nitelikteki kararlar arasındaki aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesine ilişkin gerekçeli istemlerin, uyuşmazlığın konusuna göre Danıştay İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurullarınca üç ay

²¹ Danıştay Başkanlığı, 2021 Yıllık Rapor, s. 89.

çinde karara bağlanacağı hükmüne uygun olarak bu görevini etkin bir biçimde yerine getirme çabası içinde olduğu değerlendirilmektedir. Ayrıca bölge idare mahkemeleri ile içtihat paylaşımı toplantıları ve gittikçe artan oranda içtihat paylaşımı ile birlikte içtihat birliğinin sağlanması konusundaki çalışmaların olumlu olduğu değerlendirilmektedir.

Son olarak, Danıştay dava dairelerinin nihai kararları ile bölge idare mahkemelerinin Kanun'da sayılan davalar hakkında verdikleri nihai kararlarının, başka kanunlarda aksine hüküm bulursa dahi, Danıştay tarafından incelendiği olağan kanun yolu olan temyiz kanun yolu için İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda temyize tabi konuların daha kapsamlı bir şekilde ele alınabileceğinin önerildiği de not edilmelidir. Temyiz kanun yoluna başvurulabilen kararların sınırının kaldırılması ile adil yargılanma ve hak arama hürriyetlerine hizmet edilerek bölge idare mahkemeleri ve Danıştay dairelerinin birbirine aykırı verdiği kararların önüne geçilebileceği de iddia edilmektedir. Bu yönde yapılacak değişikliklerin Danıştayın içtihat mahkemesi olma özelliğine daha çok hizmet edeceği hususunun da göz ardı edilmemesi gerektiği değerlendirilmektedir.

Mahmut VURAL (Oturum Başkanı): Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi Doç. Dr. Engin Saygın Hocama çok teşekkür ediyorum. İstinaf uygulaması sonrasında temyiz bulduğu noktayı düşünülen, endişe edilen yönlerinin gerçekleşip gerçekleşmediğine dair tespitlerini de içerecek şekilde bizimle paylaştı. Teşekkür ediyorum.

Bu hususta kısa bir açıklama yapıp ondan sonra ikinci konuşmacıya söz vereceğim. O da şu, istinaf kanun yolunun temyiz kanun yolu süresini veya toplam yargılama süresini etkileyip etkilemediğini görebilmek için bugüne kadarki istatistikler bize çok şey söylemezler. Neden? Çünkü Danıştayda önemli ölçüde eski döneme ilişkin derdest dosya stokumuz vardı. Biz bu derdest dosya stokumuzu Danıştay olarak daha geçen yıl bitirdik diye düşünüyorum. Dolayısıyla biz hala geçmişin yükünü temizlemeye çalışıyoruz. Bugünkü ya da geçen yıla kadarki istatistiklerimiz, sadece istinaf kanun yoluna tabi dosyalara ilişkin değil. Elbette istinaf kanun yolundan gelen dosyaları da inceliyoruz ama önemli ölçüde eski dosyaları da inceledik. Dolayısıyla süreleri hesaplarken ya da süreleri değerlendirirken bu hususu göz önünde bulundurmak gerekir diye düşünüyorum. VDDK olarak bugün hala görüştüğümüz dosyaların belki üçte ikisi eski dönemden gelen, mahkemelerce verilen ısrar kararlarına ilişkin. Niye? Çünkü dairelerimiz daha eski döneme ilişkin dosyaları yeni bitirdi. Mahkemelerimiz daha yeni ısrar etme imkânı elde ettiler. O nedenle belki tam sağlıklı istatistiki değerlendirme yapmak için birkaç yıla daha ihtiyacımız var gibi gözüküyor. Bu bilgiyi paylaştıktan sonra hocamıza tekrar teşekkür ediyorum.

Şimdi ikinci konuşmacımıza Prof. Dr. Aydın Gülan Hocamıza söz vereceğim ama ondan önce birkaç değerlendirme yapmama izin verirsiniz diye umuyorum. Aydın Hocamız literatürde, doktrinde bu güne kadar çok fazla değerlendirilmemiş bir konudaki düşüncelerini paylaşacak bugün bizlerle. O da temyiz incelemesinin kapsamı veya sınırı. Biz VDKK olarak müzakere ettiğimiz bir gündem vesilesiyle hâkim arkadaşımıza konuya ilişkin literatürü tarattığımda karşımıza şöyle bir tablo çıktı. İdari yargı açısından temyiz incelemesinin kapsamı ve sınırıyla ilgili bir akademik çalışma yok denecek kadar az. Yükseköğretim Kurulu'nun (YÖK) tez merkezinde yaptığımız araştırmada iki tane yüksek lisans tezi bulabildik. Çok az sayıda makale var. Bu konuda ilk makalelerden bir tanesi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisinde 1956 yılında yayımlanmış "Vakıa ve

Hukuk” başlığı altında ve konuya idare hukuku gözüyle değil adli yargı yönüyle yaklaşıyor. Yakın dönemde istinaf incelemesini yaparken, istinaf konusuna ilişkin değerlendirmeler yapılırken, temyiz farklılığına değinmek adına kısa açıklamalar yapılmış şüphesiz. Ama en azından bir mukayeseli hukuk incelemesi yapılarak diğer ülkelerdeki idare hukukunda temyiz incelemesinin kapsamıyla ilgili nasıl bir uygulama yapılıyor. Bu konuyu akademi dünyamızın gündeme alması gerektiğini düşünüyorum. Yargı yerleri olarak bizler elbette konular önümüze geldiğinde tartışıyoruz bir karar veriyoruz ama çok fazla karar verdiğimizizi de söyleyemem. Ama konu Yargıtay Genel Kurul gündemine de gelmiş. Yargıtay Genel Kurulu gerekirse maddi vakıaları da inceleyebiliriz anlamında bir karar da vermiş. Bu konu 2015 yılında ben şuradaki bir koltukta yine böyle bir sempozyumu dinlerken, dönemin Başsavcısı Mehmet Rıza Ünlüçay’a Prof. Dr. Murat Sezginer Hocamız tarafından soruldu. 2015 yılında Danıştayın 147. Yıl Dönümü Sempozyumu’nda. Özetle, Murat Hoca şunu sordu. Temyiz incelemesinin literatüre göre maddi vakıa denetimini kapsamaması gerektiği söyleniyor. Ama idari yargıda da işlem kavramı bu ayrımı yapmaya ne derece imkân verir? İşlemi maddi vakıa ve hukuki denetim şeklinde ayırarak incelemek mümkün müdür? Aksi yönde literatürde yazılan söylenenler de var dediğinde Başsavcımız, olabilir ikisi de iki yönden de ayrıştırılarak incelenebilir, mümkündür anlamında bir görüş ifade etmişti. Bu tespitlerimle birlikte sözü daha fazla uzatmadan Aydın Gülan Hocamıza bırakıyorum. Hocam buyurun söz sizde.

**“DANIŞTAYIN TEMYİZ MERCİİ OLARAK GÖREVİ... HUKUKA
AYKIRILIKLARIN DENETİMİNİ YAPMAKLA SINIRLIDIR”
(2575 Sayılı Kanun’un 23. maddesi, ek cümle 1/7/2016 – 6723/6 md)
CÜMLESİNİN ANLAM VE KAPSAMI HAKKINDA DÜŞÜNCELER**

Prof. Dr. Aydın GÜLAN*

Danıştay mensuplarının önünde, uzmanı ve uygulayıcısı oldukları bir kanun hükmünün anlam ve kapsamı hakkında düşüncelerimi arz etmek, bendeniz için heyecan doğuran ve onur veren bir imkândır. Öncelikle teşekkürlerimi sunarım.

Kararlarınızdan yola çıkarak varsayım geliştirmek ve zaman içinde sınanmasını izlemek adına konuya yaklaşmaya çalışacağım. Farklı bir bakışı başarabilirsem, görüşlerim isabetsiz dahi olsa, bu hususlara dikkat çekmeye vesile olabilir düşüncesiyle bu işe cesaret edebildim.

- I. Öncelikle “temyiz” kanunyoluyla ilgili mevzuatımızdaki hükümlere işaret etmek iyi olabilir. Çünkü farklı yerlerde, farklı kapsamlarda ama aynı başlıkla düzenlenmişlerdir.
- 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda (İYUK) madde 46 ila 50 arasında (ve 52. maddesinde) en fazla kullanılan haliyle “temyiz” kanun yoluna ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.
- Bundan farklı ve buna ek olarak yine 2577 sayılı Kanun’un 20/A ve 20/B maddelerinde ivedi yargılama usulünde ilk derece mahkemelerinin verdiği kararlara karşı temyiz usulü, 2014 yılında, klasik temyiz usulünden farklılıklar içeren şekilde ve bu yargılama usulüne ilişkin kanun maddeleri içinde düzenlenmiştir.
- 2577 sayılı Kanun’un 51. maddesinde ayrıca “Kanun yararına temyiz” başlıklı bir diğer temyiz türü yer almaktadır.
- Belki bunlar kapsamında olmasa da 2577 sayılı Kanun’un 48. maddesinin 6. bendinin 2. ve 3. cümlesinde, Danıştay’a gönderilmeden temyize konu kararı veren mahkemece temyiz talebinin reddine dair kararın temyizine ilişkin de süre ve ilk bakılacak husus açısından farklılık içeren bir başka “temyiz” düzenlemesi yer almaktadır.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı

- İncelediğimiz hüküm ise, bunlar arasında bir ayırım yapmadan ve temyiz kanun yoluna ilişkin olmakla birlikte, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda değil, 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 23. maddesine eklenmek suretiyle mevzuatımıza girmiştir.

Genel bir bakış açısıyla denilebilir ki, bütün bu temyiz düzenlemelerinin ortak noktası Danıştay’ın görevli olmasıdır. Denilebilir ki temyiz kanun yolu, kapsamından ve diğer kanun yollarından farklı bir denetim içeriğiyle adlandırılan bir kanun yolu olmaktan çok, Danıştay’ın görevli olması ortak noktasına sahip, “teyiz” ortak adını da taşıyalar az çok farklılıklar içeren kanun yolu çeşitlerinin ortak adıdır.

Belirtmek gerekir ki, bu temyiz usullerinin inceleme kapsamı, süreleri, konusu, sonuçları az veya çok birbirinden farklılıklar içerir. Nitekim temyiz adı altında istinaf benzeri bir kanun yolu incelemesi de, ya da yine temyiz başlığı altında sadece hukuki noktalara ilişkin olması beklenen kanun yolu incelemesiyle de karşılaşılmaktadır. Nitekim;

- İvedi yargılama usulüne tabi davalarda temyiz süresi farklı olduğu gibi, kanun yolunun adı temyiz olmakla birlikte, esasa ilişkin bir ilk derece yargılama yapılmış ise temyizi halinde tıpkı istinaftaki gibi yargı kararının isabetli bulunmaması halinde lüzumu halinde “gerekli inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak esas hakkında yeniden karar verir” (2577 sayılı Kanun madde 20/A, i bendi 2. cümle; 2577 sayılı Kanun madde 20/B h bendi 2. cümle) şeklinde istinafen incelemeye benzer şekilde bir yargılama sonucunda temyiz kararı verilmesine dair bir işlev de düzenlenmiştir.
- Kanun yararına temyiz de ise, başvuru usulündeki farklılık bir yana, verilen “bozma kararı, daha önce kesinleşmiş olan merci kararının hukuki sonuçlarını kaldırmaz” (2577 sayılı Kanun madde 51/2 - 2. cümle) hükmü sebebiyle bu usulün etkisi bakımından diğer temyiz usullerinden farklılık içermektedir.
- Süre veya temyize tabi kararlardan olup olmama niteliğinden ötürü bir temyiz talebini Danıştay’a göndermeden reddeden davaya bakan yargı merciin, nezdinde yapılan temyiz talebine de işaret etmek gerekir. Temyiz talebine ilişkin bu red kararının Danıştay nezdinde temyizi üzerine yapılan inceleme (2577 sayılı Kanun, madde 48/6 – 2. ve 3. cümle), hem süre (7 gün) açısından, hem de öncelikle temyiz

talebini reddeden yargı merci kararının isabeti temelinde bir ön soruna ilk olarak bakılması gerektiği için, önceliği farklı olan bir temyiz çeşidi sayılmayı hak etmektedir.

Dolayısıyla kanuni düzenlemelerimizde temyiz kanunyolu türlerine ilişkin asgari ortak nokta bu kanun yolunun inceleme kapsamını belirlemekten ziyade, bu kanun yoluna bakan yargı merciinin Danıştay olduğudur denilebilir.

II. Bu yüzden ilk aşamada 2575 sayılı Kanun’un 23. maddesine ek cümle olarak 2016 yılında getirilmiş olan inceleme konumuz ibarenin varlık nedeninin ve işlevinin belirlenmesi gerekmektedir.

Maddenin tam metni şu şekildedir:

Madde 23 – Danıştay: a) (Değişik: 22/3/1990 - 3619/3 md.) İdare Mahkemeleri ile vergi mahkemelerinden verilen kararlar ve ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda görülen davalarla ilgili kararlara karşı temyiz istemlerini inceler ve karara bağlar (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.

Acaba “Danıştayın temyiz mercii olarak görevi ... hukuka aykırılık denetimi yapmakla sınırlıdır” ibaresi sadece yatay düzlemde istinaf ve temyiz kanun yolları arasındaki farkı belirginleştirmek, bu kanun yolları açısından yetkili ve görevli yargı mercilerinin yetki kapsamını belirlemekten ibaret bir işlevi mi vardır? Yoksa genel alanı belirleme kapsamında bütün içinde değerlendirmek ve bu ibarenin dikey düzlemde Danıştay incelemesinin yerindelik denetimi ile hukuki denetim sınırını tahkim işlevi açısından da ele almak mı gerekir?

Ek cümleyi getiren 6723 sayılı Kanun’un madde gerekçesine bakıldığında; Adalet Komisyonu raporunda yer alan gerekçe incelendiğinde, getirilen ek cümlelerin istinaf ve temyiz kanun yolları arasındaki farkı vurgulamak için düşünüldüğü anlaşılmaktadır. Madde gerekçesi şöyledir:

“İlk derece mahkemelerince verilen kararlar, istinaf kanun yolunun uygulanmaya başlamasıyla kanuna, hukuka ve maddi olaya uygunluk yönünden istinaf mercilerince denetlenecek ve kararların büyük bir çoğunluğu bu aşamada kesinleşecektir. Bu nedenle, iş yükü önemli ölçüde azalacak olan Danıştay, asli görevi olan içtihat mahkemesi niteliğine

kavuşacaktır. Bu itibarla, 23 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendine eklenmesi öngörülen cümleyle Danıştayın temyiz mercii olarak görev ve yetki sınırı vurgulanmaktadır. Böylece Danıştayın temyiz mercii olarak dosyaları sadece hukuka uygunluk yönünden incelemesi ve içtihat mercii olarak görev yapması sağlanacaktır. YASAMA DÖNEMİ YASAMA YILI 26 1 SIRA SAYISI: 400 Danıştay Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı (1/726) ve Adalet Komisyonu Raporu

(<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss400.pdf>)

Bu düzenleme öncelikle teknik boyutuyla üç açıdan eleştiriyi/değerlendirmeyi mümkün kılmaktadır:

- 1) 2016 yılında çıkan Kanun’la eklenen bu cümle ile, 2014 yılında getirilen ivedi yargılama usulünün ve bu kapsamda verilen kararların temyizine ilişkin düzenlemenin dikkate alınmamış olması anlaşılabilir bir teknik aksaklık doğurmaktadır. Bu ek cümle, 2577 sayılı Kanun’un ana temyiz kanun yolunu düzenleyen maddelerine eklenmiş olsa bir sorun doğmayacak iken, 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nda Danıştayın görevleri başlığını taşıyan 23. maddeye eklenmiş olması sebebiyle Danıştay’a ve ayırım yapmadan baktığı tüm temyiz çeşitlerine şamil haldedir. Bu durum ivedi yargılama usulündeki temyiz kapsamı sebebiyle ve Kanun’daki yeri sebebiyle bir uyumsuzluk ortaya çıkarmaktadır. Ayrıca ek cümleden önceki cümlede istinafa göre değişiklik yapılmamış olması da rahatsız edicidir. Hâlâ vergi mahkemeleri kararları açısından da temyize yer verip, bölge idare mahkemelerinin istinaf kararlarının temyizinden bahsedilmemesi ve önceki cümlenin Kanun’da “*Danıştay: a) (Değişik: 22/3/1990 - 3619/3 md.) İdare Mahkemeleri ile vergi mahkemelerinden verilen kararlar ve ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda görülen davalarla ilgili kararlara karşı temyiz istemlerini inceler ve karara bağlar*” şeklinde muhafazasını anlamak zordur. Aynı durum 25. madde açısından da geçerlidir.
- 2) Üstelik içtihat merci haline getirmek gibi bir amacı gerçekleştirmek için gerekçede bir yandan bu amaca atıfta bulunularak diğer yandan “sınırlıdır” ibaresini kullanmak bir çelişki hissi vermektedir. Danıştayın içtihat mahkemesi işlevi için iş yükünü azaltmak adına, görev (ve yetkisini) “sınırlı” kılan bir düzenleme getirilmesi yani yargılama

yetkisini daraltan bir ifade sorunludur. Önüne gelecek dava sayısını içtihat mahkemesi görevi yapacak vakti ve imkânı olsun diye sınırlamak ile içerik denetimini sınırlamak birbirinden çok farklıdır. Bu aslında birbirine benzer gibi gözüken ama çeşitli yönleri sebebiyle birbirinden farklı içtihatlar oluşturacak kararlar verebilme işlevini sınırlamak anlamına gelir. Temyiz merci hukuka uygunluk denetimi yapmakla yükümlüdür veya temyiz görevi hukuka uygunluk denetiminden ibarettir denilse, yani “sınır” değil, temyiz görevinin kapsamı açısından “odak noktası” belirlemeye ilişkin ifadeler olsa, yani daha az iş yükünü sağlamak, dosya bazında bütüne yayılmamış, hukuki soruna ve çözüme odaklanmış bir temyiz usulünü ifade edecek bir ek cümle getirilmiş olsa, işin mahiyetine daha uygun olurdu kanaatindeyim. Danıştayın iş yükünün kapsamının azaltılabilmesi için düzenleme ile getirilmek istenen bir “imkân”ın “sınır” olarak ifade edilmesi, içtihat mahkemesi olma özelliğini sağlayıcı olmaktan çok engel olabilecek niteliktedir.

- 3) Anayasa’da genel olarak yargı yetkisinin sınırı bakımından “hukuka uygunluğun denetimi ile” (madde 125) ibaresi kullanılırken bu düzenlemede “hukuka uygunluğu” ibaresi yerine “hukuka aykırılıkların denetimini yapmakla sınırlıdır” ifadesini kullanmıştır. Üstelik Kanun maddesi bu terimin (yorumla genişletilememesi için olsa gerek) kapsamını da açmış ve **“bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması şeklinde ortaya çıkan hukuka aykırılıkların denetimini yapmakla sınırlıdır”** demek suretiyle aktif ve hukuka uygunluğu araştırma şeklinde bir işlev yerine, bariz bir eksiklik ve olumsuzluk tespiti şekline dönüştürmeye yönelmiştir. Kanaatimce, hukuka aykırılık yerine hukuka uygunluk denemesinin anlamı ve kapsamı daha geniş olurdu.

Kısaca; mevzuat genel ifadeler içermektedir, her türünde geçerli olacak ince ayrıntılara yer verilmemiştir, gerekçe ve düzenleme uyumu eleştiriye açıktır. Bu yüzden, gerçek anlamda düzenlemenin ve özellikle bu ibarenin etki ve sonuçlarını tespit edebilmek, değindiği alanı belirleyebilmek için, hem doktrindeki açıklamalara, hem de AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay’ın çeşitli kararlarına bakmak faydalı olacaktır. Üstelik bu alanı sadece yatay düzlemde istinaf temyiz usulü sınırları açısından değil, dikey

sınırları belirlemeye etkisi açısından da değerlendirmek gerektiği kanaatindeyim.

2575 sayılı Kanun’un 23. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendine eklenen 2. cümlenin iptali için 123 milletvekili tarafından Anayasa Mahkemesinde iptal davası da açılmıştır. Anayasa Mahkemesinin E. 2016/144, K. 2020/75 sayılı 10.12.2020 tarihli (R.G. 1.10.2021-31615) kararında dava dilekçesinin özetinde “Danıştayın önüne gelen dosyalarda sadece hukuka uygunluk denetimi yapacak olmasının başka bir deyişle yerindelik denetimi yapamayacak olmasının hukuk devletine aykırı olduğu” şeklinde iddia özetine de yer verilmiş ve sonuç olarak iptal talebinin reddi şu gerekçeler dayandırılmıştır:

“106. Hukuka uygunluk denetiminin kapsamı belirlenirken öncelikle bu kapsamda yer almayan hususların belirlenmesi gerekmektedir. İdari eylem ve işlemlerin yerindelik denetiminin yapılamaması, idari mahkemelerce idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak şekilde karar verilememesi, hukuka uygunluk denetiminin sınırlarını göstermektedir. Söz konusu yasak alan dışında idari eylem ve işlemlerin yargısal denetimi bakımından bir sınırlandırma söz konusu olmayıp bu denetimin kapsamı hukuka uygundur.

107. Hukuka uygunluk denetiminin konusunu ise 2577 sayılı Kanun’un 2. maddesinde ifade edildiği üzere idari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden hukuka uygun olup olmadıklarının incelenmesi oluşturmaktadır. Hukuka uygunluk denetimi bu çerçevede, idare hukukunun kaynaklarını oluşturan yazılı hukuk kuralları ve içtihatlar kapsamında yapılmaktadır.

108. Kaldı ki 2577 sayılı Kanun’un 49. maddesinde de Danıştayın temyiz incelemesi sonucunda hukuka uygun bulunan kararın onanacağı ve hukuka aykırı verilen kararın bozulacağı belirtilmektedir. Dava konusu kuralın uygulanmasında, anılan hükmün gözetileceği de tabiidir.

109. Bu kapsamda kuralla Danıştayın temyiz mercii olarak görevinin, bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması şeklinde ortaya çıkan hukuka aykırılıkların denetimini yapmakla sınırlı olduğunun ifade edilmesinin yukarıda belirtilen hukuka uygunluk denetiminin kapsamını daraltıcı bir yönü bulunmamaktadır. Madde gerekçesinde de ilk derece mahkemesince verilen kararların büyük çoğunluğunun istinaf aşamasında

kesinleşecek olması nedeniyle iş yükü önemli ölçüde azalacak olan Danıştayın asli görevi olan içtihat mahkemesi niteliğine kavuşacağı ve dosyaları sadece hukuka uygunluk yönünden incelemesinin sağlanacağı belirtilmesi de bu hususu teyit etmektedir.

110. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 2. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.”

III. “Hukuka uygunluk/hukuka aykırılık denetimi” gibi bu tür kavramların içeriğinin sayma suretiyle tam olarak tüketilemeyeceği açıktır. Zaten tüketilemiyor olması, gelişmeye açık boyutunu sağlayacaktır. Ancak sınır bölgelerine ilişkin çeşitli olaylardan, yargı kararlarından hareketle değerlendirme yaparak kavramın içinde kalan ve dışında bırakılan hususları görerek daha belirginleştirmek, sınır yaklaşım alanlarını aydınlatmaya çalışmak için meslektaşlarımın ve hakim dostlarımız sayesinde ulaşabildiğim, önemli gördüğüm kararları (tebliğ süresinin sınırı kapsamında) ele alarak bunlardan edindiğim kanaatimi değerlendirmenize sunacağım:

Yargı kararlarından ve gerekçelerinden hareketle, bu kararlarda çeşitli ihtimaller gündeme geldiği ve değerlendirildiği için, konuyu aydınlatmaya yarayacak hususlar ortaya çıkmaktadır.

1) Danıştay 13. Dairesi, E:2019/3831 sayılı dosyada verilen 20/11/2019 tarihli kararla, 2577 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (6545 sayılı Kanun ile değişik) 4. fıkrasında yer alan “*Danıştayın bozma kararına uyulduğu takdirde, bu kararın temyiz incelemesi, **bozma kararına uygunlukla sınırlı olarak yapılır***” hükmünün hiçbir istisnasının olmadığı anlamına gelecek şekilde düzenleme yapılmasının hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu değerlendirilmesiyle, anılan kuralın iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur.

Bu kararda Yargıtay kararlarına ve medeni usul hukuku saygıdeğer öğretim üyelerinin eserlerine de geniş atıflar bulunmaktadır. Özellikle şu gerekçeler dikkat çekicidir:

“Hukuka uygunluk denetimini sağlamaya yönelik idarî yargılama usûlünü düzenleyen 2577 sayılı Kanun'un 50. maddesinin 4. fıkrasında usûlî müktesep hakkın hiçbir istisnasının olmadığı anlamına gelecek şekilde düzenleme yapılmasının kamu yararını korumaya elverişli olmaması ve

hâkimin hukuka bağlılığı sağlamasına engel olma ve hukuk devletinin özüne aykırı durumlara yol açma ihtimalini bünyesinde barındıran bir usûlü öngörmesi bakımından hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu değerlendirilmiştir.”(s. 7).

“...yargısal denetimi kısıtlayıcı ve daraltıcı nitelikteki düzenlemeler kamu yararını korumaya elverişli olmayıp, hukuk devleti kavramı ile bağdaşmayacak sonuçlara yol açma olasılığı taşır. Yargı yetkisinin etkinliği, bu yetkinin karar verme biçimindeki aracının özgürce kullanılmasına bağlıdır. Bu nedenle hukuk devletinde hâkimin hakka ve hukuka bağlılığı sağlamasına engel olacak bir yöntem yer verilemeyeceği gibi, tersine ona hukuksal gerçeği saptayabilmesi için geniş olanaklar verilmesi yoluna gidilmesi asıldır. Sınırlı bir hak arama özgürlüğü ve kısıtlı bir idarî yargı hukuk devleti ile bağdaşmaz (01/10/1991 tarih ve E:1990/40, K:1991/33 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı)” (s.9).

“2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanun'un "Temyizen verilen karar üzerine yapılacak işlem" başlıklı 50. maddesinin 4. fıkrasında yer alan "Danıştayın bozma kararına uyulduğu takdirde, bu kararın temyiz incelemesi, bozma kararına uygunlukla sınırlı olarak yapılır." kuralının Anayasa'nın 2., 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle bu kuralın iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına” karar vermiştir.

Bu anayasaya aykırılık başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi'nin 12/06/2020 tarih ve E:2019/115, K:2020/31 sayılı kararıyla, anılan kuralın, yargı yerlerince usuli kazanılmış hak ilkesinin uygulanmasında hukuk devleti ve adil yargılanma hakkı ilkeleri gereğince içtihat yoluyla istisnai durumlar öngörülebilmesine engel teşkil etmediği yorumuyla, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın reddine karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin kararının emsal teşkil edebilecek paragrafı şöyledir:

“28. Bununla birlikte yargı içtihatlarıyla kabul edilmiş olan usuli kazanılmış hak ilkesini hukuki güvenliği sağlama ve kamu yararını gerçekleştirme amacıyla kanun hükmü niteliğine kavuşturan kanun koyucunun yukarıda belirtilen meşru amaçlarla ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacak şekilde yargılamanın hakkaniyet, hukukun üstünlüğü gibi ilkelerin görmezden gelinerek ya da temel hak ve özgürlükler ihlal edilerek

sonuçlandırılması yolunda bir iradesinin varlığından söz etmek mümkün değildir. **Dolayısıyla kural, yargı yerlerince usuli kazanılmış hak ilkesinin uygulanmasında hukuk devleti ve adil yargılanma hakkı ilkeleri gereğince içtihat yoluyla istisnai durumlar öngörülebilmesine engel teşkil etmemektedir.** Aksi yönde bir kabulün hukuki güvenlik ilkesinin öz değil sadece şekil itibarıyla korunması anlamına geleceği gibi temel görevi adaleti tesis etmek olan yargı mercilerinin varlık sebebiyle de bağdaşmayacağı açıktır. Belirtilen hususlar dikkate alındığında sınırlama ile ilgililere orantısız bir külfet yüklenmediği anlaşılmaktadır.”

Karşı oy gerekçeleri de önemlidir: “6. **İtiraz konusu kural içtihat hukukunun esnekliğine sahip olmayan, usulî kazanılmış hak ilkesini hiçbir istisnaya yer vermeyen mutlak bir dille düzenlemiştir.** Nitekim kuralı uygulamakla yükümlü olan başvuran mahkeme de itiraza konu kuralı böyle yorumladığı için iptalini talep etmiştir” “9. İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun itiraz konusu hükmü, adil ve hakkaniyete uygun yargılamayı güvenceye alan hak arama hürriyetini ölçüsüz şekilde sınırlandırmaktadır” (Başkan Zühtü Aslan); “4. ... İçtihatla kurala istisnaların tanınabileceği, **hatta uygulamada böyle yapıldığı görüşü savunulabilir ise de böyle bir uygulama kanunun açık hükmüne aykırı**” olacaktır (Başkanvekili Hasan Tahsin Gökcan).

Danıştay daireleri tarafından, bozmaya uyularak verilen kararların temyizden incelenmesinde hukuka uygunluk denetimi yapılırken, Anayasa Mahkemesinin anılan yorumlu iptal talebini red kararında yer verilen gerekçeye de atıf yaparak, bozmaya uyulmuş kısma ilişkin de farklı kararlar vermekte olduğu emsal kararlardan anlaşılmaktadır¹.

2) Daha önce kesinleşmiş bir yargı kararı üzerine tesis edilen yeni idari işleme karşı yeni bir dava açılmış ve temyiz aşamasında, dava konusu işlemin sadece yargı kararına uygunlukla sınırlı olarak mı denetiminin yapılacağı sorusu gündeme gelmiştir. Her durumda böyle olmayacağı, **“yürürlükteki hukuka ve Danıştay içtihatlarına göre” hukuka**

¹ 3. Daire, 23/01/2023, E:2022/3645, K:2023/19; 13. Daire, 07/12/2022, E:2021/1580, K:2022/4631; 2. Daire, 05/04/2022, E:2021/2731, K:2022/1598; 4. Daire, 04/11/2021, E:2020/4817, K:2021/6093; İDDK, 26/12/2022, E:2022/2165, K:2022/3999 (Yargı kararlarından haberdar olmamı sağlayan Sayın Hakim Abdullah Atay beye teşekkür ederim).

uygunluk denetiminin bu davalarda da yapılması gerektiği yönünde karar verilmiştir. (13. Daire, 17/03/2021, E:2020/3452, K:2021/968). Kararda, daha önce RTÜK tarafından verilmiş uyarı işlemine karşı dava açıp kazanan ve bu karar Danıştay’a gitmeden kesinleşen şirket hakkında RTÜK, bu yargı kararını uygulamak adına bu sefer para cezasına hükmetmiş, bu para cezasına karşı açılan dava temyiz merci olarak Danıştay önüne gelmiştir. Danıştay, önündeki temyiz konusu idari işlemin, daha önce verilmiş ve kesinleşmiş bir yargı kararına göre tesis edilmiş bir idari işlem olmasına da ele almış, uzun kararında bu gibi durumlarda incelemenin yargı kararın uygunlukla sınırlı olduğu hususundaki içtihadı işaret etmekle birlikte, hukuka uygunluğun denetimi açısından bu yargı kararı öncesi durumu ve bütün hukuki süreci işaret ettiği kapsama göre “hukuka uygunluk denetimi” ışığında değerlendirerek karar vermiştir. Kanaatimce bu durum, gerekçelerde bu husus yer almasa da (hatta önüne gelmeden kesinleşmeye ilişkin açıklamalar olsa dahi) temel ve bendenizce kabul edilebilir açıklaması, “hukuka uygunluk denetimi” kapsamına Anayasa Mahkemesinin (dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin) hak temelli kriterlerini kullanarak, onlara gitmeden de temyiz merci olarak bizzat bu kriterleri uygulamak görevini de hukuka uygunluk denetimi kapsamına dahil ederek bakması örneğidir.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamında, dava konusu işlem için, daha önce verilmiş ve kesinleşmiş yargı kararının öncesini, uyumsuzluğun bütününe ele alarak uygulayacağı kriterleri, temyiz mercii olarak “evleviyetle” kendisinin de bakabileceği yaklaşımı görülmektedir.

- 3)** Bir diğer uzun kararın gerekçesinde çeşitli eserlere atıflara da yer verilerek hukuki duruma ilişkin berrak ve başarılı özet niteliğinde önemli cümleler yer almaktadır: Danıştay Onüçüncü ve Sekizinci Daireleri’nce, 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun Ek 1. maddesi uyarınca birlikte yapılan toplantıda alınan kararda yer alan konumuz bakımından önemli cümleleri değerlendirmenize sunmak isterim: (Danıştay Onüçüncü Daire, Esas No:2022/4618 Karar No:2022/4715).
- a.** *Kanun metni karşısında “aşırı şekilcilik” ve “aşırı esneklik” tutumuna ilişkin AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararlarıyla oluşmuş durumun özeti şu şekilde yapılmaktadır: “Öte yandan, Anayasa*

Mahkemesi (AYM) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında, mahkemelerin dava açılabilmesi için öngörülen yasal yükümlülükleri uygularken **hem yargılama adaletinin zayıflamasına yol açacak düzeyde aşırı şekilcilikten hem de kanunlarda öngörülen usûle ilişkin gereklilikleri abes hâle getirecek seviyede aşırı esneklikten kaçınması gerektiği, yargılama usûlüne ilişkin kuralların belirliliği ve iyi adalet yönetimini sağlama amacına hizmet etme işlevlerini yitirmesi hâlinde ve davaların esasının yetkili mahkeme tarafından karara bağlanmasını önleyecek birtakım bariyerler oluşturma fonksiyonu görmeleri durumunda mahkemeye erişim hakkının zedeleneceği ifade edilmektedir** (AYM kararı, Yaşar Çoban [GK], B. No: 2014/6673, 25/07/2017, § 45; AYM kararı, Şevket Coroz ve diğerleri, B. No: 2019/35906, 16/06/2022, § 64; AİHM kararı, Eşim/Türkiye, B. No: 59601/09, 17/09/2013, § 21). **Bu itibarla, Mahkemelerin usûl kurallarını uygularken, bir yandan âdil yargılanma hakkını ihlâl edebilecek aşırı şekilcilikten, diğer yandan da kanunlarla düzenlenen usûl kurallarının ortadan kaldırılması sonucunu doğurabilecek aşırı gevşeklikten kaçınmaları gerekmektedir”.**

- b. Kanunda açık kural bulunması gerekip gerekmediği hususunda da Danıştay dairesinin yaklaşımını gösteren gerekçe bulunmaktadır: “2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinde, ilk derece mahkemelerince, uyuşmazlığa konu edilen işlemlerin hukuka uygunluk denetiminin yapılmamış olması hâlinde, **üst derece mahkemesince ne yönde bir karar verileceği hususunda açık bir kural öngörülmemiş ise de, bu konunun kanun koyucu tarafından önceden öngörülmesinin mümkün olmaması ve hukuka uygun olanın, uyuşmazlığın tüm boyutuyla ele alınıp, bu çerçevede bir hüküm kurulması olduğundan, bu istisnai durumun ayrıca yasal metinlerde düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır.”**

Bu cümleler konunun nasıl değerlendirildiğini göstermektedir.

- 4) Temyize konu yargı kararı verildikten sonraki hukuki gelişmelerin temyiz aşamasındaki hukuka uygunluk denetimine etkisi konunun önemli bir boyutunu oluşturmaktadır. Elbette idari işlemlerin hukuka

uygunluk denetiminin tesis edildiği dönemde yürürlükte bulunan mevzuat hükümleri çerçevesinde yapılmaktadır, yeni düzenlemeler geçmişe yönelik uygulanamaz ancak hukukilik denetimi kimi zaman farklı uygulamayı gerektirmektedir:

a. Eğer temyize konu yargı kararı sonrasında Anayasaya aykırılık sebebiyle uygulanan kanun hükmü iptal edilmiş ise temyiz aşamasında bu iptal hükmü dikkate alınmaktadır.

Örnek vermek gerekirse Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun E. 2022/882, K, 2023/53 sayılı ve 23.01.2023 tarihli kararında;

“2- Anayasa Mahkemesi Kararlarının Görülmekte Olan Uyuşmazlığa Etkisi;

Aktarılan bu süreç itibarıyla Anayasa Mahkemesi kararlarının muhteviyatı, sonuç ve etkileri, geriye yürümesi ve söz konusu kararlardan önce yürürlükte olan Anayasa'ya aykırı kural döneminde tesis edilen işlemlere karşı açılan ve halen görülmekte olan davaların Anayasa Mahkemesi kararlarından ve bu kararlar uyarınca yapılan yeni yasal düzenlemelerden ne şekilde etkileneceği hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. ... / Bu hukuksal durumun doğal sonucu olarak, bir kanun ya da kanun hükmünde kararnamenin uygulanması nedeniyle dava açmak durumunda kalan ve Anayasa'nın 153. maddesi uyarınca itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmasını isteme hakkına sahip olan kişilerin açmış olduğu davalarda da; uyuşmazlığın çözümünde esas alınacak olan kuralın iptal davası veya itiraz yoluyla daha önce yapılan başvuru sonucunda Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş olması halinde, iptal hükmünün uyuşmazlık yönünden değerlendirilmesi Anayasa'da yer alan eşitlik ve hukuk devleti ilkelerinin bir gereği olduğundan, bu durum Anayasa'nın 153. maddesinin 5. fıkrasında yer alan iptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesine aykırılık teşkil etmez.”

b. Özellikle temel hakların korunması yönünde getirilen yeni düzenlemeler henüz yargılaması devam eden işlemlerin hukuki denetiminde uygulanır.

c. İdari yaptırımlar açısından lehe olan kanun hükmü değişikliği uygulanacağı zaten uzun süredir yerleşmiş bir içtihattır. (13. Daire, 05/11/2019, E:2014/327, K:2019/3419; 13. Daire, 19/09/2019, E:2019/2773, K:2019/2680; 6. Daire, 01/12/2022, E:2022/5642,

K:2022/10500; 8. Daire, 05/04/2022, E:2021/3311, K:2022/2378; İDDK, 03/02/2022, E:2021/344, K:2022/316).

- d. İdari işlemin tesis edildiği dönemden önceye ait yeni ortaya çıkan bilgi ve belgelerin de işlemin hukuka uygunluk denetimi değerlendirmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği hakkında 2. Daire'nin kararı (23/11/2022, E:2021/1881, K:2022/5894; 2. Daire, 11/10/2022, E:2021/1810, K:2022/4998) bulunmaktadır.
- e. Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş ve fakat iptal kararının yürürlüğe girmesi için süre verildiği durumlarda, Danıştay önündeki davalarda bu süreye bağlı olmaksızın artık anayasaya aykırılığı belirlenmiş kanun hükmünün uygulanamayacağı yönünde kararlar da vardır.

“Anayasa Mahkemesince bir yasanın veya KHK'nin tümünün ya da bunların belirli hükümlerinin Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiş olduğu bilindiği halde eldeki davaların Anayasaya aykırılığı saptanmış olan kurallara göre görüşülüp çözümlenmesi, Anayasanın üstünlüğü prensibine ve hukuk devleti ilkesine aykırı düşeceği için uygun görülmez. Bir başka anlatımla, Anayasa Mahkemesinin, iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi ileriye dönük olarak ertelemiş bulunması öncelikle yasama organına aynı konuda, iptal kararının gerekçesine uygun olarak yeni bir düzenleme için olanak tanımak ve ortada hukuki bir boşluk yaratmamak amacına yönelik olup her durumda yargı mercilerinin bakmakta oldukları uyuşmazlıklarda hukuka ve Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiş kuralları uygulaması ve uyuşmazlıkları bu kurallara göre çözümlenmesi sonucunu doğurmaz. ... Aksi halde Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararının uygulama tarihinin yukarıda belirtilen amaçla ayrıca belirlenmesi halinde iptal edilen yasa kuralının uygulanmasının sürdürülmesi nedeniyle bu uygulamaya karşı dava yoluna başvuracakların iptal kararının hukuki sonuçlarından yararlanamayacaklarının kabulü; bir yandan dava yoluna başvuran herkes için Anayasa ile tanınmış olan itiraz hakkının bunlar için fiilen işlemez hale getirilerek ortadan kalkması ve iptal kararının uygulanamaması, öte yandan Anayasa'ya aykırılığı hükmen saptanmış olan bir yasa kuralının uygulanmasının hukuken korunması gibi bir sonuca neden olur ki bu durumun Anayasanın üstünlüğü ve Hukuk Devleti ilkesine aykırı düşeceğinin

kabulü gerekir.” (İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2010/2292 K. 2013/3366 T. 30.10.2013).

5) İvedi yargılama usulüne göre temyiz incelemesinde, ilk derece mahkemesinin kanun maddesi sadece ilk inceleme açısından ilk derece mahkemesine göndermeyi düzenlemiş olmasına rağmen, ilk derece mahkemesinin şu veya bu yönde bir kararının olmadığı konuda temyiz aşamasında karar verilemeyeceği, ilk derece mahkemesine gönderilmesi gerektiği yönünde kararlar bulunmaktadır.

Danıştaya göre 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin 2. fıkrasının (g) bendinde yer alan "Verilen nihaî kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir." hükmünde geçen "nihaî kararlar"dan anlaşılması gereken, davaya konu edilen işlemlerin ilk derece yargı yeri olarak hukuka uygunluk denetiminin yapılması ve bu konularda verilmiş nihaî bir kararın varlığı olduğundan, ilk derece mahkemesince uyuşmazlıkla ilgili karar verilmeyen bir konuda, temyiz mercii tarafından dava konusu işlemin hukuka uygunluğuna ilişkin doğrudan yargılama yapılarak bir karar verilmemesi gerektiği hakkında (konuya ilişkin pek çok karar arasından örneğin) 13. Daire, 12/12/2022, E:2022/4618, K:2022/4715; 13. Daire, 09/11/2021, E:2021/4388, Karar No:2021/3719; 13. Daire, 26/06/2019, E:2019/1001, K:2019/2258.

IV. İdari yargılama usulünü, yargılama hukukunun bir dalı olarak ele almak gerektiğini düşündüğüm için Medeni Usul Hukuku alanındaki birkaç esere de atıfta bulunarak doktrinde istinaf ve temyiz usulü farkına ilişkin yazılanlardan küçük alıntılar yapacağım. Ancak hemen kanaatimi belirtmek isterim ki uygulamada karşılaşılan her durumda yeterli olabilecek teorik açıklamalar zaten konunun bünyesi gereği mümkün görülmemektedir. Bu yüzden yargı kararlarıyla ortaya çıkan durumu izleyerek müzakere etmek, durumları ve çözümlerin isabetini değerlendirmek daha işlevsel olacaktır.

Bu alanda az sayılmayacak sayıda çalışma bulunmaktadır. Nitekim Yargıtay ve Türkiye Adalet Akademisi tarafından 20-21 Nisan 2017 tarihinde bu hususta bir sempozyum düzenlenmiş ve “*Temyiz İncelemesinde Hukukilik Denetiminin Sınırları, Türk Hukuk İstinaf Reformu Sonrası Mukayeseli Hukuk Sempozyum Bildiriler Kitabı*” başlığıyla 2018 yılında Ankara’da basılmıştır. Bu kitapta yer alan bildirilerde Türk Hukuku yanında, Alman Hukuku, İsviçre

Hukuku, Belçika Hukuku ve Fransız Hukukuna ilişkin açıklayıcı tebliğ metinleri yer almaktadır. Tebliğlerden bazı alıntılar yapmak isterim:

- “Ceza Yargılaması Hukukunda Genel Olarak İstinaf Yasa Yolu, Amacı ve Felsefesi” başlıklı makaleden dikkat çeken bazı cümleler: “Yasa yolunda kararın hem maddi, hem de hukuki yönü inceleniyorsa bu ikinci derecedir. Bizde itiraz ve istinaf yolu ikinci derece yasa yoludur. Yasa yolunda, kararın yalnızca hukuki yönü inceleniyorsa hukuki derece söz konusudur. Temyiz yolu, hukuki derece yasa yoludur”², “Maddi olay yargılaması ve gerçek anlamda duruşma yapılmadığı için temyiz yolu, ne ikinci ne de üçüncü derecedir. Temyiz yolu, yasa yolu olarak ‘hukuki derecedir’³ “Hukuksal metinlerdeki kavramların tanım ve yorumlarının aynı (tek) olması içtihatla birlikte sağlanır. İchtihatla birlik istendiğinden dolayısıdır ki Yargıtay bir tanedir. İstinafın amacı ‘ıchtihat birliği’ olmadığı için istinaf mahkemeleri (Bölge Adliye Mahkemeleri) birden fazla olabilir. /Yargıtayın içtihat birliği için tek olmasını savunanlar teklifi bozan her türlü tutumdan kaçınmak gerektiğini belirterek, Yargıtaydaki daire, kurul, bölüm çokluğundan da kaçınmak gerektiğini haklı olarak ileri sürmüşlerdir”⁴
- Karar incelemeleri üzerinden konuya yaklaşan bir makalenin başlığı “İstinaftan sonra temyizın sınırları ve Yargıtay 13. Ceza Dairesinin Uygulamaları”dır. Yazıda teorik açıklamalardan çok örnek kararlar incelenmiştir⁵.
- Kitaptaki bir makalede Belçika temyiz mahkemesinin yıllık yaklaşık 1500 karar vermek suretiyle, ceza hukuku bakımından içtihat birliğini sağlamakta olduğu bilgisi dikkat çekmektedir⁶.
- Baviera Yüksek Eyalet Mahkemesi Emekli Hakimi Prof. Dr Karl Heinz Gössel’in “Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyizde Maddi Meselenin İncelenmesi Sorunu” başlıklı yazısı kapsamlıdır:

² Ceza Yargılaması Hukukunda Genel Olarak İstinaf Yasa Yolu, Amacı ve Felsefesi, a.g.e., s. 4.

³ A.g.m., s. 12.

⁴ A.g.m., s. 26.

⁵ Vuşlat Dirim, İstinaftan Sonra Temyizin Sınırları ve Yargıtay 13. Ceza Dairesinin Uygulamaları, s. 43 -72.

⁶ Stefan de Moor, Belçika Fransız Hukukunda İstinaftan Sonra Temyiz Safhası Uygulama Bakımından İnceleme Yetkisinin Değerlendirilmesi, s.91.

*“Konuşmama çarpıcı bir tespitle başlamak istiyorum. Uygulama, kanun koyucunun bir kanunu yaratırken hedeflediği amaçlardan çok farklı olabilir. Bu tespit, bugünkü konumuz açısından büyük ölçüde gerçekleşmiştir. Alman Ceza Muhakemesi Kanununun 337’inci maddesinin 2’nci fıkrasına göre, ceza mahkemesi tarafından verilen hüküm, temyiz kanun yolunda sadece kanun uygulanmaması veya hatalı uygulanması ile sınırlı olarak incelenebilir. Kanunun resmi gerekçesine göre ... maddi tespitlerle ilişkili olan tüm alan Yargıtay tarafından denetlenemez. ... **Kanun yürürlüğe girdikten yaklaşık 100 yıl sonra, 1973 yılında yapılan bir bilimsel araştırma, gerekçede açıklanan amacın tam aksine, maddi tespitlerin temyizde hiçbir sınırlamaya tabi tutulmaksızın incelendiğini ortaya koymuştur** (atıf SchmidZStW 1973, 360, 382)”⁷ Bu bildirden sınırın “delillerin vicdani kanaatle serbestçe takdiri meselesine” dönüştüğü anlaşılmaktadır⁸. “Mantıklı düşünmenin doğru sonuç verebilmesi, yani madde ceza hukuku normunun somut olaya doğru bir şekilde uygulanabilmesi için, maddi olgunun gerçeği yansıtan ve doğru bir şekilde belirlenmiş ve tespit edilmiş olması gerekir⁹. Yazar sonuç kısmında şu kanaate ulaşmıştır: “Temyizde incelenemeyen tek alan, hakimin vicdani kanaatinin içsel karar verme sürecine ilişkin kısmı ... hakimin beş duyusuyla yaptığı algılamalar ... delillerin tümü nazara alınarak yapılan değerlendirme de temyizde denetlenemez”¹⁰ şeklinde görüşünü açıklamıştır. Buna karşılık maddi tespitlerin mantık kurallarına ve olayın akışına uygun bir muhakeme usulünde yapılıp yapılmadığı, tam ve eksiksiz olarak yapılıp yapılmadığı, kanunun aradığı maddi olgu niteliği taşıyıp taşımadığı, hakimin vicdani kanaatine dayanıp dayanmadığı hususlarında temyiz incelemesi yapılacağı kanaatindedir¹¹.*

⁷ Prof. Dr. Dr.h.c. Karl Heinz GÖSSEL, Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyizde Maddi Meselenin İncelenmesi Sorunu, s. 109.

⁸ A.g.m., s. 112.

⁹ A.g.m., s. 114.

¹⁰ A.g.m., s. 124.

¹¹ A.g.m., s. 124.

İdari yargı özelinde temyiz kanun yolunu inceleyen ve ele aldığımız konuya da değinen çalışmalar vardır. Bunlar arasında yüksek lisans tezleri¹² ve başkaca eserler sayılabilir.

Kısaca söylemek gerekirse incelemeye çalıştığımız husus doktrin tarafından tamamen ihmal edilmiş bir alan değildir; fakat doğası gereği ancak somut dava konusu uyuşmazlıkların niteliği, çeşidi, ortaya çıkardığı farklı durumlarda verilen kararlar sayesinde ayrıntıları ve birbirine benzer sanılan durumlar arasındaki gerçek ayrımlar, sınırlar, zaman içinde ortaya çıkabilecektir. Yargı kararları sayesinde yüksek mahkemenin yaklaşım biçimi, kararlarının içerdiği çeşitlilik, ilkelerin farklı kullanımları üzerinde düşünerek, değerlendirilerek, varsayımlar geliştirilerek bir bütün olarak, genel çizgileriyle “olanın” anlaşılması ve değerlendirilmesine daha fazla ihtiyaç bulunmaktadır. **Konunun kanuni düzenlemesi elbette ve mutlaka dikkate alınmayı ve uyulmayı gerektiren merkez noktayı oluşturur ama Danıştay’ın çeşitli dairelerinin ve kurullarının yorumlama ve uygulama biçimiyle oluşan “kapsamı” tespit edildiğinde, bu merkezin etrafında oluşan, gelişen, yaşayan “hukuk”u anlamaya yardımcı olabilir.** Teorik çalışmalar konunun bünyesinin içerdiği “hareket”i ihata edebilecek imkânlarla¹³ zaten ancak yargı kararları çeşitlendikçe kavuşabilecektir. Bu yüzden teori ağırlıklı incelemelerin kanun maddesinin uygulaması açısından beklenen açıklığı sağlayamaması işin doğasından kaynaklanan bir durumdur.

SONUÇ OLARAK;

- 1) İstinaf kanun yolunun sistemimize girmiş olması, bunun yokluğundaki kimi zaman istinafen inceleme benzeri yapılmak durumunda kalınan temyiz uygulamasını elbette değiştirmiştir. Temyiz aşamasına gelmiş bir dosyanın olgunlaşması bakımından istinaf kanun yolundan geçmiş olmasının katkısı dikkate alındığında *kendiliğinden*, daha az noktada toplanmış, daha derinleşmiş bir temyiz denetimi yapılabilmesine uygun hukuki ortam gelişmiştir. Bu yüzden gelen dosya sayısını

¹² Yeni iki örnek Şentürk, Ecem Gül. İdari Yargıda Temyiz Kanun Yolu, Antalya, 2022 (basılmamış yüksek lisans tezi); Turgut, Ali Can, İdari Yargıda Temyiz, Erzincan, 2020 (Yüksek Lisans Tezi, Basılmış hali Seçkin, 2021).

¹³ Bu vesileyle tüm kararların ulaşılabilir olmasının önemine işaret etmek isterim.

azaltmaya yönelik bir filtre gerekse ve anlamlı olsa bile, gelen dosya bazında temyiz mercisinin yetkisine dair bir kanuni sınırlama gerektiği söylenemez. Bu yüzden temyiz aşamasına ilişkin “sınırlıdır” ibareli kanuni düzenlemenin gerekliliğinde şüpheliyim. Hukuki değerlendirme açısından gerekiyorsa maddi olayın isabetli tespit edilip edilmediğine temyiz aşamasında da bakılabilmelidir. Elbette eksiklik, yanlış değerlendirme, delil ve ispattaki sorunlara evleviyetle bakılabilecektir.

2)Aslında, temyiz incelemesinde “hukuka uygunluk denetimi” yapılırsa kabulü, istinafla temyiz kanunyollarının farkını belirlemek için getirilmiş gözükse de, alt sınırdaki sadece kanuna uygunluğa bakmakla, üst sınırdaki yerindelik denetimi yapmak arasında kalan geniş bir sahaya yöneliktir.

Danıştay Kanunu’nun 23. maddesine eklenmiş olan “(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**” ibaresi ihtiyaç duyulmayan bir alanda temyiz incelemesini sınırlandırıcı niteliktedir. İfade biçiminde “hukuka uygunluğu” ibaresine dahi yer verilmemiş, “hukuka aykırılıkların denetimini yapmakla sınırlıdır” ifadesini kullanmıştır. Üstelik bu terimin kapsamını da açmış ve “*bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması şeklinde ortaya çıkan hukuka aykırılıkların denetimini yapmakla sınırlıdır*” demek suretiyle temyiz incelemesini **aktif bir araştırma yerine bariz bir eksiklik ve olumsuzluk tespiti şekline dönüştürmeye yönelmiştir**. Oysa hukuka uygunluk denetimi ibaresi kullanılsaydı bunun anlamı ve kapsamı daha geniş olurdu. Fakat elbette inceleme kapsamını da daha genişletmiş ve yorucu hale getirmiş olabilirdi.

Ancak uygulama bu yönde gelişmemiştir. Danıştay’ın 155. yaşına basan geçmiş tecrübesi, bütün yargı mercilerine emsal teşkil eden pozisyonu, alanın mektebi olma misyonu farklı bir gelişmeye yol açmıştır. Danıştay’ın “hukuka uygunluk/hukuka aykırılık” terimlerinin kapsamına dahil edilen dinamik kriterler sayesinde daha kapsamlı denetim yaptığını gösterir karar örnekleri bulunmaktadır. Çeşitli tartışmalara yol açmış tarihi tecrübesi sayesinde yerindelik denetimi yaptığı tartışmaları artık daha az

duyulmaktadır. Buna karşılık sadece kanuna metnine, lafzına indirgenmiş bir idari yargı uygulaması eleştirileri artmaktadır.

Bu noktadan hareketle **“hukuka uygunluk denetimi”** tabirine kanaatimce sadece kanunun lafzına uygunlukla sınırlı bir denetimini aşmayı esas alan ve fakat yerindelik denetimine gitmeye engel olmayı sağlayan bir misyon yüklemek gerekir.

Aslında hukuka uygunluk denetimi bir sınır işlevi görmez. Yerindelik denetimi ile oluşturulması gereken sınırı belirlemeye ilişkin bir kavramdır. Bu sınır sabit ve tartışmasız değildir. Dönemlere göre “esneme” payı vardır, ancak yargı kararlarıyla bu durum belirlenebilir.

Görebildiğim kadarıyla Danıştay “hukuka uygunluk” denetiminin kapsamını, kanunun lafzından ayrılmadan ama hukuka uygunluk teriminin kapsamına dahil edilen yeni verilerle geliştirmektedir. Ulusalüstü hukuktan alarak kendi malı haline getirdiği ilkelerle birlikte belirlenmiş bir içerik görülmektedir. Çeşitli girdilerden oluşan bu “hukuka uygunluk” kapsamı aslında her ülkede belli bir zamandaki hukuki birikimin uygulanabilir hale gelmiş mevcut durumunu da gösterdiği kuşkusuzdur.

Dolayısıyla temyiz kanun yolundaki incelemenin hukuka uygunluğun denetimiyle sınırı olması yaygın cümlesinin sınırlayıcı değil yol gösterici olduğunu; yerindelik ve yalnızca kanun açısından değerlendirme arasındaki bölgeyi ifade eden, sınır bölgelerindeki **hareketliliği temellendiren** bir işlevi bulunduğunu düşünmekteyim.

Danıştay’ın temyiz misyonu, bu durumda sadece “yargı kararını yargılamak” şeklindeki veciz ifadeyle açıklanamaz. Temyize konu yargı kararı üzerine konu ele alınmaktadır ama sadece bu yargı kararının verileriyle sınırlı bir hukuka aykırılık/hukuka uygunluk denetimi olmadığı yukarıda arz ve izah edilen kararlardan anlaşılmaktadır.

Temyize konu yargı kararından sonra ortaya çıkan yeni hukuki verileri de dikkate alarak (lehe yeni kanuni düzenleme, zaman içinde hukuka aykırılığı oluşturan usuli eksikliğin idarece giderilmesi, içtihat değişikliği, sonradan fark edilen maddi hata başta olmak üzere) **temyiz incelemesi sırasındaki hukuki durum değerlendirilerek**, konunun yargısal çözümünde sonuç olarak bir hukuka aykırılık bulunup bulunmadığı, temyiz aşamasında re’sen değerlendirilerek hükme gidebilmektedir.

Bunun hakkaniyeti sağlamaya yönelik önemli ve takdire şayan bir yaklaşım olduğunu düşünüyorum. Yalnız bu hususun bir “kanuna rağmen” zorlama olmaması için **ıçtihatlarda oluşan hukuki ilkelerin kanun maddesi haline getirilmemesi gerekir kanaatindeyim**. Kanuni düzenleme ile yasal temele kavuşturulduğu ve güvence altına alındığı düşünülen husus, tam tersine istisnalara engel olacak duruma dönüşebilmektedir. İçtihatlarla oluşan, oluşması gereken yargılama usullerinin yine içtihatlarla gelişimine uygun, hafifletilmiş bir kanuni altyapıya ihtiyacı vardır. Yargılama usullerinin ayrıntılı bir şekilde ve içtihatları esas alarak kapsamlı düzenlenmesi değil, tam tersi deregülasyonu, hafifletilmesi daha önemli ve işlevsel görülmektedir. İstisnalarına da yer vermek şeklinde kanunda düzenleme yapmak ise çözüm oluşturmamakta, tam tersine alanda ihtiyaç duyulan hareketliliğe engel olmakta, düzenleme yapılması konuyu karmaşıktırmakta ve farklı durumların ortaya çıkardığı adil kararlar verebilmek için kolaylaştırmak yerine durumu zorlaştırabilmektedir. Kanuni temel ihtiyacı ile her noktanın kanunla düzenlenmesi arasında önemli farklar vardır.

Zikrettiğimiz kimi kararlar irdelendiğinde Danıştay’ın bir yandan kanun hükmünü dikkate alarak, ama diğer yandan kanun hükmünün anlam ve kapsamını yorumlayarak sınır alanını belirlemekteki gücünü yetkisini gösterdiğini; dolayısıyla yargı kararları bilmeden, gelişim çizgisini yorumlamadan, farklı olaylarda dolayısıyla oluşturduğu kriterleri ve yaklaşım biçimini anlamadan, değerlendirmeden sadece kanuna bakarak bu alanın belirlenemeyeceğinin önemli bir ifade biçimidir. Kısaca yasamada ve doktrinde bu hususta zihin netleşmemiş olabilir ama yüksek yargı yerlerinin uygulamayla gelişen tutumu gayet net, açık, gerekçeli, tutarlı ve “idari yargının özelliğinin gerektirdiği”¹⁴ yaklaşımları “ilgili kanun maddelerine uygun saydığı”nı göstermektedir.

Danıştay “hukuka uygunluk” denetimini, Anayasa Mahkemesinin hak eksenli şeklinde adlandırılan “hukuka uygunluk” denetimi yönünde geliştirmekte ve temyizden baktığı hususlarda, sadece istinaf mahkemesi veya idare mahkemesinin kararının hukuka uygunluğu ekseninde değil, dava konusu uyuşmazlığın bütününe yönelik bir bakış açısına doğru

¹⁴ Bakınız Anayasa madde 155 son

genişletebilmektedir. Sürekli hareketli olan bir alanda, çeşitli varsayımlar geliştirerek olanı anlamaya çalışmak ve bu hareketliliği bir belirsizlik olarak değil, canlılık göstergesi saymak gerekir samimi kanaatindeyim. Bir diğer deyişle hukuka uygunluk denetimi kavramını aşmamış, kapsamını genişletmiştir denilebilir. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yolu, AİHM kriterlerini de dahil ederek, onların baktığı kapsamı da idari yarıya ithal eden, idare hukuku kapsamına alan bir “hukuka uygunluk” uygulaması örnekleri görülmektedir.

3) Temyiz aşamasına ve Danıştay’a ilişkin sürekli tekrar edilen içtihat birliğini sağlamak görevi hususuna biraz daha farklı bakılması gerektiğin yönündeki kanaatimi bu vesileyle değerlendirmelerinize sunmak isterim:

Temyiz aşamasında esasen farklı kararlar verilmesini gerektirir uyuşmazlıkların veya olayların bulunup bulunmadığı hususunun incelenmesi gerekir. Çünkü *“olayların birbirinden farklılık göstermesi iki karardaki farklılaşan değerlendirmeleri haklı gösterir”*. Dolayısıyla karar bütünlüğü içinde aslında olay ayrıntılarının incelenmesi de gerekebilmektedir¹⁵.

Aslında içtihat birliği değil, içtihat bütünlüğü önem taşıdığı için, temyiz aşamasında ana içtihattan ayrılmayı haklı ve gerekli kılan unsurların olup olmadığı, mahkeme kararı gerekçesinin açık ve hukuki öngörülebilirliği sağlamaya yeterli katkı içerip içermediğine bakılması ve gerekirse farklı gerekçeyle onaması da önemlidir. İchtihatları birleştirmeyecek, çeşitlendirerek bütünlüğünü ve irtibat kopukluğu yaşamadan gelişmeyi sağlayacaktır.

Tekrar işaret etmek isterim ki, yüksek mahkemelerin işlevi, çokça tekrarlanan içtihat birliğini sağlamak da değildir. Birlik sağlamak değil, hassas farkları uyarlanabilen çeşitlilik sağlayacak esnekliğe sahip olmak; bu yöndeki kararların dağınık ve keyfi olmayan boyutunu gösterecek şekilde bütünlük sağlamak önemlidir. Kanaatimce yüksek mahkemeler kendi yargı düzeni içinde içtihat birliğini değil, içtihat tutarlığını, canlılığını,

¹⁵ **AHMET SAYGILI VE ŞEFİKA SAYGILI BAŞVURUSU (Başvuru Numarası: 2013/135) Karar Tarihi: 21/1/2015** “42. İhtilaf konusu davalardaki uyuşmazlıkların veya olayların birbirinden farklılık göstermesi, iki karardaki farklılaşan değerlendirmeleri haklı gösterir ve aynı konuda verilmiş çelişen hükümlerden bahsedilemez (aynı yöndeki AİHM kararı için bkz. Erol Uçar/Türkiye (k.k.), B. No: 12960/05, 29/9/2009)”.

gelişme yönünü ve biçimini, değişme hızını ve hakkaniyetin gerektirdiği istikrar kazanmış kararlarından farklı olması gereken karar çeşitliliğini ve makul gerekçe düzenini sağlamaktadır.

4) Her ülkede idari yargının “devletin diğer organlarıyla olan” doğası gereği gerilimli (ama kesinlikle çatışmalı olmaması gereken) ilişkisinde, Yüksek yargı merciinin kritik ve emsal niteliğinde kararlarıyla oluşan ve yargı düzeninde yer alan diğer mahkemeler nezdinde etkili olan, bir yargılama strateji/tarzı/üslubu oluşmaktadır.

Kanaatimce günümüzde yerindelik denetimi alanına geçme ihtimali ve geçen karar sayısı artma eğilimi göstermemektedir. Buna karşılık sadece kanunun lafzına uygunluğa indirgenmiş bir yargısal denetim ihtimali daha risklidir. Çünkü yerindelik sınırı aşıldığında, oluşturduğu sakıncaları giderecek imkânlar daha fazladır. Oysa idari yargının kendisinden beklenen etkin yargılamayı yapamayacak sadece kanunun lafzına uygunluk denetimi yapmaya indirgenmiş bir uygulamanın gerçekleşmesi, toplumda daha sonra giderilmesi çok zor olan, artık etkin yargılama yapılmadığı kanaatine yol açabilir ki bu da ölümcüldür. Tıpkı şeker hastalığı gibi, şeker yüksekliği hep dikkat çeker ama daha öldürücü olan, daha önemsizmiş gibi görülen şeker düşmesidir.

Yerindelik sınırına yaklaşıldığında temyiz merci olarak Danıştay’ın göstereceği yaklaşım idare hukukunu geliştirecektir. Kimi zaman takdir, kimi zaman eleştirilerle, etkileri görüldüğünde, yargı kararı üzerine onu yerine getirmek veya etkisini gidermek için yapılan idari işlemler veya kanunlarla bu gelişim sağlanacaktır. Bu sınır alanlarında, ancak hukuki kavramların kapsamına ilişkin yeni değerlendirmelerle dolaşmak emniyetlidir. Belki yerindelik denetimi sınırından uzaklaşmaya çalışmak yerine, yargı kararı üzerine yapılması gerekeni açıklayan, idare açısından “bağlayıcı” olmayan ama yol gösteren bir yaklaşım, sınırı daha net göstermesi ve pratik faydası olması sebebiyle tercih de edilebilir.

5) Danıştay kimi davalarda verdiği kararlarla gösterdiği yaklaşım önemlidir: Dava konusuna temyiz aşamasında sadece temyize konu mahkeme kararı açısından değil, bir bütün olarak bakmakta ve oluşmuş ilkeler ışığında değerlendirmektedir, Dosya Anayasa mahkemesinin bireysel başvuru yoluyla gittiğinde, AİHM’ne gittiği

takdirde kullanılacak hukuki kriterlerin önemli kısmını idari yargıya ithal etmekte, biraz çarpıcı bir kavram olması bakımından müsaadenizle kullanıyorum, bu yargı yerlerinin hukuki araçlarını “devşirmek”tedir.

Bu tutum, temyiz merci olarak kanunlarla belirlenmiş yatay veya dikey sınırlarını aşmak değil; sınırları dışında gelişmiş olan “hukuk”u da sınırları içine alarak değerlendirme kapsamını ve etkinliğini geliştirmek saymaktayım.

Bir başka yargı merciine, bir kanun yolu olarak değil farklı bakış açısıyla irdelenmek üzere olsa dahi, gidecek uyumsuzluklarda onların geliştirdikleri hukuki değerlendirme kapsamını ve yaklaşımını temyiz merci olarak kullanması önemli ve önemli olduğu kadar dönüştürücüdür.

Nitekim buna yol açan gelişmeler sadece Danıştay kararlarını değil, Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru dolayısıyla verdiği kararlarda da kullanılan ilkeler, aynı Anayasa Mahkemesinin norm denetimi yaptığı davalarda verdiği kararları da dönüştürmektedir. Danıştay’da bu yeni hukuka uygunluk kriterlerini hızlı biçimde almakta ve kullanmaktadır. Bu durum temel olarak takdire şayan olmakla birlikte hızı, hukuki temeli, bağlantı köprülerinin sağlamlığı, objektifleşmeye müsait ele alınış ve gerekçelendiriliş tarzı bakımından ayrıca ve karar bazında tekrar tekrar değerlendirilmesi gereken boyutu bulunmaktadır.

Başta darbe dönemleri olmak üzere, birçok badire geçirmiş ülkemiz kurumları, bu kapsamda ülkemiz hukukun üreten ve yorumlayan temel direklerden birisi olarak Danıştay, kanunlarla düzenlenmiş yetkilerini, kanunlarla getirilmiş sınırları çerçevesinde ve anayasada sadece Danıştay için kullanılmış “idari yargının özelliği”¹⁶ ibaresinin ışığı altında, ulusalüstü gelişmelerle bağlantısını sürdürerek, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını yakından takip ederek, kararlarında giderek artan biçimde doktrine atıflar yaparak kendi yargılama kapsamını hassas biçimde oluşturmaktadır. Bunun anlaşılması ve bu sürece katkıda bulunulabilmesine tüm kararlarına kolay erişilebilirlik sağlanması faydalı olacaktır.

¹⁶ “Danıştayın, kuruluşu, işleyişi, ... idari yargının özelliği, ... esaslarına göre kanunla düzenlenir”(Anayasa Madde 155 son).

Mahmut VURAL (Oturum Başkanı): İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı Prof. Dr. Aydın Gülan Hocamıza çok teşekkür ediyoruz. Gerçekten temyiz incelemesinin anlamı, mahiyeti, kapsamıyla ilgili bize bir hukuk bilgisi ziyafeti sundu. Kendisine çok teşekkür ediyorum.

Şimdi üçüncü konuşmacımıza söz vereceğim. Onuncu Daire Başkanımız Yılmaz Akçil Bey uygulamadan edindiği tecrübeleri ve teorik çerçevede yaptığı araştırmalar sonucunda edindiği bilgileri mezc ederek güzel bir çalışma hazırladı. “Temyiz Kanun Yolunun Etkinliği, Sorunlar ve Çözüm Önerileri” başlığıyla şimdi bize sunacak. Çok yararlı bilgiler sunacağından eminim. Sözü kendisine bırakıyorum. Buyurun Sayın Başkanım.

TEMYİZ KANUN YOLUNUN ETKİNLİĞİ, SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Yılmaz AKÇİL*

GİRİŞ

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda "kararlara karşı başvuru yolu" olarak adlandırılan, öğretide de olağan kanun yolları¹ arasında sayılan temyiz, kelime olarak "ayırt etme" anlamına gelmektedir.² Hukuk terimi olarak ise sözlükte "hüküm ile hükmün müstenit olduğu muhakemenin, hukuki cihetten, bir defa daha tetkikini mümkün kılan kanun yolu" olarak tanımlanmaktadır.³ Kara Avrupası hukuk sistemini benimseyen hukukumuzda adli yargı ve idari yargı kollarının başında iki ayrı temyiz mercii bulunmaktadır. Çalışmada idari yargı kolunda temyiz kanun yolu ele alınacak olsa da öncelikle temyiz kanun yolunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi nezdinde hangi kapsamda değerlendirildiğinin belirtilmesi yararlı olacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, temyiz kanun yolunu "hak arama hürriyeti" ve "mahkemeye erişim hakkı" bağlamında değerlendirmekte, dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesi kapsamında ele almaktadır. Mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı yargı sistemindeki ilgili mahkeme önüne taşıyabilmek ve söz konusu uyuşmazlığın etkili ve hukuka uygun bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek olarak tanımlandığında,⁴ hakkın kapsamına, davayı kanunlarda öngörülen üst mercilere taşımayı, bir diğer deyişle istinaf ve temyiz yoluna gidebilmeyi de dahil etmek gerekir. Nitekim Avrupa İnsan

* Danıştay Onuncu Daire Başkanı

¹ "Kanun yolları veya İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun ifadesiyle kararlara karşı başvuru yolları, mahkemelerce verilen nihai kararların hukuka uygunluğunu sağlamak için bir üst mahkemece yeniden incelenmesi ve denetlenmesine ve gerektiğinde düzeltilmesi ve değiştirilmesine olanak sağlamak amacıyla davanın taraflarına tanınmış bulunan başvuru yollarıdır" (Kaplan, Gürsel, **İdari Yargılama Hukuku**, Bursa, 2019, Ekin Yay., 4. Baskı, s. 485).

² Türk Dil Kurumu resmi internet sitesi www.sozluk.gov.tr adresinden "temyiz" kelimesi aratıldığında çıkan anlamdır.

³ **Türk Hukuk Lügatı**, Ankara, 1991, Başbakanlık Basımevi, "Temyiz" başlıklı madde.

⁴ Çayan, Gökhan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı", **TAAD**, 2016, S. 28, s. 249.

Hakları Mahkemesi içtihatları da -Sözleşme'nin 6. maddesinde mahkemeye erişim hakkı açıkça tanımlanmamış olmasına rağmen- bu yöndedir.

Ancak Yüksek Mahkemenin kanun yoluna gidebilme hakkını sınırsız olarak tanıdığı da düşünülmemelidir. Mahkemeye erişim hakkının sınırlanabileceğini, bu sınırlamanın kanuni bir dayanağının bulunması, meşru amaca yönelik olması ve ulaşılmak istenen amaç ile sınırlamanın boyutu arasında makul bir orantılılık olması gerektiğini belirten Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi,⁵ her halükarda iki veya daha fazla aşamayı içeren bir yargılama yapılmasını da zorunlu görmemektedir.⁶

Anayasa Mahkemesi de tıpkı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi kanun yolunu mahkemeye erişim hakkı ve hak arama hürriyeti bağlamında değerlendirmektedir.⁷ Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesi, "*Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda inceleme ve denetleme yapan Anayasa Mahkemesi de hakkın güvence

⁵ Oğurlu, Yücel, "AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak Ölçülülük İlkesi", **Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce'ye Armağan**, İzmir, 2001, s. 487.

⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin eki 1984 tarihli 7 numaralı Protokol'ün 2. maddesinde mahkumiyet hükmünün bir üst merci tarafından denetlenmesi öngörülmektedir. Kaplan, bu hükmün yalnızca cezai alanla ilgili olduğu ve medeni yargılama alanı ile idari uyuşmazlıkların çözümünde gündeme gelmeyeceğini belirtmektedir (Kaplan, Gürsel, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 485). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin iç hukukumuzda idari yaptırım olarak tanımlanan birçok durumu "cezai alan" içerisinde değerlendirdiği göz önüne alındığında, özellikle idari yaptırımların hukuki denetiminin yapılması konusunda en az iki dereceli yargılamanın gerekip gerekmediği değerli bir tartışma konusu teşkil etmektedir.

⁷ "*Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında, 'Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.'* hükmüne yer verilmiştir. Maddeyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının yanında, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Anayasa Mahkemesinin daha önceki kimi kararlarında da belirtildiği üzere, kanun yoluna başvurma hakkı da, hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı kapsamındadır" (AYM, E.2014/142, K.2014/182, T.04/12/2014).

kapsamına aldığı alanı kanun yolu aşamasında da gözetmektedir. Bu husus Mahkemece, “Mahkemeye erişme hakkı sadece ilk derece mahkemesine dava açma hakkını değil, eğer iç hukukta itiraz, istinaf veya temyiz gibi kanun yollarına başvurma imkânı tanınmış ise üst mahkemelere başvurma hakkını da içerir.” ifadeleriyle dile getirilmiştir.⁸ Anayasa’nın 142. maddesinde ise, mahkemelerin kuruluş, işleyiş ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Bu itibarla, kanun yollarının ve yargılama usulüne ilişkin sınırlamaların da kanun ile düzenleme altına alınması gerektiği açıktır. Nitekim hem İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda hem de Danıştay Kanunu’nda temyiz incelemesinin usulü düzenlenmiş ve kanun yoluna başvuruyu sınırlandıracak hükümler belirlenmiş bulunmaktadır. Anayasa’da doğrudan kanun yoluna ilişkin bir düzenleme bulunmadığından kanun koyucunun yargılama usulüne ve dolayısıyla kanun yoluna ilişkin sınırlamalar konusunda takdir yetkisine sahip olduğunu söylemek mümkündür.⁹ Ancak bu takdir yetkisinin sınırsız olmadığını belirtmek gerekir. Anayasa Mahkemesi’nin deyişiyle, “Kanun koyucu bu takdir yetkisini kullanırken hukukun genel ilkelerine ve Anayasa’daki kurallara, özellikle de hukuk devleti ilkesine ve adil yargılanma hakkına uygun hareket etmelidir. Anayasa’nın 36. maddesi kapsamında korunan kanun yoluna başvurma hakkının etkili bir şekilde sağlanabilmesi için kanun yolu merciinin, incelenen kararı gerektiğinde değiştirme yetkisine de sahip olması gerekir.”¹⁰ Kanun koyucunun bu sınırlamayı yapması için elbette geçerli sebepleri mevcuttur. Örneğin Anayasa’nın 141. maddesinde düzenlenen ve öğretilde “usul ekonomisi” olarak adlandırılan ilkenin hayata geçirilebilmesi, yargılamaların en az masrafla ve en hızlı şekilde çözülebilmesi için doğal olarak kanun yoluna başvurma hakkına da birtakım sınırlamalar getirmek gerekmektedir. Başvurulabilecek kanun yollarının sayısını azaltmak, başvuru için önem sıralaması yapmak, başvuruyu belirli sürelerle tabi tutmak, başvuruya kapalı alanlar belirlemek¹¹ gibi araçlarla

⁸ **Ali Atlı Başvurusu**, B. No: 2013/500, T.20/3/2014, § 49.

⁹ Şentürk, Ecem Gül, **İdari Yargıda Temyiz Kanun Yolu**, 2022, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya Bilim Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, s. 13.

¹⁰ **AYM, E.2014/142, K.2014/182, T.04/12/2014.**

¹¹ Anayasa Mahkemesi her türlü davada kanun yolunun açılmasının zorunlu olmadığını, bir önem sıralaması yapılarak bazı davalarda kanun yolunun kapatılmasının yasama organının takdirinde olduğunu belirtmektedir: “Mahkemelerce verilecek kararlardan

usul ekonomisi ilkesi hayata geçirilmekte, kanun yoluna başvuru hakkı sınırlanmaktadır.

Sonuç olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi içtihatları ve Anayasa'da yer alan hükümler birlikte değerlendirildiğinde, kanun yoluna başvurma hakkının adil yargılanma hakkı bağlamında ve özellikle hak arama hürriyeti ve mahkemeye erişim hakkı kapsamında ele alındığı görülmektedir. Kanun yoluna başvuru hakkının sınırsız bir hak olmadığını, sınırlamaların yargılama usullerini düzenleyen kanunlar içerisinde yapıldığını, sınırlama için ölçülülük, orantılılık, öze dokunmama gibi kriterlerin belirlendiğini, yasama organının da bu çerçevede içerisinde kanun yoluna başvuru hakkını sınırlandırıcı hükümler ihdas edebileceğini söylemek mümkündür.

Çalışmanın konusu da gözetilerek idari yargıda kanun yollarından biri olan temyiz Anayasa'da nasıl düzenlendiğinden, kanunların temyiz yolu ile ilgili hangi hükümleri içerdiğinden kısaca bahsetmek yerinde olacaktır.

Anayasa'nın Danıştay'ı konu alan 155. maddesinde, *"Danıştay, idarî mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir."* hükmü yer almaktadır. Bu hükümle aslında idari yargıda en azından iki dereceli yargılamanın anayasal teminat altına alındığı belirtilebilir. Anayasa'nın Danıştaya vermiş olduğu bu görevin detaylarına ise 2575 sayılı Danıştay Kanunu'ndan ulaşmak mümkündür. "Danıştay'ın görevleri" başlıklı 23. madde hükmü şu şekildedir: *"İdare mahkemeleri ile vergi mahkemelerinden verilen kararlar ve ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülen davalarla ilgili kararlara karşı temyiz istemlerini inceler ve karara bağlar. Danıştay'ın temyiz mercii olarak görevi, bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması şeklinde ortaya çıkan hukuka aykırılıkların denetimini yapmaktır."*

Temyizen incelenecek davaları belirten 25. madde ise, *"İdare mahkemeleri ile vergi mahkemelerince verilen nihai kararlar ve ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülen davalarla ilgili nihai kararlar Danıştay'da temyiz yoluyla incelenir ve karara bağlanır."* şeklinde düzenlenmiştir. Bu maddede temyiz kanun yoluna başvurulacak kararların

hangilerinin kesin olduğu başta Anayasa'nın yargı ile ilgili hükümleri olmak üzere Anayasa'da belirlenen kurallara aykırı olmamak kaydıyla yasakoyucunun takdirine bırakılmıştır." (AYM, E.1990/20, K.1991/17, T.21/06/1991).

nihai kararlar olduğu belirtilmiş, ancak nihai kararlar arasında bir sınırlama yapılmamıştır. Bu sınırlamayı, bir diğer deyişle temyiz kanun yoluna konu edilebilecek kararları sayma suretiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 46. maddesi belirlemiştir:

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

- a) *Düzenleyici işlemlere karşı açılan iptal davaları.*
- b) *Konusu yüz bin Türk lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan davalar.*
- c) *Belli bir meslekten, kamu görevinden veya öğrencilik statüsünden çıkarılma sonucunu doğuran işlemlere karşı açılan 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.*
- 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.*
- ı) *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.*
- j) *8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun uygulanmasından ve 16/7/1997 tarihli ve 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanunun uygulanmasından doğan davalar.*

k) 6/6/1985 tarihli ve 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanununun uygulanmasından doğan davalar.

l) 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun uygulanmasından doğan davalar.

m) *Düzenleyici ve denetleyici kurullar tarafından görevli oldukları piyasa veya sektörle ilgili olarak alınan kararlara karşı açılan davalar.*"

Madde incelendiğinde, temyiz incelemesine tabi olan davaların tek tek sayılmak suretiyle belirtildiği görölmektedir. Yukarıda da değinildiği üzere kanun yoluna başvurma bir hak olarak kabul edilmektedir. Bu halde hakların geniş, istisnaların dar yorumlanması ilkesi¹² gereğince temyize tabi olmanın kural, tabi olmayan hususların istisna olarak düzenlenmesi gerekmektedir.¹³ Ancak yasama organı farklı bir tercih yapmış, temyize tabi kılınan davalar sayma suretiyle tek tek belirlenmiştir.

Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde bu durum ayrıntılı olarak değerlendirilecektir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki yasama organının bu yöndeki tercihi hak arama yollarını artırma ve hukuki güvenlik standardını yükseltme gayesiyle değil, yüksek mahkemenin üzerinde mevcut olağanüstü iş yükünü azaltma amacına matuftur.¹⁴

Temyiz merciin iş yükünü azaltarak onu bir içtihat makamı haline getirmek elbette istenilen bir durumdur. Fakat bu gayeye temyiz hakkının istisna olarak belirtilmesi yoluyla ulaşılması yerinde olmamıştır.¹⁵ Ayrıca temyize tabi kararların sayma suretiyle belirtilmesi, idari yargıda içtihat

¹² İlke hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Yongalık, Aynur, "İstisnalar Dar Yorumlanır" Kuralı ve Değerlendirilmesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2011, C. 60, S.1, s. 1-18.

¹³ Aynı yönde görüş için bkz. Akyılmaz, Bahtiyar/ Sezginer, Murat/ Kaya, Cemil, **Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku**, Ankara, 2019, Savaş Yay., s. 1693, 73 numaralı dipnot.

¹⁴ Üstün, Gül, "İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine Bir Değerlendirme", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2016, C. 22, S.2, s. 36.

¹⁵ Fransız idari yargılama hukukunda temyiz, "kendiliğinden var olan" bir kanun yolu sayılmaktadır. Bir diğer deyişle, temyiz kanun yolunun kullanılabilmesi için açık bir kanun hükmüne ihtiyaç yoktur. Fransa'da bir dönem özel görevli olarak oluşturulan "haysiyet divanı" kararlarının kesin olduğu belirtilmesine rağmen Fransız Danıştay bu divanda verilen kararları da temyiz incelemesine tabi tutmuştur (Kaplan, Gürsel, **Fransız İdari Yargılama Hukukunda Kararlara Karşı Başvuru Yolları**, Ankara, 2016, Ekin Yay., s. 196).

birliğinin sağlanması yönünden de isabetli görülmemektedir.¹⁶ Zira 2577 sayılı Yasa'nın 46. maddesi içerisinde sayılmayan hususlarda verilen kararlar bölge idare mahkemeleri düzeyinde kesinleşmektedir. Dolayısıyla Danıştay'ın bu konular hakkında içtihat oluşturmamasının önü kesilmiş olmaktadır. Bu durumdan doğabilecek hukuki sorunların önlenmesi yani bölge idare mahkemeleri arasında çıkacak içtihat farklılıklarını giderebilmek için 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'a 2014 yılında 3/C maddesi eklenerek çözüm bulunmaya çalışılmıştır.¹⁷ Ancak ülke genelinde faaliyet gösteren bölge idare mahkemeleri arasında içtihat farklılığını gidermek için getirilen bu yasal düzenlemenin yeterince etkin kullanılmadığı da görülmektedir.¹⁸ Bu sebeple temyize tabi kararların sayma suretiyle belirlenmesinin, Danıştay'ın temyiz fonksiyonunu olumsuz yönde etkileyeceği kuşkusuzdur. Her ne kadar iş yükü azaltılarak içtihat mahkemesi haline getirilmek istenmiş ise de, sadece sayma suretiyle gösterilen davalara bakan bir Danıştay tasarlamasının, kurumun güçlü bir içtihat makamı haline gelmesini engelleyeceği açıktır.

Çalışmada öncelikle temyiz kanun yolunun etkinliği meselesi ele alınacak, bu etkinliğin hayata geçirilmesi için özellikle idare hukukumuzda mehzaz ülke olan Fransa'daki uygulamaya değinilecek, ardından etkinliğin sağlanabilmesi için öğretilerde ortaya konulan çeşitli öneriler değerlendirilecektir. Çalışmanın diğer bölümünde ise, mevcut durumda temyiz kanun yolunda ortaya çıkan sorunlar, 2577 sayılı 46. maddesinin

¹⁶ Ünlüçay, Mehmet Rıza, **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu 147. Yıl Sempozyumu**, Birinci Oturum Açılış Konuşması, s. 8.

¹⁷ "Bölge idare mahkemesi başkanlar kurulu" başlıklı 3/C maddesinde kurulun görevleri arasında "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 uyuşmazılığın giderilmesini gerekçeli olarak istemeleri üzerine, istemin uygun görülmesi hâlinde kendi görüşlerini de ekleyerek Danıştay'dan bu konuda karar verilmesini istemek" hususu da zikredilmiştir.

¹⁸ Bölge idare mahkemeleri arasında çıkacak içtihat farklılıklarını konu alan bir çalışma için bkz. Bilgin, Hüseyin, "Bölge İdare Mahkemesi Kararları Arasındaki Aykırılık ve Uyuşmazılığın Giderilmesi Sorunu", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2021, C. 25, S. 3, s. 639-688.

temyiz kanun yolunu istisna haline getiren yapısı ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 23. maddesi uyarınca Danıştay'ın temyiz görevinin hukuki denetimle sınırlandırılması, maddi vakia denetimi yasağı, yani temyiz incelemesinin sınırı konusu irdelenerek çözüm önerileri dile getirilecektir.

I. TEMYİZ KANUN YOLUNUN ETKİNLİĞİ

Öncelikle “temyiz kanun yolunun etkinliği” ifadesinden ne anlamak gerektiğini açıklamakta fayda bulunmaktadır. Etkin olma hali sözlükte “hareketli, işleyen, çalışan, faal, aktif, dinamik olma” şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁹ Bu tanımları temyiz kanun yolu için yaptığımızda “dinamik, iyi işleyen, işe yarar sonuçlar veren, aktif olarak çalışan temyiz sistemi” olarak ifade edebiliriz. Bu tanıma uygun ideal bir temyiz sistemi nasıl olmalıdır? Bu sorunun cevabı çalışmamızın ana konusu olacaktır.

Günümüzde uygulanan temyiz sistemine geçmeden önce Türkiye'de idari yargı temyiz kanun yolunun tarihsel gelişimine kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır.

1868 yılında Osmanlı Devleti Dönemi'nde kurulan Şûrâ-yı Devlet yeni ismiyle Danıştay, Cumhuriyet Dönemi'nde de görevine devam etmiş, 1982 yılında gerçekleştirilen geniş idari yargı reformuna kadar tek idari yargı merci olarak kalmıştır. Dolayısıyla idari yargı mercii olarak sadece Danıştay bulunduğundan, bugün anladığımız manasıyla bir temyiz sistemi mevcut olmamıştır. Ancak münhasıran vergi ihtilaflarına bakmak üzere ilk kez 1926 yılında 755 sayılı Kazanç Vergisi Kanunu ile Vergi İtiraz ve Temyiz Komisyonları kurulmuştu. Daha sonra diğer vergi kanunları ve özellikle Vergi Usul Kanunu'nda yapılan değişiklikler ile vergi yargısıyla sınırlı olmak üzere üç aşamalı bir itiraz yolu öngörülmüş; İtiraz Komisyonu kararlarına karşı Temyiz Komisyonu'na, Temyiz Komisyonu kararlarına karşı da Danıştay'a itiraz yapılabilirdi. Türk Yargı Sisteminde üç dereceli yargılamanın yani istinaf sisteminin uygulaması geçmişte gerçekleştiği söylenebilir.

1982 yılında Türk İdari Yargı Sisteminde devrim niteliğinde bir değişiklik yapılarak Danıştay'ın dışında ülke genelinde bölge idare, idare ve vergi mahkemeleri kurularak iki dereceli yargılama sistemine geçilmiştir. Aynı zamanda Vergi İtiraz ve Temyiz Komisyonları kaldırılarak yerlerine ilk

¹⁹ Türk Dil Kurumu resmî internet sitesi www.sozluk.gov.tr adresinden “etkin” kelimesi aratıldığında çıkan anlamdır.

derece için vergi mahkemeleri, itiraz merci olarak da Bölge İdare Mahkemeleri görevlendirilmiştir. Bölge idare mahkemeleri, ilk başta genel olarak kanunun temyize tabi tutmadığı sınırlı sayıdaki davalarda itiraz mercii olarak tanımlanmıştır. 2016 yılında bölge idare mahkemelerinin de istinaf mahkemesi olarak şekillendirilip faaliyete başlamasıyla idari yargılama süreci üç dereceli hale getirilmiştir. Böylelikle dünya üzerinde birçok ülkede uygulandığı gibi Türkiye’de de merkezi bir temyiz mercii ve onun altında örgütlenen bölge mahkemeleri ve ilk derece mahkemeler kurulmuş oldu.²⁰

Bölge idare mahkemelerinin faaliyete geçmesiyle birlikte temyiz mercii olan Danıştay’ın rolü ve görev tanımı hakkında birçok tartışma gündeme gelmiştir.²¹ Bundan dolayıdır ki, Danıştay’ın temyiz mercii olarak görev sınırlarının belirlenmesi, uygulamada karşılaşılan sorunların tespiti ve çözüm önerileri büyük önem kazanmıştır. Zira uzun yıllar boyunca yoğun şekilde gelen dosya sayısı nedeniyle ağır iş yüküyle karşı karşıya kalan Danıştay’ın geliştirilmesi istenen “içtihat makamı” rolü ve görevi, yargısal etkinliğinin artırılması önerilerine esas teşkil etmektedir. Diğer bir deyişle, temyiz kanun yolunun etkinliğinin artırılması Danıştay’ın içtihat makamı olarak rolünün etkinleştirilmesi sonucuyla doğru orantılıdır. Elbette bir

²⁰ 521 sayılı Danıştay Kanunu döneminde temyiz yolu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 100 Yıl Boyunca Danıştay 1868-1968, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1968, s.303,322-323,537-595.

²¹ Şu çalışmalar istinaf sistemi ile ilgili gerçekleştirilen tartışmalara örnek olarak verilebilir: Sezginer, Murat, “İdari Yargıda İstinaf İncelemesinin Esasları İle İstinaf Uygulamasında İçtihat Ayrılıkları Sorunu Ve Çözüm Yolları”, **150. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu**, 11-18 Mayıs 2018, s. 111-134; Toklu, Esat, “Türk İdari Yargısının İstinaf Deneyimi, Karşılaştığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **150. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu**, 11-18 Mayıs 2018, s. 135-145; Gülan, Aydın, “Ülkemizdeki Kanuni Düzenlemeleri Sonrasında İstinaf Kanun Yolu Hakkında Yeniden ve Farklı Düşünmek”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu**, 10 Mayıs 2016, s. 19-28; Sancakdar, Oğuz, “İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu**, 10 Mayıs 2016, s. 29-113; Demirkol, Selami, “İdari Yargılama Usulü Yenilenirken İstinaf Kanun Yolu Öngörüsü – Danıştay’ın İçtihat Mahkemesi Rolünün Güçlendirilmesi”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu**, 10 Mayıs 2016, s. 115-140; Telli, Ali, “İstinaf Kanun Yolunda Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu**, 10 Mayıs 2016, s. 141-154; Üstün, Gül, “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine Bir Değerlendirme”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2016, C. 22, S.2, s. 13-38.

kanun yolunun etkinliğinin artırılması için **“hukuki denetimin kalitesi ve güvenilirliği”** çok önemlidir. Aynı zamanda kanun yolunun etkin bir şekilde işleyebilmesi için **“makul bir iş yükü seviyesi”** ile çalışması da gerekmektedir. Danıştay’ın içtihat oluşturan mercii olarak görev yapabilmesi için hem hukuki denetim kalitesi gibi maddi içerikli öneriler hem de iş yükünü makul seviyede tutabilecek usuli önerilerin önemi ortaya çıkmaktadır.

Esasında bir kanun yolunun etkinliğinin sağlanabilmesi için öncelikle yargılamanın değişik aşamalarında görev alan **“insan unsurunun her bakımdan yeterli olması”** gerekir. Bu yeterlilik hem nicelik hem de nitelik yönünden olmalıdır. İdari yargı sisteminde yer alan insan unsurunun niteliği, diğer bir ifadeyle mesleki anlamda yeterliliği büyük önem arz etmektedir. Bu hususu sadece hâkimler ve yüksek yargı üyeleri bazında düşünmek de yanlış olacaktır. Avukatlardan kalem personeline kadar sistemin içerisinde yer alan her kişinin mesleki anlamda yeterliliği doğrudan temyiz kanun yolunun etkinliği ile ilgilidir. En önemlisi de temyiz kanun yolu aşamasında görev yapan hâkimlerin mesleki yeterliliği meselesidir. Bu mesele hukuk öğrencilerine verilen eğitimle başlayan, temyiz mercisinde görev alan hâkimlerin meslek içi eğitimlerine ve hatta meslek mensuplarının seçimine kadar uzanan geniş bir süreci içermektedir. Konunun bu yönü çok daha kapsamlı bir çalışmayı hak etmektedir. Ancak çalışmanın temyiz kanun yolunun etkinliğinin sağlanmasında usuli ve şekli tedbirler ve tavsiyelerle sınırlandırılması tercih edilmiştir.

Bu çerçeveye sınırlı kalındığında, temyiz kanun yolunun bugünkü durumundan daha etkin ve güçlü hale getirilmesi için ne gibi önerilerde bulunulabilir? Öncelikle temyiz kanun yolundan beklenen amacın ele alınması bu soruya daha doğru cevap verilmesini sağlayacaktır. Kanun yolunun temel varlık sebebi, **“hata yapılması olasılığı ve adaletsizlik korkusudur”**.²² Temel amaç ise, Anayasa Mahkemesinin ifadesiyle, **“yargı yerleri tarafından verilen kararların kural olarak başka bir yargı yeri tarafından denetlenmesine imkan tanımak suretiyle daha güvenceli bir**

²² Demirkol, Selami, “İdari Yargılama Usulü Yenilenirken İstinaf Kanun Yolu Öngörüsü – Danıştay’ın İçtihat Mahkemesi Rolünün Güçlendirilmesi”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu**, s. 120.

yargı hizmeti sunmak"tır.²³ Güvenceli yargı hizmeti aynı zamanda adil yargılanma hakkına ve onun içeriklerinden olan mahkemeye erişim hakkına, makul sürede yargılanmaya ve ayrıca usul ekonomisi ilkesine²⁴ de uygun olmalıdır. Bu unsurları içeren yargı sistemini kurmak için ülkemizde gerçekleştirilen yargı reformları halen devam etmektedir. En son olarak TBMM tarafından kabul edilen 7. Yargı Paketi 7 Nisan 2023 tarih ve 32156 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Temyiz kanun yolu açısından getirilebilecek önerilere geçmeden önce, diğer ülkelerde temyiz kanun yolunun etkinliğinin sağlanması için ne gibi tedbirler öngörüldüğüne kısaca değinmekte fayda vardır.

Kanun yolunun etkinliğinin sağlanmasında en önemli meselelerden biri, temyiz merciinin iş yükünü azaltarak nitelikli dosyalara daha fazla vakit ayırabilmesine, genel içtihatları oluşturabilmesine ortam sağlamaktır. İş yükünü azaltma konusunda diğer ülkelerde uygulanan "**temyiz izni**" müessesesi değerli bir örnek teşkil etmektedir. Temyiz izni, temyiz yolunun kural olarak tüm kararlara karşı açık olduğu sistemlerde uygulanmaktadır. Türk idari yargı sisteminde, mevcut durumda, yukarıda da değindiğimiz gibi, temyize tabi kararlar sayma suretiyle belirlenmiştir. Bu durum, hakkın geniş, sınırlamanın istisnai olması kuralına aykırılık teşkil ettiğinden, yeni yapılacak kanuni düzenlemelerde idari yargı sistemimizde temyiz yolunun kural olarak açık kabul edilmesi ve temyiz izni müessesesinin de gündeme getirilmesinde fayda mülahaza edilmektedir.

Temyiz izni, kanun yolunu kapayan bir mekanizma olmayıp Yüksek Mahkeme tarafından işin esasına girilmeden önce, yasayla belirlenen ölçütlere göre kabul edilebilirlik yönünden bir ön inceleme yapılması ve söz konusu ölçütlere uygun olmayan temyiz başvurularının elenmesini sağlayan bir süzgeç yöntemidir.²⁵ Almanya, İspanya ve İsveç'te bu usul uygulanmakta, idare hukuku konusunda Türkiye bakımından kaynak ülke olan Fransa'da da benzer bir sistem mevcut bulunmaktadır. Almanya, İsveç ve İspanya tarafından uygulanan sistemler benzer olup bir karar hakkında temyiz izni

²³ **AYM, E:2016/19, K:2016/17, K:16/03/2016.**

²⁴ İlke hakkında ayrıntılı okuma için bkz. Yılmaz, Ejder, "Usul Ekonomisi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2008, C.57, S.1, s. 243-274.

²⁵ Emiroğlu, Ulya/ Aykın, Yunus, "Temyiz Yoluna Başvuruda Süzgeç Usulü Temyiz İzni", **İdari Yargı Komisyonu Çalışmaları, 1. Dönem (2017-2018)**, Danıştay Yay., s. 73.

alınabilmesi için bazı şartların bulunması gerekmektedir. Bunlar; “*uyuşmazlığın ülke çapında önem arz eden bir dava olması, Yüksek Mahkeme içtihatlarına aykırı şekilde karar verilmiş olması, çok önemli usuli eksikliklerinin yapılmış olması, uyuşmazlığın içtihat oluşturacak nitelikte olması*” gibi şartlardır. Nitekim bu şartların aranması ile belirtilen ülkelerde temyizen incelenen kararların sayısı dramatik olarak azalmış bulunmaktadır.²⁶

Yargılama sistemimiz bu şekildeki bir süzgeç sistemine esasen yabancı değildir. Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurular “*kabul edilebilirlik*” incelemesinden geçirilerek esas incelemesine tabi tutulmaktadır.²⁷ Bir nevi “*bireysel başvuru izni*” olarak nitelendirilebilecek bu sistemde Anayasa Mahkemesi, üyelerinden bir kısmının oluşturduğu komisyonlar aracılığıyla bireysel başvuruları ön incelemeye tabi tutmakta, kabul edilebilirlik kriterlerini taşıyan başvurular esastan incelenmek üzere bölüme havale edilmektedir.²⁸ Sayısal olarak büyük bir kısmı ise kabul edilebilir bulunmayarak inceleme dışı bırakılmaktadır. Temyiz mercii olan

²⁶ Örnek vermek gerekirse, Almanya’da 2011 yılında ilk derece mahkemelerinde açılan 190.000 davadan temyiz izni verilerek temyizen incelenenleri yalnızca 2.000 adettir. Diğer ülkeler açısından sayılara ulaşmak için bkz. Emiroğlu, Ulya/ Aykın, Yunus, “Temyiz Yoluna Başvuruda Süzgeç Usulü Temyiz İzni”, **İdari Yargı Komisyonu Çalışmaları, 1. Dönem (2017-2018)**.

²⁷ Bireysel başvurularda kabul edilebilirlik koşulları bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Ekinci, Hüseyin “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Kriterleri ve İnceleme Yöntemi”, **Anayasa Yargısı**, 2013, C. 30, S. 1, s. 161-197.

²⁸ 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 48. maddesi kabul edilebilirlik şartlarını düzenlemektedir:

“(1) Bireysel başvuru hakkında kabul edilebilirlik kararı verilebilmesi için 45 ila 47’nci maddelerde öngörülen şartların taşınması gerekir.

(2) Mahkeme, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve başvurucağın önemli bir zarara uğramadığı başvurular ile açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir.

(3) Kabul edilebilirlik incelemesi komisyonlarca yapılır. Kabul edilebilirlik şartlarını taşımadığına oy birliği ile karar verilen başvurular hakkında, kabul edilemezlik kararı verilir. Oy birliği sağlanamayan dosyalar bölümlere havale edilir.

(4) Kabul edilemezlik kararları kesindir ve ilgililere tebliğ edilir.

(5) Kabul edilebilirlik şartları ve incelemesinin usul ve esasları ile ilgili diğer hususlar içtüzükle düzenlenir.”

Danıştay'da da bu şekilde bir sistemin benimsenmesi olanaklıdır. Tıpkı Anayasa Mahkemesinde olduğu gibi dairelerden bir kısım üyeler temyiz izni bakımından görevlendirilebilir. Böylelikle hem temyiz kanun yolunun genel olarak açık olması sağlanmış olur, hem de temyiz izni müessesesi ile esastan temyize tabi tutulacak kararlar çeşitli kriterlerle belirlenmiş olur.²⁹ Nitekim daha önce temyiz izni ile ilgili yasa hazırlığı çalışmaları yapılmış olup kanun taslağı dahi gündeme getirilmiştir.³⁰

²⁹ Bu yönde öğretilerde de önerilerde bulunan yazarlar mevcuttur: *"Yargılamanın hızlandırılması, makul sürede yargılamanın sağlanması bakımından önemli ise de, başta kamu gücü kullanılarak yapılan iş ve işlemlerin denetiminde daha çok kontrol mekanizmasının öngörülmesi Hukuk Devletinin bir gereğidir. Ancak, bu iki ilkenin dengelenmesi de kanımızca mümkündür. Adil ve doğru kararların ortaya çıkabilmesi için az sayıda sayılacak istisnalar haricinde tüm mahkeme kararlarının hem istinafa tabi hem temyize tabi olması gerekliliği benimsenmelidir. Kaldı ki, temyize tabi olmayacak kararlar şeklinde bir madde düzenlemesi, kanunun yazım tekniği bakımından da daha yerinde olacaktır. Diğer bir yandan üç aşamalı bu yargılama düzeninin kabulüyle makul sürede yargılamanın sağlanabilmesi; diğer bir ifadeyle, iş yükünün azaltılması için; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından benimsenen 'kabul edilebilirlik' kurumunun/ izninin Kanuna konu edilmesi mümkündür. Böylelikle, keyfi ve adeta otomatik hale dönüşen temyiz başvurularının önüne geçilmesi sağlanabilecektir. Diğer bir yandan, bu kapsamda temyiz sebeplerinin Kanunda açıkça düzenlenmesi de alternatif bir çözüm yolu olabilecektir."* (Üstün, Gül, "İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine Bir Değerlendirme", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, s. 36).

³⁰ "2577 sayılı Kanununun 48. maddesinin madde numarasının 48/A olarak değiştirilmesi, 48/A maddesinden sonra gelmek üzere temyiz izni başlıklı 48/B maddesinin eklenmesi önerilmektedir.

1. Temyiz talepleri daire veya kurulca öncelikle temyiz izni incelemesine tabi tutulur.. Bu inceleme, Danıştay tetkik hakimi ve Danıştay savcısının sözlü görüşleri alınarak daire veya kurul başkanının görevlendireceği üç üye tarafından sonuçlandırılır. Temyiz izninin kabulü kararları oy çokluğuyla, temyiz izninin reddi kararları ise oy birliğiyle alınır. Oy birliği sağlanamadığında, temyiz izni verilmiş sayılır ve dosya temyiz talebinin esası incelenmek üzere daire veya kurula havale edilir.

2. Temyiz izni;

- a) Temyize konu kararın daire veya kurulun yerleşik içtihatlarına aykırı olması,
- b) Uyuşmazlığın çözümünün yeni içtihat yaratılmasını gerektirecek nitelikte olması,
- c) Yargılama sırasında kararın esasını etkileyecek nitelikte usul hatası yapılmış olması,
- d) Davanın ülke çapında önem arz eden bir uyuşmazlığa ilişkin olması, hallerinde verilir.

İdare hukuku alanında Türk sistemi bakımından kaynak ülke olan Fransa temyiz sisteminde tıpkı bizde olduğu gibi temyiz başvurusu öncelikle şekli şartlar bakımından incelenir. Temyiz başvurusunun süresinde yapılp yapılmadığı, başvuran kişinin başvuru hakkının mevcut olup olmadığı, temyizi kabil bir karar bulunup bulunmadığı gibi unsurlar yönünden yapılan inceleme dairelerin içinde yer alan alt daireler tarafından yapılmaktadır. Ancak Fransız sisteminin bir farkı mevcuttur. Temyiz başvurusunun ilk incelemesi sırasında ayrıca temyize konu edilen kararın “**bozulmasını gerektirir öneme sahip olması**” kriteri³¹ Türk sisteminde yer almayan bir kriterdir. Fransız Danıştay, esasında böyle bir kriteri uygulayarak temyiz sisteminde gereksiz tıkanmaların önüne geçmekte, bir nevi filtrasyon uygulamaktadır. “Temyiz izni” müessesesi ile birlikte düşünöldüğünde, birçok kararın henüz esas incelemesine geçilmeden temyize tabi tutulmamasına karar verildiği görölmektedir. Fransız Danıştayının önündeki dava sayısı ile Türk Danıştayının önündeki dava sayısı arasındaki fark bu tür sistemlerin Türk idari yargı sisteminde mevcut bulunmayışı ile açıklanabilir.

Fransız temyiz sistemini hızlandıran bir diğer unsur ise, **temyizen incelenen kararın yürütmesinin durdurulması için yapılan başvurunun alt daire başkanı tarafından tek başına reddedilebiliyor** olmasıdır. Danıştay’ın bugün için iş yükü nedeniyle yürütmenin durdurulması talebi olan birçok dosyada tekemmül sağlanarak işin esası hakkında karar verdiği bilinmekteyse de yürütmenin durdurulması istemlerinin incelenmesi için ayrı bir zaman harcandığı da yadsınamaz bir gerçektir. Fransız Danıştay bu sorunu yapısal olarak çözmüş, dava dairelerinin altında konumlandırığı alt dairelerin başkanlarına yürütmeyi durdurma istemlerini tek başına reddetme yetkisi vermiştir.³² Böyle bir yetkinin verilmesinde temyiz aşamasında gündeme getirilen yürütmeyi durdurma talebinin mahiyeti

3. Temyiz izni incelemesi sonucu verilen kararlar kesin olup, daire veya kurulca taraflara yazılı olarak bildirilir.

4. Temyiz izninin reddi kararları gerekçeli olarak yazılır.” (Emiroğlu, Ulya/ Aykın, Yunus, “Temyiz Yoluna Başvuruda Süzgeç Usulü Temyiz İzni”, **İdari Yargı Komisyonu Çalışmaları, 1. Dönem (2017-2018)**, s. 81).

³¹ Kaplan, Gürsel, **Fransız İdari Yargılama Hukukunda Kararlara Karşı Başvuru Yolları**, s. 197.

³² Kaplan, Gürsel, **Fransız İdari Yargılama Hukukunda Kararlara Karşı Başvuru Yolları**, s. 207.

etkili olmuş olabilir. Zira ilk derece mahkemesinden yürütmeyi durdurma talebinde bulunulması, idarenin elinden çıkmış ve herhangi bir hukuka uygunluk denetimine tabi tutulmamış işlemin yürütmesinin durdurulması talebi anlamına gelmekteyken temyiz merciine yapılan yürütmeyi durdurma talebi mahkemenin vermiş olduğu kararın yürütmesinin durdurulması istemine yönelik bulunmaktadır. Davanın reddine karar verildiği hallerde bu iki durum aynı şeyi ifade etmekteyse de işlemin iptaline karar verilen hallerde aradaki fark belirginleşmektedir. Böylece, temyiz merciince yürütmeyi durdurma talebinin reddinde tek kişinin yetkili kılınması “**alt derece mahkemelere güven duyulması**” hususuyla açıklanabilir.

Temyiz kanun yolunun etkinliğini artırmak ve aynı zamanda usul ekonomisini gerçekleştirmek adına bazı durumlarda yargılamanın daha fazla uzamaması için “**Danıştay’ın işin esası hakkında kendisinin karar vermesi**” de öğretilerde gündeme gelmiş bir uygulamadır. Nitekim Fransız Danıştay böyle bir uygulamaya sahiptir. Fransız temyiz sisteminde 1987 yılında gerçekleştirilen reform ile Danıştay’ın bozma kararı üzerine üç alternatif gündeme gelmektedir: **Kararı bozulan mahkemeye yeniden karar verilmesi için dosyayı göndermek, bir başka mahkemeye yeniden karar verilmek üzere göndermek ve yargının iyi idaresi ilkesince işin esası hakkında kendisi karar vermek.**³³ Esasında istinaf kanun yolu ile temyiz kanun yolu arasındaki en büyük farkı oluşturan “esastan yeniden karar verebilme” yetkisinin³⁴ temyiz kanun yolunda tanınması, temyiz merciini tamamen bir üçüncü derece yargılama mercii haline getirebilecektir. Bunun önüne geçmek için, Danıştaya tanınacak bozma üzerine işin esası hakkında karar verme yetkisinin, *ancak usul ekonomisi ilkesinin zorunlu kıldığı hallere hasredilmesi gerekmektedir.*

Fransız temyiz sisteminde, ayrıca, **Danıştaya başvuru yapabilecek avukatlarda belirli koşulların arandığını** bilmekteyiz. Nitekim bu husus

³³ İstatistikler, bozulmasına karar verilen mahkeme kararlarının yarısında Fransız Danıştay’ının esastan karar verdiği şeklindedir. (Kaplan, Gürsel, **Fransız İdari Yargılama Hukukunda Kararlara Karşı Başvuru Yolları**, s. 199).

³⁴ Öğretilerde yer alan neredeyse her çalışma istinaf ile temyiz kanun yollarının farkını belirlemede temel ölçüt olarak “işin esası hakkında kendisi karar verebilme” kriterini kullanmaktadır. Örnek için bkz. Çağlayan, Ramazan, **İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa - Türkiye: Mukayeseli Bir Deneme)**, Ankara, 2017, Seçkin Yay., s. 265.

Türkiye için de kimi zaman gündeme gelmiş, ancak hayata geçirilmemiş bir uygulamadır.³⁵ Bu konuda yapılacak sınırlandırmaya en başta avukatların meslek kuruluşu olan Baroların karşı çıktıkları görölmektedir. Oysa Fransız Danıştay'ında dava açmak ve temyiz yoluna başvurabilmek için başta kıdem gibi bazı şartların avukatlarca sağlanması gerekmektedir. Fransız Danıştay'ı böylece hem yargılamanın daha sağlıklı yürüyebilmesi konusunda profesyonelleri sürece dahil etmekte hem de temyiz kanun yoluna gelinebilmesi için kıdemli avukatlarla anlaşılması gibi maddi külfeti fazla olan şartlar koyarak temyiz başvurularının sayısını azaltmaktadır.

Fransız idari yargı sisteminde hem içtihat birliğini, hem de temyiz kanun yoluna başvuruları azaltarak sistemin daha iyi işlemesini sağlayabilmek adına uygulamaya konulan "**avis constantiex**" adlı "**temyiz merciine görüş sorma müessesesi**" mevcuttur. Derece mahkemeleri içtihadı aykırı davranmamak adına dosyayı bekletip Danıştay'dan görüş sorabilmektedir. Özellikle grup davalar açıldığında, böyle bir uygulamanın tüm ülke genelinde içtihat birliği sağlayabilmesi mümkündür. İdari yargı sistemimiz bu şekilde açılan grup davalara yabancı değildir. Tüm ülke çapında örgütlenmesi bulunan bir idarenin personeli hakkında yapılan düzenleme yine tüm ülke çapında dava konusu olabilmektedir. Böyle durumlarda Fransa idari yargı sisteminde mevcut olan görüş sorma mekanizması işletilerek ülke genelinde içtihat birliğini sağlamak, temyiz yoluna başvuruları azaltmak mümkün olabilecektir. Vatandaşlar da zaten Danıştay tarafından verilen görüşten haberdar olacağından, grup davaların temyiz merciinin iş yükünü artırması engellenmiş olacaktır.³⁶

Karşılaştırmalı hukuktaki bahse konu iyi uygulama örneklerinin Türk idari yargı sistemi açısından da kabulü ile temyiz kanun yolunun etkinliğine büyük fayda sağlanacağı değerlendirilmektedir.

Diğer yandan, 2577 sayılı Kanun'un 50. maddesinin 1. fıkrası, "*temyiz incelemesi sonucunda verilen karar dosyayla birlikte kararı veren mercie*

³⁵ Bu konu İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun Kabul Edilişinin 35. Yıl Dönümü Sempozyumunda gündeme gelmiştir. Sempozyumda gerçekleştirilen konuşmalara ulaşmak için bkz. Ersöz, Ahmet Kürşat/ Güzel, Oğuzhan (Ed.), **İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun Kabul Edilişinin 35. Yıl Dönümü Sempozyumu**, İstanbul, 2017, Onikilevha Yayınları.

³⁶ Ersöz, Ahmet Kürşat/ Güzel, Oğuzhan (Ed.), **İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun Kabul Edilişinin 35. Yıl Dönümü Sempozyumu**, s. 86.

gönderilir.” ifadesi ve aynı maddenin 3. fıkrasında yer alan “Bölge idare mahkemesi, Danıştayca verilen bozma kararına uyabileceği gibi kararında ısrar da edebilir.” ifadesi birlikte değerlendirildiğinde, dosyanın kararı veren bölge idare mahkemesinin ilgili dairesine gönderilmesi gerektiği sonucu doğmaktadır. Halbuki her durumda dosyanın bölge idare mahkemesinin ilgili dairesine gönderilmesi usul ekonomisine uygun bir durum olmamaktadır. İstinaf mahkemesinin, ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bularak istinaf başvurusunu reddetmesi durumunda, kararı veren mercii esasında ilk derece mahkemesi olmaktadır. Bu karar temyiz mercii tarafından bozulduğunda, dosyanın doğrudan ilk derece mahkemesine gönderilmesi daha isabetli bir uygulama olacaktır. İstinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak esastan yeniden karar verdiği hallerde ise kararı veren mahkeme istinaf mahkemesi olduğundan, bu kararın bozulması durumunda dosyanın istinaf mercii olan bölge idare mahkemesine gönderilmesi uygun olacaktır. Nitekim 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu bu şekilde bir düzenlemeyi içermektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 373. maddesinin 1. fıkrasına göre, istinaf mercii istinaf başvurusunun reddine karar vermiş ise dosya ilk kararı veren ilk derece mahkemesine gönderilmektedir. Buna karşılık istinaf mercii ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak esas hakkında yeniden farklı bir karar vermiş ise bozma kararı 373. maddenin 2. fıkrasına dayanılarak istinaf merciiine gönderilmektedir. Öğretide 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun getirmiş olduğu düzenlemenin daha uygun olduğu belirtilmektedir.³⁷ Bizim önerimiz ise, Danıştay’a dosyanın durumuna göre usul ekonomisine en uygun şekilde hareket edecek bir serbesti alanı bırakılması şeklindedir. Böylece yerinde keşif ve bilirkişi incelemesi yapılması gerekliliği gibi yeniden yargısal işlemler gerektiren dosyaların ilk derece mahkemelerine gönderilebilmesi sağlanmış olacak, yerinde inceleme gerektirmeyen dosyaların ise bölge idare mahkemelerine gönderilerek sürecin kısaltılması mümkün hale gelecektir. Böyle bir uygulamanın benimsenmesi tüm yargı sistemini hızlandıracağı gibi temyiz kanun yolu aşamasının etkinliğine de katkıda bulunacaktır.

³⁷ Akylmaz, Bahtiyar/ Sezginer, Murat/ Kaya, Cemil, **Açıklamalı İctihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku**, s. 1715.

Temyiz kanun yolunun etkinliğinin sağlanmasında bir diğer araç ise, **Danıştay kararlarının düzenli olarak yayımlanmasıdır**. Nitekim Danıştay resmi internet sitesinde Nisan 2023 itibarıyla yaklaşık olarak 154.500 karar çevrimiçi erişime açık bulunmaktadır. Kişisel verileri koruyarak yayımlanan bu kararların sayısının her geçen gün artırılması, idari yargıda içtihadın takibi konusunda bir farkındalık oluşturarak kanun yoluna başvuruları daha anlamlı hale getirebilecektir.

İdari yargı kararlarının uygulanması konusu da bir veçhesiyle temyiz kanun yolunun etkinliği meselesiyle ilintilidir. Yargı kararlarının uygulanması Anayasal bir zorunluluktur. Anayasa'nın "Mahkemelerin bağımsızlığı" başlıklı 138. maddesinin 4. fıkrasına göre; "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez". İdari yargı kararlarının uygulanması, adli yargıda verilen kararların uygulanmasından her zaman daha zor olmuştur. İdarenin kendisini yargı kararıyla sınırlamak istememesi üzerine doğan bu sorun, öğretilerde ve uygulamada uzun yıllar tartışma konusu olmuştur. Temyiz kanun yolunun etkinliğinin sağlanması için idari yargı kararlarının uygulanması meselesine Anayasal bir bakışla yaklaşmak gerekmektedir. Özellikle derece mahkemeleri tarafından verilen ret kararlarının temyiz mercii tarafından bozulması üzerine idarenin kararı uygulamak için harekete geçip geçmeyeceği, iptal kararlarının bozulması üzerine ise daha önce tesis ettiği işlemleri yeniden tesisinde nasıl bir uygulama modeli izleyeceği gibi sorunlar,³⁸ yargı kararlarının uygulanması konusunu ilgilendirdiği kadar dolaylı da olsa temyiz kanun yolunun etkinliği meselesini de ilgilendirmektedir.

Tüm bunların ötesinde, temyiz kanun yolunun hangi şekiller içerisinde icra edildiği, sistemin nasıl yapılandırıldığı kendi başına önem arz etmemektedir. Önemli olan, temyiz mercii olarak Danıştay'ın bütün ülke sathında uygulanacak içtihadı, bir diğer deyişle yargı birliğini sağlayabilmesidir. Bunun yolu da temyiz kanun yolunu olabildiğince etkin hale getirmekten geçmektedir.

³⁸ İdari yargı kararlarının temyiz incelemesi etrafında uygulanmasının incelendiği bir çalışma için bkz. Tekinsoy, M. Ayhan, "Danıştay'ın Temyiz İncelemesi Üzerine Verdiği Kararların Uygulanması", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2016, C.5, S.2, s. 23-50.

II. 2577 SAYILI KANUN'UN 46. MADDESİNİN TEMYİZ KANUN YOLUNUN ETKİNLİĞİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Danıştay'ın temyiz yoluyla inceleme yapacağı durumlar üç başlıkta toplanmaktadır. Bunlar; **ilk olarak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20/A ve 20/B maddelerinde düzenlenen konulara ilişkin ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararlar³⁹, ikinci olarak Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kararlar⁴⁰ ve üçüncü olarak da 2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinde tahdidi olarak belirtilen konularda bölge idare mahkemeleri tarafından verilen kararlardır.** İlk iki grup açısından iki dereceli bir yargılamanın, üçüncü grup açısından ise üç dereceli bir yargılamanın söz konusu olduğu ifade edilebilir. Bu açıdan, 18/06/2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası, 2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinde temyiz edilebilir konuların tahdidi olarak belirlenmesi ile temyiz yolunun adeta istisnai bir kanun yolu olarak düzenlenmesi, bu çalışmanın da konusunu oluşturan temyiz yolunun etkinliği sorununu ortaya çıkarmıştır. Ancak bu düzenlemenin Danıştay'ın

³⁹ **2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20/A maddesi:** "İvedi yargılama usulü aşağıda sayılan işlemlerden doğan uyuşmazlıklar hakkında uygulanır: a) İhaleden yasaklama kararları hariç ihale işlemleri. b) Acele kamulaştırma işlemleri. c) Özelleştirme Yüksek Kurulu kararları. d) 12/3/1982 tarihli ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu uyarınca yapılan satış, tahsis ve kiralama işlemleri. e) 9/8/1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanunu uyarınca, idari yaptırım kararları hariç çevresel etki değerlendirmesi sonucu alınan kararlar. f) 16/5/2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun uyarınca alınan Cumhurbaşkanlığı kararları"

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20/B maddesi: "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 davalara ilişkin yargılama usulünde..."

⁴⁰ **2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesi:** "Danıştay ilk derece mahkemesi olarak: a) Cumhurbaşkanlığı kararlarına, b) Cumhurbaşkanınca çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki düzenleyici işlemlere, c) Bakanlıklar ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlere, d) Danıştay İdari Dairesince veya İdari İşler Kurulunca verilen kararlar üzerine uygulanan eylem ve işlemlere, e) Birden çok idare veya vergi mahkemesinin yetki alanına giren işlere, f) Danıştay Yüksek Disiplin Kurulu kararları ile bu Kurulun görev alanı ile ilgili Danıştay Başkanlığı işlemlerine Karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları ile tahkim yolu öngörülmemeyen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar."

etkinliğine nihai etkisine geçmeden önce, kanun yolu düzenlemesinin Anayasal bir zorunluluk teşkil edip etmediği irdelenmelidir.

Anayasal hükümlerin yorumu konusundaki en yüksek makam olan Anayasa Mahkemesi tarafından, kanun yoluna başvurma hakkının, bir başka deyişle hükmün denetlenmesini talep etme hakkının, Anayasa'nın 36. maddesinin 1. fıkrasında "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" şeklinde düzenlenen hak arama hürriyeti kapsamında olduğuna karar verilmiştir.⁴¹ Anayasa Mahkemesi bu kararında; 36. maddenin, yargılama sürecinin bir bütün halinde adil olmasını gerektirdiğini, ancak yargılama sonucunda verilen kararın sonucu itibarıyla isabetli olmasını garanti etmediğini ifade ederek hak arama hürriyetinin gerçekleşebilmesi için isabetsiz olduğu kanaatinde olunan bir kararın, başka bir yargısal makamca denetlenmesinin bir gereklilik olduğunu belirtmiştir.⁴²

Yine Anayasa Mahkemesince; Anayasa'nın 155. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinde yer alan "*Danıştay, idare mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme mercidir.*" şeklindeki düzenlemeyle, kural olarak mahkeme kararlarının başka bir yargısal makamca denetlenmesi gerekliliğine işaret edildiği değerlendirilmesi yapılmıştır.⁴³ Bu açıdan Anayasa'nın 36. ve 155. maddelerini birlikte değerlendiren Anayasa Mahkemesi, hükmün denetlenmesini talep etme hakkının yargılamanın konusuna göre herhangi bir sınırlama yapılmaksızın Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti kapsamında güvence altında olduğuna karar vermiştir.⁴⁴

Önemle belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesinin, Anayasal güvence altında olduğuna karar verdiği husus, bir kanun yolunun öngörülmesi gerekliliği, yani alt derece mahkemesinin verdiği hükmün üst merci tarafından denetlenmesini talep etme hakkı olup, bu kanun yolunun özelde mutlaka temyiz kanun yolu olması noktasında bir güvenceden bahsedilmemektedir. Dolayısıyla konu Anayasa'nın 142. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "*Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve*

⁴¹ AYM, E.2018/71, K.2018/118, T. 27/12/2018

⁴² AYM, E.2018/71, K.2018/118, T. 27/12/2018, §8

⁴³ AYM, E.2018/71, K.2018/118, T. 27/12/2018 §9

⁴⁴ AYM, E.2020/21, K.2020/53, T. 01/10/2020 §15

yargılama usulleri kanunla düzenlenir.” düzenlemesiyle birlikte değerlendirildiğinde, bir kanun yolu öngörülmesinin yeterli olacağı, bunun itiraz, istinaf ya da temyiz olması kanun koyucunun takdirinde kalacağı benimsenmiştir.⁴⁵

Ayrıca Anayasa Mahkemesi, Anayasal güvence altında olan hükmün denetlenmesini talep etme hakkının niteliği itibarıyla mutlaklık arz etmeyip belirli sınırlamalara tabi tutulabileceğini de kabul etmektedir. Ancak hükmün denetlenmesini talep etme hakkının; her Anayasal hak gibi Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*” hükmünde öngörülen ölçütlere, yani sınırlama öngören kanunun hakkın özüne dokunmaması, Anayasa’da öngörülen sınırlama sebeplerine uygun olması ve ölçülü olması kriterlerine aykırı olarak sınırlanması mümkün değildir.⁴⁶ Her ne kadar hükmün denetlenmesini talep etme hakkının dayanağı Anayasa’nın 36. maddesinde, herhangi bir sınırlama sebebi öngörülmemişse de Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın diğer maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevlerin bu hak açısından sınır teşkil edebileceğini ifade etmektedir.⁴⁷

Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi tarafından, Anayasa’nın 141. maddesinin 4. fıkrasında yer alan “*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.*” hükmü gereğince kanun koyucunun, mahkemelerin gereksiz yere meşgul edilmesinin önüne geçilip dava sayısı azaltılarak uyuşmazlıkların makul sürede bitirilebilmesi amacıyla, bir kısım mahkeme kararına karşı temyiz yolunun kapatılmasının, anayasal hakları ihlal etmeyeceğine karar verilmiştir.⁴⁸ Yukarıda da bahsedildiği gibi 18/06/2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik, tam olarak bu amacı gerçekleştirmek için yapılmıştır. Ancak ifade etmek gerekir ki bu değişiklikle birlikte, 2577 sayılı Kanun’un 46. maddesinin son hali, bir kısım

⁴⁵ AYM, E.2018/71, K.2018/118, T. 27/12/2018 §15

⁴⁶ AYM, E.2018/71, K.2018/118, T. 27/12/2018 §17

⁴⁷ AYM, E.2014/177, K.2015/49, T. 14/05/2015

⁴⁸ *Abdurrahman Şanda Başvurusu*, B. No: 2014/3907, T. 07/12/2016, §32

mahkeme kararlarına temyiz yolunun kapatılması niteliğinde olmayıp, aksine bir kısım mahkeme kararlarını temyiz yoluna açık, büyük çoğunluğunu ise temyiz yoluna kapalı hale getirerek temyiz kanun yoluna istisnai bir hüviyet kazandırmıştır.

Nihayetinde, hak arama hürriyetinin korunduğu bir hukuk devletinde, kanun yolunun varlığı, Anayasa Mahkemesince de ifade edildiği gibi kural olandır.⁴⁹ Bu kurala istisna teşkil edecek şekilde, kanun yolunun kapatıldığı düzenlemelerin, genel bir hukuk ilkesi olan “istisnalar dar yorumlanır” ilkesi uyarınca dar yorumlanması gerekmektedir. Dolayısıyla, 2577 sayılı Kanun’un 46. maddesi, temyiz kanun yolunun açık olduğu halleri istisnai ve tahdidi olarak saydığından, temyiz kanun yoluna tabi olarak düzenlenen on dört bent “istisnanın istisnası” niteliği taşımaktadır. Bu açıdan, 46. maddenin temyiz yoluna başvuru haklarını daraltan şekilde katı yorumlanmaması, aksine geniş yorumlanmasının hak arama hürriyetinin tecellisi açısından daha uygun olacağı söylenebilir.

Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin de ifade ettiği gibi, usul kurallarının, hukuki güvenliğin ve adaletin tecelli etmesine katkı sağlamak bir yana, bir tür engel halini almaları durumunda, hak arama hürriyeti ihlal edilmiş olacaktır.⁵⁰ Öte yandan usul kuralları geniş yorumlanırken, ilgili kuralın ortadan kalkmasına sebep olacak şekilde, amacı aşan bir yorum da yapılmamalıdır.⁵¹

Bu nedenle, 2577 sayılı Kanun’un 46. maddesinin geniş yorumlanması ve bu yorumun hükmün doğal sınırlarını aşmayacak bir çerçevede olması gerekmektedir. Bunun yanında geniş yorumun bir diğer sınırı olarak da, iş yükü fazlalığından kaynaklı ortaya çıkan etkinlik eksikliğinin önüne geçmek gerektiğinden, temyiz yolunu açmak ile iş yükü arasında makul bir denge oluşturulmalıdır.

Danıştay’ın, bahsedilen dengeyi korumaya çalışarak 2577 sayılı Kanun’un 46. maddesine yönelik genişletici yorumlarına örnek olması açısından, maddede düzenlenen on dört bentten en çok tartışılan altı tanesi seçilerek daha ayrıntılı bir inceleme yapılacak ve uygulamadan örnekler verilecektir.

⁴⁹ **AYM, E.2018/71, K.2018/118, T. 27/12/2018 §9**

⁵⁰ **AİHM, Efsthathiou ve Diğerleri/Yunanistan, B. No: 36998/02, §24**

⁵¹ **AİHM, Walchli/Fransa, B. No. 35787/03, §29**

A. Konusu yüz bin Türk lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler

2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi, "Konusu yüz bin Türk lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan davalar." düzenlemesini içermekte olup belirtilen parasal sınır; aynı Kanun'un Ek 1. maddesi⁵² gereğince, önceki yılda uygulanan parasal sınırların, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca, Hazine ve Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle belirlenmektedir. Bu hesaplama uyarınca 2023 yılı temyiz sınırı 581.000,00 TL olarak tespit edilmiştir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Ek 1. maddesinin⁵³ 1. fıkrasında 2577 sayılı Kanun ile benzer bir düzenlemeye yer verilip 2. fıkrasında ise parasal sınırın hangi tarihe göre belirleneceği hususu düzenlenmiştir. Bu düzenlemede **parasal sınırın, aleyhine kanun yoluna başvuru kararın verildiği tarihe göre belirleneceği** hüküm altına alınmıştır. Ancak 2577 sayılı Kanun'da parasal sınırın hangi tarihe göre belirleneceği hususunda açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bu noktada Danıştay'ın neredeyse tüm dairelerinin yerleşik hale gelen içtihadı, 6100 sayılı Kanun'daki hükme paralel şekilde olup aleyhine temyiz kanun yoluna

⁵² **2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun Ek 1. maddesi:** "Bu Kanunda öngörülen parasal sınırlar; her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanır. Bu şekilde belirlenen sınırların bin Türk lirasını aşmayan kısımları dikkate alınmaz."

⁵³ **6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Ek 1. maddesi:** "(1) 200 üncü, 201 inci, 341 inci, 362 nci ve 369 uncu maddelerdeki parasal sınırlar her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların; o yıl için 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanır. Bu şekilde belirlenen sınırların on Türk lirasını aşmayan kısımları dikkate alınmaz.

(2) 200 üncü ve 201 inci maddelerdeki parasal sınırların uygulanmasında hukuki işlemin yapıldığı, 341 inci, 362 nci ve 369 uncu maddelerdeki parasal sınırların uygulanmasında hükmün verildiği tarihteki miktar esas alınır."

başvurulan bölge idare mahkemesi kararının verildiği tarih esas alınmaktadır.⁵⁴ Söz konusu içtihadın dayanağının ise; 2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinin 1. fıkrası kapsamında bentlerde sayılan konuların temyize tabi olabilmesi için bölge idare mahkemelerince karara bağlanmış olmaları gerektiğinden, temyize tabilik hususunun da uyuşmazlığın temyize taşınmasına esas kararın verildiği tarihteki parasal sınıra göre belirlenmesi gerektiği şeklindeki yorum olduğu ifade edilebilir.

Danıştay Dava Dairelerinin temyiz incelemeleri sırasında bu içtihadı karşı geliştirilen görüşler de mevcuttur. Bazı karşı oylarda aktarılan görüşlere göre, parasal sınırın davanın açıldığı tarihe göre belirlenmesi gerekmektedir.⁵⁵ Bu görüşün temelini ise, davanın yargılama sürecine, yani uzun ya da kısa sürmesine göre kararın temyiz edilebilme durumunun değişmesi nedeniyle, kanun yollarına başvurma açısından bir belirsizliğin ortaya çıkması oluşturmaktadır.⁵⁶ Bu belirsizliğin, hukuki öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerini zedelemesine engel olmak için de dava tarihinin esas alınması gerektiği savunulmaktadır.⁵⁷ Gerçekten de aynı maddi vakıya yönelik, aynı miktarda taleple açılan davaların; teveziden düştükleri mahkemelerin iş yüklerine, uyuşmazlığa yönelik verdikleri ara kararlarına, çalışma tempolarına vs. bağlı olarak birinin daha geç çözümlenmesinden dolayı, erken çözümlenen dava dosyası temyiz incelemesinden geçerken, geç çözümlenenin istinafta kesinleşmesi gibi bir durum ortaya çıkmaktadır. Ancak Danıştay bu noktada, iş yükü- temyiz yolunu açma dengesinde, 2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinin düzenleniş amacından hareketle iş yükünün artmaması lehine bir yorum yapmaktadır.⁵⁸

⁵⁴ Danıştay 10. D, E.2023/156, K.2023/203, T. 19/01/2023; Danıştay 7. D, E.2022/4595, K.2022/5329, T. 22/12/2022; Danıştay 8. D, E.2019/6630, K.2021/5357, T. 16/11/2021; Danıştay 3. D, E.2023/328, K.2023/224, T. 09/02/2023; Danıştay 2. D, E.2022/3256, K.2022/6511, T. 14/12/2022; Danıştay 13. D, E.2021/4230, K.2021/3090, T. 30/09/2021.

⁵⁵ Danıştay 2. D, E.2022/3256, K.2022/6511, T. 14/12/2022 (Karşı oy metni)

⁵⁶ Danıştay 10. D, E.2022/6162, K.2022/5361, T. 23/11/2022 (Karşı oy metni)

⁵⁷ Danıştay 8. D, E.2019/6630, K.2021/5357, T. 16/11/2021 (Karşı oy metni)

⁵⁸ Danıştay 7. D, E.2022/4595, K.2022/5329, T. 22/12/2022

Nitekim Anayasa Mahkemesi de Danıştay'ın bu yorumunu kabul etmiştir.⁵⁹ Ancak uygulamada ve doktrinde eleştiri konusu olan bu içtihadın, tıpkı 6100 sayılı Kanun'daki gibi bir yasal düzenlemeyle açıklığa kavuşturulmasının daha yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Bu başlık altında üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, madde metnindeki “konusu” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğidir. Çünkü tam yargı davalarında, 2577 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 2. fıkrasının (d) bendi⁶⁰ gereğince dava dilekçesinde talep edilen miktarın gösterilmesi bir zorunluluk⁶¹ olmakla birlikte, idari işlemlere karşı açılan iptal davaları açısından, böyle bir durum söz konusu değildir. Dolayısıyla maddede belirtilen “konusu yüz bin Türk lirasını aşan idari işlemler” ifadesinin ne anlama geldiği ortaya konulmalıdır.

Bu noktada, idari işlem doğrudan bir parasal miktarı ihtiva ediyorsa, Danıştay içtihadı, bu miktara göre temyiz sınırının belirlenmesi yönündedir.⁶² Örneğin, 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 235. maddesi uyarınca alınan kaim değer mülkiyetinin kamuya geçirilmesi kararına itirazın reddine dair işlemin iptali istemiyle açılan davada Danıştay Yedinci Dairesi, işlemin içeriği kaim değer 6.152.281,58 TL olduğundan, bölge idare mahkemesince kararın kesin olduğu gerekçesiyle verilen temyiz isteminin reddi kararını bozmuştur.⁶³ Aynı şekilde, dahilde işleme izin belgesinin müeyyideli olarak kapatılmasına ilişkin işleme yapılan itirazın zımnen reddi işleminin iptali istemiyle açılan davada Danıştay Onuncu Dairesi; uyuşmazlığın, dahilde işleme izin belgesi kapsamındaki 16.162.193,36 USD ithalatın, muafiyet kapsamından çıkartılarak anılan belgenin müeyyideli olarak kapatılmasından kaynaklandığını belirterek bölge idare

⁵⁹ *Marka Madeni Yağ Sanayi Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu*, B. No: 2018/20215, T. 20/10/2020, §32

⁶⁰ **2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 3/2-d maddesi:** “Vergi, resim, harç, benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezalarına ilişkin davalarla tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu miktar gösterilir.”

⁶¹ **Danıştay İBK. E.1983/1, K.1983/10, T. 29/12/1983** kararı kapsamında kamu görevlilerinin parasal hak talepleri hariç tutulmak üzere.

⁶² Candan, Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Ankara, 2022, Yetkin Yay., s. 1339.

⁶³ **Danıştay 7. D, E.2021/635, K.2022/972, T. 14/03/2022**

mahkemesince kararın kesin olduğu gerekçesiyle verilen temyiz isteminin reddi kararını kaldırıp işin esasını incelemiştir.⁶⁴

Dava konusu idari işlem doğrudan bir parasal miktarı ihtiva etmiyorsa, bu durumda belli şartlar dahilinde Danıştay Onuncu ve Onüçüncü Daireleri son zamanlarda temyiz yolunu açmak yönünde lehe bir değerlendirme yaptığı ifade edilebilir. Örneğin, dava konusu işlemin bir taşınmazı ilgilendiriyor olması haline ilişkin olarak; önceleri, bir taşınmazın 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun geçici 11. maddesi uyarınca vakıf adına tescil edilmesi istemiyle yapılan başvurunun, reddine dair işlemin iptali istemiyle açılan davada Danıştay Onuncu Dairesince, işlem doğrudan parasal bir değeri ihtiva etmediğinden, temyiz isteminin incelenmeksizin reddine karar verilmiştir.⁶⁵ Ancak daha sonra, bir taşınmazın 4706 sayılı Kanun'un 5. maddesi gereğince satışı amacıyla, Belediyeye devrinin uygun olmadığına ilişkin Kaymakamlık işleminin iptali istemiyle açılan davada Danıştay Onuncu Dairesi, uyuşmazlık konusu edilen taşınmazın parasal değerinin, temyiz sınırının üzerinde olduğundan bahsederek Bölge İdare Mahkemesince kararın kesin olduğu gerekçesiyle verilen temyiz isteminin reddi kararını bozmuştur.⁶⁶

Danıştay Onüçüncü Dairenin, işlemin konusunun doğrudan bir parasal miktarı ihtiva etmemesi haline ilişkin güncel yaklaşımı; doğrudan işlemin içeriğine yönelik objektif bir değer belirlemesinin yapılabilmesi ve bu değer ihtimale bağlı olmayıp kesin olması halinde, Danıştayca tespit edilecek yahut ara kararı vermek suretiyle ortaya konulacak değer üzerinden, temyiz sınırına ilişkin değerlendirmenin yapılması yönündedir.⁶⁷ Danıştay Onuncu Dairesinin güncel yaklaşımının da büyük ölçüde bu yönde olduğunu, yukarıda yer verilen dava konusunun bir taşınmaza ilişkin olmasına yönelik son karar ile birlikte söylemek mümkündür. Aynı şekilde, bir yapım işi ihalesi kapsamında imzalanan sözleşmenin, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun Geçici 4. maddesi gereğince feshedilerek tasfiye edilmesi için yapılan başvurunun reddine dair işlemin iptali istemiyle açılan davada Danıştay Onüçüncü Dairesi; davacının elde etmek istediği

⁶⁴ Danıştay 10. D, E.2018/3301, K.2022/5348, T. 23/11/2022

⁶⁵ Danıştay 10. D, E.2019/31, K.2019/2998, T. 10/04/2019

⁶⁶ Danıştay 10. D, E.2018/5038, K.2021/5061, T. 26/10/2021

⁶⁷ Danıştay 13. D, E.2021/3171, K.2021/2559, T. 29/06/2021

amacın, verilmiş olan kesin teminat mektubunun irat kaydedilmesini önleyerek kendisine iadesini sağlamak olduğunu ifade ettikten sonra, mektubun tutarının 167.000,00 TL olduğu yönündeki belirlemesiyle, işlemin doğrudan sonucunun objektif bir değer olduğunu ortaya koymuştur.⁶⁸

İş deneyim belgesi verilmesi talebiyle yapılan başvurunun reddine dair işlemin iptali istemiyle açılan davada ise; iş deneyim belgesi verilmesine ilişkin işlemin konusu, doğrudan ve herhangi bir ihtimale bağlı olmaksızın objektif olarak belirlenebilecek belli bir tutarda para ya da parasal karşılığı objektif olarak belirlenebilir bir malvarlığı değerinin elde edilmesine ilişkin olmadığından, temyiz isteminin incelenmeksizin reddine karar verilmiştir.⁶⁹

Temyiz parasal sınırının belirleneceği tarih konusunda, iş yükünün artmaması yönünde bir tercih yapan Danıştay'ın; dava konusu idari işlemin doğrudan bir parasal miktarı ihtiva etmemesi halinde, işlem konusu değer doğrudan ve herhangi bir ihtimale bağlı olmaksızın objektif olarak belirlenebilir olması durumunda, bu değer üzerinden temyiz sınırına ilişkin bir değerlendirme yaparak temyiz yolunu açmak yönünde bir değerlendirme yaptığı ve bu açıdan yukarıda belirttiğimiz dengeyi koruduğu söylenebilir.

Tam yargı davaları açısından, 2577 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 4. fıkrası⁷⁰ kapsamında miktar artırımı imkânı bulunduğundan, genellikle davalar, daha az peşin nispi harç ödemek için düşük miktarlar üzerinden -kanunen gerekmediği halde- "fazlaya ilişkin hakları saklı tutarak" açılmaktadır. Bu durumda, henüz miktar artırımı yapılmadan usule ilişkin (adli yargının görevli olduğu yönünde verilen görev ret kararı, süre aşımı nedeniyle verilen süre ret kararı gibi) ya da davacıya miktar artırımı imkânı tanınmadan esastan (kabul veya ret) bir karar verilmesi hallerinde, temyiz sınırına esas parasal miktarın neye göre belirleneceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu konuda Danıştay Onuncu Dairesi ve İdari Dava Daireleri Kurulunun yaklaşımı, parasal sınırın belirleneceği tarihe ilişkin içtihadı da

⁶⁸ Danıştay 13. D, E.2021/4230, K.2021/3090, T. 30/09/2021

⁶⁹ Danıştay 13. D, E.2022/5014, K.2023/12, T. 09/01/2023

⁷⁰ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 16/4 maddesi: "Taraflar, sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemezler. 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 miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir."

uygun olarak kararın verildiği tarih itibarıyla uyuşmazlık konusu miktara bakmak yönündedir. Dolayısıyla karar tarihi itibarıyla henüz miktar artırımı yapılmamış ise artırımsız miktar üzerinden parasal sınırın belirlenmesi gerektiği yönünde karar verilmektedir.⁷¹

Danıştay Sekizinci Dairesi ise, bir memurun uğradığı zararın karşılığı olarak 100.000,00 TL manevi tazminat ile artırım hakkı saklı kalmak kaydıyla 1.000,00 TL maddi tazminat ödenmesi istemiyle açılan davada; “ %94 oranında engelli olduğuna ilişkin engelli sağlık kurulu raporu ile davanın 100.000,00 TL manevi zarar ile fazlaya ve maluliyet oranı artışına ilişkin talep ve dava hakları saklı kalmak kaydıyla 2577 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 4. fıkrası uyarınca şimdilik 1.000,00 TL maddi zararın tazmini istemiyle açıldığı göz önüne alındığında uyuşmazlığın esasının incelenme olanağı olsa idi davacıda meydana gelen maddi ve manevi toplam zararın 2020 yılı için temyiz sınırı olan 176.000,00 TL'nin üzerinde olmasının kuvvetle muhtemel olduğu, başka bir deyişle davacı tarafından 100.000,00 TL manevi zararın tazmini de istenildiğinden davacının %94 oranında engelli olması ile illiyet bağı bulunan olay nedeniyle davacıda oluşan maddi zararın 76.000,00 TL'nin altında olmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu anlaşıldığından uyuşmazlığın temyiz kanun yoluna tabi olduğu anlaşılmaktadır.” ifadelerine yer vererek bölge idare mahkemesi tarafından verilen temyiz isteminin reddi kararını bozmuştur.⁷²

Böylelikle Danıştay Sekizinci Dairesinin, Danıştay Onuncu Dairesi ve İdari Dava Daireleri Kurulunun yaklaşımından ayrıldığı görülmektedir. Ancak burada Dairenin, “fazlaya ilişkin hakları saklı tutarak” şeklinde açılmış davalar açısından, kategorik olarak temyiz sınırının üzerinde görmek yönünde bir yaklaşım sergilemediği, işin esası üzerinden değerlendirme yaparak muhtemel miktara göre karar verdiği ifade edilmelidir. Dolayısıyla hem esasa girebilmenin ön şartı olan usul kurallarının atlanması hem de muhtemellik üzerinden bir sonuca varılması yönlerinden Sekizinci Dairenin yaklaşımının eleştirilebilir olduğu kanaatindeyiz.

Bu noktada, genelde 2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinde belirtilen on dört bent, özelde ise temyiz parasal sınır açısından, uyuşmazlığın esası

⁷¹ Danıştay İDDK, E.2021/6, K.2021/7, T. 08/03/2021; Danıştay 10. D, E.2022/3404, K.2022/3348, T. 20/06/2022

⁷² Danıştay 8. D, E.2021/375, K.2021/1393, T. 09/03/2021

incelenerek verilen kararların işaret edilmekte olduğu, bölge idare mahkemelerince uyuşmazlığın esasını incelenmeden verilen usule ilişkin kararları kapsamadığı ve verilen usuli kararların her durumda temyize tabi kabul edilmesi gerektiği yönünde bir görüş olduğu da ifade edilmelidir.⁷³ Hak arama hürriyeti açısından temyiz kanun yolunun geniş yorumlanması noktasında kategorik bir yaklaşım içerdiğinden ve herhangi bir muhtemellik arz etmediğinden kabul edilebilir bir görüş olmakla birlikte, usule ilişkin uygulanacak kuralların da konunun esasına uygulanacak kurallara göre belirlenecek olmasından dolayı bu görüşün yerinde olmadığı düşüncesindeyiz. Örneğın, usule ilişkin kurallardan en önemlisi olan görev kuralı, konunun esasına uygulanacak olan maddi hukuk kurallarına göre belirlenecektir. Dolayısıyla usulün bu açıdan, esastan ayrılmaz bir bütünlük teşkil ettiği ve esasını temyize tabi olmayan bir uyuşmazlığın usulünün, aksine açık bir düzenleme olmadığı sürece, evleviyetle temyize tabi olmadığı kanaatindeyiz. Ayrıca usuli kararların her durumda temyize tabi kabul edilmesi, maddenin getiriliş amacına aykırı olarak iş yükünü, önü alınamayacak kadar artırarak temyiz yolunun etkinliğine de olumsuz bir tesir oluşturacaktır.

B. Belli bir meslekten, kamu görevinden veya öğrencilik statüsünden çıkarılma sonucunu doğuran işlemler

2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi, "Belli bir meslekten, kamu görevinden veya öğrencilik statüsünden çıkarılma sonucunu doğuran işlemlere karşı açılan iptal davaları." düzenlemesini içermekte olup lafzi olarak bakıldığında "çıkartılma" ifadesine yer verildiği görülmektedir. Ancak Danıştay'ın bazı dairelerinin bu bent açısından yaklaşımı, bir mesleğe ya da statüye kabul edilmemenin de çıkarılmayla aynı sonucu doğuracağı yönündedir. Çünkü her iki durumda da ilgili kişi, meslek ya da statünün dışında kalmaktadır. Nitekim, gümrük müşavirliği izin belgesi verilmesi talebiyle yapılan başvurunun reddine dair işlemin iptali istemiyle açılan davada 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun Ek-1 maddesi uyarınca Danıştay Onuncu ve Onikinci Dairelerince oluşturulan müşterek kurul toplantısında; dava konusu işlemin, sonucu itibarıyla gümrük müşavirliği faaliyetinin yapılmasına engel olması nedeniyle "belli bir meslekten çıkarılma" ile aynı hukuki sonucu doğurduğu ifade edilerek bölge idare

⁷³ Danıştay 10. D, E.2021/6214, K.2021/5055, T. 25/10/2021 (Karşı oy metni)

mahkemesince kararın kesin olduğu belirtilmesine rağmen, temyiz incelemesinin esasına geçilmesine karar verilmiştir.⁷⁴ Yine Danıştay Onuncu Dairesi, bilirkişi listesine kaydedilmek istemiyle yapılan başvurunun reddine dair işlemin iptali istemiyle açılan davada, aynı yaklaşımı sergilemiştir.⁷⁵

Danıştay Onikinci Dairesi ise son zamanlarda verdiği kararlarda, bir mesleğe ya da statüye kabul edilmemenin de çıkarılmayla aynı sonucu doğuracağı yönündeki yaklaşımdan uzaklaştığı görülmektedir. Örneğin; itfaiye eri alımına yönelik sözlü sınavda başarısız sayılmaya dair işlemin⁷⁶, yine mahalle bekçisi alım sınavında başarılı olunmasına rağmen sağlık şartlarından dolayı adaylığın sonlandırılmasına dair işlemin⁷⁷, aynı şekilde görevine son verilen bir öğretmenın göreve dönmek için yaptığı başvurunun reddine dair işlemin⁷⁸ iptali istemiyle açılan davalarda Danıştay Onikinci Dairesi, bölge idare mahkemelerince temyiz yolu açık olarak verilen kararların, temyize tabi olmadıklarını belirterek temyiz istemlerinin reddine karar vermiştir.

Danıştay Sekizinci Dairesi de, serbest muhasebeci mali müşavirlik ruhsatı verilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine dair işlemin iptali istemiyle açılan davada, dava konusu işlemin davacının belli bir meslekten veya kamu görevinden süresiz olarak çıkarılma sonucunu doğuran bir işlem niteliğinde olmadığı değerlendirmesini yaparak, faaliyetin yapılmasına engel olmanın çıkarılmayla aynı sonucu doğuracağı yönündeki içtihadı katılmayıp, temyiz isteminin incelenmeksizin reddine karar vermiştir.⁷⁹

Ayrıca, madde metninde yer alan “meslek” ibaresinin de geniş yorumlandığı ifade edilebilir. Örneğin, arabuluculuk ve uzlaştırma gibi avukatlık mesleği yapanların, avukatlık mesleğiyle bağlantılı ve ek olarak yapabilecekleri görevler de meslek olarak kabul edilmektedir. Nitekim, arabulucular siciline kayıt başvurusunun reddine dair işlemin iptali istemiyle açılan davada, temyiz incelemesinin esasına geçen⁸⁰ Danıştay Onuncu Dairesi, aynı şekilde, uzlaştırmacı sicilinden ve listesinden çıkarılmaya

⁷⁴ Danıştay 10. D ve 12. D Müşterek Heyeti, E.2019/7296, K.2019/4874, T. 18/06/2019

⁷⁵ Danıştay 10. D, E.2016/1260, K.2021/2477, T. 24/05/2021

⁷⁶ Danıştay 12. D, E.2022/3485, K.2022/4361, T. 05/07/2022

⁷⁷ Danıştay 12. D, E.2022/3215, K.2022/4271, T. 28/06/2022

⁷⁸ Danıştay 12. D, E.2022/2851, K.2022/4338, T. 29/06/2022

⁷⁹ Danıştay 8. D, E.2022/6620, K.2022/6158 T. 01/11/2022

⁸⁰ Danıştay 10. D, E.2022/7510, K.2022/4548, T. 19/10/2022

yönelik işlemin iptali istemiyle açılan davada da temyiz incelemesinin esasına geçmiştir.⁸¹ Hatta Danıştay Onuncu Dairesi, Parlamento Muhabiri Kartının iptaline dair işlemin iptali istemiyle açılan davada, parlamento muhabirliğini bir meslek olarak görüp dava konusu işlem, muhabirliğe engel olmasa da parlamento muhabirliğine engel olduğundan, işlemi temyize tabi kabul etmiştir.⁸²

Danıştay İkinci Dairesinin de hükmü geniş yorumlama eğiliminde olduğu söylenebilir. Bu kapsamda, Dairenin 657 sayılı Kanun'da yer alan hizmet sınıfları arasındaki geçişleri dahi, meslekten çıkarma kapsamında değerlendirdiği ifade edilmelidir. Nitekim, eğitim ve öğretim hizmetleri sınıfında öğretmen olarak görev yapmakta iken, hakkında yürütölen soruşturma sonucunda, genel idare hizmetleri sınıfında memur olarak atanmaya dair işlemin iptali istemiyle açılan davada Danıştay İkinci Dairesi, bölge idare mahkemesince kararın kesin olduğu gerekçesiyle verilen temyiz isteminin reddi kararını bozmuştur.⁸³

Ancak Danıştay Sekizinci Dairesi ise yine farklı bir yaklaşım sergileyerek, fahri trafik müfettişliği görevine son verilmesine dair işlemin iptali istemiyle açılan davada, fahri trafik müfettişliğini meslek niteliğinde görmeyerek temyiz isteminin incelenmeksizin reddine karar vermiştir.⁸⁴

Sonuç olarak, Danıştay Onuncu ve İkinci Dairesi tarafından sergilenen yaklaşımın temyiz yolunu genişletmek suretiyle Danıştay'ın temyiz fonksiyonunu arttırmak yönünde, Danıştay Sekizinci Dairesi ve son yaklaşımıyla Onikinci Dairenin yaptıkları değerlendirmeye ise iş yükünü arttırmama yönünde bir yorum yaptıkları söylenebilir.

C. Belli bir ticari faaliyetin icrasını süresiz veya otuz gün yahut daha uzun süreyle engelleyen işlemler

2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi, "*Belli bir ticari faaliyetin icrasını süresiz veya otuz gün yahut daha uzun süreyle engelleyen işlemlere karşı açılan iptal davaları.*" düzenlemesini içermektedir. Bu düzenlemede ifade edildiği üzere, ilk olarak "*belli ticari*

⁸¹ Danıştay 10. D, E.2021/4134, K.2021/5756, T. 23/11/2021

⁸² Danıştay 10. D, E.2021/7288, K.2022/612 T. 10/02/2022

⁸³ Danıştay 2. D, E.2022/3114, K.2022/6308, T. 07/12/2022

⁸⁴ Danıştay 8. D, E.2022/3979, K.2022/4123 T. 14/06/2022

faaliyetten", ikinci olarak da **"icrasını engellemekten"** ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmalıdır.

Danıştay'ın belli ticari faaliyetle ilgili genel yaklaşımı; madde metninde yer alan "belli" ibaresinin, bir ticari faaliyetin hem bütününe hem de belirli bir kısmını ifade ettiğini, bu açıdan bir ticari faaliyetin icrasının engellenmesi bakımından kısmen veya tamamen şeklinde bir ayırım yapılmadığını değerlendirerek ticari faaliyetin icrasının kısmen engellenmesine yönelik işlemlerin de bu bent kapsamında olduğuna karar vermek yönündedir.⁸⁵

Nitekim Danıştay; bir ilaç firmasına ait ilaca ilişkin ruhsatnamenin askıya alınması ile ilacın piyasadan geri çekilmesine dair işlemlerin⁸⁶, yine bir firmanın 1 yıl süreyle tüm kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına dair işlemin⁸⁷, yolcu taşıma faaliyeti yürütölen bir araç için verilen güzergah izin belgesinin iptaline dair işlemin⁸⁸ iptali istemiyle açılan davalarda, dava konusu işlemlerin, davacıların bir bütün halinde olmasa da kısmen ticari faaliyetlerini engellediği gerekçesiyle, 2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi kapsamında temyiz kanun yolunun açık olduğuna karar vermiştir.

Maddede yer alan "icrasını" engelleyen ifadeyle ilgili genel yaklaşım ise, (c) bendi kapsamında bazı Dairelerin yaptığı yoruma benzer olarak, sadece yürütölmekte olan bir faaliyetin engellenmesinin değil, bir ticari faaliyetin başlatılması amacıyla yapılan başvuruların reddinin de bu kapsamda olduğü yönündedir. Çünkü yürütölmekte olan bir ticari faaliyetin engellenmesiyle, başlatılmak istenen ticari amaçlı bir faaliyet için zorunlu olan idari izinlerin verilmemesi aynı sonucu doğurmaktadır. Hatta hâlihazırda yürütölmekte olan ticari faaliyetlerin engellenmesinin, temyize tabi olabilmesi için maddede yer alan süre şartının da gerçekleşmesi, yani süresiz ya da otuz gün veya daha uzun süreli bir engellemenin olayda var olması gerekmektedir, bir ticari faaliyete başlanmasına engel olunması zaten mahiyeti gereği süresiz engel olma sonucunu ortaya çıkaracağından, süreye yönelik bir şarttan daha ağır bir sonuç doğurmaktadır.

⁸⁵ Danıştay 13. D, E.2018/3240, K.2020/1116, T. 02/06/2020

⁸⁶ Danıştay 10. D, E.2021/3374, K.2021/5832, T. 25/11/2021

⁸⁷ Danıştay 13. D, E.2022/3438, K.2023/845, T. 27/02/2023

⁸⁸ Danıştay 8. D, E.2021/7657, K.2022/8192, T. 27/12/2022

Nitekim Danıştay; muayenehane açabilmek için uygunluk belgesi düzenlenmesi⁸⁹, eczane nakline izin verilmesi⁹⁰, akaryakıt istasyonuna bayilik lisansı verilmesi⁹¹, işyeri açma ve çalışma ruhsatı verilmesi⁹² istemleriyle yapılan başvuruların reddine dair işlemlerin iptali istemiyle açılan davalarda, başlatılmak istenen ticari amaçlı faaliyetleri engeller mahiyetteki işlemlerin, 2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi kapsamında temyiz kanun yoluna tabi olduğuna karar vermiştir.

Bu konu açısından da Danıştay'ın, temyiz yolunu açmak yönünde genişletici bir yorumu benimsediği söylenebilir.

D. 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

2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi, "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." düzenlemesini içermektedir. Bu başlık açısından önem arz eden konu, maddede yer alan "müşterek kararname" ifadesinin nasıl değerlendirilmesi gerektiğidir. Çünkü bilindiği üzere, 21/01/2017 tarih ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile getirilen ve hükümet sistemine ilişkin değişiklikleri de içeren düzenlemeler, 16/04/2017 tarihinde gerçekleştirilen halk oylamasında kabul edilmiş ve Cumhurbaşkanının Türkiye Büyük Millet Meclisinde ant içerek göreve başladığı 09/07/2018 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Bu düzenlemeler gereği Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilmiş ve bu kapsamda Başbakanlık makamı ilga edilmiştir. Böylelikle hukukumuz açısından müşterek kararname usulü ortadan kalkmıştır.

Ayrıca, belirtilen değişiklikler uyarınca, müşterek kararnameye ilişkin usulü de içeriğinde barındıran 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanun, 09/07/2018 tarih ve 703 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılmıştır. Ardından da Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile

⁸⁹ Danıştay 10. D, E.2020/6378, K.2021/2533, T. 24/05/2021

⁹⁰ Danıştay 10. D, E.2021/200, K.2021/491, T. 15/02/2021

⁹¹ Danıştay 13. D, E.2019/1249, K.2019/1488, T. 03/05/2019

⁹² Danıştay 2. D, E.2021/15025, K.2022/4491, T. 22/09/2022

Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi 10/07/2018 tarih ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Danıştay İkinci Dairesi; Kültür ve Turizm İl Müdürlüğü görevine Cumhurbaşkanlığı Onayı ile son verilmesine dair işlemin iptali istemiyle açılan davada, mülga 2451 sayılı Kanun gereğince İl Müdürlüğü görevine atama ve göreve son verme işleminin müşterek kararname ile yapılması gerektiğini, yeni hükümet sisteminde ise 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi gereğince aynı işlemin Cumhurbaşkanlığı Onayı ile yapıldığını, dolayısıyla bu açıdan, müşterek kararnamenin yerini Cumhurbaşkanlığı Onayının aldığını ifade ederek bölge idare mahkemesince kararın kesin olduğu gerekçesiyle verilen temyiz isteminin reddi kararını bozmuştur.⁹³

Danıştay İkinci Dairesinin yaptığı bu amaçsal ve sistematik yorumla, temyiz yolunu genişlettiği söylenebilir.

E. İmar planları, parselasyon işlemleri

2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendi, "İmar planları, parselasyon işlemlerinden kaynaklanan davalar." düzenlemesini içermektedir. Bu başlık açısından önem arz eden husus, parselasyon ifadesinden ne anlaşılması gerektiğidir.

Temelde 3194 sayılı İmar Kanunu olmak üzere birçok kanun⁹⁴ kapsamında imar planları ve parselasyon işlemleri yapılmaktadır. İmar planı, mülga Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmeliğin 3. maddesinin 11. fıkrasında, "Belde halkının sosyal ve kültürel gereksinimlerini karşılamayı, sağlıklı ve güvenli bir çevre oluşturmayı, yaşam kalitesini artırmayı hedefleyen ve bu amaçla beldenin ekonomik, demografik, sosyal, kültürel, tarihsel, fiziksel özelliklerine ilişkin araştırmalara ve verilere dayalı olarak hazırlanan, kentsel yerleşme ve gelişme eğilimlerini alternatif çözümler oluşturmak suretiyle belirleyen, arazi kullanımı, koruma, kısıtlama kararları, örgütlenme ve uygulama ilkelerini içeren pafta, rapor ve notlardan oluşan belge" şeklinde tanımlanmaktadır. İki kademeli olarak önce üst ölçekli planlara dayanarak nazım imar planı, ardından da nazım imar planına

⁹³ Danıştay 2. D, E.2022/3685, K.2022/5133, T. 13/10/2022

⁹⁴ Örneğin; 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu, 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu, 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu.

dayanarak uygulama imar planı yapılmaktadır.⁹⁵ Son olarak da uygulama imar planına dayanarak ve onun uygulaması mahiyetinde parselasyon işlemi gerçekleştirilmektedir. Teknik anlamda parselasyon bu şekilde anlaşılmakta ve bu açıdan parselasyon işlemlerine karşı açılan davaların temyize tabi olduğu noktasında herhangi bir şüphede bulunmamaktadır.⁹⁶

İmar planları ve parselasyon işlemleri temyize tabi olmakla birlikte, 3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu'nun 6. maddesinin 1. fıkrası⁹⁷ uyarınca arazi toplulaştırması kapsamında yapılan parselasyondan dolayı, arazi toplulaştırması işlemlerinin temyize tabi olup olmadığı akla gelmektedir. Bu parselasyon, 3194 sayılı Kanun kapsamında olan ve uygulama imar planı uyarınca yapılan teknik anlamdaki parselasyondan yapıliş amaçları, esasları ve ölçütleri itibarıyla farklı olmakla birlikte, fiilen alanın parsellenmesi noktasında bir ayrışma yoktur.

Nitekim Danıştay Onuncu Dairesi, arazi toplulaştırması işleminin iptali istemiyle açılan davada, dava konusu arazi toplulaştırmasının parselasyon işlemi tesis edilmek suretiyle gerçekleştirildiği gerekçesine yer verip uyuşmazlığın 2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendi kapsamında olduğunu ifade ederek Bölge İdare Mahkemesince kararın kesin olduğu gerekçesiyle verilen temyiz isteminin reddi kararını bozmuştur.⁹⁸

Danıştay Onuncu Dairesinin; maddede, parselasyonun, imar planları ile birlikte zikredilmesi nedeniyle, bu bent kapsamında ancak imar planlarına dayanarak yapılan teknik anlamdaki parselasyon işlemlerinin temyize tabi olacağı şeklinde sert bir yorum yapmak yerine, temyiz yolunu açmak yönünde genişletici bir yorum yaparak temyiz kanun yoluna olumlu bir etkide bulunduğu söylenmelidir.

⁹⁵ Muratoğlu, Tahir, **Teşkilat Planlama ve Uygulama Boyutlarıyla İmar Hukuku**, Ankara, 2019, Seçkin Yay., s. 186-188.

⁹⁶ **Danıştay 6. D, E.2022/4879, K.2023/2480, T. 08/03/2023; Danıştay 6. D, E.2019/4879, K.2023/1691, T. 21/02/2023**

⁹⁷ **3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu'nun 6/1 maddesi:** "Bu Kanunda belirtilen amaçları gerçekleştirmek üzere uygulama alanlarında ilgili kuruluşça, isteğe bağlı veya maliklerin muvafakatı aranmaksızın arazi toplulaştırılması yapılabilir."

⁹⁸ **Danıştay 10. D, E.2019/11231, K.2021/4438, T. 30/09/2021**

F. Düzenleyici ve denetleyici kurullar tarafından görevli oldukları piyasa veya sektörle ilgili olarak alınan kararlar

2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinin 1. fıkrasının (m) bendi, "Düzenleyici ve denetleyici kurullar⁹⁹ tarafından görevli oldukları piyasa veya sektörle ilgili olarak alınan kararlara karşı açılan davalar" düzenlemesini içermektedir. Maddede yer alan "**piyasa veya sektör ile ilgili olma**" ifadesi açısından Danıştay Dava Daireleri arasında farklı yaklaşımlar olduğu görülmektedir.

Danıştay Onuncu Dairesi, düzenleyici ve denetleyici kurullar tarafından tesis edilen işlemlerin, ancak sektörel bazda piyasaya etki edici mahiyette olması halinde temyize tabi olacağı yorumunu yaparak bireysel bazda piyasa aktörlerine yönelik işlemlerin, ayrıca piyasaya etkisi yoksa, temyize tabi olmayacağı yönünde bir değerlendirme yapmaktadır. Örneğin Daire, ilgili piyasada faaliyet gösteren firmaların, belli yükümlülükleri yerine getirmemelerinden kaynaklı olarak düzenleyici denetleyici kurulun, denetleme görevi kapsamında verdiği idari para cezalarının, 2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinin 1. fıkrasının (m) bendi dışında olduğuna ve şayet aynı maddenin (b) bendindeki parasal sınırı da aşmıyorsa temyize tabi olmayacağına karar vermektedir.¹⁰⁰

Danıştay Onüçüncü Dairesi ise, düzenleyici ve denetleyici kurullar mahiyetleri gereği belirli mal veya hizmet piyasalarına ilişkin kuralları düzenleyen ve bu kurallara uygunluğu denetleyen bir yapıda olduklarından, tesis etmiş oldukları işlemlerin doğal olarak piyasa veya sektörle alakalı olacağı şeklinde değerlendirme yapmaktadır. Bu açıdan Daire, tesis edilen işlem bir idari para cezası ve miktar olarak 2577 sayılı Kanun'un 46.

⁹⁹ 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu(III) sayılı cetvelde sayılan kurumlar: "1) Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, 2) Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, 3) Sermaye Piyasası Kurulu, 4) Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, 5) Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, 6) Kamu İhale Kurumu, 7) Rekabet Kurumu, 8) Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu, 9) Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 10) Nükleer Düzenleme Kurumu, 11) Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu"

¹⁰⁰ Danıştay 10. D, E.2022/5789, K.2022/6420, T. 22/12/2022; Danıştay 10. D, E.2022/4048, K.2022/3760, T. 12/09/2022

maddesinin 1. fıkrasının (b) bendindeki parasal sınırın altında olsa bile, (m) bendi kapsamında temyiz yolunun açık olduğuna karar vermektedir.¹⁰¹

Dairelerin yukarıda yer verilen yorumlarına bakıldığında, iş yükü-temyiz yolunu açma dengesinde farklı açılardan yaklaşım göstererek temyiz yolunun etkinliğini sağlamaya çalıştıkları ifade edilebilir. Ancak Danıştay Onuncu Dairesinin yorumunun, Danıştay'ın etkinliğinin sağlanması ve ilgili piyasa veya sektörlerin işleyişi açılarından daha doğru olduğu kanaatindeyiz. Çünkü Danıştay Onüçüncü Dairesinin yaklaşımı neticesinde, ilk derece mahkemesi nezdinde tek hakimle görülen hatta belli durumlarda miktarsal olarak kesinlik sınırı altında olan idari yaptırım kararlarının bile her durumda temyize tabi kabul edilmesi, hem önü alınamayacak seviyede iş yükünde artışa sebep olarak Danıştay'ın temyiz yüküne olumsuz bir etki yapabilecek hem de piyasa veya sektör aktörleri sunmuş oldukları hizmetlerle ilgili çalışmalarını kesinleşmiş yargı kararları uyarınca belirleyebileceklerinden, hükmün kesinleşme sürecinin uzamasıyla bu çalışmalarını sekteye uğratabilecektir.

III. MADDİ VAKIA- HUKUKİLİK DENETİMİ AYRIMININ TEMYİZ YOLUNUN ETKİNLİĞİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Temyiz merci olarak Danıştay'ın etkinliğine sirayet eden boyutuyla maddi vakia-hukukilik denetimine ilişkin ayrımın kaynağına geçmeden önce vakia kavramını ve türlerini ortaya koyup terminolojik karmaşaları giderdikten sonra konuyu daha sağlam bir zeminde inceleme olanağı ortaya çıkacaktır.

Vakia, yani olgu; var olan, günlük hayatta bir karşılığı olan, somut ya da soyut olarak tezahür eden her durumdur.¹⁰² Vakia; bir maddi vaka (olay), örneğin bir memurun yetki almadan gizli bilgileri açıklaması şeklinde olabileceği gibi, bir hal, örneğin milletvekili seçilme yeterliliği açısından bir Türk vatandaşının 18 yaşını ikmali şeklinde de olabilir.¹⁰³ Bu sayılanlar somut vakialara örnek iken, soyut vakialar ise kendilerini çoğunlukla somut

¹⁰¹ Danıştay 13. D, E.2017/1346, K.2021/821, T. 04/03/2021

¹⁰² Yılmaz, Orhan, "Hukukun Vakıya Uygulanması", Dr. A. Recep Recai Seçkin'e Armağan, 1974, s. 898.

¹⁰³ Akyılmaz, Bahtiyar/ Sezginer, Murat/ Kaya, Cemil, Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku, Ankara, 2019, Savaş Yay., s. 1723.

vakıaların manevi unsuru, yani dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık olarak ifade edilen taksir ya da kasıt olarak göstermektedirler.¹⁰⁴ Örneğin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/A-a maddesi¹⁰⁵ ile 125/C-a maddesi¹⁰⁶ somut vakıalar açısından aynı filleri içermektedirken dikkatsiz ve özensiz davranmak ile kasıtlı hareket etmek şeklinde soyut vakıalar noktasında farkları vardır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde,¹⁰⁷ idari uyuşmazlıklar, üç başlıkta toplanmakta olup bunlar; idari işlemlerden doğan iptal davaları, idari eylem ve işlemlerden doğan tam yargı davaları ile idari sözleşmelerden kaynaklanan davalar olarak ifade edilmiştir. Ancak idari sözleşmelerden kaynaklanan davalar da yine iptal ve tam yargı davası olarak tezahür etmekte olduğundan, temelde idari yargıda davalar, iptal ve tam yargı davası olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.¹⁰⁸ İdari işleminden kaynaklanan davalarda, bir maddi vakıa üzerine ilgili idare tarafından, vakıanın tespiti ve tavsifi yapıldıktan sonra, bir işlem tesis edilmekte olup bu işlemler dolayısıyla açılan iptal ve tam yargı davalarında, idari yargı mercileri önüne gelen uyuşmazlık, maddi vakıaya yönelik tespiti de içine alan bir idari irade açıklamasıdır. İdari eylemden kaynaklanan davalarda ise, idari yargı mercileri önüne gelen uyuşmazlık doğrudan maddi vakıadır. Burada 2577

¹⁰⁴ Selçuk, Sami, "Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılamaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, s. 327.

¹⁰⁵ **657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/A-a maddesi:** "Verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmesinde, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçlerin korunması, kullanılması ve bakımında kayıtsızlık göstermek veya düzensiz davranmak"

¹⁰⁶ **657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/C-a maddesi:** "Kasıtlı olarak; verilen emir ve görevleri tam ve zamanında yapmamak, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasları yerine getirmemek, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçleri korumamak, bakımını yapmamak, hor kullanmak"

¹⁰⁷ **2577 sayılı Kanun'un 2. maddesi:** "İdari dava türleri şunlardır: a) İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları, b) İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları, c) Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar."

¹⁰⁸ Candan, Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Ankara, 2022, Yetkin Yay., s. 318.

sayılı Kanun'un 13. maddesinde¹⁰⁹, idari eylemler için öngörülmüş ve uygulamada ön karar başvurusu¹¹⁰ olarak adlandırılan müesseseden dolayı, ortaya zımni ya da sarih olarak bir idari işlem çıktığı ileri sürülebilirse de, bunun uyuşmazlığın esasıyla alakası olmadığı ve uygulamada da idari yargı mercilerince ön kararın iptalinin istendiği davalarda, idari davaya konu olabilecek nitelikte bir işlem bulunmadığı gerekçesiyle incelenmeksizin ret kararı verildiği¹¹¹ görülmektedir.

Vakıanın genel anlamda ne olduğundan ve idari yargıdaki davalar açısından görünümünden bahsettikten sonra, şimdi bu ayrımın dayanağına inmek gerekmektedir. 18/06/2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun ile fiiliyatta 20/07/2016 tarihinde işlerlik kazanan istinaf sistemine ilişkin düzenlemeler ihdas edilmiş ve idari yargıda üç dereceli bir yargılama öngörülmüştür. Bu kanuni değişiklikle birlikte 2577 sayılı Kanun'un temyiz incelemesinin içeriğine ilişkin hükümleri açısından esaslı bir değişiklik yapılmamış, temyiz edilebilir konular 46. maddedeki düzenlemeyle birlikte istisna haline getirilmiştir. Ancak 01/07/2016 tarih ve 6723 sayılı Kanun ile 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 23. maddesinde yapılan değişiklik ile "**Danıştay'ın temyiz mercii olarak görevi, bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması şeklinde ortaya çıkan hukuka aykırılıkların denetimini yapmakla sınırlıdır.**" cümlesi eklenmiş ve o günden beri, hâlihazırda devam eden ve bu başlığın da konusunu oluşturan tartışmalar ortaya çıkmıştır.

Danıştay'ın artık, maddi vakia incelemesi yapamayacağı, ilk derece ve istinaf mahkemelerinin varlığı veya yokluğu hakkında karar verdiği maddi vakıayı irdelemeden, bu mahkemelerin değerlendirmesini doğru kabul edip sadece maddi vakıaya uygun kuralın tespit edilerek uygulanıp

¹⁰⁹ **2577 sayılı Kanun'un 13. maddesi:** "İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında otuz gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir."

¹¹⁰ Ön karar başvurusu hakkında detaylı bilgi için bkz. Erdoğan, Talha, **Salt İdari Eylem Karşısında İdarenin Sorumluluğu**, İstanbul, 2021, Onikilevha Yay., s. 133-143.

¹¹¹ **Danıştay 10. D, E.2019/944, K.2023/134, T. 17/01/2023; Danıştay 10. D, E.2018/2968, K.2022/5732, T. 06/02/2022**

uygulanmadığını denetlemekle sınırlı bir inceleme yapacağı ifade edilmektedir.¹¹² Tabii ki uygulanacak hukuk kuralının belirlenmesi açısından maddi vakıayı değerlendirip vakıanın nitelendirmesini yapmak bir zorunluluktur. Dolayısıyla tartışma konusu olan durum, hiçbir şekilde maddi vakıanın değerlendirilememesi olmayıp maddi vakıanın varlığı veya yokluğu noktasında bir değerlendirmenin Danıştayca yapılıp yapılamayacağıdır.

İlk bakışta lafızdan, Kanun'un maddi vakıa denetimini dışladığı ve yasakladığı sonucu çıkarılmakta ise de, bunun; Kanun'un amacı olarak temelde ifade edilen Danıştay'ın içtihat mahkemesi olması durumuna bizatihi engel teşkil ettiği, ayrıca idari yargının kendine özgü niteliklerine, kanun sistematığına, kanun yolunun varlık amacına ve muhakeme sürecinin temel esaslarına uygun olmadığı kanaatinde olduğumuzdan, bahse konu çıkarımın doğru olmadığını düşünüyoruz. Bundan dolayı bahsettiğimiz hususlar açısından konunun ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

İlk olarak, hiçbir şekilde maddi vakıa hakkında söz söyleyemeyen bir merciin içtihat makamı olması da mümkün değildir. Çünkü içtihat, sadece hukuk kurallarının hangi maddi vakıaya ne şekilde uygulanması gerektiği ve ilgili hukuk kurallarının nasıl yorumlanması gerektiğiyle sınırlı değildir. Burada birbirinden ayrılmaz derecede zincirin halkaları gibi birbirine bağlı iki aşama olduğunu, ikinci aşamaya geçmek ve hüküm kurmak için ilkinin değerlendirilmesinin bir zorunluluk olduğunu ifade etmek gerekir. Temeli atılmamış bir binanın inşası nasıl mümkün değil ve anlamsızsa, maddi vakıa doğru tespit edilmeden uygulanacak kuralın belirlenmesi de aynı şekilde faydasız ve imkânsızdır. Dolayısıyla temelde içtihat mahkemesi olan Danıştay, maddi vakıaların varlığı noktasında nasıl ve hangi türden bir araştırma yapılması gerektiğini ortaya koymalı ve ilk derece ile istinaf mahkemelerine yol göstermeli ki ikinci aşama olan hukuk kurallarının uygulanması ve yorumlanması noktasındaki değerlendirmeler mümkün hale gelebilsin.

Nitekim Danıştay Onuncu Dairesi, temyizen inceleme yaptığı bir dosyada; FETÖ/PDY terör örgütü ile irtibatı bulunduğu bahisle 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname uyarınca, silahlı özel güvenlik kimlik kartı ve çalışma izin belgesi

¹¹² Akyılmaz, Bahtiyar/ Sezginer, Murat/ Kaya, Cemil, **Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku**, s. 1723.

iptali işlemi açısından, maddi vakıa niteliğindeki FETÖ/PDY terör örgütü ile irtibatı olma durumunun varlığı veya yokluğunun ortaya konulması noktasında, verdiği ara kararıyla benzer uyuşmazlıklar açısından, ilk derece ve istinaf mahkemelerine yol göstermiş ve bu açıdan bir içtihat ortaya koymuştur.¹¹³

Yine benzer şekilde Danıştay Sekizinci Dairesi, temyizen inceleme yaptığı bir dosyada, çifte uyruklu olunması nedeniyle yabancı uyruklu kontenjanından uzmanlık eğitimi yapılamayacağından bahisle tıpta uzmanlık eğitiminin sonlandırılmasına ilişkin işlem açısından, maddi vakıa niteliğinde olan lisans diplomasının tescil durumu ile çifte vatandaşlık tarihinden önce olup olmadığı hususunu ortaya koymak için verdiği ara kararıyla, derece mahkemelerine yol gösterecek bir içtihadı ortaya koymuştur.¹¹⁴ Danıştay'ın bu yaklaşımının, içtihat makamı olma niteliğini kuvvetlendirip etkinliğini arttırdığı ifade edilmelidir.

İkinci olarak, idari yargının kendine özgü niteliklerinin en bariz örneği olan idari işlemlerin, vakıaya yönelik tespiti de içine alan bir idari irade açıklaması niteliğinde olduğu göz önünde bulundurulduğunda, Danıştay'ın maddi vakıa denetimi yapması bazen bir zorunluluk haline gelmektedir. Zaten maddi vakıa – hukukilik denetimi arasında net bir sınır çizmek mümkün olmayıp hayli geçişkenlik mevcuttur. Nitekim bu konu üzerinde daha önce gerçekleştirilen tartışmalarda da bu husus izlenebilmektedir.¹¹⁵

İdari işlemlerden kaynaklanan davalar açısından, zaten ilgili idari makam tarafından varlığı tespit edilip tavsif edilen bir maddi vakıa vardır. İdari yargı mercilerinin önüne gelen uyuşmazlık, tespit ve tavsif edilen maddi vakıa üzerine tesis edilen idari işlemlerdir. Bu durumda idari yargı mercilerince yapılacak olan denetim, bir bütün halinde idari işlemle ilgili olacağı için gerek derece mahkemeleri gerekse de Danıştay, bu bütünün unsurlarından biri olan maddi vakıayı incelemekten imtina edemeyecektir. Çünkü 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesinde idari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurları açısından hukuka uygunluk denetimine tabi

¹¹³ Danıştay 10. D, E.2019/348, T. 18/01/2023; Danıştay 10. D, E.2018/5087, T. 14/05/2019

¹¹⁴ Danıştay 8. D, E.2020/5855, T. 25/01/2023

¹¹⁵ Ersöz, Ahmet Kürşat/ Güzel, Oğuzhan (Ed.), **İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun Kabul Edilişinin 35. Yıl Dönümü Sempozyumu**, İstanbul, 2017, Onikilevha Yayınları.

olduğu belirtilmiştir. Buradaki sebep unsuru, maddi sebep ve hukuki sebep olmak üzere iki alt unsurdan müteşekkil olup maddi sebep, idari işlemin tesisine esas alınan maddi vakıadır. Hukuki sebep ise, idarece tespiti yapılan maddi sebebe uygulanacak soyut mevzuat hükmüdür. Dolayısıyla idari işlemler açısından maddi vakıa denetimi, yargılama sürecindeki ayrı bir safhayı teşkil etmeyip doğrudan dava konusu işlemin bir unsuru, ayrılmaz bir parçası olarak hukuka uygunluk denetiminin içerisinde yer almaktadır. 2577 sayılı Kanun'un temyizen incelemenin mahkeme kararının hukuka uygunluğu yönünden yapılacağı düzenlemesini içeren 49. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendi ve yukarıda bahsedilen 2. maddesi bir arada değerlendirildiğinde, idari işlemlerden kaynaklanan davalarda Danıştay'ın maddi vakıa incelemesi yapması kanuni bir yetki olarak değerlendirilebilir.

Nitekim Danıştay Onuncu Dairesinin temyizen incelediği bir dosyada; FETÖ/PDY terör örgütüyle iltisaklı olunduğundan bahisle bilirkişi sicilinden ve listesinden çıkarılma işlemi açısından, öncelikle maddi vakıa niteliğindeki FETÖ/PDY terör örgütü ile iltisakı olma durumunun varlığı veya yokluğunun ortaya konulması noktasında *“davacının bilirkişi listesinden çıkarılmasına gerekçe gösterilen durum ya da bir başka nedenle hakkında FETÖ/PDY terör örgütü ile ilişkisi, irtibatı veya iltisakı bakımından herhangi bir adli soruşturma ve kovuşturma bulunup bulunmadığı, açılmış bir ceza davasının olup olmadığı sorularak bunlara ilişkin bilgi ve belgelerin gönderilmesi”* amacıyla ara kararı verildiği, ardından da *“davacı hakkında bilirkişi sicilinden ve listesinden çıkarılmasına dayanak teşkil edebilecek FETÖ/PDY terör örgütü ile aidiyeti, irtibatı veya iltisakı olduğuna yönelik herhangi bir bilgi ve tespit bulunmadığının, dava konusu işlemin sebep unsuru olarak gösterilen tespitlerin ise tek başına davacının bilirkişi olarak görev yapmasına engel olabilecek nitelik taşımadığının, davalı idarece yargılama sürecinde de bunun dışında başkaca bir iddia ve belgenin ortaya konulmadığının, ayrıca davacı adına bilirkişi sicilinden ve listesinden çıkarılmasından sonra yine güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılarak verilen özel güvenlik kimlik kartının düzenlenmiş olduğunun anlaşılması karşısında; davacının bilirkişi sicilinden ve listesinden çıkarılması yolunda tesis edilen dava konusu işlemlerde hukuka uygunluk bulunmadığı”* gerekçesine yer verildiği ve idari

işlemler açısından, sebep unsurunun ilk alt unsurunu teşkil eden maddi vakianın varlığı noktasında bir denetim yapıldığı görülmektedir.¹¹⁶

Öte yandan, idari yargı açısından hem ilk derece ve istinaf mahkemeleri hem de Danıştay'da uygulanacak yargılama usullerini düzenleyen¹¹⁷ 2577 sayılı Kanun'un 20. maddesinin 1. fıkrası "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar.*" hükmünü içermektedir. Bu hükümde, ilk derece veya temyiz arasında herhangi bir fark gözetilmeksizin Danıştay'ın inceleme yetkisinin "her türlü" ifadesine yer verilerek sınırlandırılmadığı da anlaşılmaktadır. Bu noktada 2575 sayılı Kanun'un 23. maddesinin temyiz incelemesi açısından daha özel ve yeni bir düzenleme olduğu belirtilebilirse de, yine 2577 sayılı Kanun'un 20/A ve 20/B maddelerinde düzenlenen yargılama usullerinde Danıştay'ın maddi vakia incelemesi yapabileceği hükmünün¹¹⁸ yer alması karşısında, bu hükümden daha sonraki bir düzenleme olan 2575 sayılı Kanun'un 23. maddesinde, 20/A ve 20/B maddelerine dönük herhangi bir istisna düzenlemeden "*Danıştay'ın temyiz mercii olarak görevi...*" ifadesine yer verilmiş olması, bu sefer özel-

¹¹⁶ Danıştay 10. D, E.2018/5087, K.2022/4362, T. 11/10/2022. Benzer kararlar için bkz. Danıştay 10. D, E.2021/2703, K.2021/5651, T. 18/11/2021; Danıştay İDDK E.2021/2672 K.2022/3970, T. 26/12/2022; Danıştay İDDK E.2021/454, K.2022/4028, T. 28/12/2022.

¹¹⁷ 2577 sayılı Kanun'un 1/1 maddesi: "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinin görevine giren uyuşmazlıkların çözümü, bu Kanunda gösterilen usullere tabidir.*"

¹¹⁸ 2577 sayılı Kanun'un 20/A/2-i maddesi: "*Danıştay evrak üzerinde yaptığı inceleme sonunda, 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 bulunduğu hâllerde kararı bozmakla birlikte dosyayı geri gönderir. Temyiz üzerine verilen kararlar kesindir.*"

2577 sayılı Kanun'un 20/B/1-h maddesi: "*Danıştay evrak üzerinde yaptığı inceleme sonunda, maddi vakalar 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 bulunduğu hâllerde kararı bozmakla birlikte dosyayı geri gönderir. Temyiz üzerine verilen kararlar kesindir.*"

genel, eski-yeni kanun çatışmasını ortaya çıkarmaktadır. Çünkü 2577 sayılı Kanun'un 20/A ve 20/B maddeleri açısından özel yargılama usulü, ilgili maddelerde düzenlenmekteyken, temyizen incelemeye dair sonraki kanun ise 2575 sayılı Kanun'un 23. maddesidir. En nihayetinde bu çatışma neticesinde uygulamada kanun yolunun amacına uygun olarak maddi vakıa denetimi yapılmaktadır.¹¹⁹ Dolayısıyla kanun koyucunun sistematik olarak vakıa denetimini dışlamadığı ifade edilebilir.

Üçüncü olarak, kanun yolunun birden çok amacı olmakla birlikte, temeldeki varlık sebebi, derece mahkemeleri tarafından yapılan incelemenin yetersiz ya da yanlış olabilme ihtimaline karşı, bunun ortadan kaldırılması ile maddi gerçeğe ulaşabilmektir. Bu maddi gerçeğe ulaşmak amacına matuf olan muhakeme sürecinde, kesin kanuni karine veya varsayım içeren açık bir kanuni düzenleme olmadığı sürece, idari yargı mercilerinin belirli ön kabuller üzerinden hareket etmesi mümkün değildir.¹²⁰ Yani ilk derece ve istinaf incelemesinden geçtikten sonra, artık bu mahkemelerin maddi vakıanın varlığı yönündeki tespiti, Danıştay tarafından kabul edilerek yalnızca maddi vakıanın tavsifi ve tavsife uygun kuralın uygulanıp uygulanmadığı denetlenmeli demek, tümüyle muhakeme sürecine özgü temel ilkelere aykırılık teşkil edecektir. Kaldı ki, 2575 sayılı Kanun'un 23. maddesinde, derece mahkemelerinin maddi vakıalara ilişkin tespitlerinin doğru kabul edileceği noktasında, bir karine ya da varsayıma da açıkça yer verilmemektedir.

Ayrıca, bir mahkemenin maddi vakıanın tavsifinde ya da uygulanacak kuralda hata yapması ihtimali kadar, maddi vakıanın tespitinde hata yapma ihtimali de mevcutken, kanun yolunun temel amacına aykırı olarak Danıştay'ın, maddi vakıaya yönelik tespitin hukuka uygunluğunu denetleme yetkisi olmadığını savunmak, bazı durumlarda adaletin tesisini engelleyebilecektir. Bu açıdan, doğrudan maddi vakıaların uyuşmazlık konusu olduğu tam yargı davalarında da temyiz incelemesi sırasında, maddi vakıaların varlığına yönelik incelemenin yapılması kanun yolunun amacına

¹¹⁹ 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesi açısından; **Danıştay 13. D, E.2020/968, K. 2021/2141, T. 09/06/2021** ve 2577 sayılı Kanun'un 20/B maddesi açısından; **Danıştay 8. D, E.2022/7885, K. 2023/115, T. 24/01/2023**

¹²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Karakaş, Fatma Tülay, "Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 62, S. 3, s. 729-760.

uygun olacaktır. Daha açık bir anlatımla, tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas alındığından; somut olayın, dolayısıyla maddi vakianın oluşumu, gelişimi, idari işlem ve/veya eylem ile illiyeti, sonuçlanması dahil olmak üzere bütün kapsamıyla birlikte ortaya konulması, yalnızca derece mahkemeleri açısından değil, temyiz mercii yönünden de uyuşmazlığın çözümü için hayati önem arz etmektedir. Bu sebeple, tam yargı davalarını temyizen inceleyen Danıştay ilgili dairesinin maddi vakia denetimi yapması, hakkın özünün yerine getirilmesi bakımından zorunludur. Aksi yorum, tam yargı davası hakkında ilk derece ve/veya istinaf mahkemelerince verilen kararın gerçek anlamda temyiz kanun yolu denetimine tabi tutulamayacağı anlamına gelecektir ki bu kabulün kanun koyucunun iradesine açıkça aykırı olacağında şüphe bulunmamaktadır.

Nitekim Danıştay Onuncu Dairesinin temyizen incelediği bir dosyaya konu Halkların Demokratik Partisince (HDP) 05/06/2015 tarihinde Diyarbakır'da düzenlenen seçim mitinginde meydana gelen bombalı saldırı olayında; Bölge İdare Mahkemesince *"meydana gelen patlamanın bir terör eylemi olduğu, olaydan önce yetkili makamlara herhangi bir ihbarın veya istihbari bir bilginin iletilmediği, olumsuz bir durumun yaşanmaması için miting öncesinde Diyarbakır Valiliği İl Emniyet Müdürlüğü'nün 04/06/2015 tarih ve Açık Hava Toplantısı Emniyet Tedbiri konulu yazısı ile Bomba İmha Şube Müdürlüğü'ne "miting alanı ve çevresi ile diğer uygun görülen noktalarda gerekli çalışmalarını yaparak tutanağa bağlamak"* görevinin verildiği ve emniyet birimlerince usule uygun verilen talimatlar ile miting alanı ve çevresinin gerek eğitimli köpekler ve gerekse de emniyet personellerince aramaların yapıldığı, emniyet personelleri hakkında verilen disiplin cezasının yargı kararlarıyla iptal edildiği, olaya sebebiyet veren patlayıcı maddenin terör örgütü mensubunca yerleştirilmesi fiilinin belli bir aldatma kabiliyeti içerdiği ve esaslı bir kamufleyle donatıldığı hususu da dikkate alındığında ihbarsız olarak yapılan aramada emniyet birimlerinin arama faaliyetinde idareye yüklenecek atfı kabil bir kusurun bulunmadığının anlaşıldığı, davacının maddi tazminat istemine ilişkin uyuşmazlığın sosyal riskin terör olayları için yasalaşmış hali kabul edilen 5233 sayılı Kanun kapsamında..." ifadelerine yer verilerek maddi vakia açısından, meydana gelen zarara etki eden herhangi bir idari eylem olmadığı tespitinde bulunulmuşken, Danıştayca *"...bombaları yerleştiren şahsın, otele giriş*

yaptıktan sonra yetkililerce gerekli sorgulamalar yapılmadığından terör nitelikli kayıp şahıs olduğunun tespit edilemediği, miting öncesi arama yapılırken birinci bombanın bulunduğu alanın usulüne uygun bir şekilde, gerekli dikkat ve özenle aranmadığı, ikinci bombanın saklandığı miting alanının bitişğinde bulunan okulun bahçesinde gerekli ve yeterli tedbir alınmadığı, ikinci bombanın bulunduğu yerin görev alanı dışında kaldığı kabul edilse dahi arama sonrasında bombanın rahatlıkla miting alanına getirilerek çay tezgahının altına konulduğu dikkate alındığında, miting alanına rahatlıkla her türlü patlayıcı, yanıcı, yakıcı aletle girilebildiği, dolayısıyla olayda gerekli ve etkili (işlevsel) kabul edilebilecek güvenlik tedbirlerinin alındığının kabulüne olanak bulunmadığı... sonuç itibarıyla, görevli memurlarca önleyici tedbir aramalarının gerekli dikkat ve özen yükümlülüğüne uyulmaksızın gerçekleştirildiği ve güvenlik tedbirlerinin tam olarak yerine getirilmediği, bu haliyle olayın meydana gelmesinde idarenin açık ve bariz hizmet kusuru bulunduğu kanaatine varılmış olup, davacının uğramış olduğunu ileri sürdüğü maddi zararlarının 5233 sayılı Kanun kapsamında değil, idarenin hizmet kusuru esasına göre genel hükümler çerçevesinde karşılanması gerektiği...” değerlendirmesi yapılarak zarara etki eden idari eylemlerin bulunduğu ve bu eylemlerin hizmet kusuru niteliğinde olduğu gerekçesiyle bozma kararı verilmiştir.¹²¹

Bir başka uyuşmazlıkta, davacıların, Atatürk Baraj Gölüne girmesi sonucu boğularak yaşamını yitiren yakınlarının vefatı nedeniyle uğradıkları maddi ve manevi zararların, göle girmeyi engelleyecek yeterli önlemleri almayan davalı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü ve Şanlıurfa Büyükşehir Belediye Başkanlığınca hizmet kusuru ilkesi uyarınca tazmini gerektiği yolundaki derece mahkemesi kararını temyizden inceleyen Danıştay Onuncu ve Sekizinci Dairelerince oluşturulan müşterek kurul, yaptığı maddi vakıa incelemesi ve değerlendirmesi neticesinde, “davaya konu olayın, müteveffanın kendi isteğiyle suya girmesi ve bu duruma ailesinin engel olmaması sonucu gerçekleştiği, dolayısıyla olayın, fiziksel engel içermeyen bölgede istem dışı meydana gelen kayma ya da düşme gibi bir nedenle meydana gelmediği, başka bir ifadeyle, olayın fiziksel engel yokluğuna bağlı olarak gelişmediği, ayrıca olayın meydana geldiği Atatürk Barajı Gölünün 817 km²'lik yüzölçümüyle Van Gölü (3713 km²) ve Tuz Gölü'nün (1300 km²)

¹²¹ Danıştay 10. D, E.2021/3610, K.2022/5470, T. 24/11/2022

ardından Türkiye'nin üçüncü büyük gölü olduğu dikkate alındığında, söz konusu yere fiziksel bariyer sistemleri konulmasının, davalı idarelerden beklenemeyecek düzeyde, ölçsüz ve aşırı külfet yükleyecek bir önlem olacağı, kaldı ki olayın meydana geldiği yere ilişkin dosyadaki fotoğraflar incelendiğinde, bu şekildeki bir önlemin (davalı idareler tarafından söz konusu yere bariyer sistemleri konulmasının) suya girmeyi tam olarak engelleyemeyeceğinden bir tedbir niteliğini de taşımayacağı, bu nedenle uyuşmazlığa konu olayda belirtilen önlemin alınmamış olmasının hizmet kusuru olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varılmaktadır. Diğer taraftan, ..., davaya konu olayın meydana geldiği tesis alanında yüzmenin tehlikeli ve yasak olduğuna yönelik gerekli uyarı levhalarının bulunduğu, ayrıca tesis görevlilerince de kişilerin suya girmemeleri konusunda uyarıldığı hususlarına yönelik tespitlere yer verildiği anlaşılmaktadır. Bu haliyle, baraj gölüne girilmemesi hususunda gerek uyarı levhaları, gerekse de sözlü uyarılarla kişilerin ikaz edildiği, dolayısıyla davaya konu olayın önlenmesi hususunda davalı idarelerce makul düzeyde önlemlerin alındığı anlaşıldığından, ortada davalı idarelere atfedilebilecek bir kusurdan kaynaklanan zarar bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.” gerekçesiyle bölge idare mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir.¹²²

Yine, sağlık hizmetinin kusurlu yürütüldüğü iddiasıyla maddi ve manevi tazminat istemiyle açılan bir tazminat davasını temyizden inceleyen Danıştay Onuncu Dairesi, idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararına dayanak alınan Adli Tıp Kurumu raporunu, eksik inceleme içermesi nedeniyle yeterli görmemiş ve maddi vakıanın bütün detaylarıyla aydınlatılması için müphem kalan hususları maddeler halinde ele alarak yeniden bilirkişi incelemesi yapılması gerektiğine hükmetmek suretiyle maddi vakıayı araştırma usulü bakımından derece mahkemesine yol göstermiştir.¹²³

Maddi vakıa ile hukukilik denetiminin birbirinden keskin bir şekilde ayrılmasının mümkün olmadığı, aralarında ciddi düzeyde geçişkenlik bulunduğu bir örnek vermek gerekirse; denetimli serbestlik kapsamında cezasının infazı için bir ilköğretim okulunda çalıştırılan hükümlü tarafından,

¹²² Danıştay 10. D. E.2021/5191, K.2022/2009, T. 12/04/2022

¹²³ Danıştay 10. D, E.2019/5477, K.2022/2710, T. 24/05/2022; E.2019/6939, K.2021/4861, T. 18/10/2021

aynı okulda memur olarak çalışan davacıların yakınlarının öldürölmesi nedeniyle uğranıldığı ileri sürölen maddi ve manevi zararların tazmini istemiyle açılan davada, derece mahkemelerince, hükümlünün kişisel kusuru ile davacıların yakınını öldürmesinde davalı idarelere atfı kabil bir kusur bulunmadığı gibi idarelerce zararın tazminini gerektiren bir kusursuz sorumluluk halinin de olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Anılan kararı temyizen inceleyen Danıştay Onuncu Dairesi ise, denetimli serbestlik sistemine ilişkin hükümler içeren 5271 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliğini incelemek ve somut olayı (maddi vakıayı) değerlendirmek suretiyle şu şekilde karar vermiştir: *“Uyuşmazlıkta, davacılar yakınını öldüren kişinin, daha önce askerlik hizmetini ifa ettiği sırada aynı devrede görevli diğer er ve erbaşın tespit edilemeyen farklı tarihlerde sekiz kez parasını ve cep telefonunu izinsiz bir şekilde almak suretiyle hırsızlık suçunu işlediği gerekçesiyle kısa süreli hapis cezasına mahkum edildiği ve bu cezasının adli para cezasına çevrildiği, ancak söz konusu cezayı süresinde ödememesi üzerine, Malatya Cumhuriyet Başsavcılığının kararıyla 5275 sayılı Kanun'un 106. maddesinin 3. fıkrası uyarınca adli para cezasının hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilmesine ve bu ceza karşılığında kamuya yararlı bir işte çalıştırılmak üzere denetimli serbestlik altına alınmasına karar verildiği, Malatya Cumhuriyet Başsavcılığı ve Malatya Valiliği arasında imzalanan iş birliği protokolü ile Malatya Denetimli Serbestlik Müdürlüğünde görevli vaka sorumlusu, Malatya Fırat İlkokulu yetkilisi ve hükümlü arasında imzalanan çalışma protokolü kapsamında Malatya Fırat İlkokulunda çalıştırılmasının uygun göröldüğü ve Malatya Denetimli Serbestlik Müdürlüğünce hazırlanan denetim planı çerçevesinde adı geçen okulda cezasının infazına başlandığı anlaşılmaktadır.*

Davacılar yakınını öldüren hükümlü hakkında hazırlanan denetim planının, hükümlüye özgü olarak hazırlanması ve yukarıda değinildiği üzere hükümlünün topluma karşı taşıdığı zarar verme riski ile tekrar suç işleme riskini belirleyerek bu risklere karşı alınacak önlemleri içermesi gerekirken, cezanın infazının yapılacağı kurum ve infazın başlangıcı ile süresine ilişkin bilgiler dışında bütün hükümlüler için ortak düzenlenen kural ve bilgilerin yer aldığı matbu bir evrak olarak düzenlendiği, başka bir ifadeyle, daha önce hırsızlık suçundan mahkum olmuş ...'nin, söz konusu suçu yeniden işleme riskinin göz önünde bulundurulmadığı ve buna yönelik herhangi bir tedbir ve

denetim belirlenmediği görölmektedir. Aynı şekilde, hükümlünün denetimli serbestlik kapsamında çalıştırıldığı iş yerinin yetkilisine de anılan riskler konusunda bilgi verilip gerekli tedbirlerin bu iş yerince de alınmasının sağlanması gerekirken, bu yönde de bir bilgilendirme yapılmadığı ve önlem alınmadığı anlaşılmaktadır. Bu haliyle Malatya Denetimli Serbestlik Müdürlüğüne denetim planının mevzuata ve usulüne uygun olarak düzenlenmediği, hükümlüye ilişkin risklerin belirlenip değerlendirilmediği gibi ilgili iş yeri olan ilkokul müdürlüğüne de iletilmediği, dolayısıyla denetim ve takip yükümlülüğünün de gereği gibi yerine getirilemediği sonucuna varılmaktadır. Nitekim, Malatya Valiliğince dosyaya sunulan savunma dilekçesinde, hükümlünün adli sicil kaydı, mahkum olduğu suç türü, hakkında adli ve idari makamlarca yapılan değerlendirmeler konusunda taraflarına herhangi bir bilgilendirme yapılmadığı açıkça ifade edilmiştir.

Öte yandan; Malatya Valiliğinin, kendisine bağlı olarak faaliyet gösteren okullarda öğrenim gören çocukların can ve mal güvenliğini korumakla yükümlü olduğu açıktır. Özellikle ilkokullarda öğrenim gören çocukların yaşı, can ve mal güvenliğini koruyup kollama bilincinin yeterince gelişmemiş olduğu, güvenliklerine yönelik tehlike halinde fiziksel müdahale kapasitelerinin sınırlı bulunduğu dikkate alındığında, Valiliğin söz konusu yükümlülüğünün, Devletin yetişkin bireylerin yaşam hakkı ile mülkiyet hakkını korumaya yönelik pozitif yükümlülüğünden daha geniş olduğu kuşkusuzdur. Yine Valiliğin, okulların her yönden gözetimini sağlamakla görevli olduğunda da duraksama bulunmamaktadır.

Buna göre, dava konusu olayın meydana gelmesinde, davalı Adalet Bakanlığının, denetim planının mevzuata ve usulüne uygun olarak düzenlenmemesi, hükümlüye ilişkin risklerin belirlenip değerlendirilmemesi ve ilgili iş yeri olan ilkokul müdürlüğüne iletilmemesi, dolayısıyla denetim ve takip yükümlülüğünün de gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle; diğer davalı Malatya Valiliğinin ise, can ve mal güvenliklerini koruma noktasında yetişkin bireyler gibi davranması beklenemeyecek, tehlikeye karşı bilişsel ve fiziksel açıdan yeterliliklerini tamamlayamamış ilkokul öğrencilerinin bulunduğu okulda çalıştırılacak hükümlünün mahkum olduğu suç türü ile topluma, okula, okulda bulunan çocuklara ve görevlilere yönelik taşıdığı riskler ve buna karşı alınabilecek önlemler konusunda herhangi bir araştırmaya girilmeksizin Malatya Denetimli Serbestlik Müdürlüğüne gönderilen hükümlünün doğrudan kabul edilmesi ve buna bağlı olarak

risklerin bertarafı için hiçbir tedbir öngörülmemesi nedeniyle hizmet kusuru bulunduğu ve her iki idarenin davacıların uğradığı zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları sonucuna varılmaktadır.”¹²⁴

Bu karardan da görüleceği üzere, maddi vakianın kapsamı ve nitelendirmesi yapılmaksızın pozitif hukuk kuralının tespiti ve uyuşmazlığa uygulanması mümkün değildir.

Önemle belirtmek gerekir ki uygulamada, Danıştay Üçüncü Dairesi temyiz incelemesinde maddi vakia denetimi yapılamayacağını kabul etmekle¹²⁵ birlikte, Danıştay’ın diğer daireleri; bu yönde bir kabulün, yukarıda da ifade edildiği gibi Danıştay’ın içtihat mahkemesi olmasına engel teşkil ettiği, ayrıca idari yargının kendine özgü niteliklerine, kanun sistematığına, kanun yolunun varlık amacına ve muhakeme sürecinin temel esaslarına uygun olmadığı gerekçesiyle, temyizen incelemekte olduğu dosyalar açısından maddi vakianın varlığı noktasında bir inceleme de yapmaktadır. Örneğın, alımlarının bir kısmı sahte faturalarla belirlendiği ileri sürülerek sözü edilen faturalara konu indirimlerin reddi suretiyle yeniden oluşturulan beyan tablosuna istinaden davacı adına resen tarh edilen katma değer vergisinin kaldırılması istemiyle açılan davaların kanun yolu aşamasında, alımlara konu faturaları düzenleyen alt firmalar hakkında hazırlanan vergi tekniği raporlarında yer alan tespitleri Danıştay Dördüncü Dairesi incelemek suretiyle, Danıştay Üçüncü Dairesi ise incelememek suretiyle uyuşmazlık hakkında karar verilmesi gerektiği görüşündedir.¹²⁶

Son olarak, 2577 sayılı Kanun’un 1. maddesinin 2. fıkrasında düzenlendiği şekilde idari yargıda yazılı yargılama usulü uygulanıp inceleme kural olarak evrak üzerinden yapılmaktadır.¹²⁷ Dolayısıyla derece mahkemeleri ve Danıştay açısından, muhakemenin ana unsurları olan vakia ve delillere temas etmek noktasında bir farklılık yoktur. İstisnai olarak

¹²⁴ Danıştay 10. D, E.2018/3043, K. 2022/4831, T. 31/10/2022

¹²⁵ **Danıştay 3. D, E.2022/1874, K. 2023/74, T. 24/01/2023**

¹²⁶ Danıştay 4D., E:2019/1607, K:2022/1006, T:23/02/2022; Danıştay 3.D., E:2018/6088, K:2022/974, T:08/03/2022.

¹²⁷ **2577 sayılı Kanun’un 1/2 maddesi:** “Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanır ve inceleme evrak üzerinde yapılır.”

duruşma, dava konusunun 2577 sayılı Kanun'un 17. maddesinde¹²⁸ belirtilen parasal sınırın üzerinde olması, taraflarca dosyanın tekemmülüne kadar talep edilmesi durumunda ve sadece ilk derece mahkemesi açısından zorunlu olarak yapılır. Dolayısıyla, kanun yolu incelemesi sırasında vakia ve delillere temas açısından istinaf mahkemeleri ve Danıştay'ın bir farklılığı yokken maddi vakia denetimi açısından bir farklılık oluşturmak yerinde olmayacaktır. Bu noktada, yaptığımız bu yorumun, idari yargı açısından, Selçuk'un "*Olayla ilgili kanı yargısını oluşturacak yargı organları, dünyanın her yerinde yalnızca duruşma yapan mahkemelerdir.*"¹²⁹ değerlendirmesine aykırı olmadığı da söylenmelidir.

Sonuç olarak, bu başlığın kavramsal dayanağını oluşturan 2575 sayılı Kanun'un 23. maddesinin, temyiz incelemesinde maddi vakia denetimi yapılamayacağını emreden bir hüküm olarak yorumlanması ve uygulamasının, Danıştay'ın içtihat oluşturma fonksiyonunu zayıflatmakla birlikte, bazı olaylarda adaletsiz sonuçlar doğurabileceğinden Danıştay'ın temyiz merci sıfatına olumsuz yönde bir etkisi olduğu düşüncesindeyiz.

Yukarıda da ifade edildiği gibi uygulamada, Danıştay'ın kahir ekseriyeti, maddi vakia denetimi yapılmasını, hukuka uygunluk denetiminin ayrılmaz ve zorunlu bir ön koşulu olarak gördüğünden, maddi vakia denetimi yapmaya istinaf sistemine geçilmesinden sonra da devam etmektedir. Ancak doktrinsel eleştiriye konu olan bu durumun çözülebilmesi için ya 2575 sayılı Kanun'un 23. maddesinde 01/07/2016 tarihinde yapılan değişiklikle eklenen cümle ilga edilmelidir ya da sistematik olarak Danıştay dairelerinin maddi vakia denetimi yapmasına imkân tanıyan, 2577 sayılı Kanun'un yukarıda saydığımız ilgili maddelerinde değişiklik yapılarak maddi vakia denetimi temyiz incelemesi açısından net olarak yasaklanmalıdır. Ancak tabii ki maddi gerçeğe ulaşma sürecinin en baş unsurlarından olan kanun

¹²⁸ **2577 sayılı Kanun'un 17. Maddesi:** "1. 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. 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."

¹²⁹ Selçuk, Sami, "Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılamaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri", **Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan**, s. 334.

yolu açısından getirilecek bir sınırlama, temelde hukuki öngörülebilirliğe, belirliliğe ve en tepede de hukuki güvenlik ile hukuk devleti ilkesine zarar vereceğinden, temyiz incelemesinde maddi vakıa denetimi yapılamaz sonucunu doğuran herhangi bir düzenlemenin bulunmaması gerektiği kanaatindeyiz.

SONUÇ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi tarafından adil yargılanma hakkı bağlamında, özellikle mahkemeye erişim ve hak arama hürriyeti kapsamında değerlendirilen temyiz kanun yolu “doğal kanun yolu” olarak ele alınabilecek bir hukuki denetim mekanizmasıdır. Diğer bir deyişle, temyiz kanun yolu bir bakıma “kendiliğinden var olan yahut olması gereken” kanun yoludur. Bu söylemin sonucu ise temyiz kanun yolunun kanunlarda istisnai olarak öngörülmemesi gerektiğidir. Ancak mevcut düzenlememizde temyiz kanun yolu istisnai, temyize tabi olmama kural olarak düzenlenmiştir. Çalışmanın temel kavramı olan “etkin kanun yolu” ifadesinin hayata geçirilmesinin önünde engel olarak ilk sırada yer alan istisnai olarak düzenlenme hali Danıştay tarafından içtihatlarla yumuşatılmış, hak ve özgürlükleri artırıcı yorumlar geliştirilerek sınırlayıcı madde olan 2577 sayılı Kanun’un 46. maddesi geniş anlamlarıyla ele alınmıştır. Örneğin “meslek”, “çıkartılma”, “ticari faaliyet” gibi ifadelerin ele alınış tarzı, parasal sınırın mümkün olabilecek en geniş haliyle yorumlanmaya çalışılması, Danıştay’ın usuli kuralları katı şekilcilik içerisinde ele almadığını göstermektedir. Danıştay tarafından sergilenen bu yaklaşım, hukuki güvenliğin en üst seviyede sağlanması bakımından temyiz kanun yolunun etkinleştirilmesine hizmet ettiği gibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesinin yaklaşımlarıyla da uyumlu bulunmaktadır. Zira bu iki Yüksek Mahkeme, usul kurallarının hakkın özünü etkileyecek şekilde sert yorumlanması ve uygulanmasını adil yargılanma hakkını zedeleyici bir yaklaşım olarak değerlendirmektedir.

Temyiz kanun yolunun etkinliğinin artırılması noktasında idari yargı sistemini benimseyen ülkelerde görülen iyi uygulama örneklerinin Türk idari yargı sisteminde de kabul edilmesinde fayda bulunmaktadır. Temyiz izni, Yüksek Mahkeme görüşü, grup dava uygulamaları, çeşitli önem kriterlerinin belirlenmesi gibi yukarıda ele aldığımız birçok usuli araç, temyiz kanun yolunun etkinliğinin artırılması noktasında yararlı olabilecek uygulamalar

olarak gösterilebilir. Ancak hiçbir zaman gözden kaçırılmamalıdır ki bütün usuli araçlar, uygulayıcıların bu araçları etkin ve verimli kullanmasıyla faydalı olmaktadır. Bu nedenle temyiz kanun yolunun etkin hale getirilmesi hedefleniyorsa, Türk İdari Yargı sisteminde yer alan insan unsurunun hem nicelik hem nitelik bakımından her geçen gün geliştirilmesi büyük önem arz etmektedir.

Temyiz kanun yolunun etkinliğinin artırılması, esasında iş yüküyle de yakından bağlantılıdır. Türk Danıştayının idari rejimi benimseyen diğer ülkelere nazaran daha fazla iş yükü altında bulunması onun “içtihat makamı” olarak görev yapmasını engellemekte, “içtihat makamı” olarak etkin görev yapmasını zorlaştırmaktadır. Ancak 2016 yılında faaliyete geçen istinaf sistemiyle beraber Danıştay’da iş yükü önemli oranda azalmış, birçok dava istinaf aşamasında kesinleşmeye başlamıştır. Nitekim, iş yükünün azaltılması ile hukuki güvenliğin en üst seviyede sağlanması arasında bir denge içerisinde yürütülmesi gereken temyiz incelemesinin etkin hale getirilmesi için bahsedilen tüm hususlar Danıştay’ın “içtihat makamı” olarak çalışması hedefine matuftur.

Danıştay tarafından verilen bütün yargısal kararların düzenli bir şekilde ve süratle yayımlanması da temyiz kanun yolunun etkinliğinin sağlanması noktasında önemli bir araçtır. Bu suretle, muhtemel uyuşmazlık taraflarının konu hakkında bilgi edinerek gerek uyuşmazlık doğmadan idari aşamada sorunun halli yoluna gidilmesi gerekse derece mahkemelerince içtihatlara uygun karar verilmesi, sonuç itibarıyla iş yükünün azalması/hafiflemesi suretiyle temyiz kanun yolunun işlevselliğinin sağlanması mümkün olacaktır.

Diğer taraftan, çalışmada öğretinin büyük bir bölümünden farklı olarak maddi vakıa – hukuki denetim ikileminde uygulamanın duruşu ağırlıklı olarak ele alınmıştır. Türk öğretisi çok büyük bir oranda temyiz kanun yolu sırasında maddi vakıa denetimi yapılamayacağı hususunda birleşmiş bulunmaktadır. Ancak maddi vakıa ve hukuki denetim arasındaki çizginin her zaman kesin bir şekilde belirlenebilecek netlikte olmadığı açıktır. Kaldı ki maddi vakıa denetiminin belirli sınırlar dahilinde -özellikle usul ekonomisini bertaraf etmeyecek şekilde- temyiz kanun yolunda yapılabilmesi, bu kanun yolunun etkinliğini artırmaktadır. Nitekim uygulamada, öğretinin temel savının aksine olmak üzere maddi vakıa denetiminin yapıldığı görülmektedir. Çalışmanın maddi vakıa denetiminin

yapılması gerektiğini belirten bölümlerinin öğretilerinde yer almayan, ancak uygulamanın ağırlıklı görüşünü teorik düzlemde dile getiren iddiaları içermesi nedeniyle yeni tartışmaları gündeme getirmesi ve hatta 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 23. maddesinde gerekli yasal değişikliğin yapılmasına zemin hazırlaması ümit edilmektedir.

KAYNAKÇA

BİLİMSEL YAYINLAR

Akyılmaz, Bahtiyar/ Sezginer, Murat/ Kaya, Cemil, **Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku**, Ankara, 2019, Savaş Yayınları.

Bilgin, Hüseyin, "Bölge İdare Mahkemesi Kararları Arasındaki Aykırılık ve Uyuşmazlığın Giderilmesi Sorunu", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2021, C. 25, S. 3, s. 639-688.

Candan, Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Ankara, 2022, Yetkin Yayınları.

Çağlayan, Ramazan, **İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa - Türkiye: Mukayeseli Bir Deneme)**, Ankara, 2017, Seçkin Yay., s. 265.

Çayan, Gökhan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı", **TAAD**, 2016, S. 28, s. 235-272.

Demirkol, Selami, "İdari Yargılama Usulü Yenilenirken İstinaf Kanun Yolu Öngörüsü – Danıştay'ın İçtihat Mahkemesi Rolünün Güçlendirilmesi", **Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu**, 10 Mayıs 2016, s. 115-140.

Ekinci, Hüseyin "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Kriterleri ve İnceleme Yöntemi", **Anayasa Yargısı**, 2013, C. 30, S. 1, s. 161-197.

Emiroğlu, Ulya/ Aykın, Yunus, "Temyiz Yoluna Başvuruda Süzgeç Usulü Temyiz İzni", **İdari Yargı Komisyonu Çalışmaları, 1. Dönem (2017-2018)**, Danıştay Yayınları.

Erdoğmuş, Talha, **Salt İdari Eylem Karşısında İdarenin Sorumluluğu**, İstanbul, 2021, Onikilevha Yayınları, s. 133-143.

Ersöz, Ahmet Kürşat/ Güzel, Oğuzhan (Ed.), **İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun Kabul Edilişinin 35. Yıl Dönümü Sempozyumu**, İstanbul, 2017, Onikilevha Yayınları.

Gülan, Aydın, “Ülkemizdeki Kanuni Düzenlemeleri Sonrasında İstinaf Kanun Yolu Hakkında Yeniden ve Farklı Düşünmek”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu**, 10 Mayıs 2016, s. 19-28.

Kaplan, Gürsel, **Fransız İdari Yargılama Hukukunda Kararlara Karşı Başvuru Yolları**, Ankara, 2016, Ekin Yay., s. 196.

Kaplan, Gürsel, **İdari Yargılama Hukuku**, Bursa, 2019, Ekin Yay., 4. Baskı.

Karakaş, Fatma Tülay, “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 62, S. 3, s. 729-760.

Muratoğlu, Tahir, **Teşkilat Planlama ve Uygulama Boyutlarıyla İmar Hukuku**, Ankara, 2019, Seçkin Yayınları.

Oğurlu, Yücel, "AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak Ölçülülük İlkesi”, **Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce’ye Armağan**, İzmir, 2001, s. 485-521.

Sancakdar, Oğuz, “İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu**, 10 Mayıs 2016, s. 29-113.

Selçuk, Sami, “Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılamaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri”, **Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan**, 2013, C. 19, S. 2.

Sezginer, Murat, “İdari Yargıda İstinaf İncelemesinin Esasları İle İstinaf Uygulamasında İctihat Ayrılıkları Sorunu Ve Çözüm Yolları”, **150. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu**, 11-18 Mayıs 2018, s. 111-134.

Şentürk, Ecem Gül, **İdari Yargıda Temyiz Kanun Yolu**, 2022, Yüksek Lisans Tezi.

Tekinsoy, M. Ayhan, “Danıştay'ın Temyiz İncelemesi Üzerine Verdiği Kararların Uygulanması”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2016, C.5, S.2, s. 23-50.

Telli, Ali, “İstinaf Kanun Yolunda Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu**, 10 Mayıs 2016, s. 141-154.

Toklu, Esat, “Türk İdari Yargısının İstinaf Deneyimi, Karşılaştığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **150. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu**, 11-18 Mayıs 2018, s. 135-145.

Türk Hukuk Lügati, Ankara, 1991, Başbakanlık Basımevi, "Temyiz" başlıklı madde.

Ünlüçay, Mehmet Rıza, **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu 147. Yıl Sempozyumu**, Birinci Oturum Açılış Konuşması.

Üstün, Gül, "İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine Bir Değerlendirme", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2016, C. 22, S.2, s. 13-38.

Yılmaz, Ejder, "Usul Ekonomisi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2008, C.57, S.1, s. 243-274.

Yılmaz, Orhan, "Hukukun Vakıya Uygulanması", **Dr. A. Recep Recai Seçkin'e Armağan**, 1974, s. 895-917.

Yongalık, Aynur, "'İstisnalar Dar Yorumlanır" Kuralı ve Değerlendirilmesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2011, C. 60, S.1, s. 1-18.

İNTERNET KAYNAKLARI

www.sozluk.gov.tr

www.danistay.gov.tr

KARARLAR

AIHM, Efstathiou ve Diğerleri/Yunanistan, B. No: 36998/02.

AIHM, Walchli/Fransa, B. No. 35787/03.

Abdurrahman Şanda Başvurusu, B. No: 2014/3907, T. 07/12/2016.

Ali Atlı Başvurusu, B. No: 2013/500, T.20/3/2014.

Marka Madeni Yağ Sanayi Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu, B. No: 2018/20215, T. 20/10/2020.

AYM, E.2014/142, K.2014/182, T.04/12/2014.

AYM, E.1990/20, K.1991/17, T.21/06/1991.

AYM, E:2016/19, K:2016/17, K:16/03/2016.

AYM, E.2018/71, K.2018/118, T. 27/12/2018

AYM, E.2020/21, K.2020/53, T. 01/10/2020.

AYM, E.2014/177, K.2015/49, T. 14/05/2015

Danıştay İBK E.1983/1, K.1983/10, T. 29/12/1983.

Danıştay İDDK, E.2021/6, K.2021/7, T. 08/03/2021.

Danıştay İDDK E.2021/2672 K.2022/3970, T. 26/12/2022.

Danıştay İDDK E.2021/454, K.2022/4028, T. 28/12/2022.

- Danıştay 2. D, E.2022/3114, K.2022/6308, T. 07/12/2022
Danıştay 2. D, E.2022/3256, K.2022/6511, T. 14/12/2022.
Danıştay 2. D, E.2021/15025, K.2022/4491, T. 22/09/2022.
Danıştay 2. D, E.2022/3685, K.2022/5133, T. 13/10/2022.
Danıştay 3. D, E.2023/328, K.2023/224, T. 09/02/2023.
Danıştay 3. D, E.2022/1874, K. 2023/74, T. 24/01/2023.
Danıştay 6. D, E.2022/4879, K.2023/2480, T. 08/03/2023.
Danıştay 6. D, E.2019/4879, K.2023/1691, T. 21/02/2023.
Danıştay 7. D, E.2022/4595, K.2022/5329, T. 22/12/2022.
Danıştay 7. D, E.2021/635, K.2022/972, T. 14/03/2022.
Danıştay 8. D, E.2019/6630, K.2021/5357, T. 16/11/2021.
Danıştay 8. D, E.2021/375, K.2021/1393, T. 09/03/2021.
Danıştay 8. D, E.2022/3979, K.2022/4123 T. 14/06/2022
Danıştay 8. D, E.2022/6620, K.2022/6158 T. 01/11/2022
Danıştay 8. D, E.2021/7657, K.2022/8192, T. 27/12/2022
Danıştay 10. D, E.2023/156, K.2023/203, T. 19/01/2023.
Danıştay 10. D, E.2022/6162, K.2022/5361, T. 23/11/2022.
Danıştay 10. D, E.2018/3301, K.2022/5348, T. 23/11/2022.
Danıştay 10. D, E.2019/31, K.2019/2998, T. 10/04/2019.
Danıştay 10. D, E.2018/5038, K.2021/5061, T. 26/10/2021.
Danıştay 10. D, E.2016/1260, K.2021/2477, T. 24/05/2021.
Danıştay 10. D, E.2022/7510, K.2022/4548, T. 19/10/2022.
Danıştay 10. D, E.2021/4134, K.2021/5756, T. 23/11/2021.
Danıştay 10. D, E.2021/7288, K.2022/612 T. 10/02/2022
Danıştay 10. D, E.2022/3404, K.2022/3348, T. 20/06/2022.
Danıştay 10. D, E.2021/6214, K.2021/5055, T. 25/10/2021.
Danıştay 10. D, E.2021/3374, K.2021/5832, T. 25/11/2021.
Danıştay 10. D, E.2020/6378, K.2021/2533, T. 24/05/2021.
Danıştay 10. D, E.2021/200, K.2021/491, T. 15/02/2021.
Danıştay 10. D, E.2022/5789, K.2022/6420, T. 22/12/2022.
Danıştay 10. D, E.2022/4048, K.2022/3760, T. 12/09/2022.
Danıştay 10. D, E.2019/11231, K.2021/4438, T. 30/09/2021.
Danıştay 10. D, E.2019/944, K.2023/134 , T. 17/01/2023.
Danıştay 10. D, E.2018/2968, K.2022/5732 , T. 06/02/2022.
Danıştay 10. D, E.2019/348, T. 18/01/2023.
Danıştay 10. D, E.2018/5087, T. 14/05/2019.

- Danıştay 10. D, E.2018/5087, K.2022/4362, T. 11/10/2022.
Danıştay 10. D, E.2021/2703, K.2021/5651, T. 18/11/2021.
Danıştay 10. D, E.2021/3610, K.2022/5470, T. 24/11/2022.
Danıştay 10. D ve 12. D Müşterek Heyeti, E.2019/7296, K.2019/4874,
T. 18/06/2019.
Danıştay 12. D, E.2022/3485, K.2022/4361, T. 05/07/2022
Danıştay 12. D, E.2022/3215, K.2022/4271, T. 28/06/2022
Danıştay 12. D, E.2022/2851, K.2022/4338, T. 29/06/2022
Danıştay 13. D, E.2021/4230, K.2021/3090, T. 30/09/2021.
Danıştay 13. D, E.2021/3171, K.2021/2559, T. 29/06/2021.
Danıştay 13. D, E.2022/5014, K.2023/12, T. 09/01/2023.
Danıştay 13. D, E.2018/3240, K.2020/1116, T. 02/06/2020.
Danıştay 13. D, E.2022/3438, K.2023/845, T. 27/02/2023.
Danıştay 13. D, E.2019/1249, K.2019/1488, T. 03/05/2019.
Danıştay 13. D, E.2017/1346, K.2021/821, T. 04/03/2021.

(Kararlara UYAP Mahkeme ekranından ulaşılmıştır).

İKİNCİ OTURUM TARTIŞMALAR

Mahmut VURAL (Oturum Başkanı): Onuncu Daire Başkanımız Sayın Yılmaz Akçıl'e bu kapsamlı sunumu için teşekkür ediyorum. Son cümlelerinde yer alan Üçüncü Daire ile ilgili tespiti bakımından Hanifi Başkanım da, tam karşımda, o görüşünü devam ettirip ettirmedikleri konusunda bende bir tereddüt hasıl olduğu için bir işaret almak istiyorum sadece. Üçüncü Daire Başkanı Hanifi Başkan, dairenin konuya ilişkin görüşünü devam ettirdiğini işaret etti. Çünkü biz de VDDK'da özellikle sahte belge düzenleme ve kullanma fiillerine ilişkin tarhiyatlar bakımından bir değerlendirme yaptık. Ve Kurul olarak sahte belge düzenleme ve kullanma fiillerine ilişkin maddi vakıa denetiminin ne olması gerektiği konusunda Üçüncü Dairenden farklı bir sonuca ulaştık. O anlamda Dairemiz görüşünü devam ettiriyor mu ettirmiyor mu onu teyit etmek istedim. Başkanımız da teyit etti.

Evet, Sayın Başkanım, değerli arkadaşlarım, değerli meslektaşlarım, oturumumuzun tebliğlerin sunulması bölümünü noktaladık. Soru sormak isteyen arkadaşımız var ise sorularını alacağız. Buyurun Sayın Mehmet Aydın.

Mehmet AYDIN (Danıştay Üyesi): Teşekkür ederim Başkanım. Başkanım, sorudan ziyade, dün ve bugün değişik kavramlara tanık olduk. Aydın Gülan Hocamın açıklamalarına katkı sağlamak bakımından bir şeyler söylemek istiyorum izin verirseniz. Dün Bahtiyar Hocamızın "İçtihadî hukuk-içtihat hukuku" ayrımını dinledik. Bugün de Aydın Gülan Hocamız "İçtihat birliği değil, bence içtihat bütünlüğü kavramının kullanılması gerekir" dedi. Ben bir anda yirmi yıl gerisine gittim. Türkiye'de 4603 sayılı Yasa çıkarılmıştı. Ziraat Bankasının, Halk Bankasının, Emlak Bankasının özelleştirilmesine ilişkin bir hazırlık yasasıydı. Daha sonra 5230 sayılı Yasa'yla Pamukbank da bu kapsama alındı. O dönemde bu bankalarda çalışan personelin istihdam fazlası personel olarak yine kamu kurum ve kuruluşlarına geçişi söz konusu oldu. Ve ben ve görevlendirilen diğer tetkik hâkimi arkadaşım kısa bir süre sonra yaklaşık üç bin dosyayla karşı karşıya kaldık. Bu dosyalar hakkında bir içtihat birliği sağlayabilecek miyiz diye düşündük; ama sonra baktık ki bankaların kendi iç dinamikleri, oluşumları farklı. Ziraat Bankasındaki bazı unvanlar diğer bankalarda yok. Pamukbankta olan Halk Bankasında yok. Ve

biz bu tür dosyaları ayırdık. Genellikle Danıştay Birinci Dairesinin çok uyguladığı bir yöntemdir idarelerin temsilcileriyle toplantı yapıp görüşmek. Bu dosyalara özgü olarak durumu Sayın Daire Başkanımıza iletmıştim. Bankaların ilgili hukuk müşavirlerini ya da avukatlarını çağırıp bir toplantı yapabilir miyiz? Çünkü içtihat birliğini sağlamak isterken, daha ayrıntısı olan kişileri gözetememe durumumuz olacaktı. Böyle bir ön toplantı ve hazırlık yaptık. Bankalar da o dönemde bize gönderdiler elemanlarını, görüştük. Ve biz o dönemde yaklaşık üç bin kişi hakkında aynı kararı vermemize rağmen, belli kişilerle ilgili olarak, ayrıntıları, farklı durumlarını kararlarda ayrıca vurguladık. Yani burada aslında yaptığımız, bugün Aydın Gülan Hocamızın deyişiyle içtihat bütünlüğünü sağlamak olmuş. Aslında içtihat birliğinde genelde hep aynı şekilde karar alınır. Ama belirttiğim durumlarda, bazı davacılarla ilgili, özel durumlarını, diğerlerinden ayrıksı durumlarını vurgulayarak lehe verdiğimiz kararlar oldu. Bu kararlar da 2003-2004 yıllarında idi. Henüz Tetkik Hâkimi idim. Sayın Başsavcım da belirtti, siz de belirttiniz, değişik yeni kavramları duyuyoruz. Bugün de içtihat bütünlüğünü... Ben bu noktada bir katkı sağlamak istedim. Danıştay da bunu zaten yapıyordu. Sadece biz isim olarak içtihat birliği diyorduk.

Mahmut VURAL (Oturum Başkanı): Evet, Mehmet Bey'e teşekkür ediyoruz.

Mahmut VURAL (Oturum Başkanı): Teşekkür ediyorum. Başka soru var mı? Osman Bey'e iletelim mikrofonu. Sorularımızı kısa tutarsak bir kişiye daha soru sorma imkânı sağlamış oluruz diyerek kısa ve öz soru istiyoruz, bekliyoruz. Osman Bey buyurun lütfen.

Osman DANACI (Danıştay Tetkik Hâkimi): Benim sorum Aydın Gülan Hocama. İdareler, faaliyetleri sebebi ile ya da kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince ortaya çıkan zararları gidermekle yükümlüdürler. Ancak ben yıllarca idarede çalışmış biri olarak biliyorum, idareler bu süreci sonuna kadar uzatmakta. İdarenin hatalı işlemlerine binlerce verilmiş emsal kararlar olmasına rağmen devam etmektedirler. Tabii ki bu da hem zaman hem de iş yükünü artırmaktadır. Benim sorum şu: Bireyler ile idareler arasındaki uzlaşma nasıl sağlanabilir, gereksiz yargılamaların önüne geçilebilir mi? Bu konuda, konusunda yetkin kişilerden oluşan bir komisyon kurulabilir mi?

Prof. Dr. Aydın GÜLAN: Efendim belki ilginç bir olay olarak Conseil d'État uygulamasından bahsetmek lazım. Orada hâkimlerin idarenin talebi, kendilerinin kabulü halinde bir sene détachée statüsünde idarede görev alabilmeleri imkânı var. İdarelerin işlemlerinde yol göstermesi, idarelerin hem yargının bakış açısını anlamalarını sağlamak, hem de idarelerin hukuki hatalar içeren işlemler yapma oranını düşürmek için bu usul kullanılıyor. Gidip tekrar yargıya dönen hâkimler için bu büyük bir şeref de oluşturuyor. Aynı zamanda zannediyorum Fransız idaresinin daha az hukuka aykırı karar vermesine de katkıda bulunuyor. Kamu Denetçiliğinin de seri davalar açılacak çok hususta idareyle telefon trafiği kurarak çözdüğüne ilişkin açıklamaları var raporlarında. Sosyal sigortaların emsal olarak çokça açılan davalarında, hukuki açıklamada bulunarak, idare yetkililerinin sorumluluk endişesini gidererek, yapılması gerekenler konusunda yol göstererek katkıda bulunduğu söyleniyor. Ama elbette yargı yolunu kapatmak temel bir anayasal niteliğe engel olacağı için mümkün değil. Yargı yolunu açık tutup, buna fiilen ihtiyaç duyulmayacak mekanizmalar geliştirmek, idarenin daha az hukuka aykırı işlemler yapmasını sağlayarak uzlaşmaya bile gerek kalmadan dava sayısı azaltılabilir. İdarelerin, daha etraflı gerekçeleri işlemleri, işlem tesisi öncesi kişileri dinlemesi gibi tedbirler katkı sağlayabilir. Emsal kararlardaki hukuki esasların dikkate alınması yönündeki anlayışın gelişmesi elbette önemli bir farklılık getirecektir. Zannediyorum uzlaşmanın önündeki en büyük engel idareyi temsil edecek kişilerin uzlaşma halinde sonradan ortaya çıkacak sorumluluk endişeleri olabilir. Dava açmak durumunda kalmak kişilerin psikolojini de etkileyen bir durumdur. Sonuç ne olacak diye beklemek insanı yıpratır. Dava sayısını azaltmak, uzlaşma kanallarını açık tutmak gibi hususların sadece hukukla değil sosyal bilimlerin farklı alanlarının uzmanlık verileriyle birlikte ele alınması, multidisipliner araştırmalara ve varsayımlara konu olması halinde, etkin çözümler bulunabileceği kanaatindeyim.

Mahmut VURAL (Oturum Başkanı): Teşekkür ediyorum hocam. Buyurun lütfen son soru olarak alıyoruz.

Halil İbrahim ÖZGÜN (Ankara 21. İdare Mahkemesi Başkanı): Sorum şu: Danıştayın temyiz merci olarak görevlerinin hukuka aykırılıklarının denetime katkısı nedir? Yani maddi anlamda içtihat birliği, içtihat bütünlüğü. Hem Aydın Gülan Hocamıza hem de istinaf düşüncesini anlattığı için Engin

Saygın Hocamıza sorumu yönlendirmiş olalım. Aynı zamanda Daire Başkanımız Yılmaz Akçil'e de yöneltilmiş olabilir. Çünkü 15 Temmuz 2016 darbe girişiminden sonra hukukumuzda iltisak ve irtibat kavramı girdi. Şimdi iltisak ve irtibat kavramları denilince mesela burada içtihat birliği, içtihat bütünlüğü çok zor bu bizim baktığımız davalarda verdiğimiz kararlarda. Çünkü olağanüstü tedbir niteliğindeki yüz yirmi beş bin kamu görevlisinin görevine son verildi. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda düzenlenen "Devlet memurluğundan çıkarma" cezasını gerektiren fiil veya haller arasında terör örgütleri ile veya Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu Milli Güvenlik Kurulunca karar verilen yapı, oluşum veya gruplarla irtibatlı ve iltisaklı olduğu yönünde bir düzenleme bulunmuş olsa idi buna gerek kalmazdı. Bunun ardından istinafa ve Danıştaya gelecek. Bunların yanı sıra idari tedbirlerin örneğinin bir kamu görevlisi iltisaklı ve irtibatlıysa bunun yanında yakınları, çocukları, taşınmazları kurumlar bu şekilde uyuşmazlığın buna ilişkin olarak içtihat birliği, içtihat bütünlüğü bunlar yönünden bir öngörüsü buna ilişkin bir yönelim olabilir mi idari yargıda? Buna ilişkin çalışmalar yapılmış olabilir mi? Yapıldıysa diyelim ki idari yargıya bir perspektif çizebilir mi?

Mahmut VURAL (Oturum Başkanı): Teşekkür ediyorum. Yani bütün konuşmacılarımızı hedeflediği için birer cümleyle ya da ne kadar arzu ederseniz. Buyurun.

Prof. Dr. Aydın GÜLAN: Ben biraz önceki açıklamalarım çerçevesinde bu konuyu elbette bütünlüğü içinde ele alan ve çeşitli nüansları ortaya koyabilecek bir yaklaşımla kavramların kapsamına dair netliğin oluşabileceği kanaatindeyim. İlk bakışta birbirinden farklı olan şeyleri ayırmakta bir problem yok. Birbirine çok yaklaşmış ama birbirinden ayrı hukuki değerlendirmeyi gerektiren noktaları aşmakta problem var. Yani 2 ile 7'nin farkını anlamak için bir kritere gerek yok ama 1,23 ile 1,24 arasındaki farkı ölçüde, tartıda anlayabilecek; bu farkı tartabilecek, ölçebilecek hassas ve doğru sonuçlar verebilecek kriterlere ihtiyaç var. Bunun için nüansları, yol ayrımlarını belirleyen, farklı muameleleri gerekli kılan bir şekilde ayırım, belli bir sayıya ulaşan incelemeler sonrasında ortaya çıkabilecektir. Yargının somut olay özelliklerine dayalı olarak vereceği kararlar çerçevesinde, yine yargının kanun yolu aşamalarının süzgecinde yapılacak değerlendirmeler ve bu kararları değerlendiren bilimsel çalışmalar sayesinde mevzuatta

kullanılan belirleyici kavramların anlam ve kapsamlarına ilişkin olarak netlik ortaya çıkacaktır. İlgili alanlarda bilimsel çalışmaların bulguları ve varsayımları, yargı kararlarında ele alındığı, olaya uygulandığı ve kullanıldığı oranda elbette bir katkı sağlama potansiyeli taşıyacaktır.

Mahmut VURAL (Oturum Başkanı): Teşekkür ederiz hocam. Hocam siz bir değerlendirme yapmak ister misiniz?

Doç. Dr. Engin SAYGIN: Öncelikle çok kıymetli sorunuz için teşekkür ederim. Bu kıymetli sorunuz, pilot dava uygulamasını aklıma getirdi. İdari yargının iş yükü ile ilişkin olarak bu iş yükünü ortadan kaldıracak tedbirlerden bir tanesi de pilot dava uygulaması olabilir. Nitekim Danıştayın yıllık raporlarında ilke kararlarına yer veriliyor olsa da bence Danıştayın temyiz mercii olmasının, daha doğru bir ifadeyle etkili temyiz mercii olmasının yanında içtihat bütünlüğünü de Aydın Hocamın da söylediği gibi sağlaması açısından pilot dava uygulaması gündeme gelebilir. En nihayetinde belki çok ilintili sayılmaz ama bütün bu akademik tartışmalarda her konu dönüp dolaşıp İdari Usul Kanunu'na da bağlanmaktadır. Dolayısıyla biraz önceki soruyla da ilgili olarak bence o da seçeneklerden birisi olabilir. Herkesin kabul edebileceği üzere, Türkiye'de genel bir idari usul kanununun bulunmaması, idarelerin sizin söylediğiniz şekilde davranmasına da yol açmaktadır. Bu sebeple her platformda, her konuda genel bir idari usul kanununun hem idari yargıya hem de idare hukukuna faydası hep tartışılmaktadır. Sonuç olarak İdari Usul Kanununu da bu sorundan bağımsız olarak tekrar değerlendirmek, dikkate almak gerekir kanaatindeyim. Teşekkür ederim.

Mahmut VURAL (Oturum Başkanı): Evet, teşekkür ediyoruz. Sayın Başkanım, değerli meslektaşlarım ikinci oturumumuzu burada sonlandırıyoruz. Hepinize katıldığınız ve bizi sabırla dinlediğiniz için, bize sorularınızla ve görüşlerinizle katkı yaptığınız için çok teşekkür ediyoruz. Konuşmacı hocalarımıza ve Onuncu Daire Başkanımıza yapmış oldukları güzel sunumlar dolayısıyla çok teşekkür ediyoruz. Danıştayımızın 155. kuruluş yıldönümünü kutluyoruz. Nice yüzyıllar boyunca inşallah Türk Devleti var oldukça Danıştayımızın da daim olmasını temenni ediyoruz. Hepinizi saygıyla selamlıyoruz.

Teşekkür Belgesi Takdimi

III. OTURUM (11 Mayıs 2023)

Sunucu:

**Sayın Danıştay Başkanım,
Değerli Konuklar,**

Üçüncü ve son oturumda üç konuşmacı bildiri sunacaktır. İki konuşmacının bildirimlerini sunmasının ardından oturuma kısa bir ara verilecektir. Oturumda yer alan tüm konuşmacılarımızın verilen aradan sonra yerlerini almaları beklenmektedir. Programın ikinci bölümünde konuşmacılarımızın bildirimlerini sunmalarının ardından, oturumun son bölümünün de soru ve cevaplara ayrılması planlanmaktadır. Sorular, ilgili konuşmacıya sözlü olarak yöneltilebilecektir.

Şimdi Sempozyumun “İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 31. Maddesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Atıf Yapılan Haller” konulu üçüncü ve son oturumuna geçiyoruz. Bu oturumun başkanlığını yapmak üzere Danıştay Başkanvekili **Sayın Hasan GÜZELER’i** ve bildirimlerini sunmak üzere Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölüm Başkanı **Sayın Prof. Dr. Ali AKYILDIZ’ı**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi **Sayın Prof. Dr. Melikşah YASİN’i** ve Danıştay Altıncı Daire Başkanı **Sayın Emin SINMAZ’ı** arz ederim.

ÜÇÜNCÜ OTURUM AÇIŞ KONUŞMASI

Hasan GÜZELER*

Sayın Başkanvekilim, kıymetli misafirler, değerli meslektaşlarım Sempozyumumuzun bu oturumunun konusu, “İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 31. maddesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Atıf Yapılan Haller”dir.

Ülkemizde bilindiği gibi, idari işlem ve eylemleri denetleyecek olan mahkemelerin ayrı bir yargı kolu oluşturduğu idari rejim uygulanmaktadır. İdari yargı kollarının ayrı ayrı yapılandırılmış olması, ülkemiz açısından, akla yargılama usullerinin de ayrı ayrı yasalaştırılmasını getirmektedir. Ehliyet, üçüncü kişinin davaya katılması, taraf vekilleri, adli yardım, keşif, bilirkişi gibi yargılama usulünün temel konuları İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda ayrıca düzenlenmemiş, bu konularda Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na atıf yapılmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda, Medeni Hukuk pratiğine özgülenerek hazırlanan usul kurallarının yapısı ve dinamiği farklı olan idari uyuşmazlıklarda, uygulanmasında yargı yerlerince önemli sorunlarla karşılaşmaktadır. Bu yapısal farklılık, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki usul hükümlerinin idari uyuşmazlıklara uygulanmasında farklı yaklaşımlara ve farklı kararların verilmesine neden olmaktadır. 2021 yılında İçtihadı Birleştirme Kuruluna sevk edilen altı konudan iki tanesi İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 31. maddesi kapsamında bulunmaktadır. Bunlardan ilki müdahilin kanun yollarına tek başına başvurabilmesinin mümkün olup olmadığına ilişkindir. Bu konu, karara bağlanmış bulunmaktadır. Henüz kararı yazım aşamasındadır. İkinci konu ise davadan feragatta ek karar uygulamasına ilişkin olup bu konu henüz İçtihadı Birleştirme Kurulunda görüşülmemiştir.

Kısaca bahsettiğim üzere, idari yargıda uygulamada sorunlar doğuran İYUK 31. madde hükmü üzerine gerçekleştireceğimiz bu oturumun faydalı olacağını düşünüyorum. Konuşmacılarımıza söz vermek istiyorum.

* Danıştay Başkanvekili

Hasan GÜZELER

İlk konuşmacımız Prof. Dr. Ali Akyıldız Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölüm Başkanı, Sayın Akyıldız hoş geldiniz. Buyurun lütfen.

**HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU HÜKÜMLERİNİN
İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA UYGULANMASI BAĞLAMINDA
EHLİYET(OBJEKTİF EHLİYET), DAVAYA KATILMA(ASLİ VE FER'İ MÜDAHALE)
VE DAVANIN İHBARI MÜESSESESİ**

Prof. Dr. Ali AKYILDIZ*

I- Giriş: Genel Bilgiler ve Konunun Önemi

Hukuk devleti, en basit tanımıyla “hukukla bağlı olan, hangi durumda nasıl davranacağı hukuk kurallarıyla önceden belirlenmiş olan” devlet demektir. “Öngörülebilir” olmak, herhalde hukuk devleti olmanın en temel ve belirgin ölçütüdür. O halde, bir hukuk sisteminde Devlet yetkisi kullanan kamusal organların uyacağı usul kurallarının içeriği, hukuk devleti niteliğinin belirlenmesi bakımından temel öneme sahiptir. Bu, hem idarenin uyacağı İdari Usul Kuralları, hem de yargısal mercilerin uyacağı yargılama usulü kuralları bakımından da geçerlidir. Ancak, en yoğun kamu gücünü kullanan idarenin faaliyetlerini denetleyen idari yargı organlarının işleyişini düzenleyen usul kuralları, çok daha büyük öneme sahiptir. Çünkü, idarenin hukuka uygunluğunun denetlenmesinde son nokta, yargısal denetimdir.

Ülkemizin de dahil olduğu İdari rejimi benimsemiş ülkeler hukuk sistemleri bakımından, idarenin yargısal denetiminin idari yargı yerlerince gerçekleştiriliyor olması nedeniyle, İdari Yargılama Usulü kuralları devletin hukuk devleti niteliğinin sağlanması ve geliştirilmesi bakımından, çok daha fazla önem kazanmaktadır. Bu kuralların, kişilere idarenin işlemlerinin ve diğer faaliyetlerinin yargısal denetiminin sağlanması bağlamında etkili başvuru hakkı, hukuki dinlenilme hakkı, mahkemeye erişim hakkı başta olmak üzere, bütün diğer temel hakların korunmasının da anahtarını teşkil eden adil yargılanma hakkının ve hak arama hürriyetinin(Any. m.36; AİHS, m.6) gereklerini yeterli düzeyde sağlıyor olması zorunludur.

İnsanlık, adeta insanlık tarihi boyunca, ama özellikle de insanlık idesinin belli bir olgunluk düzeyine daha fazla erişmeye başladığı ve bu nedenle de muktadirlerin iktidarlarını korumak adına her türlü hareketi yapmaktan çekinmedikleri Ortaçağ'ın karanlık günlerinde temel haklarını

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölüm Başkanı

kamu gücü karşısında korumanın yollarını aramış; bu uğurda, leviathan metaforu üzerinden çok sayıda versiyonu üretilen Tabiat Hali varsayımı – Sosyal Sözleşme söylemleri peşinden asırlar boyu ilerleyerek, uzun ve çileli bir tarihsel süreç sonunda Hukuk Devleti kavramına ulaşabilmeyi başarmıştır. Günümüzde “hukuk devleti” olmak, uluslararası alanda devletlerin meşruiyetinin adeta yegane ölçütü olarak medeni dünyada genel kabul görmektedir.

“Hukuk Devleti” kavramından hareketle, “hukuk devletinin gerekleri” kavramına erişilmektedir. Bu kavramla; “bir devlet örgütlenmesi hangi asgari şartları sağlasın ki, hukuk devleti olarak nitelenmeyi hak edebilsin?” sorusuna cevap aranmaya çalışılmaktadır. Hukuk devletinin yegane amacı, insanların temel hak ve özgürlüklerinin kamu gücü karşısında güvenceye alınması olduğuna göre, bir devletin hukuk devleti sayılabilmesi için öncelikle bu amaca ulaşabilmeyi sağlayacak bir örgütsel yapıya sahip olması gerekir. Bütün tarih boyunca ve bütün dünyada ortaya çıkan tecrübeye göre; fonsiyonları tek elde toplanmış bir devlet yapılanmasının bir Leviathan’a dönmesi kaçınılmaz olacağından; bireyler bakımından karşı konulamaz olan bu büyük ve denetlenemez gücün, ancak güçler ayrımı sayesinde dizginlenebileceği ve kontrol altına alınabileceği, sonrasında da varoluş gayesi olan “insanların temel hak ve özgürlüklerini korumak” amacına uygun ve hukukla bağlı olarak faaliyet gösteren bir yapıya dönüşebileceği; özetle, net formülasyonunu en erken Montesquieu’da bulan “güçler ayrımı” ilkesine uygun bir örgütsel yapısının olması gerekeceği kabul edilmektedir. Yasama, yürütme ve yargı güçlerinin ayrılığı esası üzerine kurulu, özellikle de yargı bağımsızlığının çok daha öne çıktığı, temel haklara anayasal güvencenin de sağlanmasını içeren bütün bu özelliklere, “hukuk devletinin gerekleri” denilmektedir.

Ama hukuk devletinin bütün bu gereklerin nihai şekli, idarenin faaliyetlerinin yargısal denetime tabi tutulmak suretiyle kişilerin temel haklarının güvenceye alındığı bir yapıyı ortaya koymaktadır. Bu nedenle, bir Alman düşünürün söylediği gibi, eğer bir hukuk sisteminde idarenin yargısal denetimi yeterince ve gereği gibi yapılabilirse, başka özellikleri aramaya

gerek olmaksızın, o ülkenin hukuk devleti olduğunu söylebiliriz¹. Çünkü, diğer gerekler sağlanmadıkça bu nihai amaç, yani idarenin faaliyetlerinin gerçek anlamda bir yargısal denetiminin yapılabilmesi zaten mümkün olamayacaktır. O halde, hukuk devleti niteliğinin belirlenmesinde en kısa, net ve nihai olarak somutlaşmış ölçüt olarak, idarenin faaliyetlerinin yargısal denetiminin gereği gibi ve yeterince yapılabiliyor olup olmadığı hususunun kabul edilmesinde bir yanlışlık söz konusu olmayacaktır.

Bu durumda, idarenin yeterince ve gereği gibi yargısal denetiminin yapılmasının Türk Hukuk Sistemi bakımından en önemli hukuksal aracı, İdari Yargılama Usul Kuralları olduğuna göre, bu(2577) kanundaki kuralların bütün bu amaçları sağlayacak şekilde ve içerikte düzenlenmesi en temel hukuksal öncelik olmalıdır.

Peki, bu yasanın içeriği nasıl olmalı, neler gözetilmelidir?

Öncelikle, Türk Hukukunda idari rejim benimsenmiş olduğunun ve idareye ayrı bir hukuk dalı uygulandığının sürekli göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Çünkü, idare hukuku denilen bahse konu hukuk dalında geçerli olan ilkesel düzeydeki kurallara göre, öncelikle; idarenin işlemleri tek yanlılık ve icrailik özelliklerine sahiptir: İdare, bir işlem yaparken, yasalarda düzenlenen istisnai durumlar dışında işin muhataplarına danışmadan ya da onların görüşleri ile bağlı olmaksızın tek yanlı olarak işlemini yapar ve üstelik bu işlemler muhatabına ulaştığı anda hukuksal sonuçlarını da derhal doğururlar(icrailik özelliği). Hatta kanun bazı işlemleri doğrudan(araya herhangi bir yargı kararı girmeksizin) icra edebilme(hukuk alanında doğmuş işlem sonucunu fiili olarak da gerçekleştirebilme) yetkisini de idareye vermiştir. İdareye birey karşısında tanınan bu ve benzeri üstünlükler ve ayrıcalıklar, zaten doğal olarak çok güçlü bir örgütsel yapıya sahip bulunan idare karşısında bireyi çok daha zayıf hale getirmektedir. Bu nedenle, bireyin idare karşısındaki bu dezavantajlı

¹ Bu görüşe göre, kısaca; "Hukuk devleti, idarenin yargısal denetime tabi olduğu devlet" demektir. Schmitt, Carl(Çev. Canatan, Bilal); "Liberal Hukuk Devletin İlkeleri", **Hukuk Devleti - Hukuki Bir İlke- Siyasi Bir İdeal**(Ed. Çoban, Ali Rıza; Küçük, Adnan; Canatan, Bilal), Adres yayınları, Ankara 2008, s.125. "Hukuk Devleti" kavramı hakkında ayrıca bk. Akyıldız, Ali; "Danıştay ve Hukuk Devleti" *Hukuk devleti hukuki bir ilke siyasi bir ideal(içinde)* (2008), s.457-553.

konumunun, yargılama usulü kurallarıyla dengelenmesi; bireyin bu son derece güçlü idare karşısında hak arayışının anlamlı hale gelmesi sağlanmalıdır².

Nitekim, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun sistemsel yaklaşımına bakıldığında, aslında bu amacın genel olarak gözetildiği görülmektedir. Örneğin, vergi davalarında dava açılmakla tahsil işlemlerinin durması, uygulanmakla etkisi tükenecek işlemler bakımından yürütmeyi durdurma kararı verilebilmesinin çok daha kolay şartlara bağlanması(idarenin davaya cevabı beklenmeden bu kararın verilebilmesi), idarenin elinde bulunan dava konusuna ilişkin işlem dosyasının cevap dilekçesiyle birlikte derhal mahkemeye gönderilmesi zorunluluğunun getirilmesi ve çok daha önemli bir husus da, yargılamayı yürüten yargıca "resen araştırma" yetkisinin tanınması gibi hususlar, temelde "idari rejim" den kaynaklı olarak bireyin idare karşısında sahip olduğu bu oldukça dezavantajlı konumun dengelenmesi amacına yöneliktir.

Adli yargıya geldiğimizde; bu yargı düzeninde görülen uyuşmazlıkların hukuksal rejiminde tarafların eşitliği ilkesi geçerlidir. Çünkü hiç kimse, arada karşılıklı serbest iradeleri ile oluşmuş bir sözleşme olmaksızın başka bir kişi hakkında tek taraflı olarak yapacağı bir işlemle onun hukuksal durumunu değiştiremez(icrai kararlar alamaz). Hukuk yargılama usulü de, bu hukuksal rejimde yani hukuk önünde eşit kişiler arasında oluşmuş uyuşmazlıkların çözümünü sağlayacak ilke ve kurallardan oluşmuştur. Örneğin yargıç, bu yargılama usulünde resen araştırma yetkisine sahip değildir; kendiliğinden birtakım belgeleri çeşitli yerlerden getirir. Çünkü bu yargı kolunda(HMK), taraflarca hazırlama ilkesi geçerlidir; aksi takdirde, davanın

² Nitekim, tarafların eşitliği ilkesine dayalı özel hukuk alanında dahi, örgütsel gücü bakımından hiçbir şekilde İdareyle kıyaslanamayacak düzeyde olmakla birlikte, birey karşısında nispeten güçlü konumda bulunan işletme ve şirketler karşısında tüketiciyi korumak için ayrı kuralların yürürlüğe konulması gereği zaman içerisinde ortaya çıkınca, kanun koyucu tarafından öncesinde 4077 sayılı(mülga) ve halen 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunlar yürürlüğe konulmuştur. Hatta, özel hukuk alanında öncesinde içtihatla geliştirilip sonrasında yasal düzenleme haline getirilen genel işlem şartları(6098 sayılı TBK, m.20-25) yaklaşımının dahi çok büyük ölçüde bu bağlamda(sözleşmesel ilişkide nispeten güçsüz yanı korumak bağlamında) bir hukuksal gelişme olarak değerlendirilmesi mümkün olabilir.

karşı tarafınca “hakimin tarafsızlığını kaybettiği” öne sürülerek yargıcın(hakimin) reddi dahi talep edilebilir.

İki yargı kolunun amacı da zaten son derece farklıdır: İdari yargıda, kişilerin hak ve özgürlüklerinin hem bünyesel ve örgütsel olarak hem de yasal ayrıcalıklar sebebiyle oldukça güçlü olan idare karşısında korunması amaçlanırken, hukuk yargılamasında eşit kişiler arasında ortaya çıkan hukuksal uyuşmazlıkların çözümü amaçlanır.

İki yargılama kolu arasındaki hukuksal zemin bu kadar farklı olunca, yargılama usulüne ilişkin kuralların da bu amaçlara yönelik olması ve sonuçta birbirinden son derece farklı olması doğaldır. Örneğin, yukarıda vurgulandığı üzere, hukuk yargılamasında, belli iddialar ancak belli kanıtlarla(senetle ispat zorunluluğu vs.) ispatlanabilirken ve bu belgelerin de taraflarca hazırlama ilkesi gereği ancak taraflarca mahkemeye sunulması gerekirken, idari yargıda resen araştırma ilkesi gereği, hakim her yerden ilgili belgeleri isteyebilmekte ve davayı aydınlatma görevine resen ve doğrudan katkılar sunabilmektedir. Bu nedenle, hukuk yargılamasının amacı bir bakıma “şekli gerçekliğin” ortaya çıkartılması olarak belirlenirken, idari yargının amacı “hukuksal gerçekliği” ortaya koymak olmaktadır³.

Amaçları, hukuksal zeminleri ve buna bağlı olarak da yargılama kuralları bu derece farklı olan iki yargı kolu arasında norm transferleri yapılabilir mi? Diğer bir deyişle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesinde olduğu gibi, Hukuk Yargılama Usulünde düzenlenen çeşitli konulara(toplamda 17 ayrı konu) üstelik de toptan yollama yapılarak, Hukuk Yargılama Usulünde yer alan ve HMK'daki karşılığı toplamda yüz maddeyi

³ Bilindiği üzere, usul hukuku teorisinde, belli iddiaların ancak belli delillerle ve özellikle de senetle(yazılı belge ile) ispat zorunluluğu ve kesin delil yaklaşımları bağlamında, hukuk yargılamasının amacı “şekli gerçekliği ortaya çıkartmak” olarak belirlenirken, ceza yargılamasının amacı, ceza yargıcının her türlü delilden yararlanmak ve her türlü delili de takdiri delil olarak değerlendirmek yetkisi bağlamında “maddi gerçekliği ortaya çıkartmak” olarak ifade edilmektedir. Bu iki temel yaklaşım karşısında, hukuk devletinde idarenin hukukla bağlı olmak zorunluluğu ve hakimin resen araştırma yetkisi bağlamında, idari yargının amacının da “hukuksal gerçekliğin ortaya çıkartılması” olarak ifade edilmesi, oldukça yerinde ve doğru bir yaklaşım olacaktır.

aşan düzenlemelerin İdari Yargı yerleri tarafından idari uyuşmazlıkların çözümünde de uygulanacağı düzenlenebilir mi?

Elbette bazı konular, yargılamanın niteliğinden bağımsız olarak, genel bazı kurallara tabi tutulabilir, hatta bazen tutulmak da zorundadır. Örneğin, İYUK 31. maddede yollama yapılan konulardan “ tarafların vekilleri” konusu ile “dosyanın taraflar ve ilgililerce incelenmesi” gibi konular, yargılamanın hukuksal rejiminden ayrı ve ona bağlı olmayan genel konulardır. Benzer şekilde; “adli yardım” konusu ya da, “duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükununu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler, elektronik işlemler ile ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrası” konuları da yargılama hukukunun bünyesel farklılıkları ve gerekliliklerinden bağımsız konular olarak görülebilir.

Ama aynı maddede düzenlenen ve doğrudan yargılama hukukunun bünyesel özellikleri ile de sıkı şekilde ilişkili bulunan; “üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, feragat ve kabul” ve hatta “ehliyet”⁴ gibi konular bakımından da Hukuk Yargılamasına ilişkin kurallara, neredeyse hiçbir ayrıkı düzenleme yapılmaksızın doğrudan yollama yapılması, uygulamada öngörülemeyen problemlere yol açmakta, adeta İdari Yargıyı Adlileştirmektedir⁵.

⁴ Burada yollama yapılan “Ehliyet”, objektif ehliyet olarak isimlendirdiğimiz, aslında HMK’da da düzenlenmeyip doğrudan yollama yapılan Türk Medeni Kanununun “fiil ehliyeti” ne ilişkin kurallarıdır. Elbette, idari davaları açmak ve takip etmek bakımından da Türk Medeni Kanununun fiil ehliyetine ilişkin kuralları uygulanacaktır. Bu bakımdan İYUK 31. Maddede “ehliyet” konusuna yapılan atıfta da genel olarak bir sorun bulunmamaktadır. Ancak, aşağıda ilgili bölümde izah edileceği üzere, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar kavramının idari yargıdaki karşılığı ve sınırlı ehliyetlilerin durumu başta olmak üzere, uygulamada çeşitli sorunlarla karşılaşılabilir. Kişilerin mağduriyetlerinin önlenmesi ve idarenin yargısal denetimi yoluyla hukuk devleti ilkesine daha fazla katkı sunulması bakımından idari yargı yönünden bu konuya ilişkin bazı açıklayıcı nitelikte düzenlemelerin yapılmasına, ama bu düzenlemeler yapılana kadar da içtihatlar yoluyla bu sorunların aşılma çabılışmasında zorunluluk bulunmaktadır. Ayrıca sorun, sadece gerçek kişilerin “fiil ehliyeti” konusuna ilişkin olmayıp, tüzel kişilerin fiil ehliyeti(davacı ve davalı olabilmeleri) noktasında da problemler ve tartışmalı alanlar mevcuttur. Yapılacak yasal düzenlemenin, konunun bu yönünü de kapsamaması gerekecektir.

⁵ Duran, L. (2011). İdari Yargı Adlileşti . İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 3 (1-3) , 53-83.

Peki, idari yargı adlileşse ne olur? Aynı yargılama usulü kuralları ülkedeki bütün mahkemeler tarafından uygulanamaz mı?

Elbette dünyada “idari rejim” yerine “adli idare” rejimini benimsemiş ve bunun sonucu olarak da yargı birliği sistemini uygulayan ülkeler de vardır. Anglo- Sakson ya da Anglo-Amerikan hukuk geleneğinin uygulandığı ülkelerde, müşterek hukuk(common law) kuralları, kural olarak idare dahil herkes için geçerlidir. Yani bu ülkelerde, idari rejimi benimsemiş ülkelerde olduğu gibi ve o düzeyde idareye tanınmış üstün yetkiler söz konusu olmamakta; idareler tek yanlı ve üstün yetkileri zorunlu durumlarda ancak mahkeme kararı sayesinde kullanabilmektedirler. Ayrıca, özellikle ABD’de çok gelişmiş idari usul kuralları sayesinde zaten idarenin hukuka uygun işlemesi sağlanmakta; yargısal uyumsuzluklarda da due process(uygun idari usul) kavramı çok öne çıkmaktadır. İdari usul, Avrupa ülkelerinde de çok gelişmiştir ve yargılama usulü kurallarının yanı sıra, öncelikle idarenin uyacağı genel bir idari usul kanunu da mevcuttur.

Ülkemizde ise, on yıllardır dile getirilmekte olsa da, maalesef genel bir idari usul kanunu hala çıkartılamadığından, idarenin hangi durumda nasıl davranacağına öngörülebilmesinde önemli sorunlar bulunmakta; ayrıca, genel idari usul kanunu noksanlığı sebebiyle aynı veya benzer durumlarda farklı işlemler yapılması durumunun önüne geçilmesi zorlaşmakta ve böylece hukuk devleti kavramının en önemli maddi unsurlarından biri olan eşitlik ilkesinin ihlaline uygun bir hukuksal iklim oluşabilmektedir.

Öz olarak belirtmek gerekirse; Ülkemizde idarenin yargısal denetimi, istisnalar dışında idari yargı yerleri tarafından sağlanmaktadır ve izah edilen nedenlerle böyle de olması gerekmektedir. Aksi halde, idareye bu kadar üstün yetkiler tanınmışken, eşit taraflar arasındaki ilişkileri çözmeye göre kurgulanmış; buna bağlı olarak da, taraflarca hazırlama ve davayı taraflar yönetir gibi ilkelerin geçerli olduğu, amacı hukuksal gerçekliği değil şekli gerçekliği bulmaya çalışmak olan bir yargı düzeninde idari uyumsuzlukları çözmeye kalkışmak, yönetilenleri kaybetmeye mahkum etmek olurdu. Oysa, idareyi denetlemek üzerine kurgulanmış idari yargı yerlerinin yargısal faaliyetleri, bu görevlerinin gereklerine uygun olarak İYUK’ta(İdari Yargılama Usulü Kanununda) düzenlenmiştir. O halde İYUK ne kadar isabetli ve ihtiyaca uygun kurallar içerir ise, Türkiye Cumhuriyeti Devleti “hukuk devleti”

idealine o derece yaklaşmış olacaktır. Bu nedenle, Türk hukuk sisteminde İYUK(İdari Yargılama Usulü Kanunu), hukuk devleti ilkesi ve ideali bakımından çok temel ve öncelikli bir öneme sahiptir. İdari yargılama Usulünü düzenleyen yasa kuralları, hazırlanması, maddelerinde değişiklikler yapılması ve uygulanması aşamalarında adeta üzerine titrenmesi gereken, hukuk devletinin gerçekleştirilmesi bakımından oldukça önemli olan kurallardır.

Çünkü:

Mademki idarenin yargısal denetiminin sağlanması hukuk devletinin özüdür; bu, bir hukuksal varlık olan-olmak durumunda bulunan-devletin aynı zamanda meşruiyetinin de sistemsel kaynağıdır. Öyleyse, idarenin yargısal denetimini düzenleyen yasalar, mümkün mertebe denetim açığı bırakmayacak şekilde, hukuk devleti ilke ve idealinin gerçekleştirilmesine hukuksal zemin oluşturacak tarzda ve içerikte olmalıdır. İşte bu nedenle İdari Yargılama Usul Kanunu, tıpkı seçim kanunları gibi konu bakımından Anayasal düzeyde önem taşıyan bir yasa olarak değerlendirilmelidir⁶.

Bu derece önemli bir yasayı, bir çeşit yasa yapma(ya da yapmama) kolaylığı içerisinde, tamamen farklı bir amaca ve bünyeye sahip Hukuk Yargılaması kurallarına ve o hukuk dalının dinamiklerine bağımlı kılmamak gerekmektedir.

Günümüzde, İYUK 31. maddede HMK ya yapılan yollamalar, İdari Yargılama Hukuku alanında gözüken birçok soruna kaynaklık etmektedir. Burada sayılan konular, başlık olarak ondört konu olarak gözüke de, atıf yapılan yasadaki karşılığı yüz maddeyi aşmaktadır. İYUK'un kendisi toplam altmışbeş maddeden oluşurken, yollama yaptığı konuların HMK da düzenlendiği maddeler toplamının bu sayının çok üzerinde olması, aslında bu yargı alanının yukarıda izah edildiği üzere konu yönünden taşıdığı anayasal önemine rağmen, konunun gereklerine uygun bağımsız bir

⁶ Hatta bütün idare hukuku, hukuk devletinin temel amacı olan "temel hak ve özgürlüklerin korunması için idarenin hukukla bağlanması" çabasını konu edinmesi bakımından, bu durumu vurgulamak bağlamında "somut anayasa hukuku" olarak da tanımlanmaktadır. İdare hukukunun bu yönünün en fazla somutlaştığı alanlar da, idari davaların görülme usulünü düzenleyen idari yargılama usulüdür.

düzenlemeye konu olup olmadığı hususunda tereddütlere yol açabilecek niteliktedir.

Asıl önemlisi de, yapılan yollamaların önemli bir kısmının içerik olarak da İdari Yargılama Usulünün özellikleri ile bağdaşmamakta oluşudur. Örneğin, davadan feragat, davaya katılma ve hatta yargılama giderleri gibi konular, tamamen özel hukuk mantığı içerisinde ve tarafların eşit oldukları varsayılarak özel hukuk uyuşmazlıklarına göre düzenlenmişlerdir. Bütün bu hususların bir yollama ile idari yargılama usulüne dahil edilmesinin doğru olmadığı, kanunun otuz yıllık uygulamasında da açıkça ortaya çıkmıştır. Nitekim, davaya katılmada yeni HMK ile düzenlenen asli müdahale, yargılama giderleri bakımından getirilen peşin avans sistemi gibi hususlar, yargısal süreçlerde sorunlar olduğunu göstermekle birlikte, bu sorunların her yargı kolunun kendi niteliğine uygun olarak çözümlenmesi gereğini de ortaya çıkartmaktadırlar. Örneğin, asli müdahale, fer'i müdahale yöntemi ile belli bir taraf yanında yargılamaya katılan somut hak sahiplerinin ihtiyacının karşılanamaması sorununa yönelik olmak üzere hukuk yargılama yöntemi içerisinde bir çözüm olarak üretilmiştir. Ancak bu yöntemin idari yargıda uygulanması adeta imkansız gibidir. O halde idari yargıda, asli müdahale şartlarına benzer şekilde doğrudan hak ihlali yaşayan kişilerin katıldığı yargılama sürecindeki durumu, adli yargıdaki asli müdahillik kurumuna yollama yapmak yerine, ortaya çıkan ihtiyacı karşılamak amacıyla ve idari yargının gereklerine uygun biçimde güçlendirilmelidir. Örneğin bunlar, asıl tarafın yasa yoluna başvurmadığı durumlarda tek başına yasa yoluna başvurabilmeli, tamamlanmış bir yargısal süreçten sonra ortaya yeni belgeler çıkması durumunda yeniden yargılama yoluna başvurabilmeli, gıyaplarında yargılama yürütülmesi halinde kanun yolları aşamasında bile müdahale talepleri kabul edilmeli vs. Özetle, bu durumdaki müdahiller, kendilerine ait bir hakkın ihlalinin önlenmesi için gerekli hukuksal süreçleri işletebilmelidirler. Aksi takdirde, mahkemeye erişim hakkı ve ona bağlı olarak adil yargılanma hakkı ve hak arama hürriyeti gibi temel hakları engellenmiş ya da kısıtlanmış olacaktır.

Bu bünyesel sorunların yanı sıra, asıl temelde bir de sistemsel sorun yatmaktadır: Belli bir dönemde bir hukuk disiplininin diğerine atıf yapılırken, aslında o ana ilişkin hukuksal yapılar ve ihtiyaçlar dikkate

almaktadır ya da öyle olduğu varsayılır. Oysaki, hukuk dinamik bir varlık, yaşayan bir organizmadır. Somut olayda, aslında atıf yapılmakla, atıf yapılan konularda İdari Yargılama Hukuku tamamen Hukuk Yargılama Usulünün dinamiklerine bağlı hale de getirilmiş de olmaktadır. HMK'nın kendi iç dinamiğine göre şekillenecek yapısı, yollama yapılırken yasa yapıcılar tarafından bilinmemesine ve hatta öngörülmemesine rağmen, kendiliğinden İdari Yargılama Usulünün alanına dahil edilmektedir.

Görüldüğü üzere, İdari Yargılama Hukuku oluşturulurken başvuru HMK'ya atıf usulü, hem bünyesel hem de sistemsel olarak ciddi sakıncalar taşımaktadır. Mümkün olduğunca bu usulden vazgeçilmeli, her hukuksal kurum önce idari yargılama usulünün özellikleri dikkate alınarak kanunda doğrudan doğruya düzenlenmeli, ancak " tarafların vekilleri" gibi yargı düzenlerinin kendi iç dinamikleri ile ilgili olmadığı açık bulunan çok istisnai bazı konularda atıf usulü yöntemine ancak başvurulabilmelidir. Hatta, atıf yapılan konularda bile, uygulamada ortaya çıkan ihtiyaçlar göz önüne alınarak, idari yargıya özgü ayrık durumlara da yasada ayrıca yer verilmelidir. Nitekim İYUK 31. maddede bunun örnekleri de mevcuttur. Örneğin, davanın ihbarı konusunda da HMK'ya atıf yapılmakla birlikte, davanın ihbarının hakim ya da mahkeme tarafından resen yapılacağı hususuna ayrıca yer verilmiş olması, idari yargının gereklerine uygun çok isabetli bir düzenleme olarak değerlendirilebilir.

Bu aşamada, güncel durumun daha iyi anlaşılabilmesi için, usul hukuku disiplinleri arasında "atıf yapma geleneğinin" İdari Yargılama – Hukuk Yargılaması özelinde öncelikle gözden geçirilmesi yararlı olabilir.

II- İdari Yargıda Hukuk Muhakemesi Kurallarına Atıf Yapma Geleneği

1) Genel Olarak

Bilindiği üzere, İdari Yargının Türkiye'de ayrı bir yargı kolu olarak benimsenmesi, Fransız uygulaması(Conseil d'Etat-1799) esas alınarak 1868 yılında Şura-yı Devlet'in kurulması ile iyice somutlaşmaya başlamış ve bunun sonrasındaki gelişmelere dayalı bir süreçte gerçekleşmiştir⁷. Şura-yı Devlet,

⁷ Türkiye'de idari yargının gelişim süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Karahanoğulları, Onur; *Türkiye'de İdari Yargı Tarihi*, Turhan Kitabevi, 2005.

Cumhuriyet döneminde “Şura-yı Devletin İadeten Teşkili” hakkında 699 sayılı Kanunla 1925 yılında yeniden kurulmuş, 1931 yılında kabul edilen 1859 sayılı kanunla da bu kanunda değişiklikler yapılmış ve kanuna çok sayıda yeni maddeler eklenmiştir.

İlk Kuruluşundan 13 yıl sonra ise, Şura’yı Devlet’in Kuruluşu 1938 yılında 3546 sayılı “Devlet Şurası” kanunuyla yeniden düzenlenmiş, bu Kanunda da 1946 yılında 4904 sayılı ve 1959 yılında da 7354 sayılı Kanunlarla önemli değişiklikler yapılmıştır.

Bu değişikliklerde dikkat çekici hususlardan biri “isimlendirme” konusunda görülmektedir: 1868 deki ilk kuruluşta olduğu gibi 1925 yılındaki kanunda da “Şura-yı Devlet” ismine yer verilmiş, bu isim 1938 yılındaki kanunda Türkçe bir tamlama şeklinde “Devlet Şurası” olarak ifade edilmiş; 1946 değişikliğinde ise, o zamanki türkçeleştirme akımının etkisiyle ilk defa “Danıştay” ismi kullanılmış, 1959 yılı değişikliğinde ise yeniden en başa dönülerek yasada “Şura-yı Devlet” isminine yer verilmiştir.

Danıştay’ın kuruluşu, 1961 Anayasası döneminde de, 1964 yılında yürürlüğe giren 521 sayılı Danıştay Kanunu ve 1982 Anayasası Döneminde 1982 yılı Ocak ayında yürürlüğe giren 2575 sayılı Danıştay Kanunu ile yeniden düzenlenmiştir. Böylece Danıştay’ın kuruluşunun, Cumhuriyet dönemi boyunca 1925, 1938, 1964 ve 1982 yıllarında olmak üzere, sırasıyla; 669, 3546, 521 ve 2575 sayılı kanunlarla dört kez yeniden düzenlendiği görülmektedir.

Ancak bütün bu yeniden düzenlemelerin, tamamen “sil baştan” tarzı düzenlemeler olmadığı, konuya ilişkin birçok hukuksal düzenlemenin 1925 yılında yürürlüğe giren 669 sayılı kanun ve sonraki kanunlarda geliştirilerek sürdürüldüğü de gözlenmektedir.

Örneğin; inceleme konumuzu teşkil eden bazı usuli konularda HMK’ya(Hukuk Muhakemeleri Kanununa) yollamada bulunulması hususunun da 1925 yılında yürürlüğe giren 669 sayılı “Şura-yı Devlet” kanunundan beri devam ettiği görülmektedir. Danıştay’ın bu gün de yürürlükteki kuruluş kanunu olan 2575 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği 1982 Ocak ayına kadar, idari yargılama usulü hakkında ayrı bir kanun olmayıp, idari yargı usulüne ilişkin kurallar da Danıştay(Şura-yı Devlet) Kanunu içerisinde düzenlenmekte idi. Konunun tarihsel arka planının daha

iyi anlaşılabilmesi için, şimdi bu kanunlarda hukuk yargılama kurallarına atıf yapılan maddelere kısaca bir göz atalım:

2) Hukuk Yargılaması Kurallarına Yapılan Atıflar

A) 1925 yılında(12.07.1925) yürürlüğe giren “Şura-yı Devlet’in iadeten teşkili hakkında kanun”da hukuk yargılaması kurallarına yapılan yollamalar: Toplam elli maddeden ve dört fasıldan oluştuğu görülen bu kanunun, dördüncü faslının başlığı “İdarî davaların usulü muhakemesi” dir(m. 24 vd.). Yani toplam elli maddelik kanunun yarısı usuli konulara ayrılmış bulunmaktadır. Ayrıca bu kanunda da hukuk yargılamasına yollamalar mevcuttur ve başlıca; ek süre(m.27), davanın ihbarı(30), imzaya itiraz ve belgenin sahteliği iddiası(35), tebligat(39), iadei muhakeme(42) ve duruşmaların inzibat ve sükunu(47) konularında 1879 tarihli “Usulü Muhakeme-i Hukukiye”⁸ Kanunu’na yollama yapıldığı görülmektedir.

Görüldüğü üzere; bu kanunda, şimdi yürürlükte bulunan 2577 sayılı İYUK’un 31. maddesinde olduğu gibi, belli konular sayılıp hukuk yargılama usulüne toplu bir yollama mevcut olmayıp, bazı konulara ilişkin olarak, ilgili konunun düzenlendiği maddede(toplamda altı ayrı madde) ayrı ayrı yollama yapılmıştır. Bu usulün, belki de kazuistik düzenleme yönteminden genel ve soyut yasa yapma yöntemine geçiş sürecinin bir aşamasını teşkil ettiği de söylenebilir.

Yapılan bu yollamalardan biri de, inceleme konularımızdan birini oluşturan davanın ihbarına ilişkindir. Buna göre(m.30):

“Müddeialeyh(davalı) bir şahsın dahili dava edilmesini talep eylediği halde Usulü Muhakeme-i Hukukiye(Hukuk Muhakemesi Usulü) Kanunu ahkâmı(hükümleri) tatbik olunur”.

Maddede yapılan bu atfın, sadece müddeialeyh(davalı, yani idare) yönünden ve sadece “davanın ihbarı usulün”e ilişkin olduğu, davaya müdahaleyi kapsamadığı görülmektedir. Nitekim, devam eden maddede, davaya müdahale konusu ayrıca düzenlenmektedir(m.30):

⁸ “Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanun-ı Muvakkati”, 1879 yılında Nizamiye ve Ticaret mahkemelerindeki yargılama işlemlerinin düzenlenmesi amacıyla yürürlüğe koyulup, çeşitli değişikliklerle birlikte 1927 yılına(1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girmesine) kadar yürürlükte kalan kanun.

“Derdesti rüyet(görülmede) bulunan davaya şahsı salis(üçüncü kişi) tarafından müdahale davası(davaya müdahale) ikame edilebilir. Heyet tarafından tayin olunacak kısa bir müddet zarfında cevap verilmek üzere dahili dava istidası alâkadarana(ilgililere) tebliğ olunur. Müdahale davası tedkikatı(incelemesi) hitam bulan(sona eren) davanın hükmünü tehir etmez”.

Burada, davaya müdahalenin usulüne ilişkin ayrıntılı bir düzenleme yapılmamaktadır. Sadece, müdahale talebine ilişkin dilekçenin taraflara ve varsa diğer müdahillere(ilgililere) tebliğ edileceği belirtilmektedir. Son cümlede ise, müdahalenin dava sona erene kadar yapılması, aksi halde sona eren davaya ilişkin yapılacak müdahalenin, verilen hükmü etkilemeyeceği belirtilmektedir. Günümüzdeki ifadesiyle belirtecek olursak, müdahale talebi ancak ilk derece yargılaması aşamasında yapılabilecektir.

B) 1938 yılında(30.12.1938) yürürlüğe giren 3546 sayılı “Devlet Şurası Kanunu”: Şura-yı Devleti yeniden düzenleyen ve toplam 62 maddeden ibaret bu kanunun 9(dokuz) fasıldan oluştuğu; bunlardan ikisinin “Muhakeme Usulü”(m.30-47) ve “Kanun Yolları”(m. 48- 56) başlıklarını taşıyan 7. ve 8. Fasıllar olduğu görülmektedir.

Kanunun incelenmesinden; öncelikle yasama meclisinde artık kanun yapma tekniğine daha fazla hakim olunduğu, meseleci yöntemin usul ve üslubundan uzaklaşarak, genel ve soyut hukuk kuralı koyma yöntemine iyice alışıldığı göze çarpmaktadır.

İkinci olarak; kanun yapımında mümkün mertebe Türkçe kelimeler ve Türkçe tamlamalar kullanılmaya özen gösterildiği de görülmektedir. Şura-yı Devlet’in adı, “Şura” ve “Devlet” kelimeleri Türkçe tamlama kurallarına uygun olarak ilk defa “Devlet Şurası” olarak ifade edilmekte ve başlıkta kanunun adı da “Devlet Şurası Kanunu” olarak belirtilmektedir.

Hatta daha sonra 1946 yılında yürürlüğe giren ve bahse konu kanunda(3546 sayılı Devlet Şurası Kanunu’nda) değişiklikler yapan 4904 sayılı kanunda⁹ Devlet Şurası’nın adı artık “Danıştay” olmuştur(Kanunun 1.

⁹ 27.05.1946 tarih ve 4904 sayılı Danıştay Kanunu’nun bazı maddelerinde değişiklik yapılmasına ve bu kanuna bazı madde ve fıkralar eklenmesine dair kanun.

maddesi ile Devlet Şurası'nın adı Danıştay olarak değiştirilmiştir). Kanunun dilinin de, baştan sona oldukça sadeleştirildiği görülmektedir.

3546 sayılı kanunda yapılan son değişiklik, 12.06.1959 tarih ve 7354 sayılı "3546 sayılı Şûrayı Devlet Kanununun bâzı maddelerinin değiştirilmesi ve bu kanuna bir madde eklenmesi ve 28'inci maddesinin kaldırılması hakkında Kanun" ile yapılmıştır. Bu değişiklik de, tıpkı 1946 yılında 4904 sayılı kanunla yapılan değişiklikte olduğu gibi, kanunun(3546 sayılı Kanun) sistemi korunmuş, ancak kullanılan dil bakımından önemli ölçüde tekrar başa(ama 1925 yılındaki en başa değil, 1938 yılındaki şekle) dönülmüştür. Böylece, kanundan Danıştay ismi kaldırılıp onüç yıl aradan sonra tekrar "Devlet Şurası" terimi kullanılmaya devam edilmiştir¹⁰. Ama bu değişiklikte de, 1868'den beri gelen ve 1925 yılındaki ilk kuruluşta kullanılan kadim "Şura-yı Devlet" ismine dönülmemiştir.

Sonrasında yapılan yasal değişiklikleri de böylece özetlediğimiz, 30.12.1938 tarihinde yürürlüğe giren söz konusu "Devlet Şurası Kanunu" isimli 3546 sayılı kanunun 44. maddesinde, İYUK 31. maddedeki usule benzer şekilde ilk defa Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa(artık, 1927 yılında yürürlüğe giren 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na) belli konulara ilişkin toplu atıf yönteminin düzenlendiği görülmektedir. Sonraki değişikliklerde de bu maddeye dokunulmamıştır. Söz konusu maddeye göre;

"Tebliğat işleri ile hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehli vukuf tedkikatı, keşif ve muayene, üçüncü şahısların davaya müdahalesi, adlî müzaheret hallerinde ve duruşmanın icrası sırasında

¹⁰ 3546 sayılı Devlet Şurası Kanununda yapılan değişikliklerin kanunun diline yönelik kısmı şu cümle üzerinden daha iyi anlaşılabilir:

"Devlet şûrası, bir reis ile beş daire reisi ve yirmi beş azadan mürekkep ve Başvekâlete merbuttur"(3546 sayılı Kanun, m.1-ilk şekil).

"Danıştay Başbakanlığa bağlıdır ve bir Birinci Başkan ile altı Daire Başkanı ve yirmi sekiz Üyeden kurulmuştur"(m.1-1946 da 4904 sayılı kanunla değişik şekli).

"Şûrayı Devlet, Başvekâlete bağlıdır ve bir Birinci Reis ile dokuz daire reisi ve kırk dört azadan kurulmuştur(m.1, 1959 yılında 7354 sayılı kanunla değişik şekli). Ama bu son şekilde dahi, ilk düzenlemede mevcut olan "mürekkep" kelimesi yerine" kurulmuştur" kelimesinin seçildiği, "merbuttur" kelimesi yerine de "bağlıdır" kelimesinin kullanıldığı, bu yönden 1946 değişikliği ile de benzeştiği görülmektedir.

tarafların sükûnu ve inzibatı bozacak hareketlerine karşı yapılacak muamelelerde, Hukuk Usulü Muhakemeleri kanununun umumî hükümleri tatbik olunur”¹¹.

Konumuzu oluşturan “Davaya Müdahale” kurumu, 1086 sayılı Kanunun 53 ila 58. Maddeleri arasında “üçüncü şahsın davaya müdahalesi” başlığı altında düzenlenmiştir. Konumuz açısından asıl önem taşıyan konular, kanunun 56 ve 57. Maddelerinde yer almaktadır. Buna göre:

“Müdahale talebinin kabulü halinde müdahil ancak davayı bulunduğu noktadan itibaren takip edebilir”(m.56).

“Müdahil iltihak ettiği tarafla birlikte hareket eder. Fakat hüküm iltihak olunan tarafa muzaf(adına) olarak verilir. Mahkeme iltihak olunan tarafla müdahil arasında tahaddüs edecek hakla rücu davasını birlikte halledebilir”(m.57).

Bu durumda; müdahil, davayı bulunduğu noktadan itibaren takip edebileceğine göre, usulen tamamlanmış aşamalara ilişkin herhangi bir işlem yapamayacaktır. Örneğin, “deliller hasredilmişse”, artık müdahil tarafından yeni bir delil de öne sürülemeyecektir.

Ama müdahili asıl sınırlayan düzenleme, 57. Maddede yer almaktadır: Müdahil, iltihak ettiği tarafla birlikte hareket edecektir, ondan bağımsız bir harekette bulunamayacaktır. Uygulamada bu düzenleme, “dava aleyhe sonuçlansa veya mahkeme kararında aleyhe olan kısımlar olsa bile, asıl davacı kararı kanun yoluna götürmedikçe müdahilin kendisi tek başına kanun yoluna gidemeyecektir” şeklinde anlaşılmış ve düzenlemenin bu anlamı öne çıkararak yerleşmiştir.

Uygulamada “feri müdahale” denen kanundaki bu sınırlayıcı düzenlemenin sakıncaları, hukuk yargılamasında asli müdahale kurumunun içtihatlarla benimsenmesi sayesinde ilerleyen yıllarda önemli ölçüde aşılmış,

¹¹ Burada sayılan işlerden bazılarına ilişkin 1086 sayılı kanunun ilgili maddeleri şunlardır: Tebligat İşleri, 1086 sayılı kanunun 114 ila 148. Maddelerinde, hakimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi konusu 28 ila 37. Maddelerinde, ehliyet (Bilirkişi) (m.275-286), keşif (m.363-366), davaya müdahale (m.53-58). Bir de, ilgili bölüm başlığı altında olmayan bazı maddelerde de bu konulara ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Özetle; Devlet Şurası Kanununun kendi madde sayısından hiç de az olmayan bir sayıda Hukuk Usulü Muhakemeleri kanununa atıf yapılmış olmaktadır.

sonrasında içtihatlarla oluşan bu “asli müdahale” müessesesi yasal düzenlemeye de dahil edilmiştir¹².

Ama asıl içtihat hukuku olan idari yargı alanında, çoğu durumda gerçekten menfaati doğrudan ihlal edilen ve hatta “hakkı muhtel olan”(ihlal edilen) kişinin idari yargının yapısının doğasından kaynaklanan nedenlerle davada ancak müdahil sıfatıyla yer alabilmesine rağmen, durumunun HMK'ya yapılan atıf nedeniyle fer'i müdahalenin sınırlarına hapsedilmesi ve buradan idari yargının gereklerine uygun şekilde güçlendirilmiş bir müdahale kurumuna ulaşamaması, idari içtihatlarla anılan sınırların uzun yıllar aşamaması, yasal düzenleme yoluna da gidilmemesi nedeniyle, bu konu bir sorun alanı olarak kalmaya devam etmiştir.

C) 1964 yılında(24.12.1964) yürürlüğe giren 521 sayılı “Danıştay Kanunu”nda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan yollamalar: Danıştay'ın kuruluşunu yeniden düzenleyen 521 sayılı Danıştay Kanunu, on bölümden ve toplamda 174 maddeden oluşmaktadır¹³. Bölümlerden biri de, toplamda 42 maddeden oluşan “Yargılama usulleri” başlıklı beşinci bölümdür(63 ila 104. maddeler). Kanunun bu bölümünde yer alan “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun tatbik edileceği haller” başlıklı maddesinde(m. 88), 3546 sayılı kanunla başlayan HUMK'na topluca yollamada bulunulması yönteminin sürdürüldüğü görülmektedir. Maddeye göre;

“Bu kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hâkimin dâvaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahsın dâvaya müdahalesi, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dâva, bilirkişi, keşif, delillerin tesbiti, adlî müzaharet hallerinde ve duruşmanın icrası sırasında tarafların sükûnu ve inzibatı bozacak hareketlerine karşı yapılacak

¹² Yürürlükteki 12.01.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun “asli müdahale” başlıklı 65. Maddesi.

¹³ Madde 171 — Danıştay'a ait 3546, 4904,-6716, 7197, 7354, 14/7/1960 tarihli ve 20; 20/9/1960 tarihli ve 84 sayılı kanunlar ile 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 406'ncı maddesinin son "fıkrası ve 788 sayılı Memurin Kanununun 50'nci maddesinin 2'nci cümlesindeki «vekil aleyhine ise Şûrayı- Devlete» ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.

işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun umumi hükümleri uygulanır”.

Hukuk Yargılama Usulüne yollama yapan; 1938 tarihli ve 3546 sayılı Devlet Şurası Kanununun 44. Maddesi ile, 1964 yılında yürürlüğe giren 521 sayılı Danıştay Kanununun 88. Madde içerikleri karşılaştırıldığında; 521 sayılı kanunda fazladan olarak “ehliyet, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat ve mukabil dâva” konularına da yer verildiği, yani Hukuk Yargılama Usulüne yollama yapılan konuların daha da arttığı görülmektedir. Ancak, 521 sayılı Danıştay Kanununun 88. Maddesinin başlangıcına “Bu kanunda hüküm bulunmayan hususlarda” ibaresinin de eklendiği görülmektedir. Böylece, yollama yapılan konularda bazı hususların Danıştay Kanununda da düzenlenebileceği, öncelikle İdari Yargı mevzuatının(Danıştay Kanununun) gözetilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Böyle bir durumda, yapılan atfın o konunun bütününe değil, Danıştay Kanununda düzenlenmeyen kısımlarına ilişkin olduğu da böylece belirtilmiş olmaktadır. Gerçi, böyle bir ibare olmasa idi dahi, Genel Kanun- Özel Kanun ilişkisi çerçevesinde yine de aynı sonuca ulaşılmasının gerekeceği açıktır. Ama böyle bir vurgulama, uygulamanın yönlendirilmesi ve uygulamada ortaya çıkabilecek tartışmaların önlenmesi bakımından yine de oldukça önemli gözükmektedir.

521 sayılı Danıştay Kanununda, 18.06 1973 tarih ve 1740 sayılı Kanunla¹⁴ birçok değişiklik yapılmışsa da, bu değişikliklerden Kanunun 88. Maddesinin etkilenmediği görülmektedir.

D) 1982 yılında Danıştay’ın Yeniden Düzenlenişi: 2575 sayılı Danıştay Kanunu Dönemi:

Halen yürürlükte bulunan 06.01.1982 tarih ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu, 98 maddeden oluşmaktadır. Ama bu kanun içerisinde “yargılama usulüne” ilişkin özel bir bölüm bulunmamaktadır. Çünkü İdari yargılama

¹⁴ MADDE 1. — 24/12/1964 tarihli ve 521 sayılı Danıştay Kanununun 3, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 21, 24, 28, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 44, 49, 53, 71, 104, 110, 114, 115, 116, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 128, 130, 163, 164, 166, 167 ve 172’nci maddeleri aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Kanuna 20 ek madde, 7 adet de geçici madde eklenmiştir. 20 nolu ek madde ile “521 sayılı Danıştay Kanununda geçen «Genel Kâtip» terimi «Genel Sekreter» olarak değiştirilmiştir”.

Usulü, aynı tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu ile ayrıca düzenlenmiştir¹⁵. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. Maddesinin başlığı “Hukuk Usulü 'Muhakemeleri Kanunu ile Vergi Usul Kanununun Uygulanacağı Haller” şeklindedir.

Maddeye göre:

“Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hâkimin 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 sükûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır”.

Bu Kanun ve yukarıdaki fıkra uyarınca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıfta bulunulan haller saklı kalmak üzere, vergi uyumsuzluklarının çözümünde Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri uygulanır”.

Mülga 521 sayılı Danıştay Kanununun 88. maddesi ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddeleri(ilk paragraf) karşılaştırıldığında; içeriklerinin çok büyük oranda benzeştiği, ancak mevcut halde hukuk yargılaması kurallarına atıf yapılan listeye üç yeni ekleme daha yapıldığı görülmektedir. Bunlar: Ehliyet, davanın ihbarı ve yargılama giderleri konularıdır¹⁶.

¹⁵ Bu dönemde, bilindiği üzere artık idari yargı alanını düzenleyen üç kanun vardır ve peşpeşe numaralara sahip bu üç Kanun da aynı tarihli(20/1/1982 tarih ve 17580 sayılı) Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmişlerdir: Danıştay, 2575 sayılı Danıştay Kanunu ile; İdari Mahkemeler(Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemeleri), 2576 sayılı “Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile; İdari Yargılama Usulü de 2577 sayılı İdari yargılama Usulü Kanunu ile düzenlenmiş bulunmaktadır.

¹⁶ Maddede HMK’ya yapılan yollamanın çokluğu ve yollamanın yapılış şekli, idare hukuku otoritelerince kaygıyla karşılanmış ve eleştirilmiştir. Prof. Dr. Lütfi Duran, idari yargının düzenlenişine ilişkin genel eleştirilerini belirttiği 1982 yılında kaleme alınan “İdari Yargı Adlileşti” başlıklı çok önemli makalesinde, yasada kullanılan ve “bu kanunda hüküm bulunmayan halde” diye başlayan bu atıf üslubunun, HUMK’na genel atıf anlamında da anlaşılabilceği kaygısını dile getirmektedir. DURAN, Lütfi: “İdari Yargı Adlileşti”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 3(1-3), 1982, s.53–83, (s. 65-66).

Ancak, İYUK 31. maddenin hem başlığında, hem de ikinci paragrafında vergi davaları özelinde yeni bir düzenleme daha bulunmaktadır: 521 sayılı kanunun 88. Madde başlığı “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun tatbik edileceği haller” iken, İYUK 31. Madde başlığı;” Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Vergi Usul Kanununun uygulanacağı haller” şeklindedir. Görüldüğü üzere, İYUK 31. Madde başlığında, sadece Hukuk yargılama usullerine değil, aynı zamanda vergi salma işlemi özelinde bir idari usul kanunu olan(yargılama usulü kanunu niteliğinde bulunmayan) Vergi Usul Kanununa da yollama yapılmaktadır.

Söz konusu 31. madde içeriğinde bu yollamanın düzenlenişi şu şekildedir:

“2. Bu Kanun ve yukarıdaki fıkra uyarınca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıfta bulunulan haller saklı kalmak üzere, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri uygulanır”.

Görüldüğü üzere, bu düzenlemede Vergi Usul Kanununa sınırlı şekilde, ama oldukça genel bir yollama yapılmakta; yüzlerce maddeden oluşan bu kanuna yapılan yollamada kanunun içeriği bakımından herhangi bir sınırlama yapılmamaktadır. Vergi Usul Kanununa(VUK) yapılan bu sınırlı, ama bir yönüyle de çok genel nitelikte olan yollamanın içeriğini şu şekilde belirleyebiliriz:

-VUK yapılan yollama, sadece vergi uyuşmazlıkları ile sınırlıdır.

-Vergi Usul Kanunu hükümlerinin vergi uyuşmazlıklarında uygulanabilmesi için, öncelikle İYUK'ta uyuşmazlık konusunda bir düzenleme olmamalıdır. Aksi halde, öncelikle İYUK hükümleri uygulanacaktır.

-Uyuşmazlık konusu hakkında, İYUK'ta bir hüküm bulunmadığı durumlarda VUK hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayrıca 31. maddenin ilk paragrafında yollama yapılan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinde de bir düzenleme bulunmaması gerekir.

Özetle, VUK hükümlerine yapılan bu yollamaya, tamamlayıcı bir rol verilmiştir.

Peki, niçin 521 sayılı Danıştay Kanununda Vergi Usul Kanununa(213 sayılı kanun) böyle bir genel yollama yapılmamışken, 2577 sayılı kanunda buna gerek duyulmuştur?

Çünkü, 06.01.1982 tarih ve 2576 sayılı kanunla idari yargı alanında ilk derece mahkemeleri (idare ve vergi mahkemeleri) kurulana kadar, vergi uyuşmazlıkları ilk derecede (bazı idari uyuşmazlıkları ilk derecede karar bağlayan il ve ilçe idare kurulları gibi) birer idari kurul olan vergi itiraz komisyonları tarafından, gümrük vergilerinden doğan uyuşmazlıklar da gümrük vergi itiraz komisyonları tarafından çözülmekte, onların verdikleri kararlara karşı da yine birer idari kurul olan temyiz komisyonlarına gidilmekte, ancak bu aşamalardan sonra Danıştay'a başvurulması¹⁷ mümkün olabilmekte idi¹⁸. Belki de bu nedenle, Danıştay'a yapılan başvuru mevzuatta "temyiz davası" olarak isimlendirilmişti. Çünkü uyuşmazlık konusu gerçekte bağımsız yargı önüne ilk bu başvuru ile gelebilmekte idi.

Vergi salma işleminin, doğrudan mülkiyet hakkı ile ilişkili ve çok teknik bir konu olması sebebiyle özel ve ayrıntılı şekilde düzenlenmesi; bu işlemlerin yargısal denetimlerine ilişkin usul kurallarının da aynı şekilde bazı özellikli usuli sorunlara ilişkin çözümleri de içermesi gerekecektir. 1 Ocak 1961 tarihinde yürürlüğe giren 213 sayılı Vergi Usul Kanununda, hem bir idari işlem olarak vergi salmaya ilişkin idari işlemin yapılaş usulü(yani vergi

¹⁷ 213 sayılı kanunun mülga 406. Maddesinin başlığı "Danıştay'a Başvurma" idi. Maddede, "Bu komisyonlara başvurulmadan bahsi geçen hususlara mütaallik ihtilâflar hakkında Danıştaya gidilemez. Komisyonlara dermeyan edilmeyen iddia ve hususlar Danıştayda ileri sürülemez" denilmekte, bazı hususlarda da Komisyonlarca verilen kararların kesin olduğu düzenlenmekte, yani Danıştay yolu kapalı tutulmaktadır.

¹⁸ 2577 sayılı kanunun "kaldırılan hükümler" başlıklı 63. Maddesi: "Vergi Usul Kanununun Vergi uyuşmazlıklarına ilişkin 379 ila 412 nci madde hükümleri, bu Kanunla kurulan vergi mahkemelerinin göreve başladıkları tarihte yürürlükten kalkar". Böylece, anılan maddelerde düzenlenen bahse konu komisyonlar da kaldırılmış olmaktadır. 04.01.1961 tarih ve 213 sayılı Verrgi Usul Kanunu, 417 asil ve 9 geçici maddelerden oluşmuş, 10,11,12 Ocak 1961 tarihli Resmi Gazetelerde üç parça halinde yayımlanarak, ilginç şekilde 1 Ocak 1961 tarihinden itibaren yürürlüğe gireceği(az da olsa geriye yürüyeceği) düzenlenmiştir(m. 416).

Aynı şekilde, 2576 sayılı kanunun "Kaldırılan görevler, yetkiler ve hükümler" başlıklı 15. Maddesi düzenlemesi de şöyledir: "1. İdare ve vergi mahkemelerinin görev alanına giren ve kanunlarla çeşitli kurul ve komisyonlara verilmiş bulunan görev ve yetkiler, bu mahkemelerin göreve başladığı tarihte sona erer".

"2. Vergi itiraz komisyonlarının ve Vergiler Temyiz Komisyonunun kuruluşuna ilişkin hükümler birinci fıkrada gösterilen tarihte yürürlükten kalkar".

salma işlemine ilişkin özel idari usul), hem de bu işlemde kaynaklanan uyuşmazlıkların yargılama usulü düzenlenmişti. Özetle bu kanun, hem bir idari usul kanunu, hem de bir vergi yargılamasına ilişkin usul kanunu olarak kırk yılı aşkın süre uygulandıktan sonra, 2576 sayılı kanunla 1982 yılında ilk derece vergi mahkemelerinin kurulması ile, kanunda düzenlenmiş olan vergi uyuşmazlıklarına(vergi yargılama usulüne) ilişkin kısım(m.379-412) yürürlükten kaldırılmış, ama İdari yargılama Usulü Kanununda da vergi uyuşmazlıkları özelinde yapılan düzenlemeler pek sınırlı kalmıştır. Bir yasal boşluğun oluşmaması bakımından, İYUK 31(2) düzenlemesi ile Vergi Usul Kanununa genel ve tamamlayıcı nitelikte bir yollama yapılmasının uygun görüldüğü anlaşılmaktadır.

Gerçi, böyle bir yollama yapılmıyaydı da, vergisel uyuşmazlıklarda en azından idari işlemin yetki, şekil, usul ve konu unsurlarının denetiminde, başka kanunlarda özel olarak düzenlenmiş olma halleri dışında zaten Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri hem de öncelikli olarak zaten uygulanmak durumunda idi. İYUK m. 31(2)'de Vergi Usul Kanununa açıkça ve doğrudan yollama yapılmakla, vergi uyuşmazlıkları bakımından bahse konu kanunun önemi bizzat kanun koyucu tarafından ayrıca vurgulanmış olmaktadır.

İlerleyen yıllarda madde içeriğinde, teknoloji ve yeni hukuksal durumlarla uyumu sağlamak bakımından bazı ekleme ve değişiklikler yapılmıştır: Maddeye 1990 yılında(3622 sayılı kanunun 11. maddesi ile) "Ancak, bilirkişinin seçimi Danıştay, Mahkeme veya Hâkim tarafından re'sen yapılır" cümlesi eklenmiş, 1994 yılında bu cümleye "davanın ihbarı" konusu da ilave edilerek bu cümle "Ancak, **davanın ihbarı ve bilirkişi seçimi** Danıştay, Mahkeme veya Hâkim tarafından re'sen yapılır" şekline dönüşmüştür(4001 sayılı kanun, m.14). Özellikle, maddeye "davanın ihbarının" yargılamayı yapan merci tarafından resen yapılacağı hususunun eklenmesi, "davanın ihbarı ve davaya müdahale" konularında idari yargının özelliklerden kaynaklanan bir içeriğin olması gereği konusunda yasama organının farkındalığını göstermesi bakımından önemlidir.

Daha sonra, İdari Yargı makamlarınca resen yapılacak usuli işlemler arasında düzenlenen "Bilirkişi Seçimi" konusu, 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu(m.22) ile bu kapsamdan çıkartılarak, kanunla getirilen genel

Bilirkişilik sitemine uyum bağlamında 31. maddede şu şekilde bir değişikliğe gidilmiştir:

“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.”

Böylelikle, hem Bilirkişinin seçimi, hem de görevleri konusunda hukuk yargılamasına istisna içermeyen tam bir yollama yapılmış olmaktadır.

Maddede HMK'ya yapılan yollamalara, teknolojik gelişmelerden yargılama usulünde de yararlanılmaya başlanmasına paralel olarak “elektronik işlemler ile ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrası” konuları da eklenmiştir(6352 ve 7188 sayılı kanunlarla yapılan eklemeler).

Son olarak, “dosyanın taraflar ve ilgililerce incelenmesi” konularının da 31. Maddedeki atıf yapılan konulara eklendiği görülmektedir¹⁹.

III- Konuların İncelenmesi :

Bu bölümde, çalışmamızın merkezine aldığımız “Hukuk Muhakemeleri Kanununu Hükümlerinin İdari yargılama Hukukuna Uygulanması Bağlamında Ehliyet(Objektif Ehliyet), Davaya katılma(Asli ve Fer'i Müdahale) ve Davanın İhbarı Müessesesi” konuları ele alınacaktır. Önce”objektif ehliyet” konusu, sonrasında davaya katılma ve davanın ihbarı konuları sırasıyla incelenecektir.

1- Ehliyet

A) Konunun Genel İzahı

“Ehliyet” konusunda İYUK 31. madde her ne kadar HMK'ya atıf yapmakta ise de, HMK(Hukuk Muhakemeleri Kanunu) bu konuda bir düzenleme yapmamakta, doğrudan Türk Medeni Kanunu hükümlerine yollama yapmakla yetinmektedir. HMK'nın “taraf ehliyeti” başlıklı 50. maddesinde; “Medenî haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan, davada taraf ehliyetine de sahiptir” denildikten sonra, konumuz için asıl önem

¹⁹ 28 Temmuz 2020 tarihli RG'de yayımlanan “” 7251 sayılı kanunun 52. Maddesi: “6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 31'inci maddesinin birinci fıkrasına “tarafların vekilleri,” ibaresinden sonra gelmek üzere “dosyanın taraflar ve ilgililerce incelenmesi,” ibaresi eklenmiştir.

taşıtan “dava ehliyeti” başlıklı 51. Maddesinde ise; “Dava ehliyeti, medenî hakları kullanma ehliyetine göre belirlenir” düzenlemesi yer almaktadır.

Ehliyet, hak ehliyeti ve fiil ehliyeti olmak üzere iki yönü bulunan bir kavramdır. Fiil ehliyeti, kişilerin haklara ve borçlara ehil olmalarını, yani kendi eylem ve işlemleri ile hak edinebilme ya da borç altına girebilme imkanına sahip olmaya ilişkin hukuksal gereklilikleri ifade eder. Hak ehliyeti ise, çok genel bir kavramdır ve bunun için aranan yegane şart, gerçek veya tüzel nitelikte bir kişiliğin mevcut olmasıdır. Ehliyet kavramı, her iki ehliyet türünü birlikte ifade etmek üzere, yasayla sınırları belirlenmiş genel- geçer bir düzenlemeden kaynaklandığı (ve kural olarak aşağıda inceleyeceğimiz her türlü kişileri de kapsadığı) için buna “objektif ehliyet” de denilmektedir. Ehliyet kavramının yargılama usulü hukukundaki görünümü ise; “hak ehliyeti” yönünden davada taraf olma” ya, “fiil ehliyeti” yönünden ise hem “dava açma” ve hem de “davayı fiilen yürütebilme” yetkisine karşılık geldiği görülmektedir.

İdari yargıda özellikle de davacı olabilmek için, davacı ile dava konusu arasında olması gereken ilişki(menfaat ihlali-hak ihlali) bağlamında bazı ilave şartlar(İYUK, m.2)²⁰ arandığından, bu bağın varlığı veya yokluğunun tespiti “subjektif ehliyet” kavramı ile ifade edilmektedir. Bu çalışmamızın konusunu, idari yargıda ehliyet kavramının objektif yönü oluşturmaktadır. Nitekim, İYUK 31. maddede HMK’ya yollama yapılan hususlardan biri de “ehliyet” konusu olup, bunun “objektif ehliyet” kavramıyla sınırlı bir atıf olduğu açıktır.

Görüldüğü üzere, bizatihi “objektif ehliyet” kavramının da iki yönü bulunmaktadır. Bunlar; hak ehliyeti ve fiil ehliyetidir. Hak ehliyetine sahip olmak bakımından, gerçek kişiler bağlamında herhangi bir sınırlama mevcut olmayıp, her insanın hak ehliyeti bulunmaktadır²¹. Ama “fiil ehliyeti” bakımından durum böyle olmayıp, gerçek kişilerin yaş, ayırt etme gücü ve

²⁰ İptal davası açabilmek için, davacı ile iptali istenen işlem arasında en az “menfaat ihlali” düzeyinde bir ilişki aranırken, tam yargı davalarında davacı, davacının davaya konu idari işlem veya eylem dolayısıyla hak ihlali boyutunda bir etkileşim içerisinde olması şart koşulmaktadır.

²¹ TMK., Madde 8 – “Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler”.

kişitli olup olmama bakımından belirlenen objektif kurallar çerçevesinde fiil ehliyeti yönünden dört ayrı grup altında tasnif edildikleri görülmektedir.

Davada taraf olmak, "hak ehliyeti" kavramına dahil olduğundan, her insan(gerçek kişi) davada taraf olabilir. Ama, davayı takip ehliyeti(mahkemede dava açmak ya da açılmış bir davayı mahkeme önünde taraf sıfatıyla takip etmek) doğrudan doğruya fiil ehliyetine ilişkindir.

TMK'da düzenlenen "Ehliyet" kavramının öznesi "kişiler" olduğuna göre, evvela kişi kavramına biraz yakından bakmak gerekir: Kişiler, öncelikle gerçek ve tüzel kişiler olarak ikiye ayrılırlar. Gerçek kişilik, doğumla başlar ve ölümle son bulur. Hak ehliyeti bakımından, sağ doğmak şartı ile kişiliğin başlangıcı(miras hukuku özelinde) cenin durumuna kadar götürülebilmektedir.

Tüzel kişiler ise; önce kamu hukuku tüzel kişileri ve özel hukuk tüzel kişileri şeklinde bir ayrıma tabi tutulurlar. Özel hukuk tüzel kişilerini ise; düzenledikleri hukuk disiplini esas alınarak Medeni Hukuk Tüzel kişileri(Vakıf ve Dernekler) ve Ticaret Hukuku Tüzel kişileri(ticaret şirketleri ve kooperatifler) şeklinde bir ayrıma tabi tutabiliriz.

Kamu Hukuku Tüzel Kişilerine gelince; bunlar, devlet ve diğer kamu tüzel kişileridir(Mahalli İdareler, Kamu Kurumları, Kamu Kurumu Niteliğinde Meslek Kuruluşları vb.). Eğer bir kamu idaresi ayrı bir tüzel kişiliğe sahip değilse, Devlet Tüzel Kişiliği içerisinde yer alır. Örneğin her bir Bakanlığın ayrı tüzel kişiliği olmadığından, bunlar, merkez ve taşra(iller, ilçeler, bölge müdürlükleri, şeflikler vs.) teşkilatları ile birlikte Devlet Tüzel kişiliğine dahildirler. Diğer kamu tüzel kişilerinin bir kısmı merkezde(Ankara'da) ve bir kısmı taşrada yer alırken, önemli bir kısmının da hem merkez ve hem de taşra teşkilatı(il müdürlükleri, Bölge Müdürlükleri gibi) bulunmaktadır. Özetle; Anayasaya göre, kuruluş ve görevleriyle bir bütün sayılan idare, çok parçalı ve hiçbir özel hukuk tüzel kişisi ile kıyaslanamayacak boyutta devasa bir örgütsel yapıya sahiptir.

Kamu tüzel kişileri, Anayasaya göre, ya kanunla ya da Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kurulurlar(Any. m.123(son)). Özel Hukuk

Tüzel Kişileri ise, ilgili mevzuatta öngörülen süreç sonunda tüzel kişilik kazanırlar²².

İdari yargıda görülen başlıca dava tipleri; iptal ve tam yargı davaları ile idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklardan kaynaklanan davalardan oluşmaktadır.

Kısaca belirtmek gerekirse; İptal davalarında, idari işlemin unsurları bakımından hukuka uygun olup olmadıkları denetlenirken; tam yargı davalarında, idari bir işlem veya eylemden dolayı hakkı ihlal edilenlerin(hakkı muhtel olanların) zararlarının giderilmesi amaçlanır. Kolayca anlaşılacağı üzere, her iki davada da, davalı taraf daima idare olmak zorundadır. Davacı ise, bir gerçek veya tüzel kişi olabilir. Eğer davacı tüzel kişi ise, bu tüzel kişinin özel hukuk tüzel kişisi ya da davalı idareden farklı başka bir kamu tüzel kişisi olması da mümkündür.

İdari sözleşmelerden kaynaklanan davalar ise, taraflar arasında idari sözleşmeden doğan bir uyuşmazlık nedeniyle açılacaklarından dolayı, idare mutlaka davalı konumunda olmak zorunda değildir; idarenin, idari sözleşmeden kaynaklanan üstün yetkilerini kullanmak yerine, idari yargı yerinde dava açmak suretiyle karşı sözleşmeci ile olan uyuşmazlığının giderilmesini isteyebileceği(uygulamada pek karşılaşılmasa da) teorik olarak söylenebilir. Sadece bu son duruma özgü olmak üzere, bu tür idari davalarda

²² Özel hukuk tüzel kişilerinin kurulmasında, birbirine zıt iki sistemden söz edilir: Bunlardan biri serbest kuruluş sistemi ve diğeri de tescil sistemidir. Serbest kuruluş sisteminde, herhangi bir tescile gerek olmaksızın, ilgili mevzuattaki şartların sağlanması ile tüzel kişilik ortaya çıkmış olur. Türk Hukukunda, Medeni Hukuk Tüzel kişilerinden dernekler, serbest kuruluş sistemine en yakın konumdadırlar. TMK, m.59'a göre, "Dernekler, kuruluş bildirimini, dernek tüzüğünü ve gerekli belgeleri yerleşim yerinin bulunduğu yerin en büyük mülkî amirine verdikleri anda tüzel kişilik kazanırlar". Serbest kuruluş usulünün bu şekilde, "bildirim usulü" denilmektedir.

Buna karşılık, yine bir Medeni Hukuk Tüzel kişisi olan Vakıflar, ancak tescil ile tüzel kişilik kazanabilmektedir. Üstelik bu tescil, şirketlerde olduğu gibi idari bir tescil(Ticaret odaları bünyesinde yer alan ticaret sicili müdürlükleri nezdinde tutulan ticaret siciline tescil) değil, mahkeme kararına dayalı olarak mahkeme nezdinde tutulan vakıf siciline tescildir. Tüzel kişiliğin kazanılmasında en ağır yöntem olan bu tescil yöntemine, adli tescil yöntemi denilmektedir. O halde, tüzel kişilik kazanılmasında uygulanan tescil yöntemi de, adli tescil ve idari tescil olmak üzere, iki farklı yöntemde olabilmektedir.

özel kişinin davalı konumunda olabilmesi de-oldukça istisnai bir durum olsa da- mümkündür.

En yoğun bir devlet fonksiyonu niteliği taşıyan idari fonksiyonun hukuka uygun işleyişini sağlamak için en etkili araç, şüphesiz iptal davalarıdır. Çünkü bu davayı açacaklar ile davaya konu işlem arasında aranan menfaat şartı, içtihatlarla da sürekli geniş yorumlanmak suretiyle bu dava bazı durumlarda adeta bir halk davası haline dönüşebilmektedir²³. Buna ilaveten, davayı yürüten yargıcın resen araştırma yetkisine sahip kılınması, tarafların iddia ve savunmaları da dikkate alınarak idari işlemin unsurlarına ayrılmak suretiyle adeta bir hukuksal tomografisinin çekilmesi, bu davaların etkili bir hukuksal denetim aracı olma özelliğini öne çıkartmaktadır. Hatta, geçmişte Fransız ve Türk literatüründe idare hukukuna çok önemli teorik katkılar sağlayan bazı bilim insanlarınca da vurgulandığı üzere, iptal davaları alışılmış davalardan çok farklıdır. Çünkü bu davalarda davalı mevkiinde olan ve yargılanan, bizatihi idari işlemin kendisidir. Bu nedenle, nasıl ki ceza yargılamasında yargılamanın amacının maddi gerçeği bulmak olduğu ifade edilirse, benzer bir şekilde iptal davalarında da yargılamanın amacının hukuksal gerçekliği oryaya çıkartmak olduğu görülmektedir.

Bütün bu nedenlerle idari yargı, yargılama faaliyetinin amacı olarak “şekli gerçekliği bulmak” şeklinde bir amaç için yapılandırılmış olan Hukuk Yargılamasından oldukça farklı amaç ve özelliklere sahiptir. O halde, İYUK 31. maddede HMK’ya yollama yapılan konuların idari yargılamada uygulanması ve yorumlanmasında bu amaç(hukuksal gerçekliğe erişme amacı) hiçbir zaman göz ardı edilmemelidir. Ayrıca, idari yargının uğraş alanının, çok büyük ölçüde “tek taraflı üstün kamusal güç ve yetkilerle donatılmış” güçlü idare karşısında, idarenin faaliyetlerini hukuka uygunluk yönünden denetlemek suretiyle yönetilenlerin hak ve özgürlüklerini

²³ Örneğin, bir mesleki alanı düzenleyen herhangi bir düzenleyici idari işleme karşı o meslek mensuplarının her biri tek başına veya birlikte dava açabilirken, özellikle çevre ve tarihi eserler gibi duyarlı alanlarda, hatta imarın tüm beldeyi ilgilendiren ortak alanlara ilişkin düzenlemelerinde, bir beldede oturuyor olmak ve hatta bazı davalarda adeta yurttaş olmak(konjonktürel durumların da etkisiyle bazı zamanlarında içtihatlarda kısmi e daralma eğilimleri gözlenebilse de) yeterli görülebilmektedir.

korumak olduğu dikkate alındığında; ülkemizin de taraf olduğu ve bu nedenle de Anayasamızın 90. Maddesi gereğince iç hukukumuzun bir parçası olup, kanunlarla çatıştığında doğrudan uygulanması da gereken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) hükümlerinin de dikkate alınması, İYUK'ta atıf yapılan HMK hükümlerinin idari yargılamada uygulanırken söz konusu sözleşme hükümlerine uygun şekilde yorumlanıp uygulanması gerekeceği de açıktır.

Bu genel açıklamalardan sonra, şimdi, gerçek kişilerin ve tüzel kişilerin fiil ehliyetleri konusunu incelemeye geçebiliriz.

B) Fiil Ehliyeti Açısından Kişiler

a) Gerçek Kişilerin fiil ehliyeti

Gerçek kişiler, merkezinde “ayırt etme” gücünün bulunduğu ölçütler çerçevesinde fiil ehliyeti yönünden ayrımlara tabi tutulmaktadır: Bunlar; iki uçta yer alan “tam ehliyetliler” ve “tam ehliyetsizler”in yanı sıra, “sınırlı ehliyetliler”(kural olarak ehliyetliler) ve “sınırlı ehliyetsizler”(yani kural olarak ehliyetsizler) olmak üzere dört gruptan oluşmaktadır.

aa) Tam ehliyetliler: Bunlar, fiil ehliyetine sahip olanlardır. Bu da, iki olumlu ve bir olumsuz şartın birlikte gerçekleşmesi halinde mümkündür: Öncelikle ayırt etme gücüne sahip bulunmak(eski tabiriyle farik ve mümeyyiz olmak) ve ergin olmak(18 yaş)²⁴, fiil ehliyeti için aranan olumlu şartlardır. Olumsuz şart ise, kısıtlı olmamaktır(TMK, m.9-11). Bu üç şartı birlikte taşıyan kişiler, tam ehliyetliler grubunu oluştururlar.

Yalnız, bu şartlardan “ergin olmak” şartı, olağan halde onsekiz(18) yaşın tamamlanması ile kazanılabildiği halde, bazı istisnai durumlarda bu yaş şartı birkaç yaş öne çekilebilmekte, böylece kişi fiil ehliyetini(elbette diğer iki şartı(ayırt etme gücüne sahip olmak ve kısıtlı olmamak şartlarını) da sağlaması halinde) daha erken bir yaşta elde edebilmektedir:

Bu hallerden ilki; henüz ergin olmayan ama ayırt etme gücüne sahip(yani sınırlı ehliyetsiz) bulunan bir kişinin, evlenmek suretiyle tam ehliyetli hale gelmesi de mümkündür: Ayırt etme yeteneğine sahip olup

²⁴ Maddede “evlenme kişiyi reşit kılar” denilmektedir. O halde, çok istisnai bir durum olan TMK. M.124 düzenlemesi(16 yaşını doldurmuş kişilerin evlenmesine hakim kararıyla izin verilmesi) şartları gerçekleşirse, onaltı yaşını dolduran kişi de, diğer iki şartın da varlığı halinde tam ehliyetli sayılacaktır.

henüz ergin olmayan kişi(onyediyi yaşını ve hatta bazı durumlarda(olağanüstü evlenme rüştü hali) onaltı yaşını tamamlamışsa), yasadaki şartlar gerçekleştiğinde evlenebilir(m.124).Bu takdirde, “evlenme kişiyi ergin kılar”(m. 11) hükmü gereğince, kısıtlılık durumu da(bir yıl veya üzeri hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkumiyet durumu) söz konusu değilse, bu kişiler tam ehliyetliler grubuna dahil olurlar.

Küçüklerin ergin kılınabilecekleri bir diğer durum da, mahkeme kararıyla ergin kılınma halidir. Kanuna göre(m. 12); “Onbeş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir”. O halde, bir küçüğün mahkeme kararıyla ergin kılınabilmesinin şartları; Onbeş yaşını doldurmuş bulunmak, ergin kılınmak hususunda kendi isteği bulunmak ve velisinin de rızası olmak şeklinde sıralanmaktadır. Bu şartların hepsi birlikte mevcutsa, mahkemeye başvurulması halinde onbeş yaşını doldurmuş bulunan küçüğün olağan dönemden üç yıl önce mahkeme kararıyla ergin kılınması mümkün olabilir. Diğer iki şart(ayırt etme gücü ve kısıtlı olmamak) da böyle bir karar verilebilmesi için zaten mevcut bulunmak zorunda olacağı için, onbeş yaşındaki küçük de tam ehliyetliler grubuna katılmış olur.

bb) Tam ehliyetsizler: Bu ayırım, “ayırt etme gücü bulunmayanları” ifade etmektedir(m.15). Ayırt etme gücü olmaması, küçüklükten veya “akıl zayıflığından ya da akıl hastalığından” kaynaklanabilir. Bu sebeplerden biri yüzünden akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olan kişiler, tam ehliyetsizler grubunda yer alırlar.

Tam ehliyetli olma şartlarını sağlayamayan Küçüklerin ve Kısıtlıların fiil ehliyetleri tam olmamakla birlikte, “ayırt etme” gücüne sahip olmaları şartıyla, bunlar(sınırlı ehliyetli ya da sınırlı ehliyetsizler grubuna dahil olacaklarından) veli ya da vasiden izin alınmaksızın bazı işleri yapabilirler. Şöyle ki:

cc) Sınırlı ehliyetliler(Kural olarak ehliyetli kişiler): Ayırt etme gücüne sahip ve reşit olduğu halde, belli nedenlerle **kendilerine yasal danışman atanırlar**, sadece kanunda sayılı olan ve aralarında “Dava açma ve sulh olma”nın da bulunduğu işlemleri yasal danışmanlarının uygun görüşlerinin alınmasından sonra ancak yapabilirler(TMK,m.429). Yani bu kişiler, **kural olarak tam ehliyetli olmakla birlikte**, yasada sayılan bazı önemli işleri ancak

yasal danışmanlarının onayı ile yapabileceklerdir²⁵. Görüldüğü üzere bu kişiler aslında ayırt etme gücüne sahip ve ergin oldukları gibi, kısıtlı da değildirler. O halde tam ehliyetlilikle ilgili şartları sağlamaktadırlar. Ancak bunlar yasada sayılan durumlardan dolayı, kendilerine “yasal danışman” atanmış ve belirli işlemleri yapmaları yasa gereği yasal danışmanın onayına(olumlu görüşüne) tabi tutulmuştur. Yasaya göre, aralarında “dava açmanın” da sayıldığı bazı işler, yasal danışman onayı gerektiren işlerdendir. Şu kadar ki, “Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza(yasal danışman rızası) gerekli değildir”(TMK, m.16).

Görüldüğü üzere, kural olarak tam ehliyetliler grubuna dahil bulunan ve yasal şartların gerektirmesinden dolayı kendisine mahkeme kararıyla yasal danışman atanan “sınırlı ehliyetli” kişilerin, aslında yasal danışmanlarının onayı alınmaksızın dava açma hakları olmadığı ilgili maddede(TMK, m.429) düzenlenmekle beraber, bu sınırlamanın maddenin içeriğinde sayma yoluyla belirtilen işler konusunda yapılan bir sınırlama olduğu kabul edilmelidir. Kaldı ki, özellikle manevi tazminat gerektiren hususların ve çoğu zaman idari yargıda açılacak iptal davalarının da şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar kapsamında değerlendirilmesi ve bu konulara ilişkin davaları yasal danışman onayı olmaksızın açabilmeleri gerektiği bu düzenlemeler(TMK 16 ve 429. maddeler) çerçevesinde kabul edilmelidir.

Bir görüşe göre, evli kişiler de fiil ehliyetleri bakımından bu gruba (sınırlı ehliyetlilere)dahildirler. Çünkü, çok ayrıksı bazı işlemlerin yapılmasında eşler birlikte hareket etmek zorundadır. Bu da bir bakıma evli kişilerin fiil ehliyetlerini sınırlayan bir durumdur. Ancak, evli kişilerin idari

²⁵ TMK, m.429 için yeterli sebep bulunmamakla beraber korunması bakımından fiil ehliyetinin sınırlanması gerekli görülen ergin bir kişiye aşağıdaki işlerde görüşü alınmak üzere bir yasal danışman atanır:

1. Dava açma ve sulh olma, 2. Taşınmazların alımı, satımı, rehn edilmesi ve bunlar üzerinde başka bir aynî hak kurulması, 3. Kıymetli evrakın alımı, satımı ve rehn edilmesi, 4. Olağan yönetim sınırları dışında kalan yapı işleri, 5. Ödünç verme ve alma, 6. Ana parayı alma, 7. Bağışlama, 8. Kambiyo taahhüdü altına girme, 9. Kefil olma. Aynı koşullar altında bir kimsenin malvarlığını yönetme yetkisi, gelirlerinde dilediği gibi tasarruf hakkı saklı kalmak üzere kaldırılabilir

davaları tek başlarına açmalarında herhangi bir hukuksal kısıt söz konusu değildir.

dd) Sınırlı ehliyetsizler: Bunlar, ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte, ya küçük olduklarından, ya da kısıtlı olduklarından dolayı **kural olarak fiil ehliyetleri bulunmayan** kişilerdir. Kanuna göre(TMK, m.16); “Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler”. Ancak “karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir”. Burada geçen, karşılıksız kazanma, zaten fiil ehliyetinden ziyade hak ehliyeti ile ilgili bir durum olarak değerlendirilebilir. Şartlı bağışların ise tam bir karşılıksız kazanma olmamaları nedeniyle izne tabi işlemler grubuna dahil olduğu kabul edilmelidir. Aynı şekilde, karşılıksız kazanmalar konusunda dava açılması gerektiğinde de, davanın yasal temsilci eliyle açılması gerekecektir. Çünkü böylesi bir davanın kaybında da sınırlı ehliyetsizin(yüksek yargılama giderlerinden kaynaklı olarak) zarara uğrama riski artmaktadır.

Ancak, başkalarına devredilemeyen ve herkese karşı öne sürülebilen mutlak haklar, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar olduğundan, sınırlı ehliyetsiz kişilerin bu haklarını korumak için temsilcilerinin rızasına gerek olmaksızın tasarruflarda bulunabilecekleri yasada(m.16) düzenlenmektedir. Ama bu kuralın da bazı şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından yine yasadan kaynaklanan çok önemli istisnaları da mevcuttur: Örneğin, hem küçüğün hem de kısıtlının evlenme ehliyeti yasal temsilcinin(veli veya vasinin)iznine bağlanmıştır(TMK, m.126,127).

Kanunun(TMK) 16. Maddesinde belirlenen bu genel düzenlemesi dışında, sınırlı ehliyetsizlerin fiil ehliyetlerinin varlığına ilişkin bazı ayrıksı düzenlemeler daha mevcuttur(TMK,359, 453, 455. maddeler). Sınırlı ehliyetsiz, bir meslek ve sanatla uğraşmak bakımından yetkilendirilmişse, örneğin ayırt etme gücüne sahip olan küçüğün yada kısıtlının belli bir meslek ve sanatla uğraşması için, çocuklar için anne-baba ya da erginlerde mahkemece izin verilmişse, “o kişi bununla ilgili her türlü olağan işlemleri yapmaya yetkilidir ve bu tür işlemlerden dolayı bütün malvarlığı ile sorumludur”(TMK, m. 453).

Benzeri durum “serbest mallar” bakımından da geçerlidir. Kanuna göre(m.455) “Vesayet altındaki kişi, kendi tasarrufuna bırakılmış olan mallar ile vasinin izniyle çalışarak kazandığı malları serbestçe yönetir ve kullanır”. O halde, bir malın serbest mal sayılabilmesi iki şekilde mümkündür: Birincisi, belli bir malın vesayet altındaki kişinin tasarrufuna bırakılmış olması halidir. Artık bu mal, serbest mal kapsamındadır. İkincisi ise, vesayet altındaki kişinin vasinin izniyle çalışarak kazandığı mallardır. Her iki halde de vesayet altındaki kişi(sınırlı ehliyetsiz), kendisinin serbest tasarrufunda olan ve bu nedenle de “serbest mal” olarak adlandırılan bahse konu malları serbestçe yönetir ve kullanır. O halde, bu tür mallara ilişkin olarak, vasi onay ve iznine tabi olmaksızın gerektiğinde iptal ve tam yargı davaları da açabilir.

C) Tüzel Kişilerin Fiil Ehliyeti Konusu:

Tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetine sahip olabilmeleri için, öncelikle kendilerine ilişkin mevzuata göre tüzelkişilik kazanmaları gerekir. Kanuna göre(m. 47); “Başlıbaşına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal toplulukları, kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanırlar”. Bu durumda, kişi toplulukları olan dernekler için, Dernekler Kanununa ve alt mevzuatına göre hazırlayacakları Dernek Tüzüğü'nün mülki amire teslimi ile tüzel kişilik kazanılmış olur. Serbest kuruluş sistemine dayalı bu usulde, sadece bildirim yeterli görülmüştür. Ama vakıflarda, Mahkeme kararına dayalı tescil usulü(adli tescil) uygulanır. Şirketlerde ise, tüzel kişiliğin kazanılabilmesi için, gerekli kuruluş evrakları(şirket ana sözleşmesi vs.) hazırlandıktan sonra, Ticaret Kanunu ve ilgili mevzuat hükümlerine göre ticaret siciline tescil işlemi gerekir(idari tescil usulü).

Bir Kamu Tüzel kişinin kurulması ise, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle gerçekleşir(Anayasa, m.123(son)).

Konumuz bakımından önemli olan, tüzel kişilerin ehliyetleridir. İlgili mevzuata göre tüzel kişilik kazanılması ile, tüzel kişiler haklara ve borçlara ehil birer varlık(kişi) haline gelirler. Şu kadar ki, işin doğası gereği sadece gerçek kişilere özgü olan (cins, yaş, hısımlık gibi) durumlar, tüzel kişiler bakımından söz konusu değildir. Bu nedenle, tüzel kişilerin fiil ehliyetinin belirlenmesinde kullanılan yasal ölçüt de gerçek kişilerdekinden tamamen farklıdır. Çünkü onlar, fiil ehliyetlerini ancak yetkili organları eliyle

kullanabileceklerinden, öncelikle bu organlara sahip olmalıdırlar. Nitekim yasada(TMK. M.49) da; “Tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar” düzenlemesi mevcuttur. Özetle, tüzel kişilerin fiil ehliyetine sahip olabilmeleri için, öncelikle ilgili mevzuata göre kurulup tüzel kişiliklerini elde etmeleri tek başına yeterli olmamakta, ayrıca ilgili mevzuata göre gerekli olan(yönetim kurulu vs.) organlara da sahip bulunmaları gerekmektedir.

Yine, fiil ehliyetinin kullanılmasına ilişkin olarak da(TMK, m.50); “Tüzel kişinin iradesinin, organları aracılığıyla açıklanacağı” ve “bu organların, hukukî işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokacakları” düzenlenmektedir.

Bir tüzel kişi gerekli organlardan yoksun kalmış ve yönetimi başka yoldan sağlanamamışsa, vesayet makamı(sulh hukuk mahkemesi) tarafından tüzel kişiye de Türk Medeni Kanunu ve ilgili mevzuat hükümlerine göre bir yönetim kayyımı atanır²⁶. Bu takdirde tüzel kişi adına gerekli işlemler, vesayet hukuku çerçevesinde(vesayet makamı ve denetim makamı gözetiminde) atanan bu kayyım tarafından yapılır.

Kamu tüzel kişilerinin fiil ehliyeti de, aynı şekilde kendi kuruluş mevzuatına(kanun veya CB kararnamesi) göre belirlenir ve fiil ehliyeti, bu mevzuata göre oluşan organları tarafından icra edilir.

²⁶ Örneğin, Kamu yararına çalışan derneklere kayyım atanması, 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 27. Maddesinde ayrıca düzenlenmektedir. Vakıflar bakımından da, 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 10. Maddesinde yönetim organı geçici olarak görevden uzaklaştırılan vakfa bir ihtiyati tedbir olarak kayyım atanması hususuna yer verilmektedir. Aynı şekilde, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 412. Maddesi ve diğer bazı maddelerinde(399,401,403.maddeler) Kayyım atanmasına ve kayyımın görevlerine ilişkin düzenlemeler mevcuttur.

2- Objektif Ehliyet Kurallarının İdari Yargıda Uygulanması²⁷

A) Davada Taraf Olma Ehliyeti

İYUK 31. Maddede HMK'ya atıf yapılan konulardan, İdari yargıda uygulanması sırasında yargı kollarının niteliğinden kaynaklanan nedenlerle sorun çıkmayacak konulardan biri olarak, hemen objektif ehliyet konusu akla gelmektedir. Hak ehliyeti bakımından bir sorun oluşmayacağı açıktır. Çünkü zaten, gerçek kişilerin doğumu(hatta, miras hukukunda sağ olarak doğmak şartıyla ceninin oluşumu) ve tüzel kişilerin de ilgili yasaya göre tüzel kişilik kazanması anından itibaren hak ehliyetleri vardır. Kanun, burada ilave hiçbir şart aramamıştır. Hak ehliyetinin olması, davada taraf olma ehliyetinin de bulunması anlamına geldiğinden, hiçbir kısıtlama içermeyen hak ehliyeti bakımından idari yargının bünyesi ile herhangi bir uyumsuzluk gözlenmemektedir. Özetle; yasada "objektif ehliyete" yapılan yollama, hak ehliyeti bakımından herhangi bir yargı kolunun özelliklerine ilişkin bir unsur taşımamakta ve bu nedenle de idari yargının bünyesi ile de herhangi bir uyumsuzluk içermemektedir.

Ama "objektif ehliyet" in fiil ehliyeti(davayı) yönü bakımından aynı şeyleri söylemek güç gözükmemektedir.

B) Dava Ehliyeti (Davayı Takip Ehliyeti)

"Davayı takip ehliyeti", hakları kullanma bağlamında fiil ehliyetini ilgilendirdiğinden, objektif ehliyetin "fiil ehliyeti" yönüne ilişkindir. HMK'da fiil ehliyetinin düzenlenmesinde ise, doğrudan doğruya Türk Medeni Kanununa atıf yapılmaktadır(m.51): "Dava ehliyeti, medenî hakları kullanma ehliyetine göre belirlenir".

Fiil ehliyeti bakımından gerçek kişilerin durumunun; özellikle ayırt etme gücünün bulunup bulunmaması esas alınarak, ergin olmak(olumlu

²⁷ "İdari Yargıda objektif ehliyet" konusunda şu kaynaklara bakılabilir: Kaplan, Gürsel; "Danıştay Kararları ve İlgili Özel Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet". İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 69 (2011), s. 349-390; Kerim, Azak; "İdari Yargıda Sınırlı Ehliyetsizlerin Genel (Objektif) Dava Ehliyeti", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi(2023)*, 72(1), 183-212; Öz, Kerem;" Türk - Alman Hukukunda Küçüğün Bir Meslek veya Sanatı Kendi Başına Yürütmesi ve Bu Durumun Hukuki İşlem Ehliyeti Üzerindeki Etkileri", *Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi(Aralık 2014)*, S.4, s.59-95

şart) ve kısıtlı olmamak(olumsuz şart) ilave şartlarının da sağlanması bakımında dört ayrı kategoriye ayrıldığı yukarıda açıklanmıştı. Tüzel kişiler bakımından ise; fiil ehliyetine sahip olunabilmesi için, tüzel kişiliğin kazanılmasının yanı sıra mevzuatta ya da kuruluş belgesinde yer alan organlarının da oluşması şartının aranacağı yasada düzenlenmektedir. Bu nedenle, konunun gerçek kişilerin fiil ehliyeti ve tüzel kişilerin fiil ehliyeti bakımından ayrı ayrı incelenmesi gerekecektir. Üstelik, tüzel kişilere ilişkin fiil ehliyeti konusunun, idari davalarda davacı ve davalı yönlerinden ayrı ayrı ele alınması da daha isabetli olabilecektir. Çünkü gerçek kişiler, idari sözleşmelerden kaynaklanan tam yargı davaları hariç tutulduğunda, idari davalarda sadece davacı mevkiinde olabilmekte, idari yargıda gerçek kişilere ya da (istisnaen kamusal yetki verilenler hariç) özel hukuk tüzel kişilerine karşı dava ikamesi mümkün bulunmamaktadır.

a) Gerçek kişiler yönünden:

Yukarıda izah edildiği üzere, gerçek kişilerin fiil ehliyetinin belirlenmesinde “ayırt etme gücüne sahip olma, kısıtlı olmama ve ergin olma” şeklinde üç ölçüt kullanılmaktadır. Bu üç ölçütün de en önemlisi ve asıl belirleyici olanı, işin doğasına da uygun olarak “ayırt etme gücüne sahip olma” ölçütüdür.

Fiil ehliyeti yönünden tam ehliyetliler(üç şartı birden sağlayanlar) ile tam ehliyetsizler(ayırt etme gücü olmayanlar) yönünden herhangi bir sorun yoktur. Birinciler(tam ehliyetliler), subjektif dava şartını sağlamak kaydıyla idari yargıda zaten her zaman dava açabilirler ve kendi davalarını takip edebilirler; tam ehliyetsizlerin ise, davaya taraf olabilmekle birlikte, taraf oldukları davalarını bizzat açabilmeleri ve takip edebilmeleri hukuken mümkün değildir. Bunlar adına davalar yasal temsilcileri(velileri, vasileri ya da kayyım) tarafından dava açılabilir ve takip edilebilir.

Bu bağlamda, sınırlı ehliyetlilerin(kendilerine yasal danışman atanan ayırt etme gücüne sahip erginler) ve sınırlı ehliyetsizlerin(ayırt etme gücüne sahip küçükler ve ayırt etme gücüne sahip kısıtlı erginler) durumu ele alınmalıdır.

aa) Sınırlı ehliyetliler:

Öncelikle **sınırlı ehliyetlilerin** durumuna biraz yakından bakalım: Sınırlı ehliyetliler, kural olarak ehliyetli olup, ehliyetsizlikleri istisnai niteliktedir.

Kendilerine yasal danışman atanan(TMK. m.429) kişiler bu gruba girmektedir. Bunlar, kısıtlanması için yeterli sebep bulunmamakla beraber, korunmaları bakımından(kendi talepleri üzerine) belli konularda fiil ehliyetinin sınırlanması mahkemece gerekli görülen ergin kişilerdir. Özetle; bunlar erginlik ve kısıtlı olmamak şartlarını sağlamakta, ayırt etme güçleri de esas itibariyle bulunmaktadır. Zaten ayırt etme güçleri olmasa, bu nedenle vesayet altına alınmaları, yani kısıtlanmaları gerekecek kişilerdir. Ayırt etme gücü noksanlığı sebebiyle kısıtlanmaları halinde de, zaten tam ehliyetsizler grubuna dahil olacaklardı.

Ama bunlar ne ayırt etme gücü noksanlığı ne de başka bir sebeple kısıtlanmamakta, sadece kanunda sayılan bazı işleri yapabilmeleri üstelik de kendi taleplerine de bağlı olarak yasal danışmanın onayına tabi tutulmaktadır. Kanunda(m.429) sayılan bu işler incelendiğinde, tamamen önemli ticari ve ekonomik işlerde bir yasal danışman aracılığıyla hukuksal bir önlem olarak **kişinin hukuksal korunmasının amaçlandığı** görülmektedir. Örneğin;

- Dava açma ve sulh olma,
- Taşınmazların alımı, satımı, rehnedilmesi ve bunlar üzerinde başka bir aynî hak kurulması,
- Kıymetli evrakın alımı, satımı ve rehnedilmesi, Kambiyo taahhüdü altına girme,
- Olağan yönetim sınırları dışında kalan yapı işleri,
- Ödünç verme ve alma, ana parayı alma, bağışlama, kefil olma²⁸.

²⁸ TMK 429. Maddenin tam metni şöyledir:

B. Yasal danışmanlık

Madde 429- Kısıtlanması için yeterli sebep bulunmamakla beraber korunması bakımından fiil ehliyetinin sınırlanması gerekli görülen ergin bir kişiye aşağıdaki işlerde görüşü alınmak üzere bir yasal danışman atanır:

1. Dava açma ve sulh olma,
2. Taşınmazların alımı, satımı, rehnedilmesi ve bunlar üzerinde başka bir aynî hak kurulması,
3. Kıymetli evrakın alımı, satımı ve rehnedilmesi,
4. Olağan yönetim sınırları dışında kalan yapı işleri,
5. Ödünç verme ve alma,
6. Ana parayı alma,

Bunlar, özel hukuk ilişkileri bağlamında gerçekten de oldukça önemli konulardır. Hesabını iyi yapamayan, meslek ve sanatta acemiliği bulunan herkes için son derece riskli işler bu listede yer almaktadır. Ticari hayatta bu tür işlemlerden dolayı zarara uğrayan ve uğramaktan korkan erginler, mahkemeye başvurarak kendisine bir yasal danışman atanmasını isteyebilirler.

Bu kişilerin “dava açma ve sulh olma” yetkileri de yasal danışmanlarının onayına bağlanmıştır.

Bütün bunlar, özel hukuk ilişkileri bağlamında, tarafların eşitliği ilkesine göre yürütülecek önemli ticari ilişkilerde yasal danışman atanan kişiye bir hukuksal güvence sağlamayı amaçlamaktadır. Bu ilişkilerden doğacak uyuşmazlıklar da, taraflarca hazırlama ve davayı taraflar yönetir ilkesine göre işleyen, şekli gerçekliğin ispatının arandığı ve yeterli sayıldığı, dilekçeler aşamasında belirtilmiş delillere dayalı ve onlarla sınırlı olarak yürütülecek bir davada, Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre çözümlenecektir.

Oysa, idare hukuku, idarenin(tek yanlı ve icrai nitelikli işlemler yapabilme gibi) birçok üstün yetkilerle donatıldığı bir hukuksal zemini ifade etmektedir. İdari yargılama hukuku ise, yasalardan aldığı üstün kamu gücünü kullanan idarenin, bu gücünü hukuksal zemin çerçevesinde kullanmasını sağlamayı ve hukukun sınırları içerisinde tutmayı amaçlayan ve ona göre hukuksal mekanizmalara sahip bir usul hukuku koludur. İdari yargının amacı, idarenin hukuka uygun davranıp davranmadığının denetlenmesi suretiyle, hukuka aykırı idari işlemlerin iptali; hak ihlali gerçekleşmesi durumunda ise bunun tazmin ve diğer yasal yaptırımlar yoluyla giderilerek, kamu gücü karşısında kişilerin hak ve özgürlüklerinin hukuksal güvenceye alınmasını sağlamaktır.

Adil yargılamanın sağlanabilmesi için, idare karşısında oldukça dezavantajlı bulunan bireyin bu konunun dengelenebilmesi amacıyla,

7. Bağışlama,

8. Kambiyo taahhüdü altına girme,

9. Kefil olma.

Aynı koşullar altında bir kimsenin malvarlığını yönetme yetkisi, gelirlerinde dilediği gibi tasarruf hakkı saklı kalmak üzere kaldırılabilir.

tarafarca hazırlanma ilkesinin ve şekli gerçekliğe erişme amacının hakim olduğu hukuk yargılamasında hiç mümkün olmayacak birtakım hukuksal araçlara, idari yargılama hukukunda yer verilmiştir. Bunlardan belki de en önemlisi, hakimlere tanınan resen araştırma yetkisidir diyebiliriz. Bu yetki sayesinde idari yargı hakimi, davacının elinde olması mümkün bulunmayan uyuşmazlığa konu bütün belgeleri(gizlilik kararı bulunanlar hariç) “davanın aydınlatılabilmesi amacıyla” hangi idarenin elinde olursa olsun dosyaya getirebilmektedir(İYUK, m.20(1)). Zaten davaya cevap aşamasında da davalı idare, uyuşmazlık konusu hakkında elindeki bütün belgeleri(işlem dosyasını) cevap dilekçesi ekinde yasa gereği mahkemeye sunmak zorundadır(İYUK, m.16(5)). Yine, yargılama sürecinde diğer bazı usuli işlemleri de hakim resen yapabilmektedir. Böylece, idari yargıda “hukuksal gerçekliğin ortaya çıkartılması” temel amacı öne çıkmaktadır.

Özetle, idari yargının işlevi, kamu gücünü kullanma tekeline sahip idarenin hukuk kuralları içinde kalmasını temin ederek, kişilerin hak ve özgürlüklerini korumak; böylece hukuk devleti ilkesinin en önemli gerek ve hatta bir bakıma yeter şartını yerine getirmektir. Bu nedenle, idari yargıda kişilerin dava açma ehliyeti ele alınırken, bütün bu hukuksal çerçevenin de gözönünde tutulması gerekmektedir.

Bütün bu nedenlerle; sınırlı ehliyetlilerin sınırlanma amaçları olan “önemli ticari ve ekonomik ilişkilerde kendilerinin korunmasının sağlanması” olduğu dikkate alındığında, bu kişilerce idari yargıda açılacak idari davaların birçoğunun bu kapsamda kalmadıkları, bu nedenle de idari yargıda bir idari dava açmak istemeleri halinde kural olarak yasal danışman onayına gerek bulunmadığı söylenebilir. Özellikle de idarenin işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı iptal davalarının açılması bakımından yasal danışman onayına gerek bulunmadığı, hem idari yargının özellikleri(resen araştırma ilkesi), hem de TMK. m. 429. Maddenin amacı dikkate alındığında, kolayca söylenebilecektir.

Tam yargı davası açmak bakımından da, hem yine söz konusu maddenin amacı ve kapsamı, hem de idari yargılamanın özellikleri bakımından bir değerlendirme yapılması gerekecektir. Ayrıca, dava açmanın hak arama özgürlüğü bağlamında uluslararası antlaşmalarla da korunan anayasal bir temel hak olduğu, temel haklara ilişkin konularda sınırlamanın

istisna, özgürlüğün kural olmasından hareketle istisna hükümlerinin dar yorumlanması gerekeceği, 429.maddede yasal danışman onayına gerek görülen işlemler arasında sayılan "dava açma" şıkkı ile, her türlü davanın değil maddede sayılan konulara(ya da bunların benzeri hususlara) ilişkin açılacak davaların yasal danışman onayına tabi tutulduğunun kabulü gerekeceği; üstelik adli yargının tamamen dışında idari yargıda açılacak her türlü davanın da bu kapsamda sayılmasının, idari yargının amacı ve kapsamı ile bağdaşmayan son derece genişletici bir yorum olacağı söylenebilir.

Bütün bu nedenlerle, yasal danışman atanmalar(sınırlı ehliyetliler) tarafından idari yargıda açılacak iptal davalarında danışman onayına ihtiyaç bulunmadığının kolaylıkla söylenebileceği; tam yargı davalarının da, konu itibarıyla TMK. 429. Maddede sayılan yasal danışman onayına tabi işler benzeri çok önemli konulara ilişkin olanlar dışında, danışman onayına tabi olmadıklarının değerlendirilebileceği; özellikle manevi tazminat talepli tam yargı davalarının, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar(TMK. m. 16) kapsamında kalması nedeniyle de zaten yasa gereği böylesi bir onaya tabi tutulamayacağı görülmektedir.

bb)Sınırlı ehliyetsizler

Sınırlı ehliyetsizlerin(ayırt etme gücüne sahip küçükler ile ayırt etme gücüne sahip ve ergin olup kısıtlananlar) **durumuna gelince**: bunlar, kural olarak ehliyetsiz olup, ehliyetli olma durumları istisnadır.

Bu grupta yer alan küçüklerin, ayırt etme gücüne sahip olsalar da, ergin olma şartını sağlamadıkları için tek başına dava açma ve davayı takip ehliyetine sahip olmadıkları söylenebilir²⁹. Kural olarak dava açma ve açılmış bir davayı takip, diğer kısıtlılar bakımından da vasi ya da kayyım tarafından

²⁹ Ama, kendisinin ya da velisinin(ya da velilerinin) talebi üzerine mahkeme kararıyla ergin sayılmaları durumunda, yasalarda özel olarak ayrıca ve açıkça 18 yaş şartına bağlanan konular(örneğin, sürücü ehliyeti almak) hariç, fiil ehliyetine sahip oldukları kabul edilir. Ayrıca, evlenme rüştünün en erken aşaması olan 17(onyeddi) yaşını tamamlayanların ya da hakim kararıyla 16(onaltı) yaşını tamamlayanların evlenmesi(TMK., m.124) halinde de, tam ehliyetlilik için aranan erginlik şartı da tamamlanmış olur. Çünkü, evlenme kişiyi reşit kılar(m.11(son cümle)). O halde, evli küçüklerin de, ayırt etme gücü ve kısıtlı olmama şartlarının yanı sıra, ergin de olmaları sebebiyle tam ehliyetliler grubuna girmeleri sağlanmış olmaktadır. Bu durumdakilerin tam ehliyetli sayılmaları nedeniyle idari davaları açmalarında ve takip etmelerinde de zaten bir sorun olmayacaktır.

vesayet makamından izin aldıktan sonra icra edilecek faaliyetlerdir(TMK. m.462/8). Ancak, kanunda bazı istisnai durumlarda bu kişilerin fiil ehliyetine sahip buldukları düzenlendiğinden, anılan konulara ilişkin uyuşmazlıklarda dava ehliyetlerinin de olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Sınırlı ehliyetsizler:

- Kişiyi sıkı sıkıya bağlı hakların³⁰ kullanımında (TMK m. 16/1),
- Karşılıksız kazanımlarda (TMK m. 16/1),
- Anne ve baba tarafından **meslek veya sanat ile uğraşması** için çocuğa kendi malından verilen kısmın veya çocuğun kendi kişisel kazancının yönetimi ve bunlardan yararlanmasında (TMK m. 359),
- Vesayet makamı tarafından, vesayet altındaki kimseye bir meslek veya sanatın yürütülmesi için izin verilmiş ise kısıtlının, bu meslek veya sanat ile ilgili olağan işlemleri yapmasında (TMK m. 453),
- Vesayet altındaki kişinin kendi tasarrufuna bırakılan malların** ve yine vasinin izni ile çalışarak kazandığı malların yönetimi ve kullanımında (TMK m. 455) fiil ehliyetine sahip bulunmaktadır.

Bu düzenlemelerin mantıksal bir gereği olarak, anılan konulara ilişkin uyuşmazlıklarda kural olarak(kanunun açıkça ve ayrıca yasal temsilcinin iznini aradığı durumlar müstesna) kısıtlının dava ehliyetinin varlığı da kabul edilmelidir. Örneğin, kısıtlının yürütmesine izin verilen bir mesleğin ilgili idare tarafından bir yönetmelikle düzenlenmesi halinde, vasi davaya dahil olmaksızın ve vesayet makamından izin alınmaksızın kısıtlının idari yargıda doğrudan iptal davası açabilmesi gerekir. Aynı şekilde, kısıtlının bu kapsamda yürüttüğü bir faaliyete ilişkin olarak idarece yapılacak bireysel

³⁰ Örnek olarak; tıbbi müdahaleye rıza, dinini seçme, kişiliğin korunması davaları, dernek kurma ve derneğe üye olmak gibi haklar, kişiyi sıkı sıkıya bağlı haklara örnek olarak verilen haklar arasında yer alırlar. Ancak, bu kavrama idari yargı düzeninin gerekleri ve amacı bağlamında da bir anlam vermek gerekmektedir. Özellikle manevi tazminat talepli tam yargı davalarının ve idari yargıda görülen iptal davalarının şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar kavramı içerisinde değerlendirilmesinin uygun olacağını söyleyebiliriz. Çünkü bu haklar da devredilemezlik yönü baskın olan haklardır. Özellikle de manevi tazminat talepli tam yargı davalarının “şahsa sıkı sıkıya bağlı hak” kavramıyla çok daha doğrudan ilgili olduğu görülmektedir.

işlemler nedeniyle açılacak idari davalar da, doğrudan kısıtlı tarafından açılabilecektir.

Diğer bir konu “kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklar” a ilişkin açılacak davalarda bu kategorideki kısıtlıların(sınırlı ehliyetsizlerin) yasa gereği(TMK, m.16) fiil ehliyetine sahip bulduklarıdır. Kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklar kavramı, yasalarda açıkça düzenlenmemiştir. İdari yargıda bu kavramla en çok ilişkilendirilebilecek dava türü olarak, tam yargı davaları bağlamında kişinin uğradığı “manevi zarar” dolayısıyla açılacak davalar olarak³¹ düşünmek mümkün ise de, Danıştay İçtihatlarında henüz buna ilişkin bir yönelim gözlenmemekte, kısıtlılar tarafından açılan manevi tazminat talepli davalar da ehliyet yokluğu nedeniyle reddedilmektedir.

Oysa, ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar(sınırlı ehliyetsizler) bakımından, şahsa sıkı sıkıya bağlı hak kavramı mümkün olduğunca geniş yorumlanmak suretiyle, idari yargının varoluş amacına uygun şekilde mümkün olduğunca çok sayıda idari işlemin yargısal denetimine imkan sağlanarak, hukuk devleti ilkesine daha fazla katkıda bulunmak mümkün olabilir³².

Özellikle; Tasarrufu Sınırlı Ehliyetsize Bırakılan Mal ve Kazançlar ile, icrasına izin verilen belli bir meslek ve sanata ilişkin uyuşmazlıklardan kaynaklanacak davalarda, ayırt etme gücüne sahip sınırlı ehliyetsizlerin dava ve takip ehliyetine sahip oldukları mevcut yasal düzenlemeler karşısında kabul edilmelidir. Nitekim bir yargıtay kararında;

“Ayırdetme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar bazı istisnai (kişiyeye sıkı surette bağlı haklarını kullanmada; TMK'nun 453, 462/7, 359, 455. maddeleri) hallerde dava ve takip ehliyetine sahiptirler. Bu durumlar dışında

³¹ Azak, Kerem, "İdari Yargıda Sınırlı Ehliyetsizlerin Genel (Objektif) Dava Ehliyeti", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 72 (2023)(183-212), s. 197.

³² Karşılıksız kazanmalar konusuna gelince: Bu konuda açılacak davalar bakımından uygulamada kısıtlının dava ehliyetine sahip olmadığı kabul edilmektedir. Çünkü, davanın kaybedilmesi halinde, kısıtlının zarara uğramış söz konusu olabilir. O halde, idari yargıda pek rastlanması olası olmayan bu tür davaların da yasal temsilci tarafından ve vesayet makamından izin alınmak suretiyle açılması gerekecektir.

ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlıların dava ve takip ehliyetleri yoktur” denilmektedir³³.

Aslında bu sayılanlara bir de şahsa sıkı sıkıya bağlı uyumsuzlıklardan kaynaklanan davaların eklenmesi yasanın sistemine daha uygun olacaktır.

Devam eden davalarda ise, hukuksal durum daha da ilginçleşmektedir. Mahkumiyet öncesi açılan bir davada, mahkumiyet sonrası vasinin davaya devam edip etmeyeceği hususu önem taşımaktadır. Örneğin, kendisine dava bildirilen vasinin susmasının, kısıtlının menfaatlerinin korunması açısından yorumlanarak davaya devam edeceği şeklinde anlaşılması gerektiği gerekçesiyle, Bölge İdare Mahkemesince verilen kararın bozulmasına Danıştay Dairesince karar verilmiştir. Danıştay Dairesinin de bu kararında, yasada açıkça düzenlenmeyen hususlarda kısıtlı lehine yorum yapılması gerektiği belirtilen bir Yargıtay kararına atıf yapıldığı görülmektedir³⁴. Bu tür amaçsal yorumların, özellikle idari yargı yerlerinde de yapılmasının idari yargının içtihadı karakterine uygun düşeceği söylenebilir³⁵.

Tam yargı davalarında ise; şahsa sıkı sıkıya şahsa bağlı haklardan (örneğin, manevi tazminat talepli tam yargı davaları) ve eğer varsa vasi tarafından yönetimi kendisine bırakılan konularla ilişkili tam yargı davalarının, ergin ve ayırt etme gücüne sahip sınırlı ehliyetsizler tarafından doğrudan açılabilmesi gerekir. Bunların dışındaki konularda açılacak tam yargı davalarında da, kısıtlanmanın sebebi bakımından bir değerlendirme yapılması gerekecektir. Ama şu kadarını belirtmek gerekir ki; idari yargıda

³³ Yargıtay 12. HD., E. 2018/675, K. 2019/8948, 23.5.2019, (Lexpera, E.T. 23.5.2022). Azak,s. 1999dan naklen(dn. 76).

³⁴ D.5.D., 13.06.2022 tarih ve 2022/7841-4573 E-K sayılı karar.

³⁵ Dava Sırasında Dava Ehliyetinin Kazanılması ve Kaybedilmesi hallerinde, davanın taraflarında değişme olmamakla birlikte, davayı takip yetkisi olan kişi değişmektedir. Yine bu bağlamda karşılaşılan sorunlardan başlıcaları; Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçükün Kendisinin Dava Açması, Ayırt Etme Gücüne Sahip Kısıtlının Kendisinin veya Vasinin, Vesayet Makamından İzin Almadan Dava Açması; Yasal Temsilcinin Kendi Adına Dava Açması gibi durumlarla karşılaşılabilir. İlk durumda HMK 56(Kanuni temsilci atanması sebebiyle yargılamanın ertelenmesi) ve İYUK 26 çerçevesinde bir çözüm bulunurken, diğer durumlarda dilekçe ret veya süre verilerek usuli eksikliğin giderilmesi tamamlanabilmektedir.

açılacak davalar, ister iptal davası ve isterse de tam yargı davası olsun, genel olarak hiçbir hukuksal işleme dayanmaksızın, kişinin bir temel hak ve özgürlüğüne kamu gücü(idare) tarafından yapılan bir müdahalenin önlenmesi ya da tazmini amacına yöneliktir. Bu nedenle, genel olarak şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak ile ilişkilendirilmesi mümkün bulunmaktadır. Yargı yerlerince idari davalar bakımından yapılacak dava ehliyetine ilişkin yorumların, idare hukukunun özellikleri ve idari yargının yapısı ve fonksiyonu dikkate alınarak ortaya konulması, bu yapılırken de temel hak ve özgürlükler(örneğin, hak arama özgürlüğü) lehine yorum yapılması gerekecektir.

Ancak uygulamada, idari yargı yerlerince, ayırt etme gücüne sahip ve ergin kişilerin dava ehliyetini kısıtlanma amacı ile bağdaşmayacak şekilde dar yorumladıkları, yasanın lafzi yorumunun dışına çıkmadıkları görülmektedir³⁶.

Örnek:

Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun 01/01/2022 tarihi itibarıyla uygulamaya koyduğu zam kararının iptali istemiyle açılan davada; “Davacının bir yıldan daha uzun süreli hapis cezasına çarptırılmış olması nedeniyle, davanın ancak sulh hukuk mahkemesinin izni ile vasi tarafından(ya da vasinin görevlendireceği vekil tarafından) açılıp takip edilebileceği, açılan davanın vasiye bildirilmesine rağmen vasi tarafından hiçbir işlem yapılmadığı, vasinin davaya devam etme iradesinin olmadığı anlaşıldığı” gerekçesiyle davanın ehliyet yönünden reddine karar verildiği görülmektedir³⁷.

Oysa, böyle bir davanın konusu, öncelikle kısıtlı açısından “şahsa sıkı sıkıya bağlı “hak” kavramı içerisinde değerlendirilebilir. Çünkü, idarenin tek yanlı işleminden kaynaklanan bu konu, bir özel hukuk ilişkisinden

³⁶ Danıştay'ın lafzi yoruma ağırlık vermesi konusu, bir makalede şu ifadelerle anlatılmaktadır: “Ancak belirtmek gerekir ki, son dönemlerde, özellikle yargılama usulüne ilişkin yorumlarında Danıştay'ın kanunun lafzına ağırlık verdiği ve kimi “hukuki çare”leri, kanun değişikliği olmadan uygulamak yönünde pek de istekli olmadığı görülmektedir”. Gülan, Aydın; “Bireysel Başvuru Kararlarının Türk İdari Yargı Sistemine Etkisi”, Anayasa Yargısı (35)(2018), s.105-120.

³⁷ Danıştay 13. Dairesi, 20.07.2022 tarih ve 2022/1421-3656 E-K sayılı karar.

kaynaklanan ve mali değeri olup başkalarına devir ve temlik edilebilen(alacağın veya borcun nakline konu olabilen) konuları içermediğinden, idare hukukunun ve idari yargının özelliklerinden kaynaklanan nedenlerle Medeni hukuktaki şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar benzeri bir hukuksal ilişkiyi içermektedir. Ayrıca, kısıtlama kurumunun amacının vesayet altındaki kişinin haklarının daha iyi korunmasından ibaret bulunması karşısında, kısıtlının iptal davası açması halinde bu davayı kaybetse bile uğrayacağı muhtemel zarar, maktu harca tabi bu davanın hiç de yüksek olmayan yargılama giderlerini karşılamaktan ibaret olacaktır. Özetle, burada kısıtlının kanun koyucunun önlemeyi amaçladığı boyutta bir zarara uğrama tehlikesi de mevcut bulunmamaktadır.

b) Tüzel Kişiler Yönünden: Bilindiği üzere Tüzel Kişiler, özel hukuk tüzel kişileri ve kamu hukuku tüzel kişileri olarak ayrılmaktadırlar.

aa) Özel hukuk tüzel kişileri: Özel hukuk tüzel kişiliğinin kazanılması, genel olarak serbest kuruluş sistemi, bildirim sistemi ve tescil sistemi gibi yöntemlerle olabilmektedir. Tescil sisteminin de idari tescil ve yargısal(kazai)tescil olarak çeşitlere ayrılması mümkündür.

Ülkemizde, dernekler bildirim sistemi ile tüzel kişilik kazanırken, vakıflar kazai tescil, şirketler ise idari tescil yöntemleri ile tüzel kişilik kazanırlar. Bir özel hukuk tüzel kişisi, ilgili mevzuata göre tüzel kişilik kazandığı anda, hak ehliyetine de sahip olmaktadır. Ancak, özel hukuk tüzel kişileri, iradelerini yetkili organları aracılığı ile açıklayabilecekleri için, tüzel kişilik kazanan özel hukuk tüzel kişisi, kendi mevzuatı ve statüsüne göre yetkili organlara sahip olmakla, fiil ehliyetine de sahip olabilmektedir. Bu nedenle, özel hukuk tüzel kişilerinin idari yargıda dava açabilmeleri ve açtıkları davayı takip edebilmelerinin gerek ve yeter şartı, kendi mevzuatlarına göre gerekli karar ve/veya icra organlarına sahip olmalarından ibarettir.

Özel hukuk tüzel kişileri, idari davaların davacı tarafında yer alırlar. Ancak çok istisnai olarak, yasayla bazı kamusal yetkilerle donatıldıklarında, yargısal içtihatlarla tıpkı bir idari organmış gibi davalı olarak da idari davaya dahil edilmeleri mümkün olabilmektedir.

Özetle, özel hukuk tüzel kişilerinin idari yargıda açılan davada objektif taraf ehliyetleri konusunda HMK düzenlemesine yapılan yollama,

gereksinimi karşılamaktadır. Bunlara ilişkin olarak davayı takip(fiil ehliyeti) bakımından ayrıksı bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmadığı görülmektedir³⁸.

İYUK 31. Maddede fiil ehliyetinin dava ehliyeti yönüne ilişkin HMK'ya(ve dolayısıyla da TMK'ya) yapılan bu yollamanın tasfiye sürecine girmiş olan bir tüzel kişilik adına açılan alacak davasının, şirketin tüzel kişiliğinin sona erdiğinden bahisle dava ehliyetinin olmadığı gerekçesiyle reddedilmemesi gerekir. Çünkü, tasfiye süreci tamamlanmadıkça, tüzel kişilerin fiil ehliyeti tasfiye amacıyla sınırlı da olsa devam eder. Tasfiye süreci, alacakların tahsili ve borçların ifasını da içerdiğinden, tüzel kişilik adına açılacak alacak davasının da bu "tasfiye amacıyla sınırlı olarak devam eden ehliyet" kapsamında olduğunun kabulü gerekir. Ancak, tasfiye süreci de tamamlanmış ve şirketin tüzel kişiliği tamamen sona ermişse, artık bahse konu tüzel kişilik adına dava açılması mümkün bulunmamaktadır.

Örnek:

Vergi Dava Daireleri Kurulu kararına konu olan yakın tarihli bir olayda; Davacı adına, takdir komisyonu kararlarına istinaden 2011 yılının Ocak, Şubat, Nisan ilâ Aralık dönemlerine ilişkin olarak re'sen tarh edilen katma değer vergileri ile vergilerin bir katı tutarında kesilen vergi ziyai cezalarının kaldırılması istemiyle dava açılmıştır. Vergi mahkemesi cezayı kaldırmış, istinaf talebi de Bölge İdare Mahkemesi dairesince "gerekçesi değiştirilerek" reddedilmiştir. Davalı idarenin Temyiz talebini inceleyen Danıştay 3. Dairesi; "İstinaf incelemesine konu kararda sonucu itibarıyla hukuka aykırılık görülmemekle birlikte gerekçesinin hukuka uygun bulunmadığı hallerde, ilk derece mahkemesi kararının gerekçesinin değiştirilerek istinaf isteminin reddine karar verilemeyeceğinden, Vergi Mahkemesi kararına yönelik

³⁸ Şunu da vurgulamak gerekir ki; ister özel hukuk tüzel kişisi, isterse de kamu hukuku tüzel kişisi niteliğinde olsun, kişi birlikleri şeklindeki tüzel kişilerin(dernekler, sendikalar, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu ve hatta kooperatifler) üyelerinin ortak menfaatine olmayan, diğer bir ifadeyle üyeleri bakımından çelişen menfaatlerin söz konusu olduğu durumlarda, dava ehliyetlerinin olmadığı kabul edilmelidir. Nitekim, İdari Yargı içtihatlarında bu durumun istikrar kazanmış bir içtihadı dönüştüğü görülmektedir. Gerçi bu konu, objektif ehliyetten ziyade idari davalar bakımından hak ihlali ve menfaat ihlali şartının sağlanmasıyla(yani sübjektif ehliyetle) ilgili görülebilirse de, öneminden dolayı objektif ehliyetin incelenmesi bağlamında da vurgulanması gerekir.

istinaf başvurusunun, kararın gerekçesi değiştirilerek reddi yolundaki Vergi Dava Dairesi kararında yargılama usulüne uygunluk görülmemiştir” diyerek İstinaf Dava Dairesi kararı bozmuştur.

Bölge İdare mahkemesi Vergi Dava Dairesi, verdiği kararın İYUK 45(3). maddesine uygun olduğunu savunarak, bozma kararına uymamış ve ısrar kararı vermiştir. Kararın davalı idarece tekrar temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca(VDDK), “Davalı şirketin 18/02/2015 tarihinde ticaret sicilinden re'sen silindiğinin İstanbul Ticaret Sicili Müdürlüğü tarafından tescil ve ilân olunduğu, Anılan tarih itibarıyla ticaret sicilinden kaydı silinen davacı şirket adına re'sen tarh edilen vergiler ile kesilen cezalara ilişkin 10/10/2017 tarihli ihbarnamelerin aynı tarihte tebliği üzerine 01/11/2017 tarihinde mahkeme kayıtlarına giren dilekçe ile işbu davanın açıldığı” belirtildikten sonra, “Tüzel kişiliğinin sona ermesi nedeniyle hak ve fiil ehliyetini yitiren şirketlerin, sona erme tarihinden sonra haklara sahip olması veya borçlu kılınması mümkün değildir. **Tüzel kişiliğin sona ermesinden önceki dönemlere ilişkin olsa dahi tüzel kişiliği sona ermiş şirket adına vergi ve ceza ihbarnamesi düzenlenmesi veya başka bir idari işlem tesis edilmesi hiçbir hukuksal sonuç doğurmayacağı** gibi bu şirketlerin yargı mercileri önünde temsil edilebilmelerine de olanak bulunmamaktadır”. “Bu durumda, tüzel kişiliği sona eren şirket tarafından açılan davanın ehliyet yönünden reddedilmesi gerekirken, dava konusu vergi ve cezaların hukuka uygunluğu incelenerek verilen mahkeme kararına yöneltilen istinaf isteminin reddi yolundaki kararda hukuka uygunluk görülmemiştir” denilmek suretiyle davalı idarenin temyiz isteminin kabulüne karar verilmiştir³⁹.

Görüldüğü üzere bu kararda, ret gerekçesinin “şirketin artık hukuksal varlığı bulunmadığından, zaten şirket hakkında tesis edilen vergisel işlemlerin hiçbir hukuksal sonuç doğurmayacağı” üzerine kurulduğu, ama tüzel kişiliği bulunmayan şirket adına dava da açılmayacağı belirtilmek

³⁹. Danıştay VDDK, 08.06.2022 tarih ve 2022/547-646 E-K sayılı karar. Karara yazılan ayrışık oyda; “hukuksal varlığı olmayan şirket adına açılan davanın incelenmesine ve bu davada verilen kararın davalı tarafından temyiz edilmesine yasal olanak bulunmadığından, temyiz **isteminin incelenmeksizin reddi gerektiği** oyuyla karara katılmıyoruz”.

suretiyle, artık şirketin fiil(dava) ehliyetinin bulunmadığı gerekçesine de dayanıldığı görülmektedir.

bb)Kamu hukuku tüzel kişileri

Kamu Tüzel Kişilerine gelince; Kanunla ya da Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kurulan Kamu tüzel kişileri, önce Devlet ve Diğer Kamu Tüzel kişileri olarak tasnif edilirler. Diğer kamu tüzel kişileri de, yerel yönetimler, bilimsel kuruluşlar, iktisadi ve sosyal kamu kurumları, Düzenleyici - Denetleyici Kurullar, Kamu Kurumu Niteliğinde Meslek Kuruluşları gibi çeşitli kategorilere ayrılmaktadırlar.

İdari davalarda davalı tarafta Kamu Tüzel Kişileri (çok istisnai durumlarda yasalara göre kamusal yetki kullanan sair kuruluşlar da maddi ölçüt kullanılarak idari kuruluş olarak nitelenebilmektedir) yer alır. Davacı tarafta ise, özel hukuk kişilerinin(gerçek ve tüzel kişiler) yanı sıra, bazen kamu tüzel kişileri (örneğin, yerel idareler) de davacı sıfatıyla yer alabilirler. Bu son durumda, davanın her iki tarafı da kamu tüzel kişilerinden oluşabilmektedir⁴⁰.

Özellikle iptal davaları, davaya konu idari işlemi yapan ve uygulayan kamu idaresi aleyhine açılır. Bu davalarda davacı olarak çoğu kez, tüzel kişiliği olmayan bir idari birim de gösterilebilmektedir: Örneğin Merkezi İdarenin(Devlet Tüzel Kişiliğinin) taşra örgütü olan valilikler ve kaymakamlıklarca yapılan ve uygulanan işlemlere karşı, ilgili valilik ve kaymakamlık davalı olabilmektedir. Ya da bir hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşu olan herhangi bir kamu tüzel kişininin Bölge Müdürlüğünün işlemine karşı da, söz konusu Bölge Müdürlüğüne karşı dava açılabilir.

Özellikle iptal davalarında yargılanan, işlemi yapan kamu idaresi değil, Fransız literatüründen de esinlenilerek söylendiği anlaşılan Sıddık Sami Onar Hoca'mızın özlü sözünde belirtildiği üzere "işlemin bizatihi kendisi"

⁴⁰ İstanbul Belediyesi ile Kanunla Kurulmuş ve tüzel kişiliği de bulunan bağlı kuruluşları arasında yaşanan "ehliyet" problemi kaynaklı davada verilen ilginç bir karar için bk. D.13. D., 12.05.2022 tarih ve 2021/5200 E., 2022/2005K. Dairenin, bu uyuşmazlıktaki kararını "taşınmazın mülkiyetine sahip olan bağlı kuruluşun taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisine de sahip olduğu"(bağlı kuruluşun davaya konu işlemi yapmaya ilişkin ehliyete sahip olduğu) prensibi üzerine inşa etmiştir.

olduğundan, iptal davalarının objektif niteliği ortaya çıkmaktadır. Çünkü, iptal davasında önemli olan işlemin hukuka uygun olup olmadığının, diğer bir ifadeyle “hukuksal gerçekliğin” araştırılmasıdır. Davanın doğru hasma yöneltilmesi, idarenin dava sürecinde savunma hakkını kullanmasının sağlanması içindir. İdarenin oldukça karmaşık olan yapısı nedeniyle, idari davaların doğru hasma yöneltilmesi de, İYUK'ta resen araştırma ilkesi kapsamına alınarak, mahkemeye bırakılmış olduğundan, dava dilekçesinde davalının yanlış gösterilmesine herhangi bir yaptırım(husumet yokluğu vb) tanınmamıştır. Özetle; objektif ehliyete(fiil ehliyetine) ilişkin olarak İYUK'ta (m.31) iptal davaları bağlamında HMK'ya yapılan atıftan kaynaklı olarak, önemli bir sorun yaşanmamaktadır. Davanın yöneltileceği kamu tüzel kişisi ve idari birimler, idari yapıya ilişkin mevzuat esas alınarak idari yargı içtihatlarıyla belirginleştirilmiş durumdadır⁴¹.

Danıştay içtihatlarında, tüzel kişiliği bulunmayan idari kuruluşların daha çok husumet ehliyetine(davalı olabilme) sahip oldukları yönünde kararlara rastlanmakta iken; Danış İçtihatları Birleştirme Kurulu, kanunlarla yetkilendirilen ama yasalarda açıkça tüzel kişiliğinden söz edilmeyen bir Meslek Odasının(İnşaat Mühendisleri Odası) hem davalı(husumet ehliyeti) hem de davacı(dava ehliyeti) olmak bakımından ehliyeti bulunduğu yolunda içtihatların birleştirilmesine karar verilmiştir⁴².

Kararın gerekçesinde, idari yargıda objektif ehliyet kavramının kamu idareleri bakımından nasıl anlaşılması gerektiği hususunda, idari yargının niteliğinden kaynaklanan şekilde bir yaklaşım sergilenmesinin önemine vurgu yapılmaktadır. Karara göre:

⁴¹ “Kamu hizmetleri alanında görevler üstlenen ve kendisine verilmiş yetkileri kullanan bir idare; işlemleri, tutumu ve kararlarıyla toplumun sosyal ve ekonomik yaşamına etkili olmaktadır. Eylem ve işlemlerinden doğabilecek hukuksal anlaşmazlıkların çözümü için -yargı yerleri dahil- her türlü yasal girişimde bulunması, gerekirse davacı veya davalı olması da bu idari faaliyetlerinin kaçınılmaz sonucudur. **Tüm aktif faaliyetlerine rağmen, tüzel kişiliğe sıkı sıkıya bağlı kalarak dar kalıplar içinde idareleri taraf ve dava ehliyetinden yoksun bırakmak veya onu sadece usul hukuku terazisinin davalı kefesinde tutmak mümkün değildir.**”, Danıştay İBK, E. 1971/1, K. 1979/1, 8.3.1979, (RG, 6.2.1980, S. 16892).

⁴² Danıştay İBK, 24.01.1980 tarih ve 1971/1, 1979/1 E-K.

“Kamu hizmetleri alanında görevler üstlenen ve kendisine verilmiş yetkileri kullanan bir idare; işlemleri, tutumu ve kararlarıyla toplumun sosyal ve ekonomik yasanıma etkili olmaktadır. Eylem ve işlemlerinden doğabilecek hukuksal anlaşmazlıkların çözümü için - yargı yerleri dahil -her türlü yasal girişimde bulunması, gerekirse davacı veya davalı olması da bu idari faaliyetlerinin kaçınılmaz sonucudur. Tüm aktif faaliyetlerine rağmen, tüzel kişiliğe(tüzel kişilik kavramına) sıkı sıkıya bağlı kalarak dar kalıplar içinde idareleri taraf ve dava ehliyetinden yoksun bırakmak veya onu sadece usul hukuku terazisinin davalı kefesinde tutmak mümkün değildir. İdari kuruluşun yapısından gelen bu zorunluk doktrinde de göz önünde tutulmuş; soruna çözüm yolları önerilmiştir.”.

“Profesör Tahsin Bekir Balta, İdare Hukuku Ders Notlarının 265’inci sayfasında da, «idari yargıda taraf ehliyeti» başlığı altında aynen «Dava; hukukun başlıca müeyyidelerinden olduğundan hak, yetki, borç ve ödev niteliği dava ehliyetini de içine alır. Şu halde genel bir hukuk sùjeliğine sahip olmaları dolayısıyla **gerçek ve tüzel kişiler genel olarak**, belli yetki ve ödev sùjeliğine sahip olan **kamu mercileri de kendi yetki ve ödevleri alanında dava ehliyetine sahiptirler.**» demektedir. Profesör Dr. Şeref Gözübüyük de, İdari Yargı adlı eserinde şu tümcelerle aynı görüşü benimsemektedir : «Bazı hallerde bir kamu kuruluşu, başka bir kamu kuruluşunun kararını iptal ettirmek için, iptal davası yoluna başvurmaktadır. Aynı hiyerarşi içinde olmayan, fakat tüzel kişiliği de bulunmayan bir kamu kuruluşunun, başka bir kamu kuruluşunun kararını iptal ettirmek için açtığı iptal davasında, davacı durumunda olan kamu kuruluşunda tüzel kişilik aramak bazı hallerde isabetli sayılamaz. İdarenin davalı olduğu zaman davada taraf olma yeteneği yönünden tüzel kişi olmasını şart koşmamak, davacı olduğu zaman tüzel kişilik aramak, çelişkili bir durum yaratır... iptal davası yönünden, tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşlarının kendi yetki ve görev alanlarındaki işlerde, davada taraf olma yeteneğine sahip olduklarını, ana kurala bir istisna olarak kabul etmek **idarenin hukuka uygun hareketini sağlama yönünden isabetli bir yol gibi görünmektedir.**»

Karara dayanak alınan bu görüşlerde; ayrı bir tüzel kişiliği olmasa da, kamu idarelerine kendi görev ve yetki alanları ile sınırlı olarak bir hukuk sùjeliği tanımak gerektiği belirtilmekte ve onların **kendi yetki ve ödevleri**

alanında dava ehliyetine sahip oldukları vurgulanmakta; sadece iptal davası yönünden, tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşlarının kendi yetki ve görev alanlarındaki işlerde, davada taraf olma(hem davacı hem de davalı konumunda olabilme) yeteneğine sahip olduklarını, ana kurala(tüzel kişiliğe sahip olmaya) bir istisna olarak kabul etmenin **idarenin hukuka uygun hareketini sağlamak bakımından önemine** dikkat çekilmektedir.

2- Davanın İhbarı ve Davaya Müdahale Konuları(6100 sayılı HMK, m. 61-70) :

A- Davanın İhbarı ve Davaya Müdahale Konularının HMK'da Düzenlenişi

a) Davanın İhbarı(HMK. M.61-64)

Kanuna göre, görülmekte olan bir davada, **davanın taraflarından biri** davayı üçüncü bir kişiye ihbar edebilir.

HMK'da(m.61 ve 62) davanın ihbarının şartları şöyle düzenlenmiştir:

-Kişi yönünden: Davanın ihbarı, **ancak davanın taraflarından biri** tarafından yapılabilir.

-Esas yönünden: İhbarı yapan taraf, “davayı kaybettiği takdirde, üçüncü kişiye rücu edeceğini veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceğini düşünüyorsa” bu ihbarı yapabilir.

-Süre yönünden: **İhbar, davada tahkikat sonuçlanıncaya kadar** yapılabilir.

-Davanın ihbarı tevali edebilir: Dava kendisine ihbar edilen kişinin de aynı şartlarda bir başkasına ihbarda bulunması mümkündür ve bu şekilde ihbar tevali ettirilebilir.

-Şekil yönünden: İhbar yazılı olarak yapılır; bu yazıda ihbar sebebinin gerekçeleriyle birlikte açıklanması ve yargılamanın hangi aşamada bulunduğu belirtilmesi gerekir.

Bu şekilde kendisine dava ihbar edilen kişi, kendisi açısından “davayı kazanmasında hukuki yararı olan taraf yanında” davaya katılabilir(m.63). Ancak, bu kişi davaya katılmakla taraf sıfatını kazanmış olmayacağından, **hüküm davanın tarafları hakkında verilir**(m.64). Görüldüğü üzere, davanın ihbarı, davada taraf olmayan üçüncü bir kişi bakımından bir çeşit “davaya katılmaya(müdahaleye) davet” gibidir.

b) Davaya Müdahale (Katılma) (HMK. m.65-70)

Kanunda, Davaya Müdahalenin iki türü düzenlenmiştir: Asli Müdahale(m.65) ve fer'i müdahale

a) Asli Müdahale:

Asli müdahale, İYUK 31. Maddenin yürürlüğe girdiği tarihte(Ocak 1982), atif yapılan kanunda(1086 sayılı kanun) olmayan bir düzenleme idi. İYUK'un yürürlüğe girmesinden tam 29(yirmidokuz) yıl sonra yürürlüğe giren yeni kanunda(6100 sayılı HMK) "davaya müdahale" nin bir türü olarak "asli müdahale" de düzenlenmiş ve ayırım yapılmaksızın İYUK 31. Maddede "davaya müdahale" konusuna atif yapıldığından, atfın kapsamına HMK'daki "asli müdahale" düzenlemesi de girmiştir. Ancak, aşağıda izah edileceği üzere, "asli müdahale" nin İdari Yargıda görülen davalarda uygulanması pek mümkün ve olası gözükmemektedir.

Kanunda asli müdahale; "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" şeklinde düzenlenmektedir. Görüldüğü üzere, bu düzenlemede tanımlanan durum, mevcut davaya katılmak değil, aslında üçüncü kişi tarafından "mevcut ve görülmekte olan davanın" taraflarına karşı yeni bir dava açılmasıdır. Bu davanın herhangi bir davadan özde bir farkı olmamakla birlikte, usuli açıdan şu farkları ya da özellikleri olduğu gözlenmektedir:

-Açılan bu yeni dava da, mevcut davanın görüldüğü mahkeme nezdinde açılmalıdır.

-Yeni açılan davanın davalısı, zaten görülmekte olan mevcut davanın taraflarıdır(davacı ve davalısıdır).

-Yeni açılan davanın konusu, mevcut davada taraflar arasında uyuşmazlık konusu olan husustur. Yeni davanın davacısı, taraflar arasında davaya konu olan hak veya şey üzerinde kendisinin kısmen veya tamamen hak sahibi olduğunu iddia edecektir.

-Bu dava, önceki davada hüküm verilinceye kadar açılabilir.

Teknik olarak, açılacak bu yeni dava(asli müdahale davası) da mahkemeden ayrı bir esas numarası alacak, ama mahkeme kanun

hükmü(m.65) gereği olarak bu yeni davanın devam eden dava ile birleştirilmesine karar vererek, davaları birlikte görecektir.

Özetle; asli müdahale başlığı altında kanunda düzenlenen husus, gerçekte mevcut davaya katılma değil, üçüncü bir kişi tarafından önceki davanın taraflarına karşı yeni bir dava açılmasından ibarettir.

b) Fer'i Müdahale:

Fer'i müdahalede yeni bir dava söz konusu olmayıp, yürümekte olan bir davaya üçüncü bir şahsın taraflardan biri yanında katılması söz konusudur. Katılma gerekçesi; "davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacı" ndan oluşmaktadır.

Usul: Katılma talebi, Mahkemeye sunulan bir dilekçe ile yapılır. Söz konusu dilekçede; "Müdahale talebinde bulunan üçüncü kişi, yanında katılmak istediği tarafı, müdahale sebebinin ve bunun dayanaklarını" belirtir. Bu dilekçe, taraflara tebliğ edilerek, taraflar ve dilekçeyi veren üçüncü kişi dinlenmek üzere mahkemeye davet edilip dinlendikten sonra (ya da gelmez iseler, yokluklarında) müdahale talebi hakkında mahkemece karar verilir.

Müdahilin dava sürecindeki durumu(m. 68): Müdahale talebi kabul edilen kişi, **katıldığı noktadan itibaren** artık davayı takip edebilir. Dava sürecinde yapılacak her işlem, davanın taraflarının yanı sıra müdahile de tebliğ edilir. Ama bu takip, **müdahil sıfatının kazanıldığı noktadan ilerisi** içindir. Örneğin, deliller hasredildikten(dilekçeler aşamasından) sonra müdahilin yeni bir delil sunması söz konusu değildir. Müdahil, yanında katıldığı tarafın yararına olan iddia veya savunma vasıtalarını ileri sürebilir; **onun işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan** her türlü usul işlemlerini yapabilir.

Davada hüküm verilmesi ve müdahilin durumu: Hüküm, taraflar hakkında verilir. Yani müdahilin leh veya aleyhinde bir hüküm verilmez.

Müdahilin, yanında katıldığı tarafla rücu ilişkisi söz konusu olduğunda, asıl davadaki uyuşmazlık hakkında yanlış karar verildiği yolundaki müdahil iddiası dinlenilmez(m.68(2)). Yani, asıl davada verilecek karar, müdahilin açacağı rücu davasında kesin delil teşkil eder. Ancak, müdahil, bu rücu ilişkisinde; "zamanında ihbar yapılmadığı için davaya geç katıldığını veya yanında katıldığı tarafın iddia ve savunma imkânlarını kullanmasını engellediğini ya da kendisince bilinmeyen iddia ve savunma imkânlarının,

tarafın ağır kusuru sebebiyle kullanılmadığını belirterek”, yanında katıldığı tarafın yargılamayı hatalı yürüttüğünü ileri sürebilir⁴³.

3- Davanın İhbarı ve Davaya Müdahale Konularının İdari Yargılama Hukukunda Uygulanması⁴⁴

A) Davanın ihbarı usulünün idari yargıda uygulanması:

Kanuna göre, görülmekte olan bir davada, **davanın taraflarından biri** davayı üçüncü bir kişiye ihbar edebilir. Davanın ihbarı konusunda HMK’da yapılan düzenlemelere ilişkin olarak;

-Şekil yönünden: İhbar yazılı olarak yapılır; bu yazıda ihbar sebebinin gerekçeleriyle birlikte açıklanması ve yargılamanın hangi aşamada bulunduğu belirtilmesi gerekir” kısmı, idari yargıda görülmekte olan davalar bakımından da aynen uygulanacaktır.

-Bu şekilde kendisine dava ihbar edilen kişi, kendisi açısından “davayı kazanmasında hukuki yararı olan taraf yanında” davaya katılabilecektir(m.63). Ancak, bu kişi davaya katılmakla taraf sıfatını kazanmış olmayacağından, **hüküm davanın tarafları hakkında verilir(m.64)”**

Bu düzenlemelerin idari yargıda aynen uygulanması, bünyesel açıdan bir sorun teşkil etmeyecektir.

⁴³ Kanunda ayrıca, Cumhuriyet savcısı da, kanunda açıkça düzenlenmiş(örneğin nüfusa ilişkin bazı işlere ilişkin) konularda Cumhuriyet savcısının doğrudan dava açabilmesinin yanı sıra, açılmış bir davaya müdahale usulü de düzenlenmektedir(m. 70).

⁴⁴ İdari Yargıda davanın ihbarı ve davaya müdahale konularında bk. Tosun, Mehmet.-Tan, Emre; "İdari Yargıda Davaya Müdahale (Uygulama ve Teori Açısından İnceleme)". Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi (2015(5)), 827-877; Kalafat, Ahmet ; İdari Yargılama Usulü Kanunu’na Göre Davanın İhbarı, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi(2008(güz)), S. 14, s. 157-173;“Yasin, Melikşah; İdari yargılama Usulünde Davaya Müdahale”, (İÜHF M C. LXIX, S. I -2, s. 439-452, 2011);Aksoylu, Özge; “İdari Yargılama Hukukunda Müdahilin Bağımsız Olarak Kanun Yoluna Başvurma Hakkı”, GSÜHFD, 2020/1, s. 55-117; Şimşek, Tacettin; “İdari Yargılama Hukukunda Davalı Yanında Müdahilin Tek Başına Kanun Yollarına Başvuruda Bulunma Hakkı”, TBB Dergisi 2018 (134), s.177-216;; Kodakoğlu, Mehmet; “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargılama Hukukuna Uygulanması Bağlamında Asli Müdahale Sorunu”, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2017/3, S.28, s.1-32.

Ancak, HMK'da "davanın ihbarının" düzenlenişi, tamamen davanın taraflarından birinin üçüncü şahsa davayı ihbar etmesi üzerine kurulmuştur. Oysa, idari davalar, çoğu zaman bireysel etkileri çok aşan, kısmen veya tamamen genel etkili idari işlemler hakkında olabilmektedir. Bu nedenle davaların ihbar edilmesinin tamamen taraf iradesine bırakılması, ayrıca ihbarın yapılacağı aşamanın tamamen dava sürecinin belli bir aşması ile sınırlanması, idari yargının özellikleri ile uyumlu olmayacaktır.

Örneğin, HMK'da yer alan düzenlemelerden;

-“Davanın ihbarı, **ancak davanın taraflarından biri** tarafından yapılabilir.

-İhbarı yapan taraf, “davayı kaybettiği takdirde, üçüncü kişiye veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceğini düşünüyorsa” bu ihbarı yapabilir.

-**İhbar, davada tahkikat sonuçlanıncaya kadar** yapılabilir⁴⁵ şeklindeki düzenlemeler, idari yargının yapısı ve idarenin hukuka uygunluğun hareket edip etmediğinin yargısal yoldan denetlenmesindeki üstün kamu yararına yönelen amacıyla bağdaşmamaktadır.

Bu nedenlerle, kanun koyucu tarafından “davanın ihbarı” konusunun da aralarında yer aldığı HMK hükümlerine atıf yapılan İYUK 31. Maddesinde; “Ancak, davanın ihbarı Danıştay, Mahkeme veya Hakim tarafından re'sen yapılır” düzenlemesi yer verilmiştir.

İYUK 31. maddede yer alan davanın ihbarının davayı gören idari yargı yerince resen yapılacağına ilişkin düzenleme sebebiyle, HMK'da yer alan davanın ihbarına ve davaya katılmaya ilişkin düzenlemelerin İdari Yargı pratiğinde aynen uygulanması söz konusu değildir.

Elbette davanın tarafları da, mahkemeden davanın belli kişilere ihbar edilmesini isteyebilirler. Ama davanın ihbarının mahkemece yapılması esastır.

⁴⁵ Önceki kanunda(1086 sayılı HUMK,m.49) “Davanın her halinde ihbar caizdir” düzenlemesi mevcuttu. Yani ihbar için yargılamanın herhangi bir aşaması, ihbarın sınırı olarak belirlenmemişti.

Bu “resen ihbar” müessesesi, gerçekten idari yargının doğasına ve ihtiyacına uygun bir düzenlemedir⁴⁶. Çünkü, çoğu zaman idari yargıda görülmekte olan davalarda, özellikle de iptal davalarında, davalı idareden çok daha fazla olarak üçüncü şahıslar dava sonucundan etkilenme potansiyeline sahiptirler.

Bu nedenle, ilgili üçüncü şahısların da davadan haberdar edilmesi ve isteyenlerin davaya dahil edilmesi, hukuk devleti, hak arama özgürlüğü, mahkemeye erişim hakkı ve savunma hakları gibi, birçok temel hak ve özgürlüğün, dolayısıyla da hukuk devleti ilkesinin uygulanması bakımından büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle de 1994 yılında İYUK 31. Maddede yapılan değişiklikle “davanın ihbarı” konusu da mahkemenin resen yapacağı işler arasına eklenerek, zaten mevcut olan “resen araştırma” ilkesi bağlamında ele alınacak konulara dahil edilmiştir.

Yapılan bu düzenleme, idari yargı sisteminin gereklerine oldukça uygun düşmektedir.

Davanın Mahkeme tarafından resen ihbar zorunluluğunun bulunması, HMK’da yer alan “İhbar, **davada tahkikat sonuçlanıncaya kadar yapılabilir**” düzenlemesine uyulmasını da anlamsız kılar. Çünkü, mahkemece emredici yasal düzenlemeye uyulmayarak davanın ilgililere ihbar edilmemiş olması,

⁴⁶ Hukukumuzda, mahkemelere davayı resen ihbar etme görevi yükleyen bir diğer düzenleme, 5521 nolu İş Mahkemeleri Kanununda(m. 7(4)) bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre;

“Hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalarda, dava Kuruma resen ihbar edilir. İhbar üzerine davaya davalı yanında ferî müdahil olarak katılan Kurum, yanında katıldığı taraf başvurmasa dâhi kanun yoluna başvurabilir. Kurum, yargılama sonucu verilecek kararı kesinleştikten sonra uygulamakla yükümlüdür.”

Görüldüğü üzere burada çok spesifik bir resen ihbar usulü düzenlenmekte, SGK’ya davalı yanında davaya müdahil olma ve davalı başvurmasa bile kanun yoluna başvurma yetkisi verilmektedir. Bu düzenleme, Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa mahkemesine götürülmüşse de, AYM, bu düzenlemenin Anayasa aykırı olmadığını karar vermiştir:

“Ferî müdahil sıfatıyla davaya katılan Kuruma, uygulamak ve sonucuna göre işlem yapmakla yükümlü olduğu karara karşı, asıl tarafın iradesinden bağımsız olarak kanun yollarına başvurma hakkı tanınmasında hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yön bulunmamaktadır.” (AYM, E.2014/177, K.2015/49, 14/05/2015, § ...)

ihbarın tüm yargılama süresince ve hatta kanun yollarında bile yapılmasını zorunlu hale getirir. Bu da idari yargı düzenin gereklerine uygun bir sonuçtur.

Olması gereken hukuk bağlamında, bu konunun “dava dilekçesi üzerinde yapılan ilk inceleme konularına(İYUK, m.14) eklenmesi”, şayet dilekçenin incelenmesinden davanın ihbarı gereken kişilerin varlığı anlaşılıyorsa, “bir yandan dilekçenin davalı idareye tebliği yapılırken, öte yandan ilgili kişilere de davanın ihbar edilmesi” şeklinde yasada yer alması idari yargılama hukuku mantığı içerisinde amaca daha uygun bir düzenleme olabilir. Elbette, yargılamanın ilerleyen süreçlerinde, özellikle de cevap dilekçesi ve ekindeki işlem dosyası mahkemeye intikal ettikten sonra, başka kişilerin de davaya dahil edilmesi gerektiği anlaşılırsa, o aşamada davanın onlara da ihbarı yapılmalıdır.

Özetle; davanın ihbarı konusunda davayı gören idari yargı yerine resen davayı ihbar yetkisi verilmesi, davanın ihbarı ve devamında davaya müdahale konularının idari yargının gereklerine uygun olarak işleyebilmesi bakımından son derece önem taşımaktadır. Ancak, davanın ihbarına ilişkin olarak yapılan “davanın mahkemece resen ihbar edilmesine” ilişkin bu düzenlemenin dayandığı gerekçenin, davaya müdahale gerçekleştikten sonra bu kez müdahilin yargılama sürecindeki durumunun HMK'daki fer'i müdahaleye ilişkin düzenlemelere göre ihtiyaca uygun derecede yeterince güçlendirilmesine de yol açması beklenirdi. Çünkü, hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesinin zorunlu bir gereği olarak idarenin yargısal denetiminde müdahale kurumundan daha aktif şekilde yararlanılabilmesi için, davada çoğu zaman “**gerçek taraf**” ya da “davanın objektif tarafı” ya da Fransız Hukukundaki isimlendirme ile davanın üçüncü tarafı(tiers opposition- üçüncü kişinin itirazı) niteliğinde bulunan müdahilin, yanında katıldığı tarafın tamamen gölgesinde ve ona bağımlı bırakılmaması, katıldığı tarafın objektif olarak yararına olacak şekilde bazı işlemleri tek başına yapabilecek yetkilerle de donatılması, örneğin müdahilin tek başına kanun yollarına başvurabilmesi sorunun yasal düzenleme ile açıklığa kavuşturulması uygun olurdu.

Aşağıda bu soruna daha yakından bakacağız.

B) Davaya Katılma Usulünün İdari Yargıda Uygulanması:

İYUK 31. maddede, “davaya katılma” kurumuna atıf yapılırken, davanın ihbarı konusunda olduğu gibi ilave bir düzenleme yapılmamış, doğrudan HMK hükümlerine atıf yapılmakla yetinilmiştir. Bu durumda, tamamen lafzi bir yorumla, “HMK da davaya fer’i müdahaleye ilişkin mevcut düzenlemenin İdari Yargıda da aynen uygulanması” gerekeceği söylenebilir.

Ancak böylesi bir yaklaşım, idari yargıda uygulanacak davaya müdahale kurumundan beklenen yararın yeterince elde edilememesi sonucunu doğuracaktır.

Şöyle ki:

Hukuk yargılama usulünde(1086 sayılı kanun, 53 ila 58. maddeler), hem usul ekonomisi ve davaların azaltılması, hem de çelişkili kararların ortaya çıkmaması gibi amaçlarla davanın ihbarı ve davaya müdahale(Üçüncü şahsın müdahalesi) kurumları benimsenmiş, 1982 yılında yürürlüğe giren İdari Yargılama Usulü Kanununda(2577 sy. K., m.31) benzeri bir kurum düzenlenmeyerek, doğrudan hukuk yargılama usulüne atıf yapılmıştır. Hukuk yargılama usulünde bu tarihten sonra da kendi iç dinamiklerine bağlı olarak çeşitli değişiklikler olmuş, “üçüncü şahsın davaya müdahalesi” kurumunun yetersizliği görülünce, önce içtihatlarla ve en sonunda da yasal düzenleme ile(2011 yılında 6100 sayılı kanunla) adı “üçüncü şahsın davaya müdahalesi” olan davaya müdahale kurumu “asli müdahale” ve “fer’i müdahale” şeklinde iki ayrı hukuksal kurum olarak düzenlenmiştir.

Üstelik bu dönemde, davanın ihbarı(1086 sayılı kanun, m. 49 ila 52) kurumu da, daha ayrıntılı düzenlenmiş ve dava kendisine ihbar edilen üçüncü şahsa bu bölümde çok daha güçlü bir rol verilmiş: “Üçüncü şahıs ihbar eden kimsenin **makamına kaim olarak** davayı takip etmeyi kabul ederse davayı kendi namına takip edemeyip yalnız ihbar eden şahsı temsil eder” şeklinde düzenleme yapılmıştı.

Görüleceği üzere, ihbar edilen şahıs davaya müdahale etmeyi talep eder ve bu talebi de mahkemece kabul edilirse, doğrudan doğruya davayı takip yetkisini elde edebilmektedir. Şu kadar ki, davayı kendi adına değil, yanında katıldığı taraf adına ve onun yerine geçerek(kaim olarak) takip edecektir.

Oysa mevcut düzenlemede, müdahilin böyle bir yetkisi(yanında müdahil olduğu taraf yerine davayı takip yetkisi) bulunmamaktadır. Yürürlükteki 6100 sayılı HMK'na göre(m.68) “Müdahale talebinin kabulü hâlinde müdahil, davayı ancak bulunduğu noktadan itibaren takip edebilir. Müdahil, yanında katıldığı tarafın yararına olan iddia veya savunma vasıtalarını ileri sürebilir; onun işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usul işlemlerini yapabilir”.

Yine, davaya müdahale mevcut kanunda(6100 sayılı HMK, m.66) ancak “davada tahkikat aşaması sonuçlanıncaya kadar” yapılabilirken, İYUK' ta Hukuk Yargılama Usulüne atıf yapıldığı yıllardaki düzenlemede(1086 sayılı kanun, m.54)” Müdahale talebi muhakeme bitinceye kadar dermeyan olunabilir ve davayı asliyenin ceryanı talik olunur” düzenlemesi bulunmakta idi.

Görüldüğü üzere, hukuk yargılamasında asli müdahale kurumu yeni bir dava türü olarak ayrıca düzenlenince, “üçüncü şahsın davaya müdahalesi”ne bu kez “fer'i müdahale” adı altında yer verilmiş, fer'i müdahilin davayı takip hususundaki yetkileri zayıflatılmış; örneğin “yanında müdahil olduğu taraf yerine geçerek davayı takip yetkisi” gibi bir usule yer verilmemiştir. Ayrıca, bir davaya konu olan hakkın asıl sahibi olduğunu iddia eden kişinin, artık “asli müdahale” adı altında davanın her iki tarafını da hasım göstererek yeni bir dava açma imkanı da kanunda açıkça düzenlenmiştir(HMK, m. 65).

Oysa, idari yargıda, idari yargının yapısından kaynaklanan nedenlerle hem asli müdahale imkanı pratikte söz konusu değildir⁴⁷, hem de özellikle davalı(yani idare) yanında müdahil olanların durumu şeklen “müdahil” olarak görünse de, gerçek anlamda taraf (maddi anlamda(objektif) taraf niteliğini içermektedir⁴⁸.

⁴⁷ İdari yargıda asli müdahalenin uygulama alanı bulamayacağı hakkında bk. Kodakoğlu, Mehmet; “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdarî Yargılama Hukukuna Uygulanması Bağlamında Asli Müdahale Sorunu”, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2017/3, S.28, s.24 vd.

⁴⁸ Maddi anlamda taraf kavramı ve bunun müdahili yetkilerine olması gereken etkileri konusunda bk. Aksoylu, Özge; “İdari Yargılama Hukukunda Müdahilin Bağımsız Olarak Kanun Yoluna Başvurma Hakkı”, GSÜHFD, 2020/ 1, s. 55-117.

Uygulamada, İYUK'ta yapılan yollamanın HMK'nın günümüzde yürürlükte bulunan şekline göre, artık fer'i müdahaleye ilişkin düzenlemeye yapıldığı kabul edilip, müdahilin dava sürecindeki konumunun çoğunlukla salt yanında müdahil olduğu tarafın yardımcısı ve onun iradesiyle mutlak şekilde sınırlı olmaktan ibaret olduğundan hareketle kararlar verilmektedir. Bu bağlamda; örneğin, eğer asıl taraf karara karşı yasa yollarına başvurmamışsa, az sayıda olmakla birlikte aksi yönde de kararlar olsa da, asıl tarafın yardımcısı olan müdahilin tek başına yasa yollarına başvuramayacağına kararlar verilmektedir.

Oysa, müdahilin de davayı belli bir taraf yanında takip etmesinde hukuksal yararı bulunduğu mahkemece karar altına alınmış olup, artık davanın o taraf lehine sonuçlanmasını isteme hakkı bulunmaktadır. Kanunda düzenlendiği üzere, müdahil; "yanında katıldığı tarafın yararına olan iddia veya savunma vasıtalarını ileri sürebilir; onun işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usul işlemlerini yapabilir". Ancak, kanunda düzenlenen, davanın "asıl tarafının iradesinin" objektif olarak davada bulunduğu yere(davacı veya davalı oluşuna) göre değerlendirilmesi, yasadaki düzenlemenin bu şekilde yani "objektif yorum yöntemine" göre belirlenmesi gerekmektedir. Örneğin, ancak Bilirkişi incelemesi ile açıklığa kavuşacak bir hususta, tarafın Bilirkişi deliline başvurmak istememesi, objektif olarak taraf lehine bir davranış olmadığından, müdahil davacının bunu talep edebilmesi gerekir. Böyle bir müdahil talebi, objektif yorum yöntemine göre davanın asıl tarafının iradesine aykırı bir talep sayılmamalıdır. Diğer bir ifadeyle, böyle bir durumda, davanın asıl tarafının Bilirkişi istemediği gerekçesiyle müdahilin Bilirkişi incelemesi yapılmasına ilişkin talebi reddedilmemelidir.

Aynı şekilde, aleyhe hüküm verilmiş olsa da, asıl taraf kanun yoluna başvurmuyor diye müdahil davacının kanun yoluna başvurma talebi reddedilmemelidir. Çünkü böylesi bir talep, tarafın sübjektif iradesi aksi yönde olsa bile, objektif taraf iradesine uygun olduğundan, müdahilin böylesi bir işlemi yapma yetkisinin olduğu kabul edilmelidir.

Bir diğer sorun, ancak kanun yolları aşamasında davadan haberdar olunması halinde, söz konusu aşamada da davaya müdahale talebi yapılabilmesinin idari yargının niteliğine uygun düşmesine rağmen, yasanın

lafzi yorumundan hareketle böylesi bir talebin yargı yerlerince kolayca reddedilebilmesidir. Oysa, her ne kadar kanunun (HMK) yürürlükte olan şeklinde hem davanın ihbarı hem de davaya müdahalenin ilk derece yargılamasında tahkikat aşaması tamamlanıncaya kadar yapılabileceği düzenlenmiş olsa da, özellikle İYUK 31. maddede davanın ihbarının hakim tarafından resen yapılacağı şeklindeki özel düzenleme karşısında, ilk derece yargılaması sırasında bu gerekliliğe uyulmaması halinde ihbarın davanın her aşamasında yapılabileceği, bunun sonucu olarak davaya müdahalenin de davanın her aşamasında mümkün olabileceği kabul edilmelidir.

Özetle; İdari yargıda, idarenin tek yanlı üstün yetkilerine dayanarak yaptığı idari işlemler ve idari eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar görülmektedir. Davalar her ne kadar idareye karşı açılmak zorunda olsa da, aslında idari davalarda genellikle gerçekten hakkı ya da menfaati ihlal edilenler, yani **davanın gerçek (maddi-objektif)tarafı olan** kişiler çoğu zaman davanın dışında kalmaktadırlar. Bu kişilere davanın mahkemece resen ihbar edilmesi ve hak ve özgürlüklerini savunmalarına imkan verilmesi hem işin niteliği gereğidir, hem de yasanın emredici düzenlemesinden kaynaklanan bir zorunluluktur. Özellikle davalı(idare) yanında davaya müdahale kurumu sayesinde, görülmekte olan bir davanın dışında kalan ama gerçek zarara uğrama tehlikesi bulunan kişilere; mahkemeye erişim hakkı, adil yargılanma hakkı, hak arama özgürlüğünü kullanabilme imkanı ve savunma hakkı gibi en temel hak ve özgürlüklerden yararlanma imkanı sunulmuş olmaktadır.

Temel hak ve özgürlükler kural, sınırlamalar istisna olduğuna ve hak ve özgürlüklere ilişkin kuralların bu nedenle geniş yorumlanmasının gerekmesi karşısında, idari davalarda müdahil davacı ya da müdahil davalı konumunda bulunanların davadaki yetkilerini belirleyen kuralların da -elbette kanunun lafzının sınırları da dikkate alınarak- geniş yorumlanması gerekir. Hukuk devleti ilkesinin uygulamada gerçekleşmesinin en önemli aracı olan idarenin yargısal denetimine ilişkin kurallardan oluşan idari yargılama usulüne ilişkin yasal düzenlemelerin içerikleri, elbette lafızları elverdiği ölçüde olmakla birlikte, temel hak ve özgürlükler lehine ve hukuk devleti ilkesine ilişkin bu anayasal amaca uygun düşecek şekilde belirlenmelidir.

Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gitmiş bulunan bir uyuşmazlıkta, söz konusu mahkemenin verdiği ihlal kararında da, yasaların AİHS kurallarına uygun yorumlanması gereğine vurgu yapılmakta ve şunlar denilmektedir⁴⁹:

“İç hukukun uygulanması konusunda ulusal mahkemelerin yerine değerlendirme yapma yetkisi olmamakla birlikte, AİHM, AİHS'nin gereklerine uyulup uyulmadığı konusunda nihai karar verme merciidir . Bu amaçla, uygulama yöntemleri başvuranın mahkemeye erişim hakkını doğrudan etkilediği için, AİHM, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesi hükümlerine bakmakla yükümlüdür. Bu durumda AİHM, üçüncü şahısların müdahil olma yöntemlerinin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na bırakıldığını, ancak İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinin özü itibarıyla, hakimin ilgili tüm kişilere açılan idari davaları «resen » bildirmesi gerektiği hükmünün yer aldığını kaydetmektedir.

Bu konuda AİHM, 31. maddedeki çok açık ifadelere rağmen, başvuranın ulusal mahkemeler tarafından söz konusu dava hakkında bilgilendirilmediğini kaydetmektedir. Bu nedenle, başvuran ilk yargılamanın ancak temyiz safhasında müdahil olabilmış, bu da davanın esas hakimi önünde kendisini savunmasına imkân vermemiştir.

Öte yandan, Danıştay önünde bir itiraz davasının kabul edilebilirlik şartlarının kurallara bağlı ve sınırlı sayıda (numerus clausus) olması dolayısıyla, başvuran, Danıştay önünde de esasa ilişkin görüşlerini dile getirememiştir. İkinci davada ise, AİHM, yine 31. maddenin yerine getirilmemesi nedeniyle başvuranın tamamen davanın dışında kaldığını gözlemlemektedir. Valilik esas taraf olarak temyize gitmediği için başvuran, Danıştay önünde kendisini sınırlı bir şekilde savunma imkânı bile bulamamıştır. Yukarıda elde edilen bilgiler ışığında AİHM, ulusal mahkemelerin İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesindeki usul

⁴⁹ Menemen Minibüsçüler Odası (başvuran) tarafından Türkiye Cumhuriyeti aleyhine, 6 Ekim 2004 tarihinde İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - AİHS) 34. maddesi uyarınca yapılan 44088/04 numaralı başvuruya ilişkin verilen 09.12.2008 tarihli karar. file:///C:/Users/AL%C4%B0%20AKYILDIZ/Desktop/menemen-minibusculer-odasi-vs-turkiye%20(1).pdf

hükümlerini yerine getirmemesi nedeniyle, **başvuranın hak ve yükümlülüklerini doğrudan etkileyen bir ihtilaf** konusunda kendisini savunamadığı sonucuna varmaktadır. Bunun sonucu olarak başvuran **mahkemeye erişim hakkından yoksun bırakılmış** ve dolayısıyla AİHS'nin 6. maddesinin 1. Fıkrası(adil yargılanma hakkı) ihlâl edilmiştir⁵⁰.

Anayasamızın 90. Maddesine göre;

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”.

O halde, İYUK 31. Madde ile yollama yapılan konulara ilişkin HMK hükümlerinin yorumlanmasında da, öncelikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin dikkate alınması gerekecektir. Örneğin, davaya müdahale konusunda, müdahilin yanında katıldığı tarafın ve dolayısıyla da kendi hak ve menfaatlerinin -örneğin tek başına kanun yollarına başvurmak dahil- objektif olarak gerektirdiği işlemleri yapabileceği kabul edilmelidir. Aksi durum, hak arama özgürlüğü, mahkemeye erişim hakkı, adil yargılanma hakkı gibi birtakım temel hakların ihlali anlamına geleceğinden, hem Avrupa İnsan hakları Sözleşmesine(adil yargılanma, m.6) hem de Anayasamızın hükümlerine(m.36 başta olmak üzere)aykırı olacaktır.

Davaya müdahale ve davanın ihbarı konularına ilişkin olarak yukarıda yer verilen AİHM ihlal kararından sonra, Danıştay Dava Dairelerinden zaman zaman -özellikle müdahilin tek başına kanun yollarına başvurabileceği yönünde kararlar da verilmeye başlandığı görülmektedir⁵¹. İYUK 31.

⁵⁰ AİHM'nin “Menemen Minübüşçüler Odası kararı olarak bilinen söz konusu kararının ve Türk İdari Yargısına muhtemel etkileri hakkında geniş bir araştırma için bk. Şimşek, Tacettin; “İdari Yargılama Hukukunda Davalı Yanında Müdahilin Tek Başına Kanun Yollarına Başvuruda Bulunma Hakkı”, TBB Dergisi, S.134, s.177-216.

⁵¹ Müdahilin dava ehliyeti hakkında genişletici yorum getiren ve Kamu oyunda önemli etki doğuran Danıştay 6. Dairesi kararının(D.6.D., 2017/915-2524 E.K.) gerekçesinde şu ifadelere yer verildiği görülmektedir: “Tarafardan 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. Bu nedenle, davanın konusunun müdahilin sahip olduğu hak ya da şey olduğu hallerde müdahilin tek başına kanun yollarına başvurabileceğinin kabulü

Maddede atıf yapılan davaya müdahaleye ilişkin HMK kurallarının lafzi yorumuna dayalı olarak “asıl tarafın yardımcısı konumunda bulunan müdahilin tek başına kanun yollarına başvuramayacağı” yolunda verilen kararlar hala çok daha fazla sayıda olsa ve Anayasa mahkemesinin konuya ilişkin bireysel başvuru kararlarında da başvurucuların hak ihlali iddiası reddedilip benzeri gerekçelerle kararlar verilmiş olsa da⁵², Danıştay’da aksi yönde kararların da çıkmasıyla, bu konuda içtihatların birleştirilmesi şartları da artık oluşmuş bulunmakta idi.

Gelinen noktada, Danıştay Başkanının başvurusu üzerine konu içtihatları Birleştirme Kurulu önüne taşınmış ve böylece çelişen içtihatların birleştirilmesi sağlanmıştır. HMK’daki yasal düzenlemede müdahilin tek başına kanun yoluna başvurup başvuramayacağı hakkında bir açıklık olmasa da; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve İdari

gerekir. Bu durumda müdahil tarafından yapılan istinaf başvurusunun da bu kapsamda olduğu görüldüğünden, davanın tarafı olan davalı idarelerce istinaf yoluna başvurulmamış olması nedeniyle tek başına yaptığı istinaf başvurusunun incelenmesine olanak bulunmadığı gerekçesiyle davalı yanında yer alan müdahilin istinaf başvurusunun incelenmeksizin reddine karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.”

Ama aynı yıl bu kez Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca tam aksi yönde(müdahilin tek başına kanun yollarına başvuru hakkı olmadığı yönünde) karar verildiği de görülmektedir(19.10.2017 tarih ve 2017/2682-3159 E-K).

⁵² İmar planı değişikliğinde, idare aleyhine karar verilmesine rağmen idarece kanun yoluna(temyize) başvurulmaması üzerine, plan değişikliğinden olumsuz etkilendiğini belirtilen müdahiller tarafından yapılan temyiz başvurusu Danıştay İdari Dava daireleri Kurulunca (müdahilin kararı temyiz yetkisi olmadığı gerekçesi ile) incelenmeksizin reddedilmiştir. Müdahil, Mahkemeye erişim hakkının engellendiği iddiasıyla Anayasa mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi; “müdahile, **asıl tarafın iradesinden bağımsız olarak hükmü temyiz edebilme hakkı tanınması** biçiminde bir anayasal zorunluluk bulunmamaktadır. Somut olayda, ilk derece mahkemesinde görülen davanın asıl tarafının (idarenin) aleyhine kurulan hükmü temyiz etmeyerek yargılamaya devam edilmesi yolunda bir iradesinin bulunmadığı gözetildiğinde ferî müdahil olan başvurucunun tek başına yaptığı temyiz isteminin incelenmeksizin reddedilmesinin mahkemeye erişim hakkına ilişkin anayasal güvencelere müdahale teşkil eden bir yönü bulunmamaktadır” diyerek talebi reddetmiştir(19.07.2018 tarih ve 2015/2909 E.). (Benzer bir AYM kararı: 26.12.2017 tarih, No:2014/14498)

Yargının amacı ve bu amacın gerekliliklerinden hareket eden Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, müdahilin hukuksal yetkilerine ilişkin olarak “yanında katıldığı tarafın temyiz yoluna başvurmaması halinde tek başına kanun yoluna başvurup başvuramayacağına ilişkin çelişkili kararlar bakımında içtihatların birleştirilmesi gereğini kabul ederek, içtihatların “Yanında katıldığı tarafın kanun yollarına başvurmaması halinde müdahilin, tarafın işlem ve açıklamalarına açıkça aykırı olmamak şartıyla **tek başına kanun yollarına başvurabileceği**” yönünde birleştirilmesine karar vermiştir⁵³. Bu çok önemli ve oldukça yeni tarihli içtihatların birleştirilmesi kararının gerekçesinde, şu hususlara vurgu yapıldığı görülmektedir:

Danıştay İBK kararında, öncelikle müdahale kurumunun temel hak ve özgürlüklerle ilgili güçlü etkileşimine vurgu “...Her ne kadar tarafın sahip olduğu tüm haklardan onun gibi faydalanması mümkün değil ise de, taraf yanında konumlanan **müdahilin de adil ve hakkaniyete uygun yargılanma, mahkemeye erişim, yargısal korunma talep edebilme, hukuki dinlenilme haklarından faydalanabilmesi gerekir**”.

Kararda, ayrıca müdahillik kurumunun amacına ve müdahilin tek başına usul işlemleri yapabilmek bakımından mevcut olan yetkisinin “asıl tarafın iradesi ile **açıkça çelişmeme**” şeklindeki yegane sınırına dikkat çekilmektedir. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile yanında katıldığı tarafın işlem ve açıklamalarıyla çelişkili olmamak ve onun çıkarlarına halel getirmemek kaydıyla müdahilin her türlü usul işlemini yapabilmemesi mümkün hale geldiğinden, yanında katıldığı tarafın bir usul işlemini yapmamış veya yapamamış olması gibi durumlarda işlemin sadece müdahil tarafından yapılmasından yola çıkılarak, bunun tarafın işlem ve açıklamalarına aykırı olacağından ya da çıkarlarına zarar vereceğinden söz edilemez. **Aksine bir yorum, müdahillik müessesesinin getiriliş amacına uygun düşmeyecektir**. Burada önem arz eden husus, müdahilin yapacağı işlemin, yanında katıldığı tarafın işlemleri ve açıklamaları ile çelişmemesi gerekliliğidir”⁵⁴.

⁵³ Danıştay İBK’nun 03.02.2023 tarih ve 2021/4 E., 2023/1 K. nolu karar (25.05.2023 tarih ve 32201 sayılı R.G.)

⁵⁴ “Tarafın bir işlemi yapmaması veya yapamaması ve bu işlemi müdahilin yapması da, tarafın işlem ve açıklamaları ile çelişki şeklinde yorumlanamaz. Zira, tarafın yaptığı

Müdahillik kurumunun idari yargıda uygulanması sırasında; idari yargının amacı, kendine özgü nitelikleri ve idari yargılama usulüne hakim olan temel ilkelerin de gözetilmesi gereği izah edilmektedir: “Davaya müdahale konusu, idari Yargılama Usulü Kanunu'nda idari yargının özellikleri kapsamında ayrıca düzenlenmeyerek bu hususta Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na yollama yapıldığından, **hukuk usulüne özgü olarak düzenlenen bu müessese, idari yargılama hukuku bakımından incelenirken, idari yargının amacı, işlevi, etkinliği, kendine özgü nitelikleri ve idari yargılama usulüne hakim olan temel ilkeler ile, kanun yollarına başvurunun etki ve sonuçlarının ilgili usul hükümleriyle birlikte değerlendirilmesi ve bu müessesenin idari yargıya göre yorumlanması gerekmektedir**”⁵⁵.

“İdari davaların özellikleri gereği bazı durumlarda müdahil, hukuk usulüne nazaran idari yargıda uyuşmazlığın konusu ile doğrudan ilgili olabilmektedir veya müdahil ile yanında katıldığı taraf arasındaki ilişki dava konusu edilmektedir. Bu çerçevede müdahil, davanın şekli anlamda tarafı olmasa da dava konusu uyuşmazlık maddi anlamda müdahilin hak ve menfaatini ilgilendirmekte ve müdahil verilecek kararın neticesinden

herhangi bir işlem ya da açıklama bulunmadığından, çelişme olması da mümkün değildir”.

“Öte yandan söz konusu düzenlemeler, yanında davaya katıldığı tarafın davadan ya da temyizden feragati veya vazgeçmesi yahut davayı kabul etmesi gibi aksi yöndeki iradesinin varlığı halinde müdahilin kanun yollarına başvurusuna engel teşkil etmektedir. Yani müdahilin, tarafın aksi yönde iradesinin varlığı halinde, bu iradeye aykırı ve bu iradeyle çelişen bir işlem yaparak kanun yollarına başvurma olanağı bulunmamaktadır”.

⁵⁵ “Hukuk usulünde uyuşmazlıkların çözümünde taraflarca hazırlama ilkesi geçerlidir ve mahkeme, tarafların iradesiyle bağlı bulunmaktadır. Uyuşmazlık, kamu düzeni ile sıkı sıkıya ilişkili ayrıksı durumlar hariç, taraflarca ileri sürülen iddia ve savunmalarla ve getirilen delillerle çözülmektedir”.

“İdari yargılama usulünde ise maddi gerçek ortaya çıkıp dava aydınlanana kadar tüm delillerin bizzat mahkemece toplanmasını ifade eden resen araştırma ilkesi geçerlidir. Hâkim, taraflarca sunulan delillerle bağlı değildir ve hatta gerek görürse doğruluğunu teyit etmek için çekişmeli olmayan hususlarda bile araştırma yapabilir veya vakıa ve delillerdeki eksikliklerin tamamlanmasını sağlayabilir. Taraflar da kendi menfaatlerini koruyan delilleri mahkemeye sunabilir ve mahkemeye işbirliği yapabilir”.

doğrudan etkilenmektedir. Buna göre idari yargıda müdahilin yalnızca yanında katıldığı tarafın işlemlerine bağlı kılınması adil olmayan sonuçlar doğurabilecektir”.

“Bu bakımdan, müdahilin tek başına kanun yollarına başvurabilmesinin, resen araştırma ilkesinin benimsenmiş olduğu idari yargılama usulünde, maddi olayın doğru ve eksiksiz bir şekilde belirlenerek gerçeğe en uygun kararın verilmesine ve böylece kamu yararının gerçekleştirilmesine; idarenin hukuka uygun hareket etmesi sağlanarak hukuk düzeninin idari yargı eliyle korunmasına ve kanun yollarının hukukun ülke genelinde aynı şekilde uygulanmasını temin ederek kanun önünde eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesi işlevinin yerine getirilmesine katkı sağlayacağı açıktır”.

“Bu açıklamalar çerçevesinde, idari yargının kendine özgü özellikleri göz önüne alınarak konu değerlendirildiğinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile tarafın işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usul işlemini yapma hakkı tanınan müdahilin, yanında katıldığı taraf hakkında verilen karara karşı tek başına kanun yollarına başvurabilmesinin, adil yargılanma hakkının temini bakımından gerekli olduğu neticesine ulaşılmıştır”.

Verilen bu İBK Kararı ile, idari yargılama usulünde müdahillik kurumuna ilişkin olarak uygulamada ortaya çıkan sorunlardan biri içtihadı yoldan aşılmakta ve böylece, idari yargının gelişmesinde Danıştay’ın İçtihat Mahkemesi yönü bir kez daha öne çıkmış bulunmaktadır.

IV- SONUÇ

İdari Yargılama Kanunu’nun(İYUK) 31. maddesinde, bazı Hukuk Usulü Muhakemeleri Hükümlerine yollama yapılmakta ve söz konusu hükümlerin, İYUK’ta hüküm bulunmayan hallerde uygulanacağı belirtilmektedir.

1- Öncelikle, böyle bir toplu yollama usulünün, metodolojik olarak doğru olmadığı; çünkü, hukukun da aslında yaşayan bir varlık olduğu ve toplumsal değişimlerden kendi iç dinamikleri bağlamında etkilenerek değiştiği ve geliştiği; yargı kolunun özelliklerini taşıyan bir hukuksal kuruma

yollama yapılması halinde, o hukuk dalının yollama yapılan hukuk dalının iç dinamiklerindeki değişimlere de bağımlı hale getirileceği söylenebilir⁵⁶.

Yollama yapılan konulardan, örneğin; tarafların vekilleri, duruşma düzenin sağlanması ve ehliyet gibi bazı hususların herhangi bir yargı kolunun gereklerinden bağımsız olarak kendi özerk içeriklerine sahip oldukları; ama “davaya müdahale” gibi yargı kolunun kendi yapısal özelliklerine göre şekillenebilecek konulara, o hususta belli bir dönemdeki mevcut düzenlemenin ihtiyacı karşıladığı” kanaatine ulaşılmaya çalışılarak yapılacak bir yollamanın, zaman içerisinde her iki yargı kolunun kendi sistemsel gerekleri doğrultusunda oluşacak değişimlere uyum sağlamasının mümkün olamayabileceği; bu durumda, en doğrudan çözümün yasama organının işe karışması olabileceği; ama bir yasal düzenleme yapılmaya kadar da yargısal içtihatlarla amaca ve insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşme hükümleri dahil olmak üzere, üst hukuk normlarına göre yapılacak yorumlarla oluşacak sorunların çözülmesi gerekecektir.

2- Ehliyet konusunda Hukuk Yargılama Usulüne yapılan yollama, aslında temel olarak Türk Medeni Kanununun “Kişiler Hukuku” kısmına yapılmış olmaktadır. Çünkü, yürürlükteki HMK’nda da ehliyet konusunda bir düzenleme yapılmamış, işin gereğine uygun olarak maddi hukuka (Türk Medeni Kanunu hükümlerine ve mütemmim cüzlerine)yollama yapılmakla yetinilmiştir(m.50 -53). Bu yöntem idari yargılama hukuku dahil bütün hukuksal düzen açısından doğru olmakla beraber, özellikle iptal davalarında ve manevi tazminat talepli davalar bakımından, kısmen de tam yargı davalarında kısıtlılar bakımından sorunlara ve hak kayıplarına yol açabilmektedir.

Öğretide fiil ehliyeti(usul hukuku yönüyle dava ehliyeti) bakımından dört gruba ayrılan gerçek kişilerde, tam ehliyetliler ve tam ehliyetsizler

⁵⁶ Akyıldız, Ali, “Hukuk Muhakemeleri Kanununda Yapılan Değişikliklerin İdari Yargılama Usulüne Etkileri”, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 30. Yılında İdari Yargı Sempozyumu, 9 Mart 2012, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, s. 163-186; Akyıldız Ali, “İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 31. Maddesinin Yollamada Bulunduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanması”, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 30. Yılında İdari Yargı Sempozyumu, 9 Mart 2012, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, s. 79-86.

bakımından bir sorun söz konusu değildir. Sınırlı ehliyetliler bakımından da bir sorun olmaması gerekir. Çünkü bunlar da, ayırt etme gücüne sahip ve reşit oldukları gibi, kısıtlı da değildirler. Sadece kanunda sayılan istisnai nitelikteki bazı ticari ve ekonomik açıdan önemli işlemleri bakımından kendilerine kanuni müşavir atanmış olup, sadece bu konulara ilişkin olarak dava ehliyetleri de sınırlanmıştır. Amaç, bu kişilerin hukuken korunmasıdır. İdari yargıda açılacak davalarda, iptal davalarının bu kapsamda olmayacağı açıktır. Tam yargı davalarının da kural olarak anılan konularla ilişkisi olmayacağı görülmektedir. Bu nedenle, sınırlı ehliyetli grubuna dahil olan kişilerin idari yargıda dava açma ehliyetlerinin tam olduğu söylenebilir⁵⁷.

Uygulamada, sınırlı ehliyetsizlerin(kural olarak ehliyetsizler) dava ehliyeti konusunda idari yargıda da sorunlarla karşılaşıldığı görülmektedir. Hatta idari yargı yerlerinin çoğu zaman bu gruba mensup kişilerin dava ehliyetini adli yargı yerlerinden daha dar yorumlama eğiliminde oldukları da gözlenmektedir.

Oysa, idari yargı, tek yanlı iradesiyle işlem yapabilme ve eylemde bulunabilme yetkisine sahip idarenin bu işlem ve eylemlerine karşı açılan davalara bakmakta, bu bakımdan kişilerin temel hak ve özgürlükleri ile doğrudan ilgili bir alanda yargısal faaliyet yürütmektedir. İdari yargı yerlerinin, içtihatlarını hak ve özgürlüklerin kural, sınırlamanın istisna olduğu olgusundan hareketle, hak ve özgürlükler merkezli oluşturmaları gerekir. Aksi durum, devletin temelini ve yegane meşruiyet ölçütünü teşkil eden hukuk devleti ilkesine uygun düşmeyecektir. Çünkü, kişilerin dava ehliyetlerinin dar yorumlanması, mahkemeye erişim hakkının engellenmesi ya da güçleştirilmesi suretiyle bütün anayasal hak ve özgürlüklerin korunmasının temelini teşkil eden hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının ihlaline yol açılması sonucunu doğuracaktır.

2a) Bu bağlamda; bütün sınırlı ehliyetliler bakımından, yönetimi kendilerine bırakılan malların ya da icra etmelerine izin verilen bir meslek ya da sanatın yönetim ve icrasından kaynaklı uyuşmazlıklarda ya da bunlara ilişkin idari işlemlerden kaynaklı davalarda dava ehliyetlerinin bulunduğu

⁵⁷ Öğretide, sınırlı ehliyetliler adı altında ayrı bir kategoriden söz edilemeyeceği, bunların da tam ehliyetli oldukları yolunda önemli sayıda görüşler de öne sürülmektedir.

kabul edilmelidir. Çünkü bu kişiler, anılan konularda fiil ehliyetine de sahip kılınmışlardır.

2b) Yine, sınırlı ehliyetli olup, ayırt etme gücüne sahip ve ergin olan kişilerin, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar bağlamında sayılabilecek bütün konularda da kanun gereği(TMK. m.16) dava ehliyetlerinin bulunduğu görülmektedir. Çünkü bu kişiler de, aslında tam ehliyetli olup, kanunda sayılan bazı hallerde(örneğin, bir yılı aşkın hürriyeti bağlayıcı ceza mahkumiyeti durumu), bu kişilerin korunması amacıyla kısıtlanmaktadır. Yani bunların kısıtlılığının amacı, bir yaptırım ya da ceza değil bizatihi kendilerinin korunmasıdır. Bu sebeple, idari yargıda dava ehliyeti bağlamında, kısıtlılığın bu kişiyi koruma amacı da dikkate alınarak “şahsa sıkı sıkıya bağlı hak” kavramı, **idari yargının yapısı, amacı ve işlevi de gözetilmek suretiyle mümkün olduğunca geniş yorumlanmalı**, kişiye zarar vermeyecek ve doğrudan kendi hak ve menfaatini ilgilendiren konularda dava açabileceği kabul edilmelidir. Özellikle, iptal davalarının objektif niteliği(bizatihi yargılananın idari işlem olduğu) de dikkate alındığında, idarenin işlemleri ile kişinin hak ve özgürlüklerine getirilen kısıtlamalar nedeniyle kişisel menfaatleri ihlal edilen kısıtlıların(sınırlı ehliyetlilerin) bu bağlamda iptal davaları bakımından dava ehliyetlerinin bulunduğu kabul edilmelidir⁵⁸.

⁵⁸ Danıştay, müebbet hapse mahkum olan bir mahkumun(sınırlı ehliyetlilerin) açtığı “Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun 01/01/2022 tarihi itibarıyla uygulamaya koyduğu zam kararının iptali” talepli davayı, vasisinin sulh hukuk mahkemesinden alınmış izin belgesine dayalı davayı takip etme iradesini gösterir bir başvurusunun mevcut olmadığı gerekçesiyle ehliyet yönünden reddine karar vermiştir(D.13.D., 17.10.2022/1421-3656 E-K). Vasi atanmasının amacı, ayırt etme gücüne sahip ve ergin olan kısıtlıya bir yaptırım uygulamak değil, onu korumaktır. İptal davalarının açılmasında, kısıtlının korunmasını gerektiren bir olumsuzluk söz konusu olmadığı gibi, iptal davaları idari yargı düzeni bakımından kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar bağlamında değerlendirilebilecek davalardır. Örneğin, hapis cezasını çekmekte olan bir mahkumun, “Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği'nin 8. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendinin iptali ve yürütmesinin durdurulması” istemli davasının velisinin izni olmadığı için ehliyet yönünden reddedilmesinin(D.10.D.,09.03.2022 tarih ve 2021/1094 E. 2022/1238 K.), vesayet kurumunun amacı ile bağdaştırılması mümkün gözükmemektedir. Kapalı cezaevinde hapis yatmaya ehil görülen davacının, cezaevindeki mahkumlara ilişkin düzenlemeler içeren bir yönetmeliğin iptalini (velisinin izni olmaksızın)isteyememesi çok anlamsız ve

Özetle; sınırlı ehliyetsizler ve hatta sınırlı ehliyetliler bakımından dahi uygulamada ortaya çıkan bu sorunların, yasal düzenlemelerden ziyade, yasaların dar yorumlanmasından kaynaklandığı gözlenmektedir. Gerçek kişilerin ehliyeti bakımından idari yargı bağlamında ortaya çıkan bu sorunların, Danıştay'ın içtihadı yönünün yardımı ile, özellikle kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar kavramı(TMK, m.16) başta olmak üzere, kısıtlı kişilere hak sağlayan yasal düzenlemelerin temel hakların kullanımı yönünde genişçe yorumlanması suretiyle aşılabileceği gözlenmektedir. Örneğin, iptal davaları ve manevi tazminat talepli tam yargı davalarının kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar kapsamında kaldığı kabul edildiğinde, idari yargının asıl amacı olan idarenin hukuka uygunluğunun yargısal denetiminin sağlanması suretiyle hukuk devleti ilkesine oldukça uygun bir ilerleme de kaydedilmiş olacaktır.

2c) Tüzel kişilerin ehliyeti konusunda idari davalarda genel olarak uygulamada bir sorunla karşılaşmadığı görülmektedir. Kamu tüzel kişilerinin ehliyeti bakımından, özellikle iptal davalarında tüzel kişiliği olmayan idari kuruluşlara karşı da davalar açıldığı görülmekle beraber, “iptal davasında yargılanan idari işlemin bizatihi kendisidir” şeklindeki yaklaşımda da ortaya konulduğu üzere, bu bir sorun teşkil etmemekte, yargıçların resen araştırma yetkisinin bulunduğu da gözetildiğinde, objektif niteliğe sahip bir dava türü olan iptal davasında ortaya konulması gereken yegane hususun “işlemin bütün unsurları yönünden hukuka uygun olup olmadığı” ndan ibaret olması karşısında, **yerleşik yargısal içtihatlarla uygun olarak işlemi yapma ve uygulama yetkisi olan ve bu nedenle de ayrı tüzel kişilikleri olmamakla beraber birer hukuksal varlık oldukları açık bulunan kamusal yetki kullanan idarelerin davalı mevkiine konulmasında herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır.** Hatta bu durumun, davacı kişilerin

garip gözükmektedir. Oysa bu örnekte, anılan yönetmeliğin iptalinin istenmesi davacı açısından tam da “kişiye sıkı sıkıya bağlı hak” kavramına uymaktadır. Kişiye sıkı sıkıya hak kavramının idari yargıya özgü anlamının içtihatlarla belirlenmesi, bu yapılamadığı takdirde yasal düzenleme ile belirlenerek manevi tazminat talepli tam yargı davalarının ve iptal davalarının bu kapsama alınması kişilerin mağduriyetinin önlenmesi ve hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesine katkı sunulması bakımından elzem gözükmektedir. (D.10.D.'nce verilen benzer içerikteki başka bir kararı için bk.24.03.2022 tarih ve 2021/1186 E., 2022/1600 K.

mahkemeye erişimleri ve adil yargılanma hakları bakımından daha da olumlu sonuçlara yol açtığı söylenebilir.

2d) Tam yargı davalarında, oransal harç ödemelerinin icabetmesi başta olmak üzere yüksek yargılama giderleri söz konusu olabileceğinden, kısıtlının kanun kapsamında vesayet makamlarınca korunması gerektiği, bu nedenle anılan davaların ancak bu makamlarca açılabileceği kabul edilebilirse de, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın ihlaline dayanmak durumunda olan **manevi tazminat talepli** tam yargı davaları bakımından da kapsamdaki kısıtlıların dava ehliyetleri bulunduğu, kendi davalarını herhangi bir izne gerek olmaksızın kendilerinin açabileceklerinin kabulü gerektiği değerlendirilmektedir.

3- Davanın ihbarı ve davaya katılma(müdahale) konularında da, idari yargı uygulamasında çeşitli sorunlarla karşılaşılmaktadır:

Davanın ihbarı konusunda İYUK, “ihbarın idari yargı yerince resen yapılacağı” yolunda özel bir düzenleme de sevk etmektedir. Bu düzenlemenin, idari yargının ilkelerine, amacına ve faaliyet alanına uygun bulunduğu ve son derece isabetli olduğu değerlendirilmektedir. Gerçekten de, idari yargıda birçok davada özellikle davalı idarenin yasa gereği şekli hasım(taraf) konumunda bulunduğu, dava sonucunun asıl üçüncü kişilerin hak ve menfaatleri üzerinde çok daha fazla etkili olduğu hallerin çoğunlukta bulunduğu görülmektedir. Örneğin bir iptal davasında, idarenin davayı kaybetmesi halinde uğrayacağı zarar çoğu kez sadece yargılama masraflarından ibaret iken, davaya konu idari işlemin iptali nedeniyle üçüncü kişilerin uğrayacağı zararlar, mülkiyet hakkı kaybından, meslek ve sanattan uzak kalmaya kadar pek çok alanda ortaya çıkabilmektedir. Üstelik de bu derece büyük hak ihlaline uğrayacak olsalar da üçüncü kişiler idari yargının yapısı gereği teknik olarak bu davalarda davalı gösterilememektedir. Bu nedenle, idari davaların idari yargı yerlerince resen ihbar edilmesi, kişilere mahkemeye erişim hakkından, savunma hakkını kullanmaya kadar pek çok konuda imkan sağlamaktadır. Aksi durum, kişilerin başta adil yargılanma hakkı olmak üzere, ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerle de korunan birçok anayasal haklarının ihlaline yol açacaktır.

Kendisine idari dava ihbar edilen kişinin yapabileceği şey, davaya katılma(müdahale) talebinde bulunmak ve sonrasında da o sıfatla(müdahil-katılan sıfatıyla) davayı takip etmektir. Adli yargıda olduğu gibi, üçüncü kişilerin kendilerine ihbar edilen bir davanın taraflarına karşı yeni bir dava açılması anlamına gelen “asli müdahale” imkanı da bulunmamaktadır. Bu sebeple, katılan sıfatıyla davada yer alan üçüncü kişilerin bu durumunun, onların haklarının korunmasının tek seçeneği olduğu da dikkate alınarak, özellikle uluslararası sözleşmelerle de korunan mahkemeye erişim hakkı, adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğü bağlamında değerlendirilmesi, yargılama sürecindeki hak ve yetkilerinin de bu bağlamda yorumlanması gerekmektedir. İzah edilen nedenlerle, çoğu durumlarda idari davada katılan(müdahil) sıfatıyla yer alanlar, davanın şekli olarak tarafı olmasalar da, maddi(objektif) anlamda yani gerçek tarafı konumdadırlar. Özellikle, yanında katıldıkları tarafın davayı kaybetmesinden dolayı hak ihlaline uğrayacak olan katılanların(müdahillerin) durumu “maddi anlamda (gerçek) taraf” olarak nitelenmeyi ve bu durumlarına uygun şekilde yorumlanmayı ve gerekli yasal düzenlemeye kavuşmayı hak etmektedir.

Davanın ihbarı ve davaya müdahale konularında uygulamada ortaya çıkan başlıca sorunlar ve çözüm önerilerimiz özetle şöyledir:

3a) Davanın ihbar edileceği aşama: HMK'ya göre, davanın ihbarı ve davaya katılma, **davada tahkikat sonuçlanıncaya kadar** yapılabilirken, idari yargıda böyle bir aşama sınırı uygulanması söz konusu olamayacaktır. Çünkü, davanın ihbarı İYUK'ta re'sen araştırma ilkesi kapsamında düzenlendiğinden, kamu düzeninden sayılan bir konudur. Davanın her aşamasında ve hatta yargılamanın diğer aşamalarında(yasa yolları aşamasında) da “yapılması gereken bir ihbarın yapılıp yapılmadığı” göz önünde bulundurulmalıdır. Üçüncü kişiye dava ihbar edilmesi gerekirken bu ihbarın yapılmadığını tespit eden temyiz mercii, üçüncü şahsın mahkemeye erişim hakkının engellenmemesi için **kararı bu gerekçeyle bozarak, bu eksikliğin giderilmesinden sonra bir karar verilmek üzere dosyayı yeniden ilk derece mahkemesine göndermelidir.** AİHM'nin yukarıda söz ettiğimiz “Menemen Minibüsçüler Odası Başvurusu” hakkında verdiği ihlal kararının gerekçesinde izah edildiği üzere, aksi durum AİHS m. 6'nın(adil yargılanma hakkı) ihlali teşkil edecektir. Çünkü, oldukça sınırlı bir inceleme

yapılan temyiz aşamasında davanın ihbarı ve müdahale talebinin kabulü sağlansa bile, ilk derece yargılamasında savunma hakkını kullanamamış olan müdahilin adil yargılanma hakkı yine de ihlal edilmiş olacaktır. Yine bahse konu kararda vurgulandığı üzere, yasaların yorumlanmasında AİHS'ne uygun yorum ilkesi gözetilmek durumundadır.

Bütün bu nedenlerle, yapılacak bir yasal düzenleme açısından, “davanın resen ihbarı” konusunun da ilk inceleme konuları arasında düzenlenmesi(İYUK, m.14-15) konunun önemi nedeniyle uygun olacaktır.

3b) Müdahilin Tek Başına Kanun Yollarına Başvurusu: Davaya katılma konusunda uygulamada öne çıkan sorunlardan biri ve belki de en önemlisi, “asıl tarafın kanun yollarına başvurmaması halinde müdahilin(davaya katılanın) tek başına kanun yollarına başvurup başvuramayacağı” noktasında ortaya çıkmaktadır.

Danıştay Kararlarının birçoğunda; “katılanın, yanında katıldığı tarafın yardımcısı olduğu, ancak onun yararına ve onun iradesine uygun işlemler yapabileceği, asıl tarafın kanun yollarına başvurmaması halinde katılanın tek başına kanun yollarına başvuramayacağı” yönünde kararlar verildiği görülmüştür.

Bazı Daire kararlarında ise; “Özellikle davalı(idare) yanında davaya katılanların haklarının ihlal edilecek olması nedeniyle davada bir bakıma asli müdahil konumunda buldukları, bu nedenle davacı yanında davaya katılmasına karar verilenlerin kanun yollarına da tek başlarına başvurabilecekleri” kabul edilmektedir.

Bu çelişik Danıştay kararları sebebiyle verilen Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararında(Şubat 2023); “yanında katıldığı tarafın kanun yollarına başvurmaması halinde müdahilin, tarafın işlem ve açıklamalarına açıkça aykırı olmamak şartıyla tek başına kanun yollarına başvurabileceği” ne hükmedilmiştir. Ancak, bu çok önemli ve akademik bir derinlikle kaleme alındığı görülen İçtihatların Birleştirilmesine ilişkin kararın gerekçe kısmında da, Davaya Müdahaleye ilişkin TMK'da yer alan düzenlemenin lafzından hareketle, “asıl tarafın açıkça kanun yollarına başvurmaktan vazgeçmiş olması halinde, müdahilin de kanun yollarına başvurmayacağı” ifadesine yer

verildiği görülmektedir⁵⁹. Kanunun salt lafzi yorumundan kaynaklanan ve idari yargının gereklerine uygun olmayan bu sorunun da, önerdiğimiz “**objektif taraf yorumuna uygunluk**” ölçütü kullanılarak içtihat yoluyla aşılabilmesinin mümkün olabileceği değerlendirilmektedir. Eğer bu mümkün olamaz ise, bu konuda bir yasal düzenlemeye ihtiyaç olacaktır. Özellikle, başka bir hukuksal imkanı olmadığı için davada müdahil olarak yer almak zorunda kalsa da, aslında davanın gerçek(objektif-maddi) tarafını teşkil eden; hakkı, söz konusu davanın sonucuna bağlı bulunan müdahilin dava sürecine ilişkin yetkilerinin bu şekilde “taraf iradesine” bağımlı kılınmasının, idari yargının ve hukuk devletinin gerekleri ile bağdaşmayacağı açıktır.

Yine, yukarıda söz edilen AİHM kararında da vurgulandığı üzere, hukuksal metinlerin AİHS’ne uygun yorumlanması gerekir. Dahası, Anayasamızın 90. maddesinde açıkça düzenlendiği üzere; Türkiye’nin taraf olduğu insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedirler; ancak bir kanun hükmüyle uluslararası sözleşme hükmü çatıştığında, uluslararası sözleşme hükmü uygulanacaktır. Bu hukuksal durum karşısında, özellikle müdahilin katıldığı davanın sonucundan bir hakkı ihlal edilecek ise, katılmanın türüne ilişkin (asli-feri şeklindeki) isimlendirmeden bağımsız olarak, hakkını başka türlü koruma imkanı bulunmayan müdahilin mahkemeye erişim hakkı yoluyla adil yargılanma hakkının engellenmemesi gerekmektedir. Müdahilin yanında yer aldığı taraftan da bağımsız olarak, idari yargı yerlerinin kararlarına karşı yasa yollarına(olağan ve hatta şartları oluştuğunda olağanüstü yasa yollarına) başvurma hakkının bulunduğu, müdahilin bu hakkının davadaki asıl tarafın

⁵⁹ Gerçekten de, HMK’da yer alan(m.68) “Müdahil, yanında katıldığı tarafın yararına olan iddia veya savunma vasıtalarını ileri sürebilir; onun işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usul işlemlerini yapabilir” ifadeleri sebebiyle, müdahilin, yanında yer aldığı tarafın açıkça yasa yollarından vazgeçtiğini bir dilekçe ile beyan etmesi halinde kanun yollarına başvuramayacağı yolunda öğretide ve yargı kararlarında bir oydaşma mevcuttur. Oysa, davada gerçek(maddi, objektif) taraf durumunda bulunan müdahilin durumunu idari yargının amacıyla ve ülkemizin taraf olduğu insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin hükümleriyle bağdaşmayacak şekilde olumsuzlaştıran bu sorunun içtihat yoluyla, bu mümkün olamaz ise de yasal düzenleme yoluyla aşılması gerekmektedir.

açıklamaları yoluyla engellenemeyeceği; böylesi bir durumda “objektif taraf iradesi” kavramına dayanılmasının idari yargının amacı ve yasa hükümlerinin taraf olduğumuz uluslararası sözleşme hükümlerine uygun yorumlanması ilkesi ile uyumlu bir yöntem olacağı değerlendirilmektedir.

Konunun önemi dolayısıyla, tekrar vurgulamak gerekirse; İnsan Haklarına ilişkin Uluslararası Sözleşmeler ile kanunlar çatıştığında, sözleşme hükümlerinin uygulanması gerekir(Anayasa, m.90). Böyle bir yazılı beyan durumunda, asıl taraf kanun yoluna gitmese de, müdahilin kanun yollarına gitme hakkı önlenememelidir. Aksi durum, AİHS’nin “adil yargılama hakkı” nı düzenleyen 6. Maddesinin ihlali anlamına gelecektir. Böyle bir durumda, hukuken yapılması gereken, kanunun AİHS’ne uygun yorumudur. HMK 68. Maddedeki düzenlemeye ilişkin olarak önerdiğimiz yorum ölçütü; müdahilin, asıl tarafın sadece objektif iradesini dikkate almak zorunda olduğudur. Bu da, asıl tarafın davada bulunduğu konuma, yani davacı veya davalı oluşuna göre uygun ve gerekli işlerin yapılması halinde “objektif taraf iradesine” uygun davranılmış olacağı anlamına gelmektedir ki, aleyhe bir karara karşı kanun yollarına başvurulmasının bu kapsamda kalacağı açıktır. Bu sorunun yorum yoluyla içtihatlarla aşılabilmesi halinde, yasa koyucunun duruma müdahale ederek gerekli yasal değişiklikleri yapması kaçınılmaz olacaktır. Çünkü, davaya müdahale kurumunun idari yargı sisteminin gereklerine göre düzenlenerek işlerliğinin sağlanması, birçok durumda kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması ve hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesi bağlamında yaşamsal öneme sahip bulunmaktadır.

Yararlanılan Kaynaklar:

Aksoylu, Özge; “İdari Yargılama Hukukunda Müdahilin Bağımsız Olarak Kanun Yoluna Başvurma Hakkı”, GSÜHFD, 2020/1, s. 55-117

Akyıldız, Ali, “İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 31. Maddesinin Yollamada Bulunduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanması”, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 30. Yılında İdari Yargı Sempozyumu, 9 Mart 2012, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, s. 79-86.

Akyıldız, Ali, “Hukuk Muhakemeleri Kanununda Yapılan Değişikliklerin İdari Yargılama Usulüne Etkileri”, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 30.

Yılında İdari Yargı Sempozyumu, 9 Mart 2012, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, s. 163-186

Akyıldız, Ali; "Danıştay ve Hukuk Devleti" *Hukuk devleti hukuki bir ilke siyasi bir ideal*(Ed. Çoban, Ali Rıza; Küçük, Adnan; Canatan, Bilal), Adres yayınları, Ankara 2008, s.457-553.

Azak, Kerem; "İdari Yargıda Sınırlı Ehliyetsizlerin Genel (Objektif) Dava Ehliyeti", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*(2023), 72(1), 183-212

Duran, Lütfi, "İdari Yargı Adlileşti ", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 3 (1-3), s.53-83.

Gülan, Aydın; "Bireysel Başvuru Kararlarının Türk İdari Yargı Sistemine Etkisi", *Anayasa Yargısı* (35)(2018), s.105-120.

Kalafat, Ahmet; "İdari Yargılama Usulü Kanunu'na Göre Davanın İhbarı", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*(2008(güz)), S. 14, s. 157-173

Kaplan, Gürsel; "Danıştay Kararları ve İlgili Özel Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 69 (2011), s. 349-390;

Karahanogulları, Onur; *Türkiye'de İdari Yargı Tarihi*, Turhan Kitabevi, 2005.

Kodakoğlu, Mehmet; "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargılama Hukukuna Uygulanması Bağlamında Aslî Müdahale Sorunu", *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2017/3, S.28, s.1-32.

Öz, Kerem;"Türk - Alman Hukukunda Küçüğün Bir Meslek veya Sanatı Kendi Başına Yürütmesi ve Bu Durumun Hukuki İşlem Ehliyeti Üzerindeki Etkileri", *Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*(Aralık 2014), S.4, s.59-95.

Schmitt, Carl(Çev. Canatan, Bilal); "Liberal Hukuk Devletinin İlkeleri", **Hukuk Devleti - Hukuki Bir İlke- Siyasi Bir İdeal**(Ed. Çoban, Ali Rıza; Küçük, Adnan; Canatan, Bilal), Adres yayınları, Ankara 2008, s.119-145.

Şimşek, Tacettin; "İdari Yargılama Hukukunda Davalı Yanında Müdahilin Tek Başına Kanun Yollarına Başvuruda Bulunma Hakkı", *TBB Dergisi* 2018 (134), s.177-216

Tosun, Mehmet.-Tan, Emre; "İdari Yargıda Davaya Müdahale (Uygulama ve Teori Açısından İnceleme)". Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi (2015(5)), 827-877

Yasin, Melikşah; "İdari yargılama Usulünde Davaya Müdahale", (İÜHFM C. LXIX, S. I -2, s. 439-452, 2011)

Yararlanılan Yargı Kararlarından Bazıları

Danıştay İBK'nun 03.02.2023 tarih ve 2021/4 E., 2023/1 K nolu kararı (25.05.2023 tarih ve 32201 sayılı R.G.)

Danıştay İBK'nun 24.01.1980 tarih ve 1971/1 E., 1979/1 K sayılı kararı. (RG, 6.2.1980, S. 16892).

Danıştay VDDK, 08.06.2022 tarih ve 2022/547-646 E-K sayılı kararı.

Danıştay İDDK, 19.10.2017 tarih ve 2017/2682-3159 E-K sayılı kararı.

Danıştay 13. Dairesinin, 20.07.2022 tarih ve 2022/1421-3656 E-K sayılı kararı

Danıştay 13. Dairesinin 12.05.2022 tarih ve 2021/5200 E., 2022/2005 K. sayılı kararı.

Menemen Minibüsçüler Odası (başvuran) tarafından Türkiye Cumhuriyeti aleyhine 6 Ekim 2004 tarihinde yapılan 44088/04 nolu başvuruya ilişkin verilen 09.12.2008 tarihli AİHM kararı.

Hasan GÜZELER (Oturum Başkanı): Sayın Akyıldız, 31. maddenin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na yollamada bulunduğu konularda hem teorideki yaklaşımlardan bahsetti hem de uygulamaya yönelik öneri ve görüşlerini bizimle paylaştı. Kendilerine çok teşekkür ediyorum.

Yeri gelmişken müsaade ederseniz bu sınırlı ehliyetsizlerle ilgili bir iki kararımızdan bahsetmek istiyorum. Hocamızın yaptığı açıklamalara ışık tutması açısından. Kısıtlılar yani hakkında kesin hüküm bulunan mahkûmlarla ilgili İdari Dava Daireleri Kurulumuzca (İDDK) verilen kararlar bulunmaktadır. Bunlarla ilgili kanun hükmüne baktığımızda hukuk usulünde çok açık bir şekilde hem vasinin icazeti hem de vesayet makamının uygun görüşü aranmaktadır. Ancak Kurulumuz vasinin icazetinin bulunmasını yeterli görüyor. Medeni Kanun'un 16. maddesi kapsamında, bazı idari davalarda kısıtlı davacının temyiz isteminde bulunması, borç altına sokan işlem mi, sokmayan işlem mi? Tartışmalı bir konudur. Çünkü bazı idari işlemler niteliği itibarıyla zaman zaman ilgilileri borç altına sokabilmektedir. Bu nedenle yargılama sonucu verilen karar uyarınca borç doğma gibi bir durum olabilmektedir. Bir de bazı idari işlemlerin ilgililere hak kaybettirici niteliği de vardır. Biz; idari yargıda dava açılmasını veya kanun yoluna başvurulmasını, kesin olarak borç altına sokmayacak nitelikte bir başvuru olarak yorumlayamadık. Ancak bu konudaki kararlar karşı oylu olarak çıkmaktadır. Bu durumu belirtmek istedim.

Oturum 2. konuşmacısı Sayın Prof. Dr. Melikşah Yasin hoş geldiniz. Kendileri İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi olarak görev yapmaktadır. Buyurun lütfen söz sizin.

İDARİ DAVAYI SONA ERDİREN TARAF İŞLEMLERİ, (DAVADAN FERAGAT, DAVAYI KABUL) İDARİ YARGIDA DELİLLERİN TESPİTİ KEŞİF VE BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ

Prof. Dr. Melikşah YASİN*

GİRİŞ

İdari Yargılama Usulü Kanununun (İYUK) 31.maddesi, idari yargılama hukukunda, Hukuk Muhakemeleri Kanununa (HMK) atıfta bulunulan usul müesseselerini düzenlemektedir. Farklı usul hukuku dalları bakımından aynı anlam ve içerikle uygulanması mümkün olan usul müesseselerine bu şekilde bir atıf elbette ki mümkündür. Ancak, İYUK 31.madde atfının iki sakıncası olduğu kanaatindeyim. Birincisi; atıf yapılan usul müesseselerinin, idari yargılama usulünde farklı anlamlara sahip olmasına rağmen, bu müesseselerin İYUK’da düzenlenmemiş olması, idari yargılama usulünün gelişmesini ve kendi özgün yapısını oluşturmasını engellemekte, idari yargılama usulünü hukuk muhakemesinin gölgesinde bırakmaktadır.

İkincisi; atıf yapılan usul müesseselerinin idari yargının “bünyesine uygun” şekilde uygulanmasının Danıştay’ın “içtihatlarına” bırakılmasıdır. Elbette ki Danıştay, bir içtihat mahkemesi olarak, bu usul müesseselerinin idari yargıda uygulanmasına ilişkin bir yaklaşım ortaya koyabilir, bir bakış açısı geliştirebilir. Ancak yasada açıkça düzenlenmiş hususların bir içtihat meselesi olup olmadığı tartışılmalıdır. Zira, yasa koyucunun herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın doğrudan HMK’ya atıfta bulunduğu hususlarda, HMK’daki açık düzenlemeler göz ardı edilerek, başka şekilde uygulanmasının Danıştay’ın içtihat etmek fonksiyonunu aştığı kanaatindeyim.

“İçtihat Mahkemesi Olarak Danıştay” konulu bu sempozyumda, tebliğ konumu oluşturan usul müesseselerini, bütün boyutları ile ele almam, takdir edileceği üzere, mümkün değildir. Bu nedenle; tebliğde, bu usul

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi
Bu çalışmanın hazırlanmasında güncel kararları temininde desteği için Ar. Gör. Enes ÇAKIR’a teşekkür ederim.

müesseslerinin, bilhassa tartışılmasında fayda olduğunu düşündüğüm boyutlarını gündeme getirmeye çalışacağım¹.

1. DAVAYI SONA ERDİREN TARAF İŞLEMLERİ

1.1. DAVADAN FERAGATE İLİŞKİN MESELELER

1.1.1. Davadan Feragat, “Davanın Geri Alınması” Farkı

Davadan feragat ile davanın geri alınması farklı usul müesseseleridir. İdari yargılama usulünde, “davanın geri alınması” müessesesine yer verilmediği gibi HMK’ya atıf da yapılmamıştır. HMK 123.maddeye göre; *“Davacı, hüküm kesinleşinceye kadar, ancak davalının açık rızası ile davasını geri alabilir. Bu takdirde davanın açılmamış sayılmasına karar verilir.”*

Feragat *“davacının, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesi”* olmasına rağmen, davanın geri alınması, sadece davanın açılmasından vazgeçme anlamına gelmektedir. Dolayısıyla davasını geri alan, süresi içinde davasını yeniden açabilir. Dava açma bir hak olduğundan ve hiç kimse bir hakkını kullanmaya zorlanamayacağına göre, kural olarak davanın geri alınmasının, yasal bir düzenleme olmasa da, idari yargılama usulünde de mümkün olduğu söylenebilir². HMK’da geri almanın *“davalının açık rızasına”* tabi tutulmasındaki hukuki menfaat idari davalar bakımından geçerli olmadığından, idarenin açık rızası olmasa da davacı davasını geri alabilmelidir. Şunu da ifade etmek gerekir ki; idari yargıda dava açma sürelerinin sınırlı olması nedeniyle, geri alma müessesinin uygulanması pratikçe çok yaygın olmayabilir. Danıştay’ın idari yargılama usulünde

¹ Bu tebliğ metnine konu usul müesseseleri için ayrıntılı bilgi ve açıklamalar için daha önce yayınlanan “İdari Yargılama Usulünde Davadan Feragat ve Davayı Kabul”, (AÜEHFD, C.VII, S.3-4, 2004) ve İdari Yargılama Usulünde İspat (Onikilevha Yay., İstanbul 2016) isimli çalışmalarına bakılabilir.

² Zira usul hukukunun genel ilkelerine dayanan usul müesseselerinin uygulanması için bu usul müessesinin mutlaka kanunda düzenlenmiş olması gerekmediği, bu konuda bir kanuna atıfta bulunulmasına da gerek olmadığı kanaatimi de ifade etmek isterim. Mahkeme, bekletici mesele, derdestlik gibi yargılama hukukunun temel ilkelerinden doğan usul müesseselerini, bu konuda bir kanuni düzenleme olmasa da uygulamalıdır.

davanın geri alınmasının mümkün olduğunu kabul eden kararları olduğu gibi³ aksi yönde kararlar da bulunmaktadır⁴.

Ancak, “davanın geri alınması” ile “davadan feragat edilmesi”nin, idari yargılama özelinde benzer sorunları gündeme getireceğini de ifade etmek gerekir. Özellikle, feragat edilebilecek davalar, feragat zamanı gibi hususların, davanın geri alınması bakımından da tartışılması gerekir.

1.1.2. Davadan Feragatin Zamanı ve Feragat Edilebilecek Davalar

Feragat müessesine ilişkin olarak, doktrin ve idari yargıyı en çok meşgul eden hususlar feragatin zamanı ve feragat edilebilecek davalardır.

³ Davacı, Antalya İdare Mahkemesi kanalıyla gönderdiği ve Danıştay kayıtlarına 26/02/2020 tarihinde giren 21/02/2020 tarihli dilekçesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 123. maddesi ile İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddeleri gereğince işlem yapılarak vazgeçme nedeni ile dosyanın işlemden kaldırılmasına karar verilmesi talebinde bulunmuş, bilahare posta yoluyla gönderdiği ve Danıştay kayıtlarına 24/02/2020 tarihinde giren 21/02/2020 tarihli ikinci dilekçesinde ise "önceki dilekçesindeki beyanın feragat (vazgeçme) mahiyetinde olmadığı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 123. maddesine göre davanın geri alınması iradesini yansıtan bir beyan olarak kabul edilmesi gerektiği" ve "önceki dilekçe, tereddütte kalınmasına yol açabilecek herhangi bir duruma sebebiyet vermemesi için ekteki şekilde değiştirildiği" beyanlarında bulunmuş, dilekçe ekinde gönderilen değiştirdiğini ifade ettiği dilekçede ise, önceki dilekçeden farklı olarak "vazgeçme" ifadesi yerine "geri alma" ifadesini kullandığı görülmüştür.

Dosyanın incelenmesinden, davacının 21/02/2020 tarihini taşıyan ilk dilekçesinde 2577 sayılı Kanun'un 31. maddesinde yollama yapılmayan "davanın geri alınması" hususunu düzenleyen 6100 sayılı Kanun'un 123. maddesi gereğince işlem yapılarak vazgeçme nedeni ile dosyanın işlemden kaldırılmasına karar verilmesi talebinde bulunması üzerine, 6100 sayılı Kanun'un 123. maddesi hükmü feragate ilişkin olmadığı hâlde, dilekçe içeriğindeki vazgeçme ifadesi esas alınarak Dairece feragat nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına karar verilmişse de, davacının, iradesini tam olarak yansıtmadığı anlaşılan ilk dilekçesiyle aynı tarihi taşıyan ikinci dilekçesinde "önceki dilekçesindeki beyanın feragat (vazgeçme) mahiyetinde olmadığı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 123. maddesine göre davanın geri alınması iradesini yansıtan bir beyan olarak kabul edilmesi gerektiği" beyanlarında bulunarak iradesini netleştirdiği ve davadan feragat etmediği anlaşıldığından, feragat nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına ilişkin Daire kararında hukuki isabet görülmemiştir. Danıştay İDDK., E. 2020/2555 K. 2021/1090 T. 27.5.2021

⁴ "2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda davanın geri alınması dair her hangi bir düzenleme bulunmadığından, davacının bu yöndeki talebi yerinde görülmemiştir. Danıştay 6. D., E. 2013/2130 K. 2013/3729 T. 28.5.2013"

HMK'da bu iki hususta da bir sınırlama olmamasına rağmen, idari davaların özellikleri dikkate alınarak farklı görüşler dile getirilmiştir. Halen de sorunun, özellikle Danıştay kararlarında, tam olarak çözümlendiğini söylemek mümkün görünmemektedir.

Yüksek Mahkemenin bazı kararları, idari davalar bakımından HMK hükümlerinin aynen uygulanması gerektiği, davaların niteliğinin feragat ve kabul konusunda başka bir yaklaşımı kabul etmeyi gerektirmediği şeklinde anlaşılmalı müsaittir:

“Anılan kurallarda, feragat ve kabulün karşı tarafın ve mahkemenin muvafakatine bağlı olmadığı, feragat ve kabulün hüküm kesinleşinceye kadar her zaman yapılabileceği, feragat ve kabulün, kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğuracağı, hiçbir yoruma ihtiyaç bırakmayacak açıklıkta ifade edilmiştir.

Öte yandan, iptal davalarının objektif dava türü olması, bir kişinin açtığı iptal davasından feragat etme hakkını ortadan kaldıran bir özellik değildir. Çünkü o işlemde etkilenen herkesin dava açabilmesi mümkün olup, başkalarının açmadığı davalar nedeniyle dava açan kişinin doğul ve yasal bir hakkının yorum yoluyla hukuken elinden alınma olanağı bulunmamaktadır. Aksi halde, objektif nitelikteki iptal davası açıldıktan sonra feragat hakkının tanınmaması, mahkemelere adeta kamu savcılığı görevi verilmesi sonucunu doğurur. Oysa Anayasa'da ve yasalarımızda mahkemelere böyle bir görev verilmemiştir.

Bu durumda davadan feragatin idari yargıda görülen tüm davalarda uygulanabilmesinin mümkün olması, bu hakkın yorum yoluyla kısıtlanma olanağının bulunmaması, davacıların yasal şekle ve esasa uygun olarak davasından feragat etmiş olması dikkate alındığında, temyizen incelenen kararın K2 ve K3'nin feragat istemlerinin reddine ilişkin kısmında hukuki isabet görülmemiştir⁵.

Ancak, yine İDDK'nın çok da eski olmayan bir başka kararında ise farklı bir yaklaşım kabul edilmiştir:

“İdari dava türlerinden olan iptal davaları; menfaati ihlal eden, somut, sübjektif nitelikteki idari işlemlere veya düzenleyici idari işlemlere karşı açılabilir.

⁵ Danıştay, İDDK, E.2015/168, k.2015/844, T.19.03.2015.

Bireysel menfaat ihlaline dayanan iptal davalarında davacının herhangi bir kısıtlama olmaksızın davasından feragat edebileceğinde duraksama bulunmamaktadır. Bununla birlikte, çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren idari işlemlere karşı açılan iptal davalarında feragat isteminin kamu yararı ölçütü kullanılarak karara bağlanması gerekmektedir.

Dava konusu ihale işlemlerinin ise kamu yararını yakından ilgilendirdiği, bu nedenle davacının davasından feragat edemeyeceği ileri sürülemez. Kaldı ki, dava dilekçesinin incelenmesinden, özel halk otobüsü ile kent içi taşımacılık yapan davacının, dava konusu ihaleye katılmak için şartname aldığı, ancak gerek idari gerekse teknik şartnamedeki açık olmayan hususlar nedeniyle ihaleye katılamaması sonucunda menfaatinin ihlal edildiğinden bahisle bakılan davayı açtığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, dava konusu ihale işlemlerinin iptali istemiyle dava açan davacının, açtığı bu davadan feragat edebileceğinin de kabulü gerekmektedir⁶.”

Kanaatimce; feragat müessesesi bakımından idari davaların özellikleri ve nitelikleri farklı bir yaklaşım benimsemeyi gerektirmektedir. Öncelikle, idari yaptırımlar, vergisel işlemler gibi tamamen kişiyi ilgilendiren idari işlemlere ilişkin iptal davalarından ve tam yargı davalarından feragatte, HMK düzenlemelerinden ayrılmayı gerektiren bir sebebin olmadığı kanaatindeyim. Ancak, konusu ve sonuçları itibarıyla kamuyu da ilgilendiren idari işlemler⁷ bakımından ise, farklı bir yaklaşım gerekmektedir. Bu konuya ilişkin temel yaklaşımımı şu şekilde ifade edebilirim:

Davanın konusu ne olursa olsun, henüz ilk inceleme aşamasında bulunan ve dosyası tekemmül etmemiş olan davalardan feragat edilebilir veya dava geri alınabilir. Bu aşama bakımından bir sınırlama söz konusu olmamalıdır.

⁶ Danıştay İDDK, E.2012/369, K.2013/1544, T.24.4.2013.

⁷ Hemen şunu ifade edelim ki; esasen idare hukukunda sonuçları kamuyu ilgilendirmeyen bir işlem olmadığı da ileri sürülebilir. Sonuçta tüm idari işlemler kamu yararı amacıyla tesis edilmekte, kamusal bir amaca hizmet etmektedir. Burada; verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere, sonuçları itibarı ile sadece muhatabını ilgilendiren işlemler kastedilmektedir

- **İlk derece mahkemesi tarafından reddedilen davalar bakımından da, kanun yolları aşamasında davadan feragat edilmesine bir engel bulunmamaktadır.** Zira dava konusu işlem ilk derece mahkemesi tarafından incelenmiş, hukuka uygun bulunmuştur. Zaten davacı, kanun yollarına başvurmamış olsa, karar kesinleşecektir. Bu nedenle; kanun yollarına başvurulmuş olması, feragate engel olmamalıdır. Kaldı ki, davacının kanun yollarından feragatte bulunması da mümkündür.
- **İlk derece mahkemesi tarafından verilen iptal kararı sonrasında feragatin, kural olarak, mümkün olmaması gerektiği kanaatindeyim.** Aksi bir yaklaşım, bir yargı mercii tarafından hukuka aykırı bulunarak iptal edilen işlemin, davacının iradesi ile “hukuk aleminde” varlığına devam etmesi anlamına gelir. Kaldı ki, yargı merciiince verilen iptal kararı ile işlem hukuk aleminden kalkar ve ancak bir üst derece mahkemesi aksi yönde bir karar verir ise işlem tekrar hayatıyet kazanır. Eğer, iptalle sonuçlanan bir davadan feragat kabul edilir ise, hukuk aleminden yargı kararı ile kalkmış bir işlem, davacının iradesiyle, yeniden yürürlük kazanacaktır. **Ancak bazı iptal kararları; sonuçları itibari ile yine doğrudan kişiyi ilgilendirdiğinden, kişi ilerleyen süreçte işlemin iptal edilmemesinde yararı olduğunu düşünebilir.** Örneğin; memurların görev yeri değişikliğine ilişkin olarak açılan davalarda, dava devam ederken, davacı yeni görev yerinde göreve başlamış ve yeni görev yerinde devam etmenin kendisi için daha olumlu olduğu kanaatine varmış olabilir. İptal davasının lehine sonuçlanması durumunda tekrar eski görev yerine geri dönmek zorunda kalabilir. Davacı davayı kazansa bile yargı kararının uygulanması nedeniyle karşı karşıya kacağı külfete katlanmak istemeyebilir. Bu gibi durumlarda ise, kişinin tercihlerine öncelik tanımak gerekir⁸.

⁸ “Trabzon ili, Of Devlet Hastanesinde röntgen teknisyeni olarak görev yapan davacının, eş durumu nedeniyle Bursa ili, Orhaneli İlçe Devlet Hastanesine naklen atanma istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin 30.4.2008 tarih ve 78423 sayılı **işlemin iptali yolunda Ankara 3. İdare Mahkemesi'nce verilen 14.9.2011 günlü, E:2011/1298; K:2011/2210 sayılı kararın davalı idare tarafından 31.1.2012 havale tarihli dilekçeyle temyizen incelenerek bozulması istenilmiş ise de; davacının, 3.2.2012 tarihinde Ankara 3. İdare Mahkemesi Yazı İşleri Müdürlüğü kayıtlarına giren dilekçesiyle davadan feragat**

İptal kararı sonrasında; davadan feragat edilmesinin mümkün olup olmadığına ilişkin yargı kararlarında farklılık bulunmaktadır. Yapı ruhsatının iptali istemiyle açılan davada ilk derece mahkemesince iptal kararı verilmiş olmasına rağmen, Yüksek Mahkemece temyiz aşamasındaki feragatin dikkate alınarak karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁹. Benzer şekilde

ettiğini bildirdiği anlaşılmaktadır. Belirtilen duruma göre, **davalı tarafından temyiz edilmekle henüz kesinleşmeyen Ankara 3. İdare Mahkemesinin 14.9.2011 günlü, E:2011/1298; K:2011/2210 sayılı kararının, davadan feragat nedeniyle bozulmasına;** 2577 sayılı Yasanın 49. maddesinin 3622 sayılı Yasa ile değişik 3. fıkrası uyarınca dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 2.2.2015 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞIOY

Davacının davadan feragat etme hakkı, dava açma hakkının da doğal sonucu ise de; İdarenin yargısal denetiminin gerçekleştirildiği İdari Yargıda, davanın karara bağlanmasından sonraki aşamada, temyiz veya karar düzeltme isteminin incelenmesi sırasında davacıya davadan feragat etme hakkının tanınması, yapılmış olan yargısal denetiminin geçersiz sayılması sonucunu doğuracaktır. Bu da, yukarıda değinildiği gibi, iptal davasının işleviyle, yani Hukuk Devleti ilkesinin gereği olarak İdarenin faaliyetlerinde hukuka uygunluğun sağlanması amacıyla, dolayısıyla kamu yararıyla bağdaşmayacaktır.

Bu nedenle; 2577 sayılı Yasanın 31. maddesiyle yollamada bulunulan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun feragatle ilişkin hükümlerinin, ancak idari yargılama usulüyle bağdaştığı ölçüde uygulanması mümkün olup, söz konusu yasal düzenlemenin İdari Yargıda, kanun yollarında da davadan feragat etme olanağı tanıdığından söz edilemeyeceğinden, temyiz aşamasında verilen, davadan feragat ettiği yolundaki davacı dilekçesinin, ancak temyiz talebinden feragat olarak kabulü mümkün bulunmakta olup; somut olayda kararın davalı idare tarafından temyiz edildiği gözönüne alındığında davalının temyiz talebinin esas yönünden değerlendirilerek karar verilmesi gerektiği görüşü ile karara katılmıyorum. Danıştay, 5. D., E. 2012/3355 K. 2015/702 T. 2.2.2015, Aynı mahiyette Danıştay, 5. D., E. 2014/8596 K. 2016/1949 T. 5.4.2016.”

⁹ “Temyiz edilen kararla ilgili dosyanın incelenmesinden, davacının temyiz aşamasında verdiği 31/12/2014 tarihinde kayda giren dilekçesiyle davadan feragat ettiği anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idare ve davalı idare yanında davaya katılanın temyiz istemlerinin bu yönden kabulü ile davacının **feragat isteminin karara bağlanması için, Sivas İdare Mahkemesinin 31/01/2014 günlü, E:2013/1941, K:2014/85 sayılı ısrar kararının BOZULMASINA,** yürütmenin durdurulması istemleri hakkında karar verilmediğinden istemleri halinde 83,00 TL harcın yarısının davalı idareye, diğer yarısının davalı idare yanında davaya katılana verilmesine, dosyanın anılan İdare Mahkemesine

bir tadilat yapı ruhsatının iptali istemiyle açılan davada ise aksi yönde karar verilmiştir¹⁰.

gönderilmesine, kararın tebliğ tarihini izleyen 15 (onbeş) gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 26/01/2015 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞIOY

İdari dava türlerinden olan iptal davaları; menfaati ihlal eden, somut, sübjektif nitelikteki idari işlemlere veya düzenleyici idari işlemlere karşı açılabilir. Bireysel menfaat ihlaline dayanan iptal davalarında davacının herhangi bir kısıtlama olmaksızın davasından feragat edebileceğinde duraksama bulunmamaktadır. Bununla birlikte, çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren idari işlemlere karşı açılan iptal davalarında feragat isteminin kamu yararı ölçütü kullanılarak karara bağlanması gerekmektedir. Olayda, dava konusu işlemin imar uygulaması niteliğinde olan yapı ruhsatı olduğu dikkate alındığında, bu işlemin hukuka aykırı olduğunu belirleyen yargı kararından sonra davadan feragat edilmesinin kabul edilemeyeceği sonucuna varılmaktadır. Danıştay, İDDK., E. 2014/781 K. 2015/93 T. 26.1.2015.”

“Dava; F1 A.Ş.'nin çoğunluk hisselerinin, F2 A.Ş tarafından devralınması ve F1 üzerinde tek kontrol uygulayan F3 Holding A.Ş.'nin F2 üzerinde ortak kontrol uygulayan F4 Limited Şirketi'nin %50 hissesini devralması işlemine izin verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 17/11/2011 günlü, 11-57/1473-539 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır. Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 17/06/2014 günlü E:2012/2013, K:2014/2507 sayılı kararıyla; mevcut taahhüt paketinin Kurul kararının tesis edildiği dönemde oluşan verilerin analizi ışığında pazarda oluşacak rekabetçi endişeleri giderme konusunda yeterli olmadığı sonucuna ulaşılmakla, taahhüt paketinin bu şekliyle kabulü ile bildirim konusu birleşme/devralma işlemine izin verilmesine ilişkin Kurul kararında hukuka uygunluk görülmediği; öte yandan, bu kararın uygulanması noktasında, kararda belirtilen gerekçelerin dikkate alınarak güncel pazar verileri ve analizleri ışığında, farklı taahhüt paketleri çerçevesinde işleme izin verilebileceğinin de açık olduğu gerekçesiyle, **dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir. Dosyanın incelenmesinden, davacının 13/12/2012 tarihinde Danıştay kaydına giren dilekçesi ile davadan feragat ettiği görülmüştür. Bu nedenle; davacının davadan feragat etmesi nedeniyle davanın esasının incelenmesi olanağı kalmadığından, feragat nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken,** işin esasının incelenmesi suretiyle verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir. Danıştay, İDDK., E. 2014/3599 K. 2015/215 T. 5.2.2015”

¹⁰ “Ankara 9. İdare Mahkemesinin mahallinde yapılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenen bilirkişi raporu ile dosyadaki bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesinden, konut kullanımlı bir alanın otel kullanımına dönüştürülmesi için gerekli sosyal ve teknik alt yapının gözetilmediği, imar plan ve kararlarında değişiklik yapılmaksızın alan kullan değişikliğinin yapılamayacağına anlaşılması nedeniyle tesis

Yüksek Mahkeme kararlarında, kararın konusu bakımından bir ayırım yapılmadığı görülmektedir. Nitekim, sonuçları kamuyu ilgilendiren riskli alan ilanının iptali¹¹, acele kamulaştırma kararının iptali,¹² kararlarından sonraki feragat beyanlarının da dikkate alınması gerektiğine karar verilmiştir.

Bir başka kararda; ilk derece mahkemesinin feragat beyanını dikkate almayarak verdiği iptal kararının hukuka aykırı olduğunu kabul etmiştir. Bu kararda da; esasen ilk derece mahkemesinin feragat beyanını dikkate almadan esas hakkında karar vermesinin usule aykırı olduğuna karar vermesi elbette ki mümkündür. Ancak, Yüksek Mahkeme bu kararda; feragatin anlam ve kapsamını değerlendirmiş ve bu hususa ilişkin olarak şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

“Uyuşmazlık, iptal davalarının objektif niteliği dikkate alındığında, bu davalarda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun feragatle ilişkin hükümlerinin nasıl yorumlanması gerektiği noktasında toplanmaktadır.

Hak arama hürriyeti, dava açma hakkı nasıl evrensel temel hak ve hürriyetlerdense, bu hak kullanılması, kullanılmaması veya önce kullanıp sonra vazgeçilmesi de kişinin doğal temel haklarından. İptal davaları da tam yargı davaları gibi kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği nitel

edilen dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir.

Anılan karar, Danıştay, 6. Dairesinin 31/01/2013 günlü, E:2012/7185, K:2013/401 sayılı kararıyla; davacı vekili tarafından 09/08/2012 tarihinde Ankara 9. İdare Mahkemesi Yazı İşleri Müdürlüğünde kayda giren dilekçe ile davadan feragat edildiği, bu itibarla, İdare Mahkemesince anılan feragat dilekçesi göz önünde bulundurularak yeniden bir karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle bozulmuş ise de; Mahkemesince, bozma kararına uyulmayarak, objektif nitelik taşıyan bu dava sonucunda, idarenin hukuka aykırı işlem tesis ettiği saptanarak kamu yararının korunduğu anlaşılmakla, davacının davadan feragat isteminde bulunmasında kamu yararı bulunmadığından, feragat isteminin yerinde görülmediği belirtilmek suretiyle işlemlerin iptali yolundaki ilk kararda ısrar edilmiştir.

Davalı İdare, Ankara 9. İdare Mahkemesinin 04/07/2013 günlü, E:2013/1072, K:2013/962 sayılı ısrar kararını temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir. Temyiz edilen kararlar ilgili dosyanın incelenmesinden; Ankara 9. İdare Mahkemesinin 04/07/2013 günlü, E:2013/1072, K:2013/962 sayılı kararının ısrara ilişkin kısmının ONANMASINA, Danıştay, İDDK., E. 2013/4695 K. 2015/749 T. 11.3.2015”

¹¹ Danıştay, İDDK., E. 2016/2681 K. 2016/3279 T. 5.12.2016.

¹² İDDK., E. 2017/3228 K. 2018/6 T. 17.1.2018.

haklarındanır. Buna göre, bu hakkın kullanımı tek taraflı irade beyanı ile yapıp tamamlandığına, ayrıca mahkemenin veya davalının kabulüne de gerek bulunmadığına göre, feragat beyanından sonra davaya bakmakta olan mahkemece bu beyanın sadece gerçekten feragat anlamında olduğu ve kanunen belirlenen şekilde yapıp yapılmadığının saptanmasıyla yetinilmesi ve bu saptamadan sonra feragat nedeniyle uyuşmazlığın sona erdiğine ilişkin hüküm kurulması zorunludur. Nitekim, yukarıda metinlerine yer verilen hükümlerde, feragat ve kabulün karşı tarafın ve mahkeme muvafakatine bağlı olmadığı, feragat ve kabulün hüküm kesinleşinceye kadar her zaman yapılabileceği, feragat ve kabul, kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğuracağı hiç bir yoruma ihtiyaç bırakmayacak açıklıkta ifade edilmiştir. Öte yandan, iptal davalarının objektif dava türü olması, bir kişinin açtığı iptal davasından feragat etme hakkını ortadan kaldıran bir özellik değildir. Çünkü o işlemde etkilenen herkesin dava açabilmesi mümkün olup, başkalarının açmadığı davalar nedeniyle dava açan kişinin doğal ve yasal bir hakkının yorum yoluyla hukuken elinden alınma olanağı bulunmamaktadır. Aksi halde objektif nitelikteki iptal davası açıldıktan sonra feragat hakkının tanınmaması, mahkemelere adeta kamu savcılığı görevi verilmesi sonucunu doğurur. Oysaki Anayasa'da ve yasalarımızda mahkemelere böyle bir görev verilmemiştir¹³.”

İDDK'nın aksi yönde değerlendirmeler yaptığı kararları da bulunmaktadır.

“Bireysel menfaat ihlaline dayanan iptal davalarında davacının herhangi bir kısıtlama olmaksızın davasından feragat edebileceğinde duraksama bulunmamaktadır. Bununla birlikte, çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren idari işlemlere karşı açılan iptal davalarında feragat isteminin kamu yararı ölçütü kullanılarak karara bağlanması gerekmektedir.

Dava konusu ihale işlemlerinin ise kamu yararını yakından ilgilendirdiği, bu nedenle davacı davasından feragat edemeyeceği ileri sürülemez. Kaldı ki, dava dilekçesinin incelenmesinden, özel halk otobüsü ile kent içi taşımacılık yapan davacının, dava konusu ihaleye katılmak için şartname aldığı, ancak gerek idari gerekse teknik şartnamedeki açık

¹³ İDDK., E. 2017/2224 K. 2019/4015 T. 3.10.2019.

olmayan hususlar nedeniyle ihaleye katılamaması sonucunda menfaatinin ihlal edildiğinden bahisle bakılan davayı açtığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, dava konusu ihale işlemlerinin iptali istemiyle dava açan davacının, açtığı bu davadan feragat edebileceğinin de kabulü gerekmektedir¹⁴.”

“(…) Çukurova, 21-j-3/21-k-4 pafta 7180 ada, 4 parsel sayılı taşınmaz, imar planında TAKS:0.40 KAKS:1.60 yapılanma koşullarına sahip ayırık nizam konut alanı olarak belirlenmiş, 16/08/2012 tarih ve 8/13 sayılı dava konusu yapı ruhsatı ise 1-işyeri binası, 2-A-B1-B2-C bloklar şeklinde düzenlenmiştir.

Bunun üzerine davacı tarafından semt sakini sıfatıyla, temyizden incelenen dava açılmış,01/07/2014 tarihinde Mahkeme evrak kaydına giren dilekçe ile de davadan feragat edilmiştir. Bireysel hakların ihlaline dayanan iptal davalarında davacının herhangi bir kısıtlama olmaksızın davadan feragat edebileceği hususunda kuşku bulunmamaktadır.

Uyuşmazlıkta, dava konusu yapı ruhsatının kamusal haktan ziyade bireysel hakkı ilgilendirdiği açık olup, bu haliyle objektif nitelik taşımayan bu davada, davacının feragat isteminin kabul edilmesi gerekmektedir. Bu itibarla, İdare Mahkemesince anılan feragat dilekçesi göz önünde bulundurulmaksızın, işin esasına girilmek suretiyle verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir¹⁵.”

Aksi yönde Daire kararları da bulunmaktadır. Danıştay 6. Dairesi, iptal kararından önce verilen feragat beyanlarını dahi dikkate almamıştır. İlk derece mahkemesinin davanın reddine ilişkin kararının temyiz sonucunda bozulması üzerine, bozma kararına uyularak yerinde yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen rapor ile dosyada yer alan bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesi sonucunda, bilirkişi raporunun taraflara tebliğ edilmesini takiben davacı tarafından 09.12.2013 havale tarih dilekçe ile davadan feragat edildiği, ancak mahkemece feragat istemi kabul edilemeyerek uyuşmazlığın esası hakkında karar verilerek dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir. İptal kararı Danıştay Altıncı Dairesinin 14.05.2015 tarihli, E:2014/7033, K:2015/3090 sayılı kararı ile onanmıştır. Onama kararı sonrasında karar düzeltme talebi de reddedilmiştir¹⁶.

¹⁴ İDDK., E. 2012/369 K. 2013/1544 T. 24.4.2013.

¹⁵ İDDK., E. 2016/3076 K. 2019/715 T. 21.2.2019.

¹⁶ Danıştay 6. D., E. 2015/9206 K. 2016/499 T. 10.2.2016.

1.1.3. Şarta Bağlı Feragat – Bir Haktan Yararlanmak İçin Davadan Feragat

Bilindiği üzere, kural olarak davadan şartlı feragat mümkün değildir. Danıştay kararları da bu yöndedir¹⁷.

Ancak, bazı kanunlarla getirilen hak veya imkânlardan yararlanmak, açılmış davalardan feragat etme şartına bağlanabilmektedir. Özellikle vergi affı, kamu alacaklarının yapılandırılmasına ilişkin yasal düzenlemelerde, açılmış davalardan feragat kanundan yararlanma için bir ön şart olarak ileri sürülmektedir. Ancak, kişiler bu yasalardan yararlanmak amacıyla feragat etmek için müracaat etseler de idare, kanun kapsamına girmediklerine karar verebilir. Bu durumun, feragat edilen davaya etkisinin ne olacağı sorusunun cevaplandırılması gerekmektedir.

Danıştay, Kanundan yararlanma amacıyla feragat edildiğine dair açıklamalarla yapılan feragatin “şartlı feragat” olmadığına karar vermiştir. Yüksek Mahkeme kararında;

“Dilekçenin "Sonuç" bölümünde; "Şirketimizce yargı sürecinde olan farklı dosyalardaki tüm davalardan vazgeçilmektedir. Bu kapsamda 6111 sayılı yasa hükümlerinden faydalanmayı talep etmekteyiz." İfadesinden sonra daha önce ihtirazı kayıtla ödenen vergi aslı ve fer 'ileriyle ilgili

¹⁷ Dava; 2007 yılı 3. atama döneminde sözleşmeli öğretmen olarak görevlendirilmesine rağmen göreve başlamayan davacının, 2008 yılı atama döneminde kadrolu öğretmen olarak atanma isteminin reddine ilişkin 17/08/2008 günlü, 63360 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır. Bu durumda, yukarıda anılan Yasa hükmü uyarınca, şarta bağlı feragat yapılamayacağından, davacının feragat istemi kabul edilmeyerek işin esası incelendi. İDDK., E. 2013/3363 K. 2015/1743 T. 6.5.2015

Davacı vekili tarafından dosyaya sunulan ve 16/12/2013 tarihinde kayıtlara giren dilekçede: "...Bu uygulama nedeniyle müvekkilimin davalı belediyeden tahakkuk etmiş alacak hakkının mahfuz kalması şartıyla işbu davadan feragat ettiğimi beyan ederim." denilmektedir. Davacının, 16/12/2013 tarihli dilekçesindeki beyanı şarta bağlı olup 6100 sayılı Kanunun 309. madde hükmü uyarınca dikkate alınması mümkün değildir. Danıştay, 6. D., E. 2014/592 K. 2015/1155 T. 2.3.2015

Temyiz edilen kararla ilgili dosyanın incelenmesinden, davacının temyiz aşamasında verdiği v 02/09/2013 tarihinde kayda giren dilekçe ile dava giderlerinin davalı idare tarafından karşılanması şartıyla davadan feragat ettiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, yukarıda anılan Yasa hükmü uyarınca, şarta bağlı feragat yapılamayacağından, davacının feragat istemi kabul edilmeyerek işin esası incelendi. İDDK., E. 2013/3363 K. 2015/1743 T. 6.5.2015.

yapılandırma işlemi ve mahsup işlemlerine ilişkin olarak 6111 sayılı Kanun hükmü uyarınca davalı idarece yapılması gerekli işlerin tekrar edildiği görülmektedir. Dilekçede, davacı tarafından yapılan feragat işleminin şarta bağlı olarak yapıldığına dair herhangi bir ifade yer almamaktadır. Bu durumda, Mahkemece davalardan usulüne uygun feragat edildiği kabul edilerek 6111 sayılı Yasadan yararlanmak amacıyla yapılan başvurunun esası hakkında yeniden bir karar verilmesi gerekirken feragatin şarta bağlandığı kabul edilerek 6111 sayılı Kanun'dan faydalanma talebinin reddine dair idare işleminin iptali istemiyle açılan davanın reddine karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir¹⁸.”

Danıştay, feragat dilekçesi mahkemeye verilmiş olsa bile, henüz karara bağlanmamış ve ilgilinin bu kanunlardan yararlanma talepleri de idarece uygun görülmemiş ise, davanın esastan karara bağlanması gerektiğini kabul etmiştir¹⁹.

Davadan, bir haktan (kanundan) yararlanmak amacıyla feragat edildikten sonra, yararlanma talebinin reddi durumunda, davanın yeniden görülmesi mümkün olmalıdır. Zira, bu tür kanunların bazen kapsamının belirsiz olması, kanunun uygulanmasına ilişkin farklı yorumların bulunması gibi durumlarda ilgililer bu haktan yararlanma ile davayı devam ettirme

¹⁸ Danıştay, 4. D., E. 2012/3741 K. 2015/4765 T. 23.10.2015.

¹⁹ Uyuşmazlıkta, davacının ... tarih ve ... sayılı internetten yaptığı başvuru dilekçesinde açılan davalardan feragat edildiğinin elektronik ortamda beyan edildiği, ancak yapılandırma başvurusuna dair ıslak imzalı evrak asıllarının gönderilmediği, 7256 sayılı Kanunun yayım tarihi itibarıyla mükelleflerin 213 sayılı Vergi Usul Kanunu 379. maddesinden yararlanmak istediklerine ilişkin dilekçeyi tahsil dairesine ya da dava açılan mahkemeye sunmaları ve mahkemece uyuşmazlığın son bulduğuna dair kararın verilmesinin gerektiği, böylece kesinleşme süreci tamamlanan alacakların 7256 sayılı Kanun kapsamında yapılandırılabilceği, açılan davada da 7256 sayılı Kanunun yayım tarihi itibarıyla davanın kesinleşmediği, 7256 sayılı Kanunun yayım tarihi itibarıyla 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 379. maddesine istinaden verilmiş dilekçe bulunmadığı, yine **7256 sayılı Kanunun yayım tarihinden önce davadan feragat edildiğine ilişkin dilekçenin mahkemeye verilip karara bağlanmadığı** anlaşıldığından davacının 7256 sayılı Kanun'dan yararlanma talebinin davalı idarece uygun görülmediği görülmektedir. Dosyada, 7256 sayılı Kanun'dan yararlanmayla ilgili işlemlerin tekemmül etmediği, **feragatin hükümsüz kaldığı** görüldüğünden Vergi Dava Dairesince işin esasına girerek yeniden değerlendirme yapılması gerekmektedir. Danıştay, 4. D., E. 2021/2289 K. 2021/3593 T. 24.6.2021.

konusunda tereddütte kalabilirler. Kanunun kapsamında girdiğini varsayarak davadan feragat eden kişiler, başvurularının reddi durumunda hak kaybına uğrayacaklardır.

Olması gereken hukuk bakımından ise önerim, bu tür yasalarda, feragatin bir ön koşul olarak kabul edilmesi değil, yararlanma talebinin kabulü halinde uyulması gereken bir koşul olarak düzenlenmesidir.

1.1.4. İptal Davasından Feragat Edilmesinin, Bu İşleme Dayanan Tam Yargı Davasına Etkisi

Bilindiği üzere, İYUK 12. maddesi, idari işlemde doğan tam yargı davalarının, iptal davası ile birlikte ikame edilmesine imkân tanıdığı gibi, iptal davası açmadan veya iptal davası sonuçlandıktan sonra da tam yargı davası açılmasına imkân sağlamaktadır.

İptal ve tam yargı davası birlikte açılmış ise, davadan kısmen feragat mümkün olduğundan, bu taleplerinden birinden feragat edebilir. Bu davanın diğer talebe ilişkin olarak devamına engel değildir²⁰.

İptal davasından feragat ettikten sonra, aynı işlemde dolayı tam yargı davası açılmasına da bir engel olmadığı kanaatindeyim. Zira, derdest bir davadan feragat edilebilir. Hukuki dayanağı aynı olsa dahi, iptal davası ile tam yargı davasının hukuki dayanakları, konuları ve talepler tamamen farklıdır. Bu nedenle; iptal davasının “talep sonucundan” vazgeçilmesi, bu işlemde dolayı tam yargı davası açılmasına engel değildir.

Danıştay 2. Dairesi ise aksi yönde karar vermiştir. Daire kararına konu olayda; Daire Başkanlığına vekalet eden davacının, görevlendirilmesinin kaldırılarak asli görevine iadesine ilişkin işlemin iptali ile bu işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal ve özlük haklarının yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle dava açılmıştır.

Mahkemece, davacının vekaleten yürüttüğü görevinden alınmasına ilişkin işleme yönelik bölümünden feragat etmesi nedeniyle, dava konusu istemin bu kısmı için feragat nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiş, ancak davacının vekaleten yürüttüğü daire başkanlığından alınmasına ilişkin işlem hakkında feragat nedeniyle karar verilmesine yer olmadığı kararı verildiğinden, davacının buna dayalı parasal hak isteminden

²⁰ Aksi yönde görüş için bkz. MÜDERRİSOĞLU Hakkı; Danıştay Kanunu ve Danıştay Yargılama Usulü, Y. Doruk Yay. Ankara 1978, s.820.

bahsedilemeyeceği açık olup, dava konusu işlem nedeniyle yoksun kaldığı mali ve özlük haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi isteminin kabulüne olanak bulunmadığı gerekçesiyle davanın bu kısmı için ise davanın reddine hükmedilmiştir. Karar 2. Daire tarafından onanmıştır²¹.

Ancak, bu karara konu uyumsuzlukta iptal talebinden feragat edilmiş olsa bile, diğer taleplerden vazgeçilmemiştir. Zira İYUK 12.maddeye göre, idari işlemde doğan zararların tazmini talebiyle zaten doğrudan tam yargı davası açılmasına bir engel de bulunmamaktadır. İki talebin aynı davada ileri sürülmüş olması, bunlardan birinden feragat engel değildir.

1.1.5. Kanun Yollarından Feragatin “Kanun Yararına Temyize” Etkisi

Kanun yararına temyiz; İYUK 51.madde de düzenlenmiştir. Düzenlemenin amacı, *“istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlardan niteliği bakımından yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucu ifade eden”* kararların temyizen incelenmesini sağlamaktır. Kanun yollarından feragat edilmesi ile karar, kanun yollarından geçmeden kesinleşecektir. Bu durumda; *“yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucu ifade ettiği”* düşünülen kararlara karşı kanun yararına temyiz yoluna gidilmesine bir engel bulunmamaktadır.

1.1.6. Uygulama İşlemi ve Düzenleyici İşlemin Birlikte Dava Edildiği Hallerde, Feragatin Etkisi

Uygulama işlemi ile genel düzenleyici işleme birlikte dava açıldıktan sonra bu davadan kısmi feragat mümkündür. Dolayısıyla; düzenleyici işlem ile birel işleme karşı birlikte dava açılmış ise, birel işleme ilişkin talepten feragat edilmesi durumunda, bu kısmi feragat olarak kabul edilerek, davanın düzenleyici işleme ilişkin kısmı devam etmelidir. Ancak, burada davanın düzenleyici işleme karşı olan kısmının devamında; bu defa davanın süresinde açılıp açılmadığı ayrı bir tartışma konusu olacaktır.

Diğer bir ihtimal ise, birel ve düzenleyici işlemin birlikte dava konusu edildiği davadan tümüyle feragat edilmesi durumunda, davacının bilahare İYUK 7/4.maddesi kapsamında yeni bir uygulama işlemi üzerine düzenleyici işlemin iptalini talep edemeyeceğidir. İlk davasında hem birel hem de düzenleyici işlemin iptali talebinden feragat eden davacının, feragatin kesin hüküm etkisinden dolayı artık bu düzenleyici işlemi dava konusu

²¹ Danıştay 2. D., E. 2018/3861 K. 2019/1024 T. 6.3.2019.

edemeyeceği ileri sürülebilir. Ancak bu yaklaşımın, hak arama özgürlüğünü sınırlandıracağı için isabetli olmadığı kanaatindeyim.

1.2. DAVAYI KABULE İLİŞKİN MESELELER

İdari yargılama usulünde, davayı kabulün mümkün olmadığı yönünde görüşler bulunmaktadır.²² Bu görüşü savunanlardan KARAHANOĞULLARI'na göre, “*davalı idare davayı kabul edemez, yargısal denetim Anayasadan kaynaklanan bir yükümlülük olup, yargısal denetimin ancak yargı kararı ile sona erdirilebilir. İdare ancak yargılama dışında kendi yetkilerini kullanabilir, işlemi geri alabilir ya da zararı giderebilir.*”²³ ERKUT-SOYBAY'a göre ise; “*genel yargı yeri olan adli yargıya özgü olarak öngörülmüş olup; tek yanlı iradesine hukuki sonuçların bağlandığı kamu gücü iradesinin hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesine yönelik bir yargılama hukukuna adapte edilmesi mümkün değildir*”

Kabul, idarenin; dava konusu edilen işleminin hukuka aykırı olduğunu veya tam yargı davasına konu talebin haklı olduğunu kabul etmesidir. İdarenin böyle bir beyanda bulunması, anayasadan kaynaklanan yargısal denetim yükümlülüğüne aykırı değildir. Kabul, idarenin yargısal denetimden kaçması anlamına gelmemektedir. Tam aksine hukuka saygılı bir idare, kişilerin dava açmasına dahi gerek bırakmadan, hatalarını düzeltebilen idaredir. Kaldı ki; işlemin geri alınması ya da zararın giderimi durumunda da; dava konusuz kalacağından karar verilmesine yer olmadığına karar verilecektir. Bu durumda da, yargısal denetim sona erecektir. Bu nedenle, dava açıldıktan sonra, talebin haklılığını fark eden idarenin, bunun gereğini yerine getirmek üzere davayı kabul etmesinde hiçbir engel olmadığı kanaatindeyim.

İdarenin dava konusu edilen işlemi geri alması kabul anlamındadır. Zira, idare dava konusu edilen işlemi, geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmaktadır. Böylece davacı da, dava açmakla hedeflediği hukuki sonucu

²² KARAHANOĞULLARI Onur; İdari Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s.696., ERKUT Celal, SOYBAY Selçuk, Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar, 5.Baskı, Beta Yay. İstanbul 2001, s.351.

²³ KARAHANOĞULLARI; s.696, ERKUT-SOYBAY; s.351.

elde etmiş olmaktadır. Hatta Danıştay, “zımni geri alma” anlamına gelecek tasarrufları da kabul olarak değerlendirmektedir²⁴.

Tam yargı davaları bakımından ise, talebin aynen ifası, davayı kabul anlamına gelecektir.

Davanın reddine ilişkin ilk derece mahkemesi kararlarından sonra, davayı kabulün mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Kanaatimce, iptal veya tam yargı davalarında davanın reddine ilişkin ilk derece mahkemesi kararlarından sonra davayı kabul mümkün olmamalıdır. Şöyle ki, bir iptal davasında ilk derece mahkemesi işlemin hukuka uygun olduğu kanaatine varıp davayı reddettikten sonra, davalı idarenin kabul beyanı ile aynı işlemin hukuka aykırılığını kabul etmesi, yargısal kararlar çelişecektir. Yargı mercilerinin hukuki değerlendirmelerinin, idareyi de bağlayacağı kanaatindeyim. Tam yargı davaları bakımından da, mahkemenin uygun görmediği bir zararın ödenmesi gibi, hukuka uygun olmayan tartışmalı sonuçlara yol açabilir.

1.3. KANUN YOLLARI AŞAMASINDA DAVADAN FERAGAT VEYA DAVAYI KABUL HALİNDE VERİLECEK KARAR

İlk derece mahkemesi kararından sonra, kanun yolları aşamasında davadan feragat veya davayı kabul yönünden beyanda bulunulması halinde, ilk derece mahkemesi kararı hakkında bozma kararı verilmektedir. Kanaatimce bu doğru değildir.

Zira bozma sebepleri İYUK 49/2.maddeye göre;

“Temyiz incelemesi sonunda Danıştay;

a) Görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması,

²⁴ “Uyuşmazlıkta; dava konusu ... tarih ve ... sayılı “ÇED Olumlu” kararının iptali istemiyle ... İdare Mahkemesinin E:... sayılı dosyasında açılan davada, anılan kararın yürütmesinin durdurulması sonrasında yukarıda yer verilen Genelge uyarınca, yürütmenin durdurulmasına ilişkin Mahkeme kararının gerekçesinde yer alan hususlara ilişkin **ÇED raporunun 1. bölümü, 4. bölümü, 5. bölümü ve 9. bölümü revize edilerek davalı idareye sunulması üzerine, söz konusu projeye ilgili ... tarih ve ... sayılı (ikinci) ÇED Olumlu kararının verilmesiyle, aynı projeye ilgili iki farklı “ÇED Olumlu” kararının birlikte uygulanma olanağının bulunmadığı dikkate alındığında, davalı idarece, dava konusu “ÇED Olumlu” kararının zımni olarak geri alındığının kabulü** gerekmekte olup, bakılmakta olan davanın konusunun kalmadığı sonucuna varılmıştır. Danıştay, 6. D., E. 2021/4388 K. 2021/8783 T. 23.6.2021”

b) Hukuka aykırı karar verilmesi,
c) Usul hükümlerinin uygulanmasında kararı etkileyebilecek nitelikte hata veya eksikliklerin bulunması,
Sebeplerinden dolayı incelenen kararı bozar.”

Feragat ve kabul, bu sebeplerden hiçbirine girmemektedir. Bu nedenle; kanaatimce, kanun yolları aşamasında feragat veya kabul beyanında bulunulması halinde, “beyan esas alınarak yeninden bir karar verilmek üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesine” karar verilmelidir.

2. İDARİ YARGILAMA USULÜNDE DELİL TESPİTİ

Uyuşmazlık konusu idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunu veya aykırılığını ispata yarayacak delillerin yok olması veya zarar görmesi yargılama süreci üzerindeki olumsuz etkisi, dava açılmadan veya açıldıktan sonra, henüz incelenmemiş delillerin tespitini gerekli/zorunlu kılmaktadır²⁵.

Delil tespiti ile ispat vasıtası olarak bilirkişi incelemesinin birbirinden farklı olduğunu ifade etmek gerekir. Delil tespiti mevcut bir maddi vakianın hâlihazırdaki durumunu ortaya koyduğundan, bu aşamada da keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmasına ihtiyaç olabilir. Ancak, her iki süreçte, bilirkişinin rolü farklıdır. Zira, ispat vasıtası olarak bilirkişi incelemesinde bilirkişi uyuşmazlık konusunu vakıayı sadece tespit etmekle yetinmez, vakıaya ilişkin iddia ve savunmaları ve mahkemenin belirlediği teknik soruları, uzmanlık alanı çerçevesinde açıklar.

2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesinde HMK'ya atıf yapılan müesseselerden biri de “delillerin tespitidir”. İYUK'un 58. maddesinde ise idari yargıda dava açıldıktan sonra delil tespiti usulü düzenlenmiştir.

İdari yargı yerlerinden, henüz dava açılmadan önce delili tespitinin istenmesinin mümkün olup olmadığı da tartışılan konulardan biridir.

Danıştay içtihatlarına göre, idari yargıda henüz dava açılmadan, delil tespiti istenemez²⁶. Ancak bu görüş doktrinde haklı şekilde eleştirilmektedir.

²⁵ GÖZÜBÜYÜK Şeref-TAN Turgut; İdare Hukuku, c.2., 2.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1999, s.1090.

²⁶ “İdari davanın açılmasından sonra delil tespiti ancak, idari davaya bakan yargı yerinden istenebileceği halde, dava açılmadan önce yaptırılacak delil tespitinin idari Yargılama Usulü Kanununun 31'inci maddesinde yapılan gönderme nedeniyle Hukuk

Bu görüşlere göre, Danıştay'ın yaklaşımı HMK düzenlemelerine aykırı olup, söz konusu düzenlemelerin idari yargı yerlerinden de delillerin tespiti istenebileceği biçimde yorumlanmaya uygundur²⁷.

İYUK 58.madde sadece dava açıldıktan sonra delil tespiti talebinin usulünü düzenlemiştir. Delil tespitine ilişkin diğer hususlarda HMK'ya atıfta bulunulduğundan, HMK'daki düzenleme kapsamında, dava açılmadan önce de delil tespiti istenmesi mümkün olmalıdır. 2575 ve 2576 sayılı Kanunlarda idari yargı mercilerine delil tespiti konusunda görev ve yetki verilmemiş ise de, delil tespiti bağımsız bir dava türü olmadığı gibi HMK'ya yapılan atıf sebebiyle idari yargıda delil tespiti yapılması mümkün kılınmıştır. Zira İYUK 31. madde ile HMK'ya atıfta bulunulan müesseselerin uygulanmasında adli yargının görevli ve yetkili olduğu şeklinde bir yorum yapılması mümkün değildir.

İdari yargıda dava açıldıktan sonra, daha önce adli yargıda delil tespiti yapılmış olması durumunda, bu delillerin geçerli olup olmayacağı üzerinde durulmalıdır. İYUK'un 58. maddesindeki düzenleme açık olduğundan, kural olarak dava açıldıktan sonra delil tespitinin idari yargı mercilerince yapılması gerekir ve adli yargıda yapılan delil tespitlerine göre hüküm kurulmaması gerekir. Ancak, idari yargıda dava acımasından sonra, adli yargı yeri tarafından delil tespit edilmiş ise, idari yargı merci henüz bu delili değerlendirmeden, söz konusu delil kaybolmuş veya tahrip olmuş ise adli yargıdaki bu delil tespiti yine de dikkate alınmalıdır.

Sadece kanundaki usule uygun olarak tespit edilmemiş olması, bu delillerin değerlendirilmemesini gerektirmez. Re'sen araştırma ilkesi gereğince her türlü delili araştırmakla yükümlü olan idari yargı merciinin sırf delil tespitinin adli yargı yerlerince yapılmış olması gerekçesiyle bu delilleri

Muhakemeleri Kanununun ilgili hükümleri uyarınca adli yargıdan talep edilebileceği açıktır." Danıştay VDDGK, E.2010/595, K. 2012/194, T.16.5.2012.

²⁷ KURU Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, Demir&Demir Yay., İstanbul 2001, c.4, s.4435, GÖZÜBÜYÜK Şeref-TAN Turgut; İdare Hukuku, c.2., 2.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1999, s.961. CANDAN Turgut; Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5.Baskı, Adalet Yay., Ankara 2012, s.852., Aynı kanaatte ZABUNOĞLU Yahya Kazım; İdare Hukuku, Yetkin Yay. Ankara 2012, c.2., s.597.

değerlendirmemesi idari yargının amaç ve işlevi ile de bağdaşmaz. Danıştay'ın da bu yönde kararı bulunmaktadır²⁸.

Delil tespiti hususunda üzerinde durulması gereken hususlardan biri de noterler tarafından delil tespiti yapılmasının mümkün olup olmadığıdır. Delil tespitinde görevli ve yetkili mercileri düzenleyen HMK 401/2. maddesinde; delil tespiti talep edilebilecek yargı mercileri ifade edildikten sonra, "Noterlerin, 18/1/1972 tarihli ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu uyarınca yapacağı vakıa tespitine ilişkin hükümler saklıdır." Hükmüne yer verilmiştir. 1572 Sayılı Noterlik Kanunu'nun 61.maddesinde ise, "Noterler bir şeyin veya bir yerin hal ve şeklini, kıymetini, ilgili şahısların kimlik ve ifadelerini tespit ederler ve davet edildiklerinde piyango ve özel kuruluşların kur'a, seçim ve toplantılarında hazır bulunarak durumu belgelendirebilirler" hükmüne yer verilmiştir. Noterlerin, bu hüküm kapsamında yapacakları tespitin, niteliği itibari ile mahkemelerce yapılan delil tespiti olmadığı açıktır²⁹.

Danıştay noterlerin idari ve cezai davalarda tespit yapamayacaklarını düzenleyen Genelgenin ilgili hükümlerinin iptali istemiyle açılan davada, "İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 58. maddesinde yer alan "Taraflar idari

²⁸ "Sınav kağıtlarını "aslı" üzerinde yapılan tahrifat hukuk mahkemesince tespit edilip karara bağlandıktan sonra, bu konunun işin esasını etkilemeyeceğinin düşünülmesine ve hiçbir gerekçe ile geçiştirilmesine olanak bulunmamaktadır. İdare Mahkemesince, sınav kağıtlarının aslının getirilmesi ve tahrifat konusundaki raporda dikkate alınarak karar verilmesi, en azından bu tespit ve rapor kabul edilmiyorsa (edilmemesi için hiçbir neden yoktur) bu konuda da kendiliğinden inceleme yapılması gerekirdi. Her ne kadar 2577 Yasanın 58. maddesinde tarafların idari davayı açtıktan sonra delillerin tespitini ancak İdare Mahkemelerinden isteyebilecekleri belirtilmiş ise de burada davacın istemi "delil tespiti" olmayıp tespit davasıdır. Nitekim hukuk mahkemesince delillerin (sınav kağıtlarının) tespit ve koruma altına alınmasıyla yetinilmemiş, inceleme yaptırılarak tahrifat ortaya çıkarılmış ve hüküm kurulmuştur. Bu açıklamalardan anlaşılacağı gibi, hukuk mahkemesinde (belki de ceza ve tazminat davalarına esas olacak)tespit davası açılmasında usule aykırılık yoktur. Kaldı ki bu kadar önemli bir olaydan mahkemenin bilgisi olduktan sonra tespit davası olmasa da incelemesi gerekir. Sonuç olarak davanın esasını etkileyecek bir konunun incelemeden, sınav kağıtlarının fotokopisi üzerinde yapılan inceleme sonucu verilen raporda sonuca ulaşılması ve hüküm kurulmasında hukuka ve adalete uyarlık yoktur." Danıştay, 8. D., E. 1992/3210, K. 1992/2947, T. 18.11.1992.

²⁹ BAŞÖZEN Ahmet; "Noter Tespitlerinin Delil Değeri", e-akademi, Temmuz 2007, S.65.p.34.

dava açtıktan sonra bu davalara ilişkin delillerin tesbitini ancak davaya bakan Danıştay, İdare ve Vergi Mahkemelerinden isteyebilirler" hükmünden hareketle "Belirtilen bu yasal durum karşısında, cezai ve idari davalarda delillerin toplanması, gerekli tesbitlerin yapılması davayı gören yargı mercilerine ait bulunduğundan, bu konuda noterlere verilmiş bir görev bulunmamaktadır. Dava konusu Genelgenin, noterlerin idari ve cezai davalarda tespit yapamayacakları yolundaki 3.ve 4. maddesindeki düzenlemede yasa ve hukuka aykırılık görülmemiştir³⁰." sonucuna varmıştır. Bu kararlar, noterlerin delil tespiti yapamayacağına Danıştay tarafından da kabul edildiği görülmektedir.

3. KEŞİF

İYUK'un 31. maddesinin ispat konusunda HMK'ya atıfta bulunduğu bir diğer ispat vasıtası keşiftir. Keşif, "Hakimin dava konusu şeyi inceleyerek onun hakkında bütün duygularıyla bilgi edinmesi³¹" olarak tarif edilmektedir. Keşfin konusu, taraflar arasında kimi özellikleri tartışmalı olan yerler, nesnelere³².

HMK 288/2. maddede, keşif kararının sözlü yargılamaya kadar alınacağı ifade edilmekle birlikte, idari yargıda yazılılık ve re'sen araştırma ilkelerinin geçerli olmasından dolayı, mahkemenin davanın her aşamasında keşif yapmaya karar vermesi mümkündür³³.

Görevsiz ve yetkisiz idari yargı yeri tarafından yapılan keşif, usulüne uygun şekilde gerçekleştirilmiş ve tarafların keşfe ilişkin bir itirazları yok ise, usul ekonomisi ve dava süresinin uzamaması bakımından yeniden yapılmayabilir. Ancak, taraflar bu konuda uzlaşmış olsa bile mahkeme bizzat yerinde inceleme yapma gereği duyabilir.

³⁰ Danıştay, 8. D., E. 1993/1657, K. 1994/1646, T. 1.6.1994.

³¹ KURU; c.3, s.2827.

³² "Kaldı ki, keşif tartışmalı bir yerin yargıç tarafından yargıya varabilmek üzere gözlem konusu yapılması olduğuna göre Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 363. maddesi uyarınca keşif yapılmasına sadece taraflar arasında kimi özellikleri tartışmalı olan yerleri yerinde görmek için başvurulması gereklidir." Danıştay, 3. D., E. 1989/3460, K. 1990/3569, T. 25.12.1990.

³³ Aynı kanaatte CANDAN; s.879.

Keşif yapılması gerektiği halde, keşif yapılmadan karar verilmesi, eksik incelemeye dayalı bir karara yol açacağından karar usule aykırı olacaktır.

Keşif sırasında bilirkişi de dinlenebilir. Bu bilirkişi, sadece uzman olarak keşif esnasında mahkemeye bilgi verebilir. Bilirkişi, dava konusu vakıayı incelemek üzere atanmış ise, keşfe de katılabilir.

4. BİLİRKİŞİ

4.1. HUKUKÇU BİLİRKİŞİ MESELESİ

Kural olarak hukuki konularda bilirkişi incelemesi yapılamamakla birlikte, sınırlı ve istisnai bir yöntem olarak hukukçu bilirkişilere başvurulmasına da ihtiyaç duyulabilir³⁴. Mahkemenin kendi görev alanındaki genel hukuk bilgisi dışında, özel bir hukuki bilgi gerektiren konuda, bu alanda uzman hukukçulardan yararlanması mümkün ve de gerekli olduğu kanaatindeyim.

Hukuki değerlendirme yapmak, mahkemenin (hâkimin) yetkinde olmakla birlikte, mahkemenin de belli bir hukuk alanında uzman olması nedeniyle, uyuşmazlığın çözümü için başka bir hukuk alanındaki yorum veya değerlendirmeye ihtiyaç duyabilir. Bir ceza davasında, idare hukuku bilgisine/yorumuna, bir eşya hukuku davasında imar hukuku bilgisine/yorumuna ihtiyaç duyulabilir. Özellikle idare hukukunun uygulama alanının son derece geniş olması, mevzuatın karmaşıklığı, yeni hukuki müesseselerin ortaya çıkması gibi sebepler, idare mahkemelerinin uzman hukukçulardan bilirkişi incelemesi yaptırmasının haklı gerekçeleri olabilir.

Anayasa Mahkemesinin bir kararında da hukukçu bilirkişi meselesi ele alınmıştır. Yüksek Mahkemeye göre;

*“39. Hâkimlik mesleğinde hukuki bilginin yanı sıra muhakeme gücü, karar vermek için bir konuyu kavrayıp karar şekline getirerek özetleme yeteneği, bilimsel ve teknolojik gelişmelere açık olmak önem taşımaktadır. Bu nedenle genel bilgi veya tecrübeyle ya da **hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamayacağı** bir yansıması olan hukuk öğrenimi*

³⁴ Hukuki konularda hiçbir şekilde bilirkişiye başvurulamayacağı görüşü için bkz. AŞÇIOĞLU Çetin; Bilirkişilik Kavramı ve Görev Sınırları, Bilirkişilik Sempozyumu, Samsun 2001, s.81.

görmüş kişilerin bilirkişi olarak görevlendirilemeyeceğine ilişkin kurallar Anayasa'nın 9. ve 138. maddelerine aykırılık taşımamaktadır.

*40. Diğer taraftan bir hukuk devletinde kamusal her yetkinin hukuka uygun kullanılması gerektiği gibi mahkemelerin de önlerine gelen uyuşmazlıklar hakkında karar verirken ilgili kanunlara uyma yükümlülüğü vardır. Anayasa'nın 138. maddesinde; hâkimlerin Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri belirtilmiştir. **Bu nedenle hukuk öğrenimi görmüş kişilerin -hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelendirmediğçe- bilirkişi olarak görevlendirilemeyeceğine dair mahkemelerin uyması gereken yasağın yargı bağımsızlığını ihlal edici nitelikte olduğu söylenemez.***

*41. Genel bilgi veya tecrübeyle ya da **hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle** çözümlenmesi mümkün olan konular dışında özel veya teknik bilgiyi içeren uzmanlık gerektiren konularda bilirkişiye başvurulması adil yargılanma hakkının gereği olarak değerlendirilmelidir. Çünkü hâkim, bir delil değerlendirme vasıtası olan bilirkişi incelemesinden de yararlanarak önüne gelen sorunu çözerek adaletin gerçekleşmesini temin etmektedir. Bununla birlikte hukuk kurallarını resen araştırarak bulmak, yorumlamak ve olaya uygulamak zaten hâkimin işi olduğuna göre bu konularda bilirkişiye başvurulmasına izin verilmemesi adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirilemez³⁵.*

4.2. BİLİRKİŞİLİĞİN MESLEK HALİNE GELMESİ

Bilirkişilik bir meslek olmamasına rağmen, uygulamada sürekli aynı kişilerin görevlendirilmesi ciddi bir sorundur. Belli konularda uzman sayısının sınırlı olması gibi ihtimallerde elbette ki bu kişilerin daha sık bilirkişilik yapması kabul edilebilir bir durum olmakla birlikte, zorunluluk olmadıkça, sürekli aynı kişi veya kişilerin bilirkişi seçilmemesi gerekmektedir. Sürekli aynı kişilerin bilirkişi olarak seçilmesi bilirkişilerin tarafsızlığı konusunda tereddütlere yol açabilecektir.

4.3. RESMÎ KURUMLARIN BİLİRKİŞİLİK YAPMASI

Üzerinde durulması gereken hususlardan biri de resmî kurumların bilirkişilik yapmasının mümkün olup olmadığıdır. Adli tıp kurumu, Yüksek

³⁵ AYMK, E.2017/20, K.2018/75, T.5.7.2018.

Sağlık Şûrası gibi belli konularda uzman kamu kurumlarının bilirkişi olarak görevlendirilmesi, bilirkişinin tarafsızlığı bakımından tartışılabilir.

4.4. İDARENİN UZMAN KURULLARININ KARARLARININ BİLİRKİŞİ İNCELEMESİNE TÂBİ TUTULMASI MESELESİ

İdare hukukunda, bilirkişilik müessesine ilişkin diğer bir mesele ise, idare bünyesinde bulunan, kendi alanlarında uzman kişi, kurul, kuruluşların işlemlerinin yargısal denetimlerinde bilirkişi incelemesi yapılmasının gerekip gerekmediğidir.

İdare hukuku doktrininde, uzman kurullarının saptama ve önerileri doğrultusunda karar vermek durumunda olan idarenin, bu şekilde bağlandığı ve buna paralel olarak yargının da bağlandığı savunulmaktadır. Bu görüşe göre, *“Önüme gelen bir dosyada artık bir idare hâkimi, birçok bilgi, araştırma ve bulgu varken, “şu olguyu da bilirkişiye incelettireyim” diyecek dahi değildir, herhalde. Bütün inceleme ve tespitlere bakacak, sonunda bir maksat unsuru sakatlığı görülmedikçe idarenin kararını doğru bulacaktır. Daha öteye gitmeye esasen maddi imkân da yoktur.”*³⁶

Ancak, kanaatimce, uzman kişilerden oluşsa dahi, idare ile organik bağı olan kişilerce tesis edilen işlemlerin yargısal denetimlerinde bağımsız bilirkişilerce inceleme yaptırılması mümkün olmalıdır. İdarenin uzman kişi ve kuruluşlara yaptırdığı tespitlerin hatalı olması ihtimali olduğu gibi tarafsız olmayan bu kişi ve kuruluşların objektif olmayan bir değerlendirme yapmış olma ihtimali de olabilir. Bu nedenle, bu kişi ve kurulların işlemlerini bilirkişi incelemesinin dışında tutmak, bu uzman kişi veya kurulları denetimsiz bırakabilir.

4.5. BİLİRKİŞİ ÜCRETİNİN ÖDENMEMESİ

İdari yargının özgün bir yaklaşım geliştirdiği konulardan biri de Bilirkişi ücretlerinin ödenmemesinin bu inceleme bakımından etkisidir.

Bilirkişi ücretinin ödenmemesi, Danıştay daireleri tarafından farklı şekillerde değerlendirilmiştir. Bilirkişi ücretinin ödenmemesini, bilirkişi incelemesi talebinden vazgeçildiği³⁷ şeklinde kabul edilerek davanın reddi

³⁶ YAYLA Yıldızhan; İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara 1982, s.82.

³⁷ “Davacının, 23.2.2003 tarihinde girdiği Adli Yargı Hakim Adayları Seçme Sınav sorularının bazılarında hata olduğunun bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle sınav sonucunun düzeltilmesi gerektiği de belirtilerek iptaline karar verilmesi istemiyle açılan davada, bilirkişi incelemesi için gerekli 640 YTL avansın davacı tarafından yatırılmadığı,

gerektiğini belirten kararlar³⁸ olduğu gibi, ücretin hazineden karşılanması için mahkemenin re'sen bilirkişi incelemesi yapılmasına karar vermiş olması koşulunu arayan kararlar³⁹, süresinde ücret yatırılmadığında bunun

bu halde sınav sorularının hatalı olduğu yolundaki davacı iddiasının kanıtlanamadığı gerekçesiyle reddi yolunda Ankara 9. İdare Mahkemesinin 27.4.2005 günlü, E:2003/754, K:2005/356 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesi uyarınca temyizden incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 31. maddesinde bilirkişi incelemesine ilişkin hususta Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtildiğinden Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 414. maddesinde; taraflardan her birinin bilirkişi incelemesi istemi üzerine buna ilişkin ücretin mahkeme veznesine yatırılmasının zorunlu olduğu, hakim tarafından tayin olunan müddet içinde masrafı vermeyen tarafın bu talebinden vazgeçmiş sayılacağı belirtilmiştir.

Bu halde, bilirkişi incelemesi istemiyle açılan davada mahkemece 2 kez bilirkişi incelemesi için gerekli olan avansın mahkeme veznesine yatırılmasının istendiği ancak yatırılmadığı sabit olduğundan davacının bu talebinden vazgeçmiş sayılacağı açıktır.” Danıştay, 12. D., E. 2005/5714, K. 2007/5753, T. 5.12.2007.

³⁸ “Şişli, Talatpaşa Mahallesi 320 pafta, 2199 ada, 2 parsel sayılı ve hazineye ait bahçeli kağıt eve vasıflı göçmen evinin bahçesinin, gecekondu (işyeri) yapmak suretiyle işgalinin saptandığından bahisle davacıdan ecrimisil istenilmesine ilişkin işlemin iptali isteğiyle açılan davayı; İstanbul 3. İdare Mahkemesi, füzuli işgali saptanan davacıdan ecrimisil istenilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı, ecrimisilin fahiş olduğu iddiasının ise, keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verildiği ve tebligat yapıldığı halde, verilen sürede ve karar tarihine kadar bilirkişi ücretine karşılık istenilen avansın yatırılmaması nedeniyle incelenemediği gerekçesiyle reddetmiştir. (...) Bozulması istenen karar, usul ve hukuka uygun olup dilekçede ileri sürülen temyiz sebepleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden temyiz isteminin reddi ile bozulması istenen kararın onanmasına 2.12.1992 gününde oybirliğiyle karar verildi.” Danıştay, 10. D., E. 1991/446, K. 1992/4200, T. 2.12.1992.

³⁹ “Dosyanın incelenmesinden; Antalya İli, Alanya İlçesi, Yeşilöz Köyü, Denizgüneyi Mevkii, ... ada, ... sayılı parseli kapsayan 1/1000 ölçekli ... nolu pafta üzerine isabet eden kıyı kenar çizgisinin 05/11/2007 tarihinde Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca onandığı, 18/02/2008-19/3/2008 tarihleri arasında askıya çıkarılarak ilan edilen kıyı kenar çizgisine davacı tarafından 27/02/2008 tarihinde itiraz edildiği, itirazın 18.3.2008 tarihli Antalya Valiliği işlemiyle reddedilmesi üzerine, taşınmazın kıyı kenar çizgisi dışına çıkarılması gerektiği iddiasıyla kıyı kenar çizgisinin iptali istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı, İdare Mahkemesince; resen keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verildiği ve ücretlerin önce davacıdan, davacının yatırmaması üzerine davalı idareden istenildiği ancak davalı idarelerce de yatırılmaması üzerine, dava konusu

yaptırımı konusunda taraflar bilgilendirilerek ikinci defa süre verilmesi gerektiğini ifade eden kararlar⁴⁰ da mevcuttur.

Kamu düzeni veya kamu yararı ile doğrudan ilgili olan davalar bakımından HMK; 324/3. maddede ifade edilen “tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği davalar” olarak nitelendirmek ve bu nitelermeye uygun olarak, isterse taraflarca talep edilsin, isterse mahkeme tarafından re’sen kararlaştırılsın, bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verildiğinde, sadece ücretin yatırılmamış olması, bilirkişi incelmeye yapılmasına engel olmamalı ve yine bu sebepten dolayı davanın reddine karar verilmemelidir. Ancak, kanaatimizce, sonuçları sadece davacıyı ilgilendiren iptal davaları ile tam yargı davalarında, HMK 324/1 ve 2. madde hükümleri uygulanarak, bilirkişi ücretinin yatırılmaması halinde bu talepten vazgeçildiği kabul edilebilir.

işlemin kamu yararının ilgilendiren bir yönünün bulunmadığından bahisle, keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmadan, dosyadaki bilgi ve belgeleri dikkat alınmak suretiyle davanın reddine karar verildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda; çözümü teknik bilgiyi gerektiren dava konusu kıyı kenar çizgisinin bilimsel verilere ve mevzuata uygun olarak belirlenip belirlenmediği hususunun, davacının lüzum görülmesi halinde keşif yapılması talebi üzerine Mahkeme tarafından keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmasına resen karar verilmiş olması karşısında, ücreti davanın sonucunda haksız çıkan taraftan tahsil edilmek üzere Devlet hazinesinden istenilerek keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılması suretiyle açıklığa kavuşturulmasından sonra uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmesi gerektiğinden, İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.” Danıştay, 14. D., E. 2011/15433, K. 2013/6044, T. 17.9.2013. Aynı mahiyette Danıştay, 8.D., E.2006/6404, K.2007/1790, T.2.4.2007.

⁴⁰ “Aynı Yasanın (HUMK) 163.maddesinde kanunun tayin ettiği sürelerin kesin olduğu, bu sürelerde yapılması gereken işlem yapılmazsa o hakkın düşeceği, hakim kendi tayin ettiği sürenin kesin olduğuna da karar verebileceği, aksi takdirde tayin olunan süreyi geçirmiş olan tarafın yenisini isteyebileceği, bu suretle verilecek müddetin kesin olacağı ve bir daha verilemeyeceği öngörülmüştür. (...) Bu durumda İdare Mahkemesince, davacıya anılan hükümler uyarınca ikinci bir süre verilerek keşif avansının belirtilen süre içerisinde yatırılmasının zorunlu olduğu, kesinleştirilen süre içerisinde masraf yatırılmaz ise, keşif ve bilirkişi incelemesi talebinden vazgeçmiş sayılacağına bildirilmesi gerekirken, bu usule uyulmadan, dosyadaki bilgilere göre davacının iddiasını kanıtlayamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir. Danıştay, 6. D., E. 2002/1809, K. 2003/2292, T. 17.4.2002.

Nitekim Danıştay bazı kararlarında, bilirkişi ücretinin yatırılmamış olmasını, davanın reddi sebebi olarak kabul etmemektedir⁴¹.

5. İDARI YARGIDA “UZMAN GÖRÜŞÜ”

Bilindiği üzere; tarafların kendisinin belirlediği özel veya teknik bir konuda aldığı görüşe “uzman görüşü”, bu görüşü veren kişiye de “özel bilirkişi” denilmektedir⁴².

Uzman görüşü, ifade edildiği üzere, bir delil olarak kabul edilmemekle birlikte, ispat sürecine katkısı ve etkisi bulunmaktadır. Şöyle ki;

- Mahkemeye sunulan uzman görüşleri arasında çelişki mevcut ise, mahkemenin bizzat bilirkişiye başvurması gerektiği,
- Mahkeme tarafından atanan bilirkişinin kendi hazırlayacağı raporda, taraflarca sunulan uzman görüşünü değerlendirmek zorunda olduğu,

⁴¹ “Vergilendirme de vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek durumu esas olup, davacının defter ve belgeleri istenmek suretiyle sözü edilen Kanun hükmü doğrultusunda inceleme yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, bilirkişi incelemesi yapılabilmesi için istenen bilirkişi ücretinin ödenmemesi nedeniyle davanın reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir.” Danıştay, 4. D., E. 1997/2124, K. 1997/4850, T. 12.12.1997.”

“(…) Ancak mahkeme tarafından 26.9.1997 tarihinde verilen ara kararı ile bilirkişi incelemesine karar verilerek, bilirkişi ücreti ve yol gideri olarak belirli bir avansın davacı tarafından kararın tebliği tarihinden itibaren on gün içinde mahkeme veznesine yatırılması, verilen sürenin kesin süre olduğu, aksi takdirde mevcut bilgi ve belgelere göre karar verileceğinin taraflara tebliğine karar verildikten sonra hem ara kararının gereğinin yerine getirilmediği ve hem de önerilen süre geçmesine rağmen bilirkişi ücretinin yatırılmamış olduğu gerekçesiyle davanın reddedildiği anlaşılmıştır. (...) Öte yandan, kaybedilmesi nedeniyle ibraz edilemeyen satış faturalarının, tamamının borsaya kayıtlı satışlara ilişkin olduğu yolundaki yükümlü iddiası inceleme raporuna ekli tutanağın 4’üncü maddesinde yer aldığı gibi ara kararına verilen yanıtta da yinelenmiş olup, bu iddianın da araştırılması gerekirken bu hususta herhangi bir araştırma yapılmaksızın bilirkişi incelemesi yaptırılmak üzere istenilen avansın öngörülen sürede yatırılmamış olduğu da belirtilerek davanın reddinde yasaya uygunluk görülmemiştir.” Danıştay, 11. D., E. 1997/5035, K. 1998/3169, T. 6.10.1998.

⁴² PEKANITEZ Hakan; Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, Adalet Yay., Ankara 2009, s.397.”

- Tarafların mahkemece atanmış bilirkişi görüşlerine itirazlarını uzman görüşü ile desteklemesi durumunda, mahkemenin uzman görüşünü esaslı biçimde incelemek zorunda olduğu, Kabul edilmektedir⁴³.

Uzman görüşü idari yargılama usulünde uygulanabilir mi sorusu, bu konuda İYUK da bir düzenleme bulunmadığı ve HMK'ya da atıf yapılmadığı için olumsuz cevaplandırılabilir ise de, aksi de savunulabilir. Uzman görüşü, HMK'daki düzenleme ve dünyadaki örnekler de dikkate alındığında aslında bir çeşit bilirkişi incelemesi olup, zaten "özel bilirkişi" olarak nitelendirilmektedir. Öyle ise, bilirkişi konusunda yapılan atfın bu özel bilirkişiyi de kapsamı gerektiği, zira İYUK çıktığı dönemde zaten özel bilirkişilik müessesinin kabul edilmediği, HMK'daki yeni düzenleme ile bu müessesenin kabul edilmesi nedeniyle idari yargılama usulü bakımından da 31.madde atfının kapsamına girdiği savunulabilir.

KAYNAKÇA

AKİL Cenk; Medeni Yargılama Hukukunda Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi- Uzman Tanık Ayrımı, Ankara Barosu Dergisi, S.2, 2011.

AŞÇIOĞLU Çetin; Bilirkişilik Kavramı ve Görev Sınırları, Bilirkişilik Sempozyumu, Samsun 2001.

BAŞÖZEN Ahmet; "Noter Tespitlerinin Delil Değeri", e-akademi, Temmuz 2007, S.65.

CANDAN Turgut; Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5.Baskı, Adalet Yay., Ankara 2012.

ERKUT Celal, SOYBAY Selçuk, Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar, 5.Baskı, Beta Yay. İstanbul 2001.

GÖZÜBÜYÜK Şeref-TAN Turgut; İdare Hukuku, c.2., 2.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1999, s.1090.

KARAHANOGULLARI Onur; İdari Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s.696.

⁴³ AKİL Cenk; Medeni Yargılama Hukukunda Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi- Uzman Tanık Ayrımı, Ankara Barosu Dergisi, S.2, 2011, s.175-176., YILMAZ Zekeriya; İspat ve Deliller Rehberi, Adalet Yay., Ankara 2012, s.1709.

KURU Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, Demir&Demir Yay., İstanbul 2001, s.4435.

MÜDERRİSOĞLU Hakkı; Danıştay Kanunu ve Danıştay Yargılama Usulü, Y. Doruk Yay., Ankara 1978.

PEKCANİTEZ Hakan; Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Adalet Yay., Ankara 2009, s.397.

YASİN Melikşah; "İdari Yargılama Usulünde Davadan Feragat ve Davayı Kabul", AÜEHFD, C.VII, S.3-4, 2004.

YASİN Melikşah; İdari Yargılama Usulünde İspat (Onikilevha Yay., İstanbul 2016.

YAYLA Yıldızhan; İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara 1982.

YILMAZ Zekeriya; İspat ve Deliller Rehberi, Adalet Yay., Ankara 2012.

ZABUNOĞLU Yahya Kazım; İdare Hukuku, Yetkin Yay. Ankara 2012, c.2., s.597.

Hasan GÜZELER (Oturum Başkanı): Sayın Yasin, gerçekten bu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uyguladığımız konularıyla ilgili ayrıntılı bir sunum yaptınız ve birçok örneğe değindiniz. Çok teşekkür ediyorum.

Sayın Hocamın değindiği konulardan birkaçıyla ilgili İDDK'nın kararlarına değinmek istiyorum. Altıncı Daire kararlarından da belki Sayın Sınmaz bahsetmek isteyebilir. İDDK ve Danıştay Daireleri, belli davalara ilişkin olarak davacının feragat hakkının olmadığı yönünde kararlar vermekteydi. Özellikle, çevreyle ve kültürel varlıklarla ilgili konular hakkında verilen söz konusu kararlarda, dava konusu işlemlerin objektif niteliğinden, genel ve düzenleyici mahiyetlerinden ya da düzenleyici işlemlere benzer niteliklerinden hareket ediliyordu. Fakat bu kararların bir kısmında davadan feragat edilebileceği yönünde farklı görüşler de karşı oylarda yer almaktaydı. Ama bu görüşler hiçbir zaman çoğunluk kazanamamıştı. Tam tarihini hatırlamıyorum ama muhtemelen 2018 veya 2019 olabilir. İDDK'nın üye yapısındaki değişiklik sonucunda çoğunluk görüşü değişmiştir. Kurulun çoğunluğu sekiz kişiden oluşmaktadır. Sekiz kişilik çoğunluk söz konusu davalardan da feragat edilebilir görüşünde birleşince büyük heyet kararıyla Kurul'un görüşü değişmiştir. İDDK şu an her davadan feragat edilebileceği görüşündedir. Ancak bu kararlar da karşı oylu çıkmaktadır. Nasıl ki kişilerin, dava açma hakkı varsa, her dava için feragat hakkının olduğunun da kabulü gerekir. İDDK'nın bu çoğunluk görüşü farklı tezlerle tabii ki eleştirilebilir.

İDDK'nın söz konusu çoğunluk görüşünde temel alınan yaklaşım, Anayasa'da yer alan dava açma hakkının dava açmama hakkını da kapsamasıdır. Diğer yandan bir davada işlemin hukuka aykırılık tespiti yapıldıktan sonra bu davadan feragat edilemeyeceği yaklaşımına da değinmek istiyorum. İDDK'da da bu konu çok tartışıldı. Bir davada ilk aşamada verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararları, bir davadan feragat edilememesi için tabii ki dayanak olarak alınabilir. Fakat hukuka aykırılık tespiti yapılan söz konusu kararlar henüz kesinleşmiş kararlar değildir. Yargılama devam ettiği halde hatta hiç esasa girilmeden temyiz aşamasında usulden ret ile sonuçlanan veya ilk derecede verilen iptal kararına karşı yapılan temyiz incelemesi sonrası esastan ret ile sonuçlanan birçok dava vardır. Bu itibarla, hukuka aykırılık tespiti yapılan kararların kesin olmaması nedeniyle bu yaklaşım çok güçlü bir dayanak olarak görülmemiştir. Anayasa'da idari işlem ve eylemlere karşı yargı yolu açıktır hükmü yer almaktadır. Yargılama yetki ve görevi tabii ki yargı yerlerine aittir.

Ancak yargılatma ya da yargılatmama iradesi ise kişilere aittir. İDDK'nın yaklaşımı bu yöndedir.

Öte taraftan, Adli yargıda belli konularda feragat edilemeyen davalar vardır ama onlar da yasal düzenlemelere dayanmaktadır.

Diğer bir konu; uygulama işlemiyle düzenleyici işlemin birlikte dava konusu edildiği davalarda, bireysel işleme ilişkin kısımdan feragat edilmesi halinde ne yapılabileceği konusunda referans alınabilecek bir yaklaşımdan bahsetmek istiyorum. Bireysel işlem ile düzenleyici işlemin birlikte dava konusu edildiği bazı davalarda; düzenleyici işlemin bireysel işlemin dayanağı niteliğinde olmadığı hallerde iki yaklaşımdan söz edilebilir. Birincisi düzenleyici işleme karşı süresinde dava açılmışsa, düzenleyici işlemin esasının incelenerek hakkında karar verilmesi mümkündür. İkinci bir yaklaşım ise, düzenleyici işleme karşı bireysel işlemde dolayı dava açıldığında, düzenleme yönünden de inceleme yapılamayacağı yönünde karar verilebilir. İDDK olarak yukarıda bahsedilen bu birinci yaklaşımı esas almaktayız. Bu yaklaşım burada da uygulanabilir. Davanın bireysel işlem ile ilgili kısmından feragat edilirse ilgili düzenleme yönünden ehliyet ve süre yönünden bir engel yoksa işin esası incelenerek karar verilebilir.

Kıymetli meslektaşlarım kaldığımız yerden devam ediyoruz. Üçüncü konuşmacımız Altıncı Daire Başkanımız Sayın Emin Sınmaz. Buyurun Sayın Sınmaz.

İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUNU'NUN 31. MADDESİ İLE HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU'NA YAPILAN YOLLAMALARIN YOL AÇTIĞI SORUNLAR VE USUL HÜKÜMLERİNİN İDARİ YARGIYA ÖZGÜLENMESİ

Emin SINMAZ*

GİRİŞ

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda usule ilişkin bazı müesseselere yer verilmiş ise de bu Kanunda düzenlenmeyen bazı konularda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapılmıştır. Her iki yargı düzeninin kendine özgü özellikleri bünyesinde barındırması ve farklı yargılama tekniklerine sahip olması dolayısıyla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen bu müesseselerin olduğu gibi idari yargıya uygulanması pek mümkün değildir. Usul kurallarına ilişkin yapılan bu atıflar idari yargılama hukukunun özellikleriyle bağdaştığı ölçüde uygulama alanı bulmakta olup yargılama usulündeki amaç ve mahiyet farklılığından kaynaklanan bu sorun yargı organlarınınca içtihatlarla giderilmeye çalışılmaktadır. Çalışmamızda bu sorunların neler olduğu ve nasıl çözüleceği sorusuna cevap aranacaktır.

Yargılama usulleri davaların niteliğine ve davayla elde edilmek istenen amaca göre şekillenmiştir. Eşit statüde bulunan taraflar arasında ortaya çıkan özel hukuk uyuşmazlıklarının görüldüğü medeni usul hukukuna ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yargılama usulleri düzenlenmiştir. Bu usuller tarafların yargılama sürecine egemen olduğu, hâkimin edilgen durumda sadece hakemlik vasfının bulunduğu ve tarafların haklılığının ortaya konulduğu özel hukuk uyuşmazlıklarıyla uyumlu olarak belirlenmiştir. Bu yargılama usulünde hâkim kural olarak tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlı olup kendiliğinden araştırma yapamaz ve taraflarca getirilen delillerle de bağlıdır. Davaların sonucu da kural olarak yalnızca tarafları bağlar dolayısıyla davaların kamusal bir yönü bulunmamaktadır. Bu nedenle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen yargılama usulleri taraf iradesine üstünlük tanıyacak şekilde uyumlu olarak düzenlenmiştir.

Oysa idari yargılama hukukunda taraflardan birisi üstün kamusal yetkilerle donatılmış ve tek yanlı karar alma ve uygulama gücüne sahip idaredir. Diğer taraf ise idarenin tesis ettiği işlem ya da gerçekleştirdiği

* Danıştay Altıncı Daire Başkanı

eylemin muhatabı olan gerçek kişi ya da kamu veya özel hukuk tüzel kişisidir. Dolayısıyla taraflar arasında eşitlik bulunmamakta olup tek yanlı ve icrai karar alma gücüne sahip idare üstün konumdadır. Karşı taraf ise idarenin faaliyeti sonucunda hukuki durumu değiştiğinden idareye göre zayıf bir durumdadır. İşte idare hukuku da zayıf durumdaki idare edilenlerin hakkını güçlü olan idareye karşı korumak ihtiyacından doğmuştur. İdare hukukunun bu amacını gerçekleştirmeye dönük olarak idari yargılama hukukunda iptal ve tam yargı davaları öngörülmüştür. Özellikle iptal davası ile idarenin hukuka uygun davranması sağlanır ve idare hukuk içinde kalmaya zorlanır. Bu nedenle idari davaların kamusal yönü son derece güçlü olup davaların sonucundan duruma göre tarafların yanı sıra tüm toplum da etkilenebilir. Bu yargılamada taraflar edilgen durumdadır. Yargılamayı baştan sona hâkim yürütür ve tarafların iddia ve savunmaları ile getirdikleri delillerle bağlı olmayıp uyuşmazlığı re'sen tahkik eder ve her türlü bilgi ile belgeyi taraflardan ve dava dışı üçüncü kişilerden isteyerek maddi olayı araştırır ve hukuki nitelendirmesini yaparak davayı hükme bağlar. Bu sebeple Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer verilen yargılama usulüne ilişkin bazı hukuki müesseseler kendine özgü birtakım özellikleri bünyesinde barındıran idari yargılama hukukuna birebir uyum sağlamaz. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinde, "Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, dosyanın taraflar ve ilgililerce incelenmesi, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler, elektronik işlemler ile ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrasında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır." düzenlemesine, aynı Kanunun 447. maddesinin 2. fıkrasında da, "Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan yollamalar, Hukuk Muhakemeleri Kanununun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır." hükmüne yer verilerek bu konularda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapılmıştır. Söz konusu atıflardan bazıları idari yargıda sorunsuz olarak uygulanabilmekte iken bazılarının uygulanmasında sorunlar yaşanmaktadır.

Burada da süremizin kısıtlı oluşu nedeniyle çalışmamızın sınırlanması için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na yollama yapılan ve idari yargıya uygulanmasında en çok sorun yaşanan davayı ihbar, davaya katılma, davadan feragat ve davayı kabul konusu üzerine yaşanan sorunlar ve bu sorunlara ilişkin çözüm önerileri üzerine açıklamalarda bulunacağız.

A. İHBAR

Görülmekte olan bir davada taraflardan birisinin, kendisine yardım etmek üzere davaya katılmasını ya da davada kendisini temsil etmesini sağlamak amacıyla davaya üçüncü kişiye davayı duyurmasına davanın ihbarı denir.¹

İdari yargıda ihbar taraflardan birinin yerine geçerek davayı takip etmek şeklinde uygulanmamakta sadece taraflardan birine yardımcı olmak üzere üçüncü kişinin davaya katılması şeklinde gerçekleşmektedir. Medeni usul hukukundaki davayı kaybeden kişinin üçüncü kişiye açacağı rücu davasında hakkını daha etkili ileri sürebilmesi durumunun aksine idari yargıda ihbar ile elde edilmek istenen amaç, ihbarda bulunulan kişinin yanında katılacağı davanın tarafına hukuki yardımda bulunmasının sağlanması ve davanın kazanılması için çaba sarf etmesinin istenmesidir.²

Öğretide, idari yargıda re'sen araştırma ilkesi geçerli olduğundan hâkimin uyuşmazlığa ilişkin tüm gerekli inceleme ve araştırmayı yapmakla yükümlü olduğu bu nedenle idari yargılama hukukunda davanın ihbarı müessesine gerek bulunmadığı da ileri sürülmektedir.³ Ancak çoğunluğun görüşüne ve yargısal içtihatlar göre, maddi olayın içinde olması sebebiyle hâkimden daha iyi vakıaları ve delilleri bilebilecek durumda olduğu varsayılan üçüncü kişinin mahkemenin olayı daha kapsamlı ve doğru bir şekilde değerlendirmesine yardımcı olacağından ihbarın idari yargıda olması

¹ Prof. Dr. Hakan Pekcanitez/Prof. Dr. Oğuz Atalay/Prof. Dr. Muhammet Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, 8. Bası, Ankara, 2009, s. 215.

² Tolga Mahmat, **İdari Yargılama Usulü Kanununun Hukuk Muhakemeleri Kanununa Yaptığı Atıfların Uygulanabilirliği**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2014, s.44.

³ Prof. Dr. Metin Günday, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı**, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması Ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu, Ankara, 2001, s.5.

gerekir.⁴ Ayrıca davanın sonucundan menfaati etkileyebilecek üçüncü kişilerin davadan haberdar edilmesi kişilerde tatmin duygusu da sağlayacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de "Menemen Minibüsçüler Odası/Türkiye" kararında; Menemen Minibüsçüler Odası hakkında tesis edilen idari işlemler konusunda açılan davada, söz konusu Oda'nın dava dışında kalması ve davalı Valilik tarafından kanun yoluna başvurulmaması nedenleriyle, kendisini savunamadığı sonucuna varılarak, başvuranın mahkemeye erişim hakkından yoksun bırakıldığına ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinde ihbarın mahkeme tarafından re'sen yapılacağı düzenlenmiştir. Bu sebeple hâkim tarafların talebi olmadan ihbar yapabileceği gibi koşulları yoksa da tarafların ihbar talebini reddedebilir.

Davanın ihbarı mahkemelerce ara kararı ile yapılır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ihbar üzerine zorunlu durumlar dışında süre verilemeyeceği düzenlenmekle birlikte idari yargı organlarınca üçüncü kişilere davaya katılması için süre verilir. Bu süre içerisinde üçüncü kişi davaya katılma talebinde bulunmaz ise yargılamaya devam edilir. Ancak dava kendisine ihbar edilen üçüncü kişi bu süre geçtikten sonra da davaya katılma isteminde bulunabilir. Mahkemece yargılamaya devam edilebilmesi için dava kendisine ihbar edilen kişinin davaya katılma iradesinin olup olmadığının kısa süre içerisinde belirlenmesi gerektiğinden bir sınırlama getirilmesi elzemdir. Aksi takdirde üçüncü kişinin vaktini kendisinin belirleyeceği muhtemel cevaba kadar yargılamaya devam edilememesi durumu ortaya çıkar. Bu durumun engellenmesi ve yargılamanın kaldığı yerden sürdürülebilmesi için mahkemece süre verilmesi yerinde bir uygulamadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre tahkikat sona erinceye kadar ihbarda bulunabilir. Dolayısıyla kanun yolu aşamasında ihbar olmaz. Ancak idari yargıda kanun yolu aşamasında da davanın ihbarı içtihat yoluyla kabul

⁴ Zehra Karakuş, **İdari Yargıda Hukuk Muhakemeleri Kanununun Uygulanması**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011, s.88.

⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Menemen Minibüsçüleri Odası/Türkiye Davası, Başvuru No:44088/04, 09.12.2008.

edilmiştir. Burada önemli olan husus istinaf/temyiz merciince ihbar için verilen süre bitmeden kanun yolu başvurusunun esası hakkında karar verilmemesi gerektiğidir. Dava kendisine ihbar edilen üçüncü kişi davaya katılma başvurusunda bulunup yargı merciinin kararıyla davaya katılırsa istinaf/temyiz kanun yoluna başvurabilme hakkının sağlanması gerekir. Böylece davanın sonucundan menfaati etkilenebilecek üçüncü kişiye yargı merciince adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkı tanınmış olur.

İhbar konusunun Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlendiği şekliyle idari yargılama hukukuyla doğrudan uyumlu olmadığı bu nedenle ihbarın usulünün İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda açıkça düzenlenmesi önem arz eder.

B. DAVAYA KATILMA (MÜDAHALE)

Üçüncü kişinin başkaları arasında süren bir davada hakkının veya borcunun bu dava sonucunda verilecek karara bağlı olması sonucunda bu davaya müdahil olması durumuna davaya katılma adı verilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda asli müdahale ve fer'i müdahale olmak üzere iki çeşit müdahale vardır. Asli müdahale, dava konusu üzerinde hak iddia eden üçüncü kişinin davanın taraflarına karşı aynı mahkemede farklı bir dava açması durumudur. Asli müdahalenin idari yargıda uygulanması mümkün değildir. Zira öncelikle idari yargıda taraflardan birisi her zaman idare olacağından gerçek kişinin ya da özel hukuk tüzel kişinin idare ile birlikte yine gerçek kişi ya da özel hukuk tüzel kişisine dava açması idari yargının görev alanıyla bağdaşmaz. Çünkü idari yargıda iki gerçek kişi ya da özel hukuk tüzel kişisi arasında yargılama yapılmaz.

Öte yandan, idari yargıda dava açma sürelerinin kısa tutulması ve sürenin hak düşürücü bir unsur olduğu göz önünde bulundurulduğunda dava açma süreninin asli müdahale davası açılıncaya kadar geçmesi kuvvetle muhtemeldir.

Fer'i müdahale, üçüncü kişinin kendi menfaati dolayısıyla tarafı olmadığı davaya taraflardan birine yardımcı olmak üzere katılmasıdır.

Fer'i müdahale idari yargıda kabul edilmekle birlikte idari yargılama hukukunun kendine özgü özelliklerinden kaynaklanan farklılıklardan dolayı medeni usul hukukunda yer aldığı şekliyle birebir uygulanması pek mümkün değildir. Davaya katılmak isteyen üçüncü kişi katılma talebinde bulunduktan

sonra Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tarafları ve gerekirse üçüncü kişiyi dinlemek üzere davet edeceği belirtilmiştir. İdari yargıda yazılı yargılama usulü uygulandığından mahkeme müdahale dilekçesini taraflara tebliğ eder. Bu durum hukuki dinlenme hakkının da gereğidir. Taraflar mahkemenin belirleyeceği süre içerisinde müdahale dilekçesine itirazını sunabilir. Süre verilmesi konusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hüküm bulunmamasına rağmen yargılamanın daha fazla gecikmesinin engellenmesi adına idari yargı organlarının itiraz sürecini sınırlamaları isabet taşır. Bu konuda İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda düzenleme yapılması uygun olacaktır. Mahkemelerce verilen sürenin sonunda taraflarca ister itiraz edilsin ister edilmesin mahkeme davaya katılma koşullarının oluşup oluşmadığını inceleyerek katılma istemi hakkında karar verir. Mahkemenin verdiği bu karar ara kararı niteliğindedir. Dolayısıyla bu karara karşı kanun yoluna başvurulamaz. Ancak mahkemenin esas kararına karşı yapılan kanun yolu başvurusunda bu hususa yönelik itirazlar da ileri sürülebilir. Diğer bir deyişle, esas kararla birlikte katılma istemi hakkında verilen karar da temyiz edilebilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre tahkikat sona erinceye kadar katılma talebinde bulunabilir. Dolayısıyla kanun yolu aşamasında katılma olmaz. Ancak idari yargıda amaç maddi gerçeği ortaya çıkarmak ve hukuki uyumsuzluğu çözmek suretiyle idarenin yargısal denetimini yapmak olduğundan kanun yolu aşamasında da katılma istemleri yargı organlarında içtihat yoluyla kabul edilmiştir. Burada kritik olan husus kanun yolu aşamasında müdahale isteminde bulunulması durumunda istinaf ya da temyiz merciince üçüncü kişinin müdahale istemi kabul edilirse ilk derece ya da istinaf mahkemesinin esas kararına karşı davaya katılanın istinaf veya temyiz yoluna başvurması hakkını kullanabilmesinin sağlanması gerektiği konusudur. Davaya katılanın bu hakkını kullanabilmesi için yargı merciinin katılma istemi kabul edildikten sonra davaya katılana istinaf ya da temyiz yoluna başvurabilmesi için süre tanınması ve bu sürenin bitimine kadar kanun yolu başvurusunda bulunulmazsa mahkemenin esas kararının istinaf/temyiz incelemesine geçilmesi gerekir. Bu durum hukuki dinlenme hakkının da gereğidir.

Danıştay Onüçüncü Dairesinin 21/12/2016 tarih ve E:2015/5037 sayılı kararında, "Yargılama usulleri ve bu usullerle çözüme bağlanacak

uyuşmazlıkların birbiriyle yakın ilişki içinde oldukları, medeni yargılama hukukunun, özel hukuk alanında, tarafların öznel haklarının çatıştığı uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacağı, idari yargılama hukukunun ise idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun yargı yolu ile denetlenmesinde uygulanacağı ve öznel hakların korunması amacına değil, idarenin hukuka uygunluğunun sağlanması ile kamu yararının gerçekleşmesine hizmet edeceği açıktır.

Doğrudan kamu yararının gerçekleşmesi amacına hizmet eden idari yargılama hukukunda "kendiliğinden araştırma ilkesi" geçerlidir ve hâkim, medeni yargılama hukukuna göre daha etkin bir konumdadır. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 20. maddesinde düzenlenen bu ilkeye göre, medeni yargılama hukukundan farklı olarak, mahkeme, davadaki olguları ve delilleri kendiliğinden araştırır. Medeni yargılama hukukunda ise delilleri taraflar toplar ve mahkemeye sunar.

Bu iki yargılama hukukunun birbirinden ayrışık olmasına ve farklı usul kanunları bulunmasına rağmen, idari yargılama hukuku (İYUK 31. madde) bazı konularda medeni yargılama hukukuna atıf yapmıştır. Bu atıfla birlikte Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) düzenlenen kimi kurumlar idari yargılamanın özellikleri dikkate alınarak uygulanmaktadır.

HMK'nın "taraflarca hazırlama ilkesine" göre düzenlenen fer'i müdahale kurumunun, idari yargılamanın kendine özgü kuralları dikkate alınmadan uygulanması hâlinde kamu yararının gerçekleşmesinde bir kısım sıkıntılar yaşanabilecektir.

Üçüncü kişilerin davaya müdahalesi, idari yargının özellikleri ve temel ilkeleri açısından özel hukuktan farklı olarak anlaşılması ve uygulanması gereken bir usul müessesesidir. Bu bağlamda, idari yargının tek ve nihai amacının taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmek olmadığı, aynı zamanda idarenin hukuka uygun hareket etmesini sağlamak olduğunun göz önüne alınması gerekmektedir.

Örneğin, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinde feragat konusunda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı kurala bağlanmış, 6100 sayılı Kanun'un 311. maddesinde, feragatin, kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğuracağı belirtilmiş, 310. maddesinde, feragat ve kabulün, hüküm kesinleşinceye kadar her zaman yapılabileceği düzenlenmiş, 309. maddesinin ikinci

fıkrasında ise, feragatin hüküm ifade etmesinin, karşı tarafın ve mahkemenin muvafakatine bağlı olmadığı açıkça belirtilmiş olmasına rağmen, yerleşik Danıştay içtihatlarında kamusal yönü ağır basan düzenleyici işlemler, imar planları vb. işlemlerin iptali istemiyle açılan davalarda, işlemin hukuka aykırılığının hükme bağlanmasından sonra, davadan feragat edilmiş olması durumunda feragatin hüküm ve sonuç doğurmayacağı, mahkemenin yargılamaya devam edeceği kabul edilmektedir. Bu durum 2577 sayılı Kanun'un 31. maddesinin yapmış olduğu atıf nedeniyle 6100 sayılı Kanun'un idari yargıda uygulanan hükümlerinin ancak idari yargının mahiyetine uygun düştüğü şekilde uygulanabileceğinin açıkça göstergesidir.

Öte yandan, temyiz ve karar düzeltme aşamasında (kanun yolunda), dosyanın çözümüne yönelik olarak Danıştay daireleri tarafından ara kararları yapıldığı, ara kararlarına verilen yanıtlar üzerine ilk derece mahkeme kararlarının onandığı veya bozulduğu da bilinen bir gerçektir.

Buna göre, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20. maddesinde düzenlenen "kendiliğinden araştırma ilkesi" göz önünde bulundurulduğunda, hukuki yararının bulunması kaydıyla, üçüncü kişinin davaya müdahalesinin, kanun yolu dâhil olmak üzere davanın her aşamasında olabileceğinin kabulü, idari yargılama hukukunun temel ilkelerine uygun düşmektedir." davanın her safhasında katılma talebinin kabul edilebileceği vurgulanmıştır.

Öte yandan, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 03/02/2023 tarih ve E:2021/4 sayılı kararıyla, yanında katıldığı tarafın kanun yollarına başvurmaması halinde davaya katılanın tek başına kanun yoluna başvurabileceği karara bağlanmış, böylece yargı kararları arasında içtihat farklılığı giderilmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre davaya katılan davayı bulunduğu yerden takip eder ve yanında katıldığı tarafın işlem ve açıklamalarına aykırı olan usul işlemlerini yapamaz. Dolayısıyla mahkeme kararını tek başına istinaf/temyiz edemez. Bu düzenlemelerin idari yargıda birebir uygulanması idari yargılama hukukunun mahiyetiyle bağdaşmaz. Çünkü idari yargılama hukukunda mahkemelerce, idarenin hukuka uygun davranıp davranmadığı hususu tespit edileceğinden maddi gerçeğin bulunması için hukuka uygun her türlü veriden istifade edilmesi gerekir. Bu

konuda ise idareler genellikle davaya konu işlemini savunma konusunda gayretli davranmamakta ve kendisini ilgili saymamaktadır.⁶ Bu nedenle işlemde ve bu işlemin yargısal incelemesi sonucunda verilen mahkeme kararından doğrudan etkilenme ihtimali bulunan davaya katılanın etkin bir şekilde haklarını savunabilmesi ve itirazlarını dile getirebilmesi gerekir. Bu nedenle idari yargıda içtihatlarla davaya katılanın tek başına kanun yoluna başvuru yapabileceği çoğunlukla kabul edilmiştir. Katılmaya ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na yapılan atıfların idari yargılama hukuku için yeterli olmadığı rahatlıkla söylenebilir. Bu sebeple İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda davaya katılanın taraf olmadığı ancak yanında katıldığı taraftan bağımsız olarak tek başına kanun yollarına başvuru yapabilmesinin yanı sıra yürütmenin durdurulması isteminde bulunabileceği, verilmiş yürütmeyi durdurma kararına itiraz edebileceği, keşif ve bilirkişi incelemesi isteyebileceği, duruşma talebinde bulunabileceği düzenlenmelidir. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda davaya katılma için gerekli olan mevcut davada hak veya borcunun bu davanın sonucuna bağlı olması idari yargılama hukukuyla uyumsuzdur. Çünkü idari dava türlerinden olan iptal davasında davacı olabilmek için dahi menfaat ihlali yeterli iken davaya katılmak isteyen için hak ihlalinin aranması isabetli değildir. Bu nedenle idari yargılama usulü kanununda davaya katılmak isteyeninin sadece menfaatinin etkilenmesinin yeterli olması şeklinde düzenleme yapılması gerekir.

C. FERAGAT

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre davacının talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesine feragat adı verilir. Feragat davaya son veren bir taraf usul işlemi olup davalının muvafakatine veya mahkemenin kabulüne bağlı değildir.

Medeni usul hukukunda kural olarak tasarruf ilkesi geçerli olduğundan tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda dava açılmasından sonra da tasarruf yetkisi devam etmektedir. İstisnai olarak, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemediği kamusal yönü güçlü olan

⁶ Erol Çırakman, **Hukuk Yargılama Usulünün İdari Yargıda Uygulanması**, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara, 10-11 Haziran 1982, s.110.

bazı davalar da vardır. Bu davaların açılmasından sonra davacının tasarruf yetkisi devam etmediğinden feragat kendiliğinden davayı sona erdirmes.

İdari dava türlerinden olan tam yargı davalarında idarenin işlem ya da eyleminin hukuka uygun olup olmamasından ziyade bu işlem ya da eylem sonucu meydana gelen zarardan idarenin sorumlu bulunup bulunmadığı hususunun incelendiği, sorumluluğu varsa bu zararın tazmin edildiği tam yargı davalarında feragatin medeni usul hukukunda olduğu gibi her zaman kabul edilebileceği gerek doktrinde gerekse Danıştay içtihatlarında ortaya konulmuştur. İdari yargılama usulündeki iptal davaları bakımından meseleye bakıldığında ise, bu davaların objektif niteliği gereği idarenin hukuka uygun davranmasını, hukuk düzeni içinde kalmasını sağlamaya dönük davalar olduğu göz önüne alındığında bu davaların kamusal nitelik taşıdığı kuşkusuzdur. Dolayısıyla bu davalarda korunan asıl menfaat davacının hukuki yararından ziyade kamunun menfaati olup nihai amaç kamu yararının sağlanmasıdır. Bu davalarda tespit edilecek husus, davacının hakkı değil idari işlemin hukuka uygun olup olmadığı konusudur. İptal davasında en önemli kısım idarenin hukuka bağlılığını sağlamak dolayısıyla hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesini temin etmek olduğundan bu davalar bir yönüyle tüm toplumu ilgilendirir. Bu nedenle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlendiği şekliyle feragatin olduğu gibi idari yargılama hukukuna uygulanması isabet taşımamaktadır. Davadan feragat konusundaki bu yaklaşım farklılıklarının netliğe kavuşturulması elzem olduğundan konunun İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda idari yargılama hukukunun mahiyeti ve amaçlarıyla uyumlu olarak düzenlenmesi en uygun çözüm olarak görünmektedir.

Bu kapsamda, idari yargıda iptal davaları bakımından davadan feragat incelendiğinde, mahkemenin verdiği kararın sonucuna göre ve idari işlemin türü açısından feragatin kabul edilip edilemeyeceği sorusuna cevap bulunacaktır.

Doktrinde, bireysel işlemler yönünden davadan feragat edilip edilememesi noktasında bir kısım yazar tasarruf ilkesi gereği feragati tümüyle kabul eder.⁷ Bazı yazarlar ise, dava konusu işlemin yürütmesinin

⁷ Prof. Dr. Melikşah Yasin. "İdari Yargılama Usulünde Davadan Feragat ve Davayı Kabul", Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.3-4, 2004, s.149-184.

durdurulması ya da iptaline karar verilmesine kadar davadan feragat edilebileceğini sonrasında ise hukuka aykırılığı mahkeme kararıyla tespit edilen işlemin feragatle hukuka uygun hale gelmemesi için davadan feragatin kabul edilmemesi gerektiğini savunur.⁸ Bu yazarlara göre, uyuşmazlığın esası çözümlenip nihai karar verildikten sonra davadan feragat mümkün değildir. Çünkü feragatin kanun yolları aşamasında kabulü yargısal denetimin geçersiz sayılması neticesini doğurur.

Ayrıca bazı bireysel işlemlerin kamusal menfaati etkilediği de kuşkusuzdur. Bu nedenle bireysel işlemlerin dava konusu olduğu uyuşmazlıklarda feragat halinde davanın devamında kamusal yarar bulunup bulunmadığı hususu değerlendirildikten sonra feragat talebi hakkında karar verilmesi gerektiği yönünde de görüşler mevcuttur.⁹

Düzenleyici idari işlemler yönünden feragat değerlendirildiğinde ise, öğretide çoğunluk düzenleyici işlemin kamu yararını yakından ilgilendirdiği gerekçesiyle davadan feragati kabul etmez.¹⁰ Buna göre, düzenleyici işlemlerde açıldığı andan itibaren dava kamusal dava niteliğine bürüneceğinden davadan feragat mümkün değildir.

Danıştay ise, bireysel işlem yönünden davadan feragati her aşamada kabul ederken kamu yararını yakından ilgilendiren düzenleyici işlemlerde, mahkemelerce iptal kararı verilmesinden sonra yapılan feragati iptal davasının amacının idareyi hukuk içinde kalmaya zorlamak olduğundan hareketle taraf iradesinin yargı kararının üzerine çıkamayacağı gerekçesiyle feragatin kabul edilemeyeceği yönünde kararları mevcuttur.

Burada, 28.07.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7251 sayılı Kanunla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 310.maddesine getirilen ek karar müessesesinden bahsetmek yerinde olacaktır. Bahis konusu Kanun

⁸ Prof. Dr. Metin Günday ve Prof. Dr. Zehra Odyakmaz, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı**, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Sayı:63, Ankara, 2003, s.79.

⁹ Fikri Bedir, **İdari Yargılama Usulünde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun Uygulanma Kabiliyeti**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, s.49.

¹⁰ Prof. Dr. Münici N. Çakmak, **"İdari Yargıda Davadan Feragat"**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.53, Sayı:1, Ankara, 2004, s.191.

değişikliğiyle dosyanın temyiz incelemesine gönderilmesinden sonra davadan feragat edilmesi durumunda nasıl karar verileceği hususu düzenlenmiştir. Buna göre, dosyanın temyiz incelemesi sırasında davadan feragat edilmesi halinde, Yargıtay temyiz incelemesi yapmaksızın feragat hakkında ek karar verilmek üzere dava dosyasının mahkemeye gönderilmesine karar verir. Bu noktada, söz konusu düzenlemenin adli yargı düzeni içinde geçerli olmakla birlikte idari yargıya nasıl uygulanacağı hususunun çözüme kavuşturulması gerekmektedir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda feragat müstakil olarak düzenlenmediği ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapıldığından bu Kanunun uygulandığı açık ise de, bunun idari yargılama usulüyle bağdaştığı ölçüde uygulama alanı bulunduğu kuşkusuzdur.

İdari yargıda ek karar müessesesi hakkında Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 30/11/2020 tarih ve E:2020/277, K:2020/2776 sayılı kararı tartışmaya imkân verecek nitelikte bir karardır. Çoğunlukla alınan bu karara göre, idari yargılama hukukunda ek karar müessesesinin yer almaması ve bu kurumun adli yargıda mevcut olan bir kısım sorunu ortadan kaldırmak amacıyla düzenlenmiş olduğu dikkate alındığında, feragat hakkında verilecek ek kararın hangi usul ile alınacağı, kanun yollarına tabi olup olmayacağı, tabi olaksa bunun süresi gibi pek çok konuda, ek karar müessesesi ile 2577 sayılı Kanun'un çelişmesi sonucu çeşitli sorunlar gündeme gelebileceği, 6100 sayılı Kanun'un 310. maddesinin 3. fıkrasının, İdari Yargılama Hukukunda uygulanma imkânının bulunmadığı, taraflar arasında uyuşmazlığı sona erdiren davadan feragat beyanı dikkate alınarak, feragat nedeniyle Mahkemece yeniden bir karar verilmesini teminen mahkeme kararının bozulması gerektiği sonuç ve kanaatine varılmıştır.

Karara karşı oyda kalan görüşte ise, 2577 sayılı Kanun'un 31. maddesinde belirtilen hususlarda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı emredici olarak düzenleme altına alındığından, Kanun'un bu açık hükmü karşısında yorum yolu ile hüküm daraltılarak belirtilen atfın uygulanmaması mümkün bulunmamaktadır. Ayrıca kanun koyucunun bu açık iradesi karşısında idari yargılamada ek karar müessesesinin bulunmadığı söylenemez. Zira söz konusu değişiklikler ile ek karar müessesesinin idari yargılama hukukuna girmiş bulunduğu ve usul ekonomisi ilkesine uygun olduğu belirtilmektedir.

Ek karar müessesesinin idari yargıya uygulanması konusunda mahkemelerce bazı itirazlar yapılmaktadır. Buna göre ek kararın kabulü halinde hem ilk derece mahkemesince verilen hükmün kaldırılmaması sebebiyle ortada iki ayrı karar mevcut olacaktır. Hem de feragat hakkında ek karar verilmesi için dava dosyalarının Danıştay'ca mahkemelere gönderilmesi halinde idare mahkemelerince davadan feragat istemlerini kabul edip etmeme noktasında değerlendirme yapılmasının önüne geçilmektedir.

Bu sebeple, ek karar müessesesinin idari yargılama hukukunda uygulanıp uygulanmayacağı, uygulanacaksa usulünün en kısa süre içerisinde İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda düzenlenerek açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

D. KABUL

Davacının talep sonucuna davalının kısmen ya da tamamen muvafakat etmesine kabul denir. Kabul de tıpkı feragat gibi davaya son veren bir taraf usul işlemi olup karşı tarafın (davacının) rızasına ya da mahkemenin muvafakatine bağlı değildir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre kabul, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalarda hüküm doğurur. Buna göre, idari yargıda tasarruf serbestisinin olmadığı özellikle iptal davalarında davalının sadece kabul beyanının hüküm doğurmayacağı Danıştay ve öğretide çoğunluk tarafından benimsenmektedir. İdari yargılama hukukunda idarenin kabul beyanının hüküm ve sonuç doğurabilmesi için uyumsuzluğa konu işlemin idarece ortadan kaldırılması ya da iddia edilen zararın davacıya tazmin edilmesi gerekir. İptal davalarında dava konusu işlemin idarece geri alınmasının davayı kabulden ziyade davanın konusuz kalma sebebi olarak değerlendirilebileceği söylenebilir. Uygulamada yargılama esnasında idarece işlemin geri alınması dolayısıyla yargı organlarınca davanın konusu kalmadığından karar verilmesine yer olmadığı kararı verilir. Ancak aynı işlemin yargı kararı sonrasında idarece yeniden tesis edilmesi mümkündür. Dolayısıyla idari işlemin geri alınması kesin hükmün sonuçlarını doğurmaz. Bu sebeple işlemin geri alınması ile davanın kabulünün aynı mahiyette olmadığını ifade edilmesi yanlış bir yaklaşım olmaz. İşlemin kaldırılması hususuna gelince, kaldırma idari işlemi geleceğe dönük olarak ortadan

kaldırıldığından işlemin kaldırma tarihine göre doğurduğu hüküm ve sonuçlar geçerli olduğundan mahkemece yargısal incelemeye devam edilmesi gerekir ve kaldırma işlemi davanın kabulü olarak nitelendirilemez.

Öte yandan, mahkemenin yürütmeyi durdurma ya da iptal kararından sonra idari işlemin geri alınması davanın konusuz kalması ya da davanın kabulü olarak değerlendirilemez. Zira burada yargı kararının uygulanması söz konusudur.

Tam yargı davalarında ise iptal davasından farklı olarak medeni usul hukukundaki davanın kabulü müessesesinin geçerli olduğu ve aynen uygulanabileceği genel kabul görmüştür. Davaya konu tazminatın idari işlem ya da eylemden zarar gördüğünü iddia eden davacıya ödenmesi ile davalı idarece dava kabul edilmiş olur ve dava sona erer. Burada öğretilde, ilk derece mahkemesince davanın reddine karar verilmesi durumunda davacının hukuken bir alacağının doğmadığı tespit edileceğinden idarenin zarara uğramaması ve üçüncü kişilerin haksız kazanç sağlamaması için davayı kabulün geçerli olmaması gerektiği dile getirilmektedir.¹¹

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre davayı kabul hüküm kesinleşinceye kadar her zaman yapılabilir. İdari yargıda da tam yargı davasının ret kararıyla sonuçlanması hariç olmak üzere her aşamada idarece kabul yapılabileceği söylenebilir.

SONUÇ

İdari yargılama hukuku medeni usul hukukuna göre daha yakın tarihte oluşmuş bir hukuk dalı olduğundan genel yargılama usulüne ilişkin bazı konularda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan yararlanılması doğaldır. Ancak her iki yargılama hukuku mahiyeti, yargılama tekniği, amaçları bakımından birbirinden epey farklılık arz eder. Medeni usul hukukunda tarafların eşitliği, tarafların yargılamaya hakim olması, yargılamadaki nihai hedefin hakkın ortaya çıkarılması gibi kendine özgü ilkeler vardır. İdari yargılama hukukunda ise davanın bir tarafını icrai karar alma gücüne sahip idare oluşturur ve hâkim maddi olayı re'sen tahkik ederek yargılamayı

¹¹ Seçkin Yavuzdoğan, **İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. Maddesi Çerçevesinde Medeni Yargılama Hukuku-İdari Yargılama Hukuku İlişkisi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul, 2007, s.219.

baştan sona yürütür. Ayrıca yargılamanın amacı da idarenin hukuka bağlı kalmasını sağlamak ve hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmektir. Bu farklılıklar sebebiyle İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda birtakım kurallar düzenlenmiştir. Bu kanunda yer verilmeyen bazı müesseselerde ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapılmıştır. Ancak bu atıf yapılan düzenlemelerin madde sayısı 100'ü aşmaktadır. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun tamamının 65 maddeden oluştuğu göz önüne alındığında yapılan atıfların fazlalığı dikkat çeker. Oysa yargılama tekniği, mahiyeti ve amaçları bu kadar farklı olan yargılama hukukunda bu derece atıf yapılmasının isabetsiz olduğu kuşkusuzdur. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na yapılan bu yollamaların idari yargılama hukukuna birebir uyum sağlamadığı bu nedenle yargı organlarınca yollama yapılan bu kuralların idari yargılama hukukuyla uyduğu ölçüde ve şekilde içtihatlarla uygulandığı görülmektedir. Kanunun yollama yaptığı ve açıkça düzenlediği konularda içtihat yapılması doğru bir yaklaşım olmadığından yollama yapılan konuların idari yargılama hukukunun kendine özgü kuralları ve ilkeleri doğrultusunda müstakil olarak İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda düzenlenmesi bu sorunun çözümü için en isabetli yol olarak görünmektedir.

KAYNAKÇA

Erol Çırakman, "Hukuk Yargılama Usulünün İdari Yargıda Uygulanması", İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara, 10-11 Haziran 1982.

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez/Prof. Dr. Oğuz Atalay/Prof. Dr. Muhammet Özekes, "Medeni Usul Hukuku", Yetkin Yayınları, 8. Bası, Ankara, 2009.

Tolga Mahmat, "İdari Yargılama Usulü Kanununun Hukuk Muhakemeleri Kanununa Yaptığı Atıfların Uygulanabilirliği", Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2014.

Prof. Dr. Metin Günday, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı", İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması Ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu, Ankara, 2001.

Zehra Karakuş, "İdari Yargıda Hukuk Muhakemeleri Kanununun Uygulanması," Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.

Prof. Dr. Melikşah Yasin, "İdari Yargılama Usulünde Davadan Feragat ve Davayı Kabul", Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.3-4, 2004.

Prof. Dr. Metin Günday ve Prof. Dr. Zehra Odyakmaz, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu," Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Sayı:63, Ankara, 2003.

Fikri Bedir, "İdari Yargılama Usulünde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Uygulanma Kabiliyeti", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010.

Prof. Dr. Münci N. Çakmak, "İdari Yargıda Davadan Feragat", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.53, Sayı:1, Ankara, 2004.

Seçkin Yavuzdoğan, "İdari Yargılama Usulü Kanununun 31.Madde Çerçevesinde Medeni Yargılama Hukuku-İdari Yargılama Hukuku İlişkisi", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul, 2007.

ÜÇÜNCÜ OTURUM TARTIŞMALAR

Hasan GÜZELER (Oturum Başkanı): Sayın Sınmaz siz de yargılamada hepimizin karşılaştığı sorunları gündeme getirdiniz. Çok teşekkür ediyorum. Sayın Başkanım, kıymetli meslektaşlarım oturumun bu tebliğ bölümü sona erdi. Şimdi soru-cevap kısmına geçiyoruz. Soruları alabiliriz. Buyurun lütfen.

Ömer ŞİŞEK (İdari Yargı Hâkim Adayı): Öncelikle merhaba, sunumda emeği geçen herkese çok teşekkür ediyorum. Birinci sorum: Davaya müdahil olacak kişinin de taraf ve dava açma ehliyetine sahip olması gerekir mi? İkinci sorum: Kanundaki düzenleme uyarınca müdahil olarak katılan kimse, katıldığı tarihten sonraki aşamalar yönünden davayı takip edebilir. Dosyanın tekemmül aşamasından sonra esas hakkında bir delil değerlendirmesinden sonra örneğin bilirkişi raporunun taraflara tebliğ edilmesi aşaması geçtikten sonra davanın ihbarı yapılmışsa ve ardından davaya müdahale kabul edilmiş olursa; müdahil talebinden önce değerlendirilmiş ancak davanın esasına etki eden söz konusu bilirkişi raporunun müdahale tebliğ edilip itirazlarının değerlendirilmesi gerekir mi?

Hasan GÜZELER (Oturum Başkanı): Ömer Bey, bu soruyu kime yönelttiniz?

Ömer ŞİŞEK (İdari Yargı Hâkim Adayı): İlk soruyu Ali Akyıldız Hocama yönelttim. İkinci soruyu da Sayın Başkanımız Emin Sınmaz cevaplarsa memnun olurum.

Prof. Dr. Ali AKYILDIZ: Elbette müdahale talebinde bulunmak için de fiil ehliyeti gerekir. Davada taraf olamayacak ve davayı tek başına yürütemeyecek bir kişinin, mesela bir küçüğün, çocuğun veya akıl hastalığı bulunan bir kişinin kendisinin şahsen ve doğrudan davaya müdahale talebinde bulunması söz konusu olmaz. Onların yerine vasilerinin müdahale talebinde bulunması gerekir. Ama fiil ehliyetine sahip olanlar varsa fiil ehliyetine sahipse daha doğrusu, o zaman kendisi doğrudan müdahale talebinde bulunabilir.

Emin SINMAZ (Danıştay Daire Başkanı): İkinci soru, müdahilin bilirkişi raporu geldikten sonra davaya katılması durumunda bilirkişi raporuna itirazı noktasındaydı değil mi? Şimdi müdahilin önümüze gelen dosyalarda hakkı ihlal edilen kişi olarak idare yanında davaya katıldığını varsaydığımızda mahkemelerce de hukuki gerçekliğin ortaya çıkarılması ana amaç olduğundan, önümüzdeki plan değişikliği ya da plana karşı açılan davalarda elbette ki keşifle, bilirkişi raporuyla ortaya çıkan durumlara itiraz edebilmesi ve kendini ya da idari işleme yönelik olarak itirazlarını ortaya koyabilmesi gerektiğini düşünürüm. Amaç burada müdahilin hakkının korunması, idari işleme karşı açılan bu davada hukuki gerçekliğin ortaya çıkarılması. Teşekkür ediyorum.

Hasan GÜZELER (Oturum Başkanı): Ben de teşekkür ediyorum. Evet, başka söz almak isteyen var mı? Buyurun Sayın İbrahim Topuz.

İbrahim TOPUZ (Danıştay Üyesi): Ben Emin Sınmaz Başkanına bir soru yöneltceğim. Kısmen Melikşah Hocam da bahsetti. Davadan feragat sebebiyle mahkeme karar verdikten sonraki süreçte davacının davasından feragat etmesi durumunda karar mı verelim? Yoksa bozup mu karar verelim? Burada şöyle kısaca iki husus var sormak istediğim. Birincisi, sizin dairenizde de zaman zaman gördük, her feragat edenin feragatı kabul edilmiyor. Sonrasında da diyelim ki mahkemeye bu hususu bozmadan ek karar ver diye gönderirsek, mahkemenin direnme hakkını elinden almış olur muyuz? Çünkü mahkeme de bunu değerlendirecek ve feragat ediyor kabul de edebilir ya da feragatı kabul etmeden eski kararını vermek de isteyebilir. Bir bu husus var, bir de bazı davacılar şöyle yapıyor, hepinizin malumu feragat ediyor, sonra da feragattan feragat ediyor. Şimdi diyelim ki davacı lehine bir iptal kararı alınmışsa, bize geldiği aşamada davacı feragat etti sonra da kararı biz bozmadan gönderirsek iptal kararı da ayakta kalmıyor mu bozulmadığı için. Davacı her ne kadar burada feragat dilekçesi verdim ama şurada da iptal kararım var. Gidip bir taraftan da hakkımı almak istiyorum diye başvurursa yani İdari Dava Daireleri Kurulu kararında olduğu gibi bu tür bir karar ekstra yeni sorunlar ortaya çıkarmaz mı? Teşekkür ediyorum.

Emin SINMAZ (Danıştay Daire Başkanı): Şimdi muhakkak ekstra yeni sorunlar çıkaracak. Biz, önümüze feragat dosyaları geldiğinde genel bir

büyük heyet yapıp, büyük heyetle karara bağlayıp ek karar alınması noktasında bir karara vardık ama her kararı verdiğimizde bunun sorunlara yol açacağını hep düşündük. Özellikle bölgelerden gelen bazı tepkiler tam da sizin o söylediğiniz gibi yani feragatın kabul edilmeyeceği durumlarda, feragat edilmemesi yönündeki o karar verme hakkının elimizden alınması yönünde. Bu yönden hep eleştiriler aldık. Bizi şu aşamada rahatlatan şey, dosya İçtihadı Birleştirme Kurulunda, oradan çıkacak karara göre bu kararlarımızı yeniden şekillendireceğiz. Ama problemlere yol açtığı evet muhakkak.

İbrahim TOPUZ (Danıştay Üyesi): Bozma kararı verip göndersek bu sorunlar olur mu?

Emin SINMAZ (Danıştay Daire Başkanı): Sanki daha uzunmuş gibi. Teşekkür ediyorum.

Hasan GÜZELER (Oturum Başkanı): Ben de bu konuda bir iki hususa değinmek istiyorum. Sayın Yasin Hocamız da bu konuya bir eleştiri getirdi. Feragat nedeniyle temyizde bozma kararı verilmesini eleştirdi. Bozma ifadesinin özellikle kullanılmaması gerektiğini söyledi. Tabii bu gerçekten değerlendirilebilir bir yaklaşımdır. Çünkü kararın bozulmasından ziyade örneğin kararın kaldırılması veya dava dilekçesinin iptali gibi bir kavram da kullanılabilir ancak feragat nedeniyle temyizde verilen bozma kararları ile devamında verilen karar verilmesine yer olmadığı kararları içtihatla yıllar içerisinde oluşan bir yaklaşımdır. Adli yargıda da ek karar müessesesi gelmeden önce aynı uygulama yer almaktaydı. Ek karar müessesesini İçtihadı Birleştirme Kurulunda da tartışacağız. Bu nedenle burada çok fazla girmek de istemiyorum. Şunu açık yüreklilikle belirtiyim ki; ek karar müessesesini idari yargıda da kullanmak argüman olarak daha güçlü. Çünkü hukuk muhakemeleri usulünde ek karar müessesesi düzenlenmiş durumdadır. Ancak ek karar müessesesi neden getirilmiştir? Gelişmesi nasıl olmuştur? Kanun koyucu ek karar müessesesini getirirken gerekçesi nedir? Yargıtay müdahale dilekçesi verilen dosyaları da diğer esas dosyalar gibi sıraya koymakta ve bu dosyalara da sırası gelince karar vermekteydi. Kanun koyucu ek karar müessesesinin feragat edilen davalarda da uygulanmasını öngörürken Yargıtay'ın söz konusu uygulamasının davaların uzamasına

sebebiyet verdiği gerekçesine dayanmaktadır. Geçmişte idari yargı yerlerinde de böyle uygulamalar vardı. Ama son yıllarda, bir dava dosyasına müdahale dilekçesi geldiği zaman o dosya öncelikle çıkartılmaktadır. Dolayısıyla feragat edilen davaların idari yargıda gecikmesi gibi bir sorun yoktur. Ek karar müessesesinin uygulama örnekleri içtihat olarak adli yargıda gelişmiştir. Örneğin, mahkemeye gidiyorsunuz hâkim kararı vermiş ama kararda hükümle ilgili bir konuyu unutmuş ise onu hemen kararın altına uygulamada yazabiliyordu. Bu konulardaki tartışmalardan sonra, bu ek karar müessesesinin geliştirildiğini düşünüyorum.

Ek karar müessesesi idari yargılama usulümüzde bazı sıkıntılara neden olabilir diye biz feragat isteminde bulunulan dava dosyalarında, eski sistemi devam ettirmek gerektiğini düşündük. Çünkü 2577 sayılı Kanun'un 31. maddesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerini idari yargıya uyarlama yetkisini de içinde barındırmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun feragat ile ilgili hükümlerini ek karar müessesesi ile ilgili kısmı hariç uygulamaya devam ediyoruz. Sonuç olarak tabii ki bu konu İçtihadı Birleştirme Kurulunda enine boyuna tartışılacak ve karara bağlanacaktır. Evet, başka soru sormak isteyen varsa; buyurun lütfen.

Nuran DOĞAN ÇAKMAK (Danıştay Tetkik Hâkimi): Melikşah Yasin Hocama bir sorum olacak. Atıf yapılan konulardan biri de delillerin tespiti ve keşif. Bu konuda Altıncı Daire olarak, ilk derece dosyalarda özellikle imar planlarıyla ilgili keşif yapıyoruz. Keşifle ilgili olarak derece farkı da olması nedeniyle istinabe yolunun kullanılıp kullanılmayacağını mümkün olup olmadığı noktasında görüşünüzü merak ettim. Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Melikşah YASİN: Kanaatimce kullanılabilir. Yerel idari yargı mercilerine keşif ve bilirkişi incelemesi istinabe yoluyla yaptırılmasına bir engel yok. Hatta burada maddi gerçeği ortaya çıkarmak için etkili ve usul ekonomisi bakımından yararlı bir araç da olabilir.

Hasan GÜZELER (Oturum Başkanı): Peki başka sorusu olan var mı? Teşekkür ediyorum buyurun.

Dr. Gülşen KÖSE (Danıştay Tetkik Hâkimi): Sayın Melikşah Hocamın fikrini almak istiyorum. İdarenin davayı kabulüne ilişkin olarak avukatlık

yaptığım dönemdeki bir dosyadan kısaca bahsetmek istiyorum. Üniversite bir doçentlik kadrosu açıyor. İki kişi başvuruyor. Birisi atanıyor, birisi atanmıyor. Atanmayan kişi kendisinin atanmamasına ve diğer adayın atanmasına ilişkin işlemin iptali talepli bir dava açıyor. Ataması yapılan kişi de davaya müdahil olarak katılıyor. Dava devam ederken rektör imzalı bir olur veriliyor mahkemeye ve deniliyor ki biz bu davayı kabul ettik. Mahkemede sonuçlanıyor. Müdahil olan aday temyiz başvurusunda bulunuyor. Fakat deniliyor ki tek başına müdahilin temyizi kabul edilmiyor ve dava bu şekilde kapanıyor. Şimdi benim naçizane fikrim idarede bana göre özel hukuktaki gibi iki taraf söz konusu değil. Yani özel hukuktaki gibi eşit ilişkiler yok. Yani idare özel hukuktaki gibi canım istedi ben davayı kabul ediyorum demesini çok uygun bulmuyorum haddim olmayarak. Burada öncelikle idarenin bana göre davayı kabulüne ihtiyaç yok. Çünkü idare işlemi geri alabilir ya da bir işlemi reddetmiş ise dava aşamasında da bu işlemi tesis etmesi mümkün. Bu durumda zaten dava konusuz kalacak. Ama benim baktığım davadaki gibi örneğin rektör tek imzası ile bir doçent atamasını gerçekleştiremez. Çünkü onun belli prosedürleri var. Kendisinin yapamadığı bir işlemi hukuku dolanarak rektör tek imza ile gerçekleştirmiş sonucunu görüyoruz. Dolayısıyla idarenin tek başına tutup da bir imzayla davayı kabul ettim demesinin bana göre uygun olmadığını düşünüyorum. Eğer aksi görüş olursa denilirse ki tabii ki idarenin de kabul yetkisi var. Bu durumda da mahkemelerin bu davayı kabul ettim diyen kişi yetkili mi? Bu kamu düzenini ilgilendiriyor mu gibi incelemeler yapması lazım. Ama benim taraf olduğum o davada mahkeme bu incelemelerin hiçbirisini yapmadı. Sadece kabul var dedi ve dosyayı kapattı. Dolayısıyla ben idari yargıda öncelikle davayı kabule ihtiyaç olmadığını düşünüyorum. İhtiyaç var ya da bu mümkün denirse de bunun sıkı bir denetimden geçmesi gerekir. Öncelikle yetki yönünden. Çünkü tesis edemediği bir işlemi geri alma hakkına ya da o davayı geri almasının mümkün olmadığını düşünüyorum. Sizin de bu konudaki fikrinizi almak istedim. Teşekkür ediyorum.

Hasan GÜZELER (Oturum Başkanı): Buyurun hocam.

Prof. Dr. Melikşah YASİN: Ben teşekkür ederim. Şimdi burada çok isabetli bir beyanda bulundunuz. Ben tabii detaya girmedim ama burada biz kabul beyanında bulunmak için de idarenin kendi tabii olduğu kurallar

çerçevesinde bir karar alması gerekiyor. Yani mesela bir imar planına ilişkin belediye meclisi karar alıyor ise o davanın hukuka aykırı olduğu yönünde bir dava açıldığında da eğer o dava kabul edilecekse elbette ki burada yine bir belediye meclisi kararı gerekiyor. Belediye başkanı, belediyeyi temsil ediyorum davada diyerek tek başına karar alamaz. Dolayısıyla sizin verdiğiniz örnekte de öyle. Burada atama yetkisi yönetim kurulunda nihayetinde rektör onayı ile atama yapılıyor. Tabii ben konuşurken en son adım olarak sadece kabul beyanını esas aldım ama kabul beyanının hukuka uygun olabilmesi için idarenin kendi iç işleyişindeki tabi olduğu kurallara ve usullere uygun davranması gerektiğine de hiç şüphe yok. Eğer böyle bir davranışta bulunmadan kendi tabi olduğu kurallara, usullere uygun davranmadan bir kabul beyanında bulduysa elbette ki bu kararın hukuka uygun olmadığı ileri sürülebilir. Yani yetkisiz, yetki ve şekil kurallarına uygun olmadan bir kabul beyanında bulundu iseler. Ama ben şahsen, tabii bu farklı görüşler olabilir, idari işlemin geri alınması veya tam yargı davası talebinin kabul edilmesi gibi durumları da kabul olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyim. Şöyle bir faydası var: Eğer bunu kabul olarak kabul edersek bir müessese olarak Emin Bey'in sunumundaki riski bertaraf etmiş oluruz. Çünkü artık geri aldığı işlemi tekrar tesis etmesi ve dolayısıyla ilgilinin bu yeni işleme karşı da yeni bir dava açması mümkün olmaz, davacı lehine mesele kesin olarak çözülmüş olur. Böyle bir faydası olduğunu düşündüğüm için, dava dışında olsa bile, idari işlemin geri alınması, tam yargı davasına konu tazminat talebinin karşılanması, davanın kabulü olarak değerlendirilmesi gerekir diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Ali AKYILDIZ: İşte tam da bu noktada davanın maddi tarafı(davanın gerçek tarafı) kavramına da başvurmak gerekiyor. Burada davanın gerçek tarafı, aslında haklı menfaati etkilenen ve atama işlemi iptal edilen kişidir. Dolayısıyla bunun müdahil sıfatı ile tek başına temyize başvurabileceğinin kabul edilmesi gerekir. Bunu da vurgulamak istedim.

Hasan GÜZELER (Oturum Başkanı): Evet, başka soru sormak isteyen varsa; buyursun lütfen.

Abdullah ATAY (Danıştay Tetkik Hâkimi): Aslında bir önceki soruyla da biraz bağlantılı. Ben de Sayın Melikşah Yasin Hocamı öncelikle tebliğleri

için tebrik ediyorum. İptal davalarında davayı kabul müessesesi ile ilgili olarak şimdi geri alma ayrı bir idari işlemle söz konusu olduğu için bunun da ayrı bir iptal davasıyla denetimi söz konusu olabiliyor ve bu içtihadı Birleştirme Kurulu kararıyla çizilen çerçevede geliştirilerek çok katı bir yeniden hukuka uygunluk denetimine tabi tutuluyor. Şimdi tam da konuşulan diğer ihbar ve müdahale gibi konular çerçevesinde bazı iptal davaları da aslında davanın tarafı olmayan üçüncü kişilerin menfaatini doğrudan ilgilendiriyor. Eğer burada idare, kabul yerine geri alma yolunu izlerse örneğin bir ihale ya da üçüncü kişinin atanmasına ilişkin işlemde bu geri alma işlemi çok sıkı bir hukuka uygunluk denetimine tabi tutuluyor. Eğer bu kabul gibi muhakeme hukukunda sadece uyuşmazlığı sona erdiren bir taraf usul işlemi ile gerçekleşirse idarenin işlem tesisi yerine bir usul iradesiyle ortaya koyduğu bu iradenin denetimi mümkün olabilir mi? Ve bu sefer de bir ötesi şunu varsaysak kabul tek başına sonuç ifade etmez, yeniden bir geri alma işlemi tesis edilmesi gerekir desek, o zaman da kabul müessesesinin zaten işlevsiz bir hale gelmesi gerekmez mi? Yani ben özellikle geri alma yerine kabule böyle bir sonuç bağlanmasının üçüncü kişinin menfaatini etkileyen iptal davalarında bir sakınca doğurup doğurmayacağı noktasında görüşlerinizi merak ediyorum. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Melikşah YASİN: Aslında bu üçüncü kişi sübjektif dava açma ehliyetine sahip olan taraf. Yani müdahale konusuna girmek istemiyorum. Bu davaların çoğunda aslında müdahil olanlar kendi başlarına da dava açabilecek olan kişiler. Tabii davacı tarafında müdahil olanlar bakımından söylüyorum. Dava açmayı mevcut bir davada davacının yanında yer almayı tercih ediyorlar. Dolayısıyla da normalde bunlar dava açabilir. Şimdi tabii ki burada kabul müessesesinin feragatte de olduğu gibi idare hukukunun ve idari yargının kendine özgü özelliklerini dikkate almak gerektiğine hiç şüphe yok. O nedenle burada kabul, kabul beyanını adli yargıda irade sakatlığı var mı yok mu, burada kabulün şartlarını taşıyor mu taşıyor mu gibi mahkemenin bir değerlendirme yapması gerektiği gibi idari yargıda da davanın kabul edilip edilmediği değil kabulün şekli olarak en azından hukuka uygun olup olmadığı irade sakatlığının bulunup bulunmadığı, gibi hususlarını dikkate alınması gerekir, Dolayısıyla, idari yargılama usulünde de kabul beyanının gerçekten idarenin yetkili organları tarafından alınıp alınmadığı, usulüne uygun olup olmadığı hususlarını idari yargı merciileri

değerlendirebilir. Ama idare işlemini geri aldıysa bunun hukuka uygun olup olmadığını tartışmak ayrı bir davanın konusu. Bence mevcut dava bakımından artık onu nihayetinde kabul müessesesi kapsamına sokmasak bile, idari yargıdaki dava zaten konusuz kaldığı için zaten sonlandırılıyor. Geri alma işleminin hukuka uygun olup olmadığı dava konusu edilse ve o dava sonuçlansa bile ilk dava zaten sonuçlanmış olacağı için ona doğrudan bir etkisi olmayacağını düşünüyorum.

Hasan GÜZELER (Oturum Başkanı): Peki, teşekkür ederim hocam. Başka sorusu olan var mı? Buyurun lütfen.

Furkan OTLUOĞLU (İdari Yargı Hâkim Adayı): Başkanım, benim bir hukuki kurum hakkında, birbiriyle bağlantılı iki sorum var. Sayın Melikşah Yasin Hocamıza sormak istiyorum. Bir de uygulama açısından Sayın Emin Sınmaz Başkanımıza sormak istiyorum. 2020 yılında 7251 sayılı Kanun ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda birtakım değişiklikler yapıldı. Kanun 305/A maddesine de hükmün tamamlanması müessesesi getirildi. Taraflardan her biri nihai kararın tebliğinden itibaren bir ay içerisinde yargılamada ileri sürülmesine veya kendiliğinden hükme geçirilmesi gerekli olmasına rağmen hakkında tamamen veya kısmen karar verilmeyen hususlarda, ek karar verilmesini isteyebilir. Bu karara karşı kanun yoluna başvurulabilir şeklinde. Aynı kanunda yine feragatta ek karar müessesesi de yürürlüğe girmiş oldu. Ve bunun uygulanıp uygulanmayacağı yönünde birtakım kararlar mevcut. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda hükmün tamamlanması konusunda açık bir atıf bulunmamakta. Ancak idari yargıda ilk derece mahkemesince kesin nitelikte verilen kararlar söz konusu. Bu kararlara karşı kanun yoluna başvurulamıyor. Kanun yararına bozma halinde de taraflara etkisi bulunmamakta. Bu doğrultuda mahkemece eksik hüküm kurulması ya da yargılama gideri veya vekalet ücretine hükmedilmemesi ya da eksik hükmedilmesi halinde bunlar kesin nitelikte kararlar olduğundan dolayı kanun yoluna başvurulamadığından bu sorunların çözümü hak kayıplarının önlenmesi ve usul ekonomisi açısından düşünüldüğünde birinci sorum şu olacak. 31. maddede sayılan hukuki kurumlar sınırlı sayıda mı belirtilmiştir? Yani atıf yapılmamasına rağmen hükmün tamamlanması müessesesinin uygulanması mümkün müdür? Sınırlı sayıda olduğu kabul edilecek olursa hükmün tamamlanması kurumuna atıf yapılması ya da

bağımsız bir düzenleme yapılması konusunda bir kanun değişikliği yapılmasını önerir misiniz? Bu konu hakkındaki fikirleriniz nelerdir? Sorumu temellendirmek adına da şunları söylemek isterim efendim. Atıf yapılan konular, hukuki kurumlar ayrıca İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda düzenlenmemiş. Hani ek karar verilmesi noktasında feragata atıf var ancak ek karara atıf bulunmadığından uygulanıp uygulanmayacağı yönünde farklı kararlar mevcut. Bir de oturumun başında uzman görüşü hakkında açıkça atıf bulunmamasına rağmen uygulanmasının faydalı olabileceği yönünde bir görüş belirtmişsiniz. Keza müdahilin de tek başına kanun yoluna başvurusunun mümkün olduğu yönünde kararlar verildiği belirtildi. Açıklamalarınız için şimdiden teşekkür ederim.

Prof. Dr. Melikşah YASİN: Şimdi sondan başlayayım müsaadeniz olursa. Uzman görüşüne atıf yoktur değil de bu müessese HMK'da bilirkişilik başlığı altında düzenlendiği, bilirkişiliğe de atıf olduğu için böyle bir yorum yapmak suretiyle uygulanabileceği yönünde kanaat belirtmiştim. İkincisi aslında konuşma metnimin başında bunlardan bahsetmiştim ama çok meşgul etmemek için oralara değinmemiştim. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. madde atfının sınırlı olduğu kanaatindeyim. Yani bütün olmayan veya diğer usul müessesesine uygulanabileceği gibi bir yaklaşımın doğru olmadığını düşünüyorum. Dolayısıyla da atıf yoksa, bu genel bir hukuk ilkesinden de doğmuyor ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nu hükümlerinin uygulamasının doğru olmadığını düşünüyorum. O nedenle bu yaklaşım doğru olmaz. Bahsettiğiniz sorunları çözmek bakımından tek dereceli yargılamanın geçerli olduğu mesela sınır dışı kararlarında olduğu gibi böyle bir müessese faydalı da olabilir elbette ki. Tabii ki bunun idari yargılamanın üzerinde özel olarak üzerinde düşündüğüm bir boyutu yok. Ama muhakkak ki faydası olabilir. Bu tür bahsettiğiniz şekilde çok açık, bariz hukuka aykırılıkları ve hukukun eksikliklerini gidermek bakımından faydalı olabilir.

Emin SINMAZ (Danıştay Daire Başkanı): Şimdi şöyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu 305. madde "Hükmün Tavzihi" başlığı altında ya o anlamda. Şimdi atıf yapılan 31. madde de bu yok. Kaldı ki bizim İdari Yargılama Usulü Kanunu'muzda "Açıklama" başlıklı 29. madde var. Herhâlde onu uygulayamayız gibi geliyor. 31. madde de yer almadığı gerekçesiyle.

Abdurrahman GENÇBAY (Danıştay Daire Başkanı): Ben de hocalarımıza ve Sayın Başkanlarımıza katkılarından dolayı çok teşekkür ediyorum. Bir iki katkı verip bir konuya değinmek istiyorum. Birincisi, biraz önceki konuda, hüküm altına alınmamış bir konuda VDDK'da bir uygulamamız geçti ve Dokuzuncu Dairede de geçti. Yani HMK'da 31. madde de doğrudan yollama yok. Ama biz zaten doğrudan yollama yapılan konularda sıkıntıya giriyoruz. Onları aşmakta zorluk çekiyoruz. Bir de yollama yapılmayan konularda da eğer HMK 31. maddeyi uygularsak o daha büyük bir sorun yaratır. Nitekim biz kendi içtihadımızı geliştirdik. Evet, ortada bir hükmedilmeyen bir vekâlet ücreti var idi ve taraf temyizi vardı. Tıpkı VDDK'da olduğu gibi. Ama HMK ile bağlantı kurmadan biz bunu kendi içtihadımızla, VDDK'da kendi içtihadıyla çözdü. Bir diğer konu kabul konusunda, usule uygun olarak prosedürün tamamlanmadan bir beyanıyla karşı karşıya kalması durumunda, yargı merciinin bunu re'sen incelemesi konusu evet, bu da önümüze gelen konulardan bir tanesiydi. Bir vergi dairesi müdürünün dilekçe imzalamasıyla kabul beyanı vardı. Baktığımız zaman yetkili vergi dairesini temsile yetkili, ancak biz ara kararıyla bunu sorduk çünkü kabul Maliye Bakanlığının onayına tabi, sorduk böyle bir kabul beyanını onaylayan bir üst mercii var mı diye. Yoktu. O yönde ara kararına cevap gelince biz işin esasını inceledik. Bu küçük katkılardı. Asıl atıf yapılan ve bizi de sıkıntıya sokan konulardan bir tanesi müdahale talebi. Evet, biraz önce Emin Başkanım da çok güzel ifade etti. Onüçüncü Dairemizin kararı da var. Davacı yanında müdahale prensip olarak kabul edilmeme noktasına gelmiş. Niye? Davacı yanında müdahil olacak kişi açsın davasını, kendisi bu işi yürütsün. Ama öyle konular var ki davacı yanında müdahil olmasını gerektiren bir durum var. Ama dava açma hakkı yok. Ve üstüne üstlük bazı davalarda bu kamu idaresi de olabiliyor. Yani kamu idaresi davacı yanında müdahil olma ihtiyacı hissediyor. Niye? Bir sonraki aşamada belki rücuda kaynaklanan nedenlerle ki vergide de olabilir bu. Kanuni temsilcinin sorumluluğu kapsamında bir kanuni temsilcinin açmış olduğu davada henüz diğer kanuni temsilciye gidilmemiş olsa dahi, sonraki aşamada aleyhe sonuçlanması durumunda o kanuni temsilcinin diğerine rücu etmesi hakkı olması nedeniyle yani ikincil bir sorumluluk nedeniyle belki davacının yanında onun da müdahalesi kabul edilebilir noktaya gelir. Bu da önümüze gelen bir örnek değil tabii. Çok fazla olmuyor vergi mahremiyeti nedeniyle. Asıl konu bu katılma konusunda 31. maddede yapılan son değişiklikle

tahkikat aşamasına kadar getirilen bir sınırlama. Şimdi biz buna Kanun'da doğrudan atıf yapılmış, bir taraftan uyuyoruz, bir taraftan tahkikat aşamasını kanun yollarına kadar nasıl taşıyacağız? Bunun bir çıkmazını hocalarıma ve başkanıma sormak istiyorum. Bir diğer husus, bu da teorik bir şey belki pratikte çok önümüze gelmez. Bazen ihbarda da bulunuyoruz taraflara. Ama ihbarda bulunduğu taraf katılma talebini belirtmedikten sonra, sonraki aşamada kanun yollarında katılma talebinde bulunursa bu bir kısıtlayıcı hüküm olabilir mi? Yani ihbarıma rağmen sen buna katılmadın. Dolayısıyla bu hakkın düştü. Böyle bir hak düşürücü neden olabilir mi? İhbara rağmen katılmayan kişi aleyhine. Teşekkür ederim. Bu hem başkanım hem hocalarımın bu konuda bir katkıları olursa teşekkür ederim. Sağ olun.

Prof. Dr. Ali AKYILDIZ: Şimdi, önümüzdeki bir diğer sorun, katılmada yargısal aşama konusu. Yani tahkikat aşaması diyor. Ama 31. maddede ihbarla ilgili özel bir düzenleme var. İhbarla katılmayı birbirinden ayıramayız. Birbirini takip eden işlemler bunlar. Dolayısıyla zamanında ihbar yapılmadıysa o ihbarla ilgili hükme dayanarak katılmayı ileriki aşamalarda da kabul etmek gerekir, çünkü bu kamu düzeninden olan bir durumdur. Buradan yorumla kanun yolları aşaması dahil her aşamada katılma talebinde bulunulması mümkün olabilir. Yani burada bir sorun görmüyorum. Ama kendisine ihbar yapılan kişinin makul bir sürede cevap vermeyip, ilk derece yargılaması aşaması bitmiş, kanun yollarında katılmaya çalışmasını da pek doğru bulmuyorum. Burada pek uygun gözüküyor bence. Ama bunun da istisnası, yargılama aşamalarında özellikle Bilirkişi Raporu ile ortaya çıkan, baştan mevcut olmayan kanıtlardan ve hukuksal durumlardan dolayı eldeki davanın üçüncü kişinin hak ve menfaatlerini etkilediğinin ortaya çıkması durumudur. Ancak öyle bir durumla sınırlı olmak üzere, üçüncü kişinin müdahale talebinin kabulü gerekebilecektir.

Emin SINMAZ (Danıştay Daire Başkanı): Şimdi bizim müdahilin tek başına kanun yoluna başvurabilip başvuramaması noktasında yapmış olduğumuz tartışmalarda da ortada bir hak ihlali oluyor. Yani kişinin iş yeri kapatılacak ya da ruhsatı iptal edilecek. Aslında müdahil yanında katıldığı tarafın aleyhine usulü işlemlerde bulunamaz diyoruz. Normal şartlarda bu kanun hükmüne göre, tek başına da temyize de gelememesi lazım ama önümüze öyle uyuşmazlıklar geliyor ki bizim bu kanun maddesini bir

anlamda yorumlayarak tek başına müdahilin kanun yoluna gelebileceği yönünde içtihatla doldurmuş oluyoruz. Yine ihbarda ve tahkikat aşamasına kadar olması gerektiği yönünde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda açık hüküm var. Ama dediğimiz gibi o ihbar müessesesi uygulanmamışsa temyiz aşamasında da onun kabul edilmesi gerektiğini çünkü uyuşmazlığı çözerken hep kamu yararı diyoruz, kamusal etkisi çok fazla diyoruz. O anlamda hukuki gerçekliğin ortaya çıkarılması açısından tahkikat aşamasını geçtikten sonra da, temyiz aşamasında, istinaf aşamasında da müdahale talebinin kabul edilmesi gerektiğinin daha hukuki olduğunu düşünüyorum.

Hasan GÜZELER (Oturum Başkanı): Buyurun Sayın Başsavcım.

Nevzat ÖZGÜR (Danıştay Başsavcısı): Dünkü sunumların konusu bir hayli genişti. Her biri ayrı tez konusu olacak çok fazla müessese konuşuldu. Gerçekten çok verimliydi. Ben ufak bir katkı ve yorum yapmak istiyorum. Feragat edilemeyecek davalar konuşuldu. İdare mahkemesi üyesi iken Danıştay Altıncı Dairesinin kamu yararını yakından ilgilendiren çevre, tarihî eser ve imar planı gibi konularla ilgili davalarda yürütmeyi durdurma veya iptal kararı verildikten sonra yapılan feragatı kabul etmediğini ilk duyduğumda çok şaşırılmıştım. Kanunun bu kadar açık hükmüne rağmen nasıl oluyor da bu lafız bu kadar aşılabilir diye. Sonra aradan zaman geçti Danıştay Onuncu Daire Üyesi olarak görev yaptığım sırada, aynı konu önüme gelince çok sayıda yayını olan Mehmet Akif Tutumlu isimli çok değer verdiğim adlî yargı hâkimi arkadaşımı aradım. Kendisini çok okuyan ve yazan adeta ayaklı kütüphane gibi nitelediğim için dedim ki Mehmet Akif Bey adlî yargıda da var mıdır feragatın kabul edilmediği konular? Zinhar mümkün değil. Lafız o kadar açık ki adlî yargıda böyle bir şey düşünülemez demesini beklerken tersine bir cevap aldım. Hayır, var dedi. Ben size hemen üç tane sayabilirim dedi. Fazlasına da Baki Kuru'nun kitabından bakabilirsiniz diye bana yol gösterdi. Nedir? Dedim. Birisi hizmet tespit davaları. Bir işverenin yanında çalışan bir işçi ben beş yıl çalıştım ama işveren benim sigorta primini yatırmamış bunun tespitini istiyorum iddiasıyla dava açarsa bu davadan feragatı Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi ve Hukuk Genel Kurulu kabul etmiyor dedi. İkinci olarak hâkimler aleyhine açılan tazminat davalarından, üçüncü olarak da nesep davalarından feragat kabul edilmiyor dedi. Adlî yargıda dahi bu tür kararlar olduğunu duyunca düşündüm ki zamanında

Altıncı Daireye haksızlık yapmışım aslında. Adlî yargıda bile bunun olabildiğini düşünerek hukuk devletinin tesisine çok büyük katkısı olan çevre, tarihî eser ve imar planı gibi kamu yararını yakından ilgilendiren idarî davalarda feragatın kabul edilmemesini bir temele oturtabildim. Daha sonra daire uygulamalarımızda da şunu hep benimsedim: Kişi kendi şahsî çıkarını koruma amaçlı bir dava açıyorsa hiç tereddüt yok tabii ki feragat edebilir. Kayıt ve şarta tâbi olamaz. Zaten kanun hükmü de gayet açık. Karşı tarafın ve hâkimin muvafakatine tâbi değildir. Ancak Altıncı Dairede görülen davaların bir bölümünde meselâ kişi belde hemşehrisi sıfatıyla 1/1000'lik uygulama imar planının iptalini talep edebiliyor. Plan sınırları içinde kendisinin bir taşınmazı olmadığı halde planda şurası park olmalı iddiasında bulunabiliyor. Bu tür davalardan yürütmeyi durdurma veya iptal kararı verildikten sonra feragat edilemeyeceği yönünde Altıncı Dairenin kararları var. Emin Bey bunu teyit edebilir değil mi? Altıncı Dairenin kadim içtihadı bu yönde idi. Yürütmeyi durdurma isteminin veya davanın reddedilmesi durumunda ise feragat mümkündür yönünde daire kararları vardı.

Az önce davanın kabulü ile ilgili olarak arkadaşımız güzel bir soru sordu. Melikşah Hocamız da izah etti. Feragat ve kabul ikiz müesseselerdir. Her ikisi de kesin hükmün neticelerini hasil eder biçiminde kanunda hüküm var. Dolayısıyla feragatta yapılan bu içtihadın pekâlâ kabulde de yapılması mümkün ve hocamın dediği gibi yargı yerleri kimi zaman kabulün mümkün olmadığını bu tipik olayda olduğu gibi söyleyebilirler. Bunu içtihadı bırakmak lazım. Her konunun kanunla düzenlenmesine ihtiyaç yok. Yüksek mahkemeler olarak içtihadla bunları çözmeliyiz. Nasıl ki fer'i müdahilin tek başına temyize gelip gelemeyeceği meselesini çözdük. Muhtemelen yakında feragattaki ek kararı da çözeceğiz. Bazı müesseselerin içtihadı bırakılmasında yarar var bu tür problemleri çözebilmek açısından. Bu arada hocalarımız da söylediler İYUK 31. maddedeki atıflar tahdidîdir. Sınırlı sayıdadır. Danıştayın eski tarihli içtihadı Birleştirme Kurulu kararında da bu husus eski tabirle, "hasren tasrih ve tahdit edilmiştir" biçiminde ifade edilmiştir. Yani bunun sınırlı sayıda olduğunu ifade eden bir karar. Bunda bir tereddüt yok, evet sınırlı sayıda atıf var. O kadar derin ki bu konular, kısa sürede bitirilebilecek gibi değil. Faruk Erem'in Ceza Usûl Hukuku kitabında okumuştum. Ceza Hukukunda kıyas yasaktır. Kıyas yoluyla kimseye ceza verilemez. Bu mutlak bir ilkedir. Ancak ceza usûlünde kıyas caizdir dedikten sonra bunun sebebini şöyle izah ediyor: Aslında tek bir umumî usûl hukuku

vardır. Ceza usûlü, hukuk usûlü ve idarî yargılama usûlü bunun şubeleridir. Hatta daha ileri giderek çok net bir örnek veriyor. Ceza usûlünde hüküm bulunmayan hallerde örneğin, idarî yargılama usûlünde bir hüküm varsa bu kıyasen alınıp ceza yargılamasında uygulanabilir diyor. Ezberimi bozan bir bilgiydi bu. Sayın EREM'in bu çıkarımından hareketle geçmişte İdarî Dava Daireleri Kurulunda önümüze gelen bir dosyadan hatırlıyorum. İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nda derdestlikle ilgili olarak hukuk usûlüne atıf yok. 6100 sayılı Kanun'dan önceki dönemde derdestlik, ilk itirazlar arasında düzenlenmişti. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda. Ve süresi belliydi, ilk celsede ileri sürülmezse bir daha derdestlik itirazı ileri sürüleliyordu. Sonradan dava şartı haline geldi. O dönemde İDDK'dan çıkan kararda derdestliğin usûl hukukunun umumî konularından biri olması nedeniyle atıf olmasa dahi derdestlik kuralı uygulanmalıdır denildi.

Bunun dışında tam da Faruk Erem Hocanın söylediği biçimde bir olaya da şöyle şahit oldum. Kamuoyunda çok meşhur olan katsayı meselesi. Yükseköğretim Kurulunun meslek liseleriyle, düz liseler arasındaki katsayıyı değiştirip değiştiremeyeceği meselesine ilişkin İDDK'da bir tartışma yaşandı. YÖK 0,3; 0,8 katsayısını değiştirerek 0,12; 0,15 seviyesine çekmişti. Açılan davada Sekizinci Daire 0,3; 0,8'e zinhar dokunulamaz, artık kesin hüküm haline gelmiştir biçiminde yürütmeyi durdurma kararı vermişti. Karşı görüş ise bu katsayıyı zaten YÖK belirlediği için idarî işlemini kendisi geri alabilir, değiştirebilir. İdare hukuku ilkeleri kapsamında bu mümkündür şeklindeydi. Bu görüşte olanlar Sekizinci Dairenin verdiği yürütmeyi durdurma kararının kaldırılarak redde çevrilmesini, diğer görüş sahipleri ise itirazın reddi yönünde oy kullanmışlardı. Yapılan oylama 17'ye 16 olarak sonuçlandı. Bir oy farkla Sekizinci Daire kararının doğru olduğu, itirazın kabulüne gerek olmadığı yönünde. Fakat bu 17 oy kendi arasında bölündü. Dokuz oy 0,3; 0,8'e zinhar dokunulamaz yönünde iken sekiz oy ise dokunulabilir ama YÖK işlemi ölçülü değildir, ölçüsüz bir oran belirlenmiştir yönündeydi. Bunun üzerine 16 oy işlemin hukuka uygun olduğu yönünde olduğundan bu kez karar nerede teşekkül edecek sorunu ortaya çıktı. Yani 17 oydan bir fire dahi verilmemesi lazım ki karar yazılabilsin o gerekçe doğrultusunda ve idare, 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesine göre, kararın icaplarına göre bir işlem tesis edebilsin. Böyle bir sorunla karşı karşıya kalındı. Bunun üzerine Faruk Erem'in görüşüne atfen şunu teklif ettim. Ceza Usul Kanunu'nda bir hüküm vardır. Ağır ceza mahkemeleri ve Yargıtay dairelerine hitap eden bir hüküm.

Oylar dağılırsa sanığın en çok aleyhine olan oy kendisine en yakın olan oya eklenir. Örneğin; üç kişilik bir heyette üyelere birisi suç görevi ihmal olarak niteleyerek en hafif suç tipinin olduğu yönünde oy kullandı; diğer üye görevi kötüye kullanma, üçüncüsü ise zimmet olarak nitelediğinde suçla ilgili üç ayrı niteleme ortaya çıkar. Sanığın en çok aleyhine olan zimmet. En ağır cezayı o gerektiriyor. Zimmete en yakın oy olan görevi kötüye kullanmaya eklenerek hüküm kurulmalıdır. Ortada buluşmayı hedefleyen bir kanun hükmü. Oradan hareketle benim teklifim şu oldu. Bu hüküm kıyasen alalım, burada uygulayalım ve de ortada buluşalım şeklinde. Buralarda atıf yok. Ama az önce söylediğim gibi derdestlikle ilgili İDDK bu işi böyle çözdü. Keza kesin hükümle ilgili de bir atıf olmamasına rağmen ne yapıyoruz? Kesin hüküm de genel bir usûl hukuku ilkesidir. Bunun aksi düşünülemez deyim uyguluyoruz değil mi? Atıf yok ne yapalım diyor muyuz? Demiyoruz. Onun dışında Emin Bey'in bahsettiği ek kararda mutlaka feragatın kabul edileceği havası doğdu mu biçiminde bir şey var anlaşılır. Soru işareti var evet. Biz bunu Onüçüncü Dairede konuştuk, tartıştık ve kararın yazımı diğer dairelere göre son cümlesi itibarıyla biraz farklıdır. Şöyle bir ilave yaptık. "Mahkemece gerekli değerlendirme yapıldıktan sonra bir karar verilmek üzere" yani mahkeme gerekli değerlendirmeyi yaparak feragatı kabul değildir de diyebilir. Nitekim bir mahkeme feragat talebinin kabul edilemeyeceği yönünde ek karar verdi. Böyle meseleler var. Fer'i müdahil ile ilgili konuları İçtihadî Birleştirme Kurulunda tartıştık. Bunlar hep konuşuldu. Emin Sınmaz Başkanım da çok güzel izah etti. Enver Bey'e atfen dumandan rahatsız olanın temyiz hakkı var, ocağı sönenin temyiz hakkı yok gibi çarpıcı bir cümleydi. Fransız Medenî Kanunu'nda ve Fransız İdarî Yargı Kanunu'nda üçüncü kişi itirazına ilişkin bir hükmün mevcut olduğunu akademik yayınlardan öğrendik. Bir başka mahkemede kendi hakkını ilgilendiren bir karar verildiğini gören kişi o davada müdahil olmadığı halde bakın biz müdahili tartışıyoruz ya. Müdahil de olmamış. Sonradan öğrenmiş. Kendi hakkını ilgilendiren bir mahkeme hükmü olduğunu öğrenen kişinin üçüncü kişi itirazı müessesesini kullanarak, bunu üst mahkemeye taşıyabileceğine ilişkin bir hüküm. Yine akademik yayınlardan öğrendik ki; meğer bunun aynısı, bu müessesenin öncülü Osmanlı usûl kanunu olan Usûl-i Muhakemat-ı Hukukîyye Kanunu'nda da varmış. 1926 yılında kaldırılmış. "İtiraz-ül Gayr" başlıklı bu müessese üçüncü kişi itirazının aynısı. Bu tür düzenlemelerin aslında bir hukuk devletinde olması gerektiğinde tereddüt

yok. Bütün bunları görüyoruz. Dolayısıyla içtihadı birleştirme kararının bu yönde şekillenmesi sırasında sanıyorum bunlardan da etkilendik ve bir kapı açılması gerektiği noktasına vardık. Hocalarımın bu konuda yorumunu almak isterim. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Ali AKYILDIZ: Bu özellikle ilk Şûrâ-yı Devletin iadeten teşkiliyle ilgili 1925 yılında yayımlanan 699 sayılı Kanun. O Kanun'da(m.30) işte o dediğiniz kısma, yani sadece ihbara, davanın ihbarına atıf yapılıyordu. Yani Cumhuriyet Dönemi'ndeki o bahsettiğiniz hükme yönelik bir atıftı. Sonraki yasal değişikliklerde de Hukuk Yargılaması kanunlarındaki düzenlemelere(açıkça davaya müdahale konusu da dahil olmak üzere) atıflar yapılmaya devam edilmiştir (Örneğin; 3546 sayılı Devlet Şurası Kanunu'nun 44. maddesi ile 1927 yılında yürürlüğe giren 1086 sayılı Kanunu'na bir dizi atıf yapılmış olup, "üçüncü şahısların davaya müdahalesi" konusu da bunlar arasındadır). Bunu da bu vesileyle söylemiş olalım.

Prof. Dr. Melikşah YASİN: Efendim aslında konular o kadar derin ki üzerinde konuşulduca çok daha derinlere inmek de mümkün. Buyurduğunuz hususlara ilişkin daha detaylı ya da tatmin edici açıklamalar yapmak için içtihat müessesesinin anlamına ve kapsamına dahi inmek gerekebilir. Yani içtihat etmek ne anlama geliyor? Bu mevcut kanun hükümlerinin yorumlanması, uygulanması anlamında bir şey midir? Yoksa kanunda olmasa bile içtihadı olarak birtakım müesseselerin kabulü anlamına gelir mi? Gibi çok daha önceki soruları bile tartışmayı gerektirebilir. Tabii ki ona ilişkin kanaatlerim var ama çok fazla vaktinizi almamak için müsaadenizle orayı geçeceğim. Ben de buyurduğunuz gibi düşünüyorum. Temel usul ilkeleri için atıfta bulunmasına gerek yok. Sunumda da ifade ettim. Mesela geri almaya ilişkin mad. 123'e de bir atıf yok ama dava açmak bir hak olduğuna göre hiç kimse de açılmış bir davadan vazgeçmesini ille de bir şarta bağlamak ille de kanunda düzenlemeye de gerek yok. Dolayısıyla da bazı müesseselere uygulayabilmek bakımından buyurduğunuz gibi ille de bir HMK ya da bir Usul Kanunu'na atıf da bulunmasına da gerek yok. Yine aynı şekilde derdestliğe ilişkin hüküm HMK'da olmayabilirdi. Hiçbir usul kanununda olmasa dahi hukuk mantığı itibarıyla bir kişi bir hakkını iki defa talep edemeyeceğine göre, aynı talebe ilişkin iki dava aynı anda görülemez. Temel hukuk ilkelerinden yola çıktığımız zaman da böyle bir şeyi içtihadı

olarak kabul etmek veya uygulamak elbette ki mümkün olabilir. Ama bir müessese eğer düzenlenmiş ise açık bir şekilde, bir usul hukukuna özgü olarak düzenlenmişse ve diğer usul hukuku bakımından da uygulanıp uygulanamayacağı konusunda tereddütler varsa ya da onun bünyesi ne kadar uygun olduğu konusunda tereddütler varsa ve kanun koyucu da burada bir irade ortaya koymuşsa yani şu şu hususlarda bu müesseselerde HMK hükümlerine uygulanır şeklinde açıkça bir atıfta bulunmuşsa sanki orada sınırlı da olsa bir müesseseleri belirlemiş gibi bir yaklaşımı kabul etmek daha isabetli olabilir diye acizane düşünüyorum. Dediğim gibi derin ve daha detayına inmeye gerektiren meseleler olduğu için çok da vaktinizi almak istemiyorum. Çok teşekkür ederim. Çok istifade ettim açıklamalarınızdan.

Hasan GÜZELER (Oturum Başkanı): Ben de teşekkür ediyorum. Sayın Başkanım, uygun görürseniz vakit de geçti. Oturumumuzu burada sonlandıralım. Tabii bu oturumda vardığımız iki temel sonuçtan söz edebiliriz. Birincisi, ülkemizde kabul edilen idari rejim, yani yargı ayrılığı ilkesi çerçevesinde yapılandırılan yargı sisteminde, her yargı sisteminin kendi usul kanunlarının kendi bünyesine uygun olarak, kendi dinamiklerine göre düzenlenmesi gerektiğini söyleyebiliriz. İkincisi de; Sayın Başsavcımızın da değindiği gibi 31. maddede atıf yapılan haller dışında 2577 sayılı Yasa'da yer almayan ancak HMK'da yer alan bazı usul hükümlerinin idari yargıda uygulanmasında da hayli sıkıntılar ve tartışılması gereken hususlar bulunmaktadır. Biz bugün sadece atıf yapılan maddelerin daha çok bünyesel farklılıktan doğan sorunlarını değerlendirmeye çalıştık.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinde Hukuk muhakemeleri Kanunu'na atıf yapılan hallere ilişkin usul hükümlerinin idari davalarda uygulanmasından doğan sorunları kararlarla, içtihatlarla çözmeye çalışıyoruz. Nitekim Danıştay olarak İçtihadı Birleştirme Kurulumuzu da etkin bir şekilde işletiyoruz. Tabii ki bu konudaki sorunların içtihatlarla değil de kanuni düzenlemelerle çözümlenmesi gerekmektedir. Ben bugün buradaki yapılan tartışmalardan bunu anlıyorum. Bir an önce bu atıf yapılan maddelerin İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda İdari Yargı'nın bünyesine uygun olarak tekrar düzenlenmesi gerekir. Bu konuda belki Danıştay Başkanlığımız da öncelikle bir çalışma yapabilir.

Oturumumuzun sonuna geldik; Böyle önemli bir günde, hepimizi ilgilendiren, uygulamada sürekli sorunlar yaşanan bir konunun gündeme getirilmiş olmasından dolayı öncelikle Sayın Başkanımıza ve bütün çalışma ekibine, Sayın konuşmacularımıza, Sayın dinleyicilerimize çok teşekkür ediyorum. Umarım sıkılmamışsınız. Bütün emeği geçen herkese tekrar çok teşekkür ediyorum. Bu vesile ile hepinize selam ve saygılarımı sunarak oturumu kapatıyorum.

Zeki YİĞİT (Danıştay Başkanı): Değerli katılımcılar, çok kıymetli meslektaşlarım “155. Yılında İçtihat Mahkemesi olarak Danıştay” ana teması altında düzenlediğimiz sempozyumda iki gün boyunca tartışılan konuların, sunulan bildirilerin akademik camiamıza ve yargı camiamıza faydalı olduğunu düşünüyorum. Kendi aramızda tartıştığımız bu konuların, kararlarda dile getirdiğimiz bu hususların böyle bir toplantı da tekrar dile getirilmesi, akademik camiadaki hocalarımızın buna katkı sunması elbette takdire değer oldu. Bu oturumlarda katkı veren kıymetli hocalarımıza, değerli meslektaşlarımıza katkılarından dolayı çok teşekkür ediyorum. Ayrıca oturumları yöneten, oturum başkanlığını yapan Danıştay Başsavcımıza ve Başkanvekillerimize de teşekkür ediyorum. Yine bu 10 Mayıs törenleri ve akabinde bu iki günlük sempozyumun düzenlenmesinde, icrasında, hazırlığında, her aşamasında en alt kademededen en üst kademesine kadar görev alan değerli mesai arkadaşlarıma da teşekkür ediyorum. Sizler de katılarak, bu sempozyumu dinleyerek ve sorularınızla konuların açılmasına katkı verdiğiniz için siz katılımcılara da teşekkür ediyorum. Hepinize sağlıklı, mutlu, huzurlu günler dileyerek bu oturumu kapatıyorum. Arkadaşlarımıza da teşekkür belgelerini sunduktan sonra da toplantımızı bitirmiş olacağız.

Teşekkür Belgesi Takdimi

Sunucu:

Sayın Danıştay Başkanım,

Değerli Konuklar,

“155. Yılında İçtihat Mahkemesi Olarak Danıştay” başlıklı sempozyumumuz sona ermiştir.

Sunumları ve değerli katkıları için tüm oturum başkanlarımıza ve konuşmacılarımıza, ayrıca tüm katılımcılara teşekkür ederiz.