

T.C.
DİCLE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

**İDARİ YARGILAMA USULÜNÜN ÖZELLİKLERİ AÇISINDAN
İSPAT VE DELİLLER**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
Mehmet Ali ATKAN

TEZ DANIŞMANI
YRD.DOÇ.DR.GÜRSEL KAPLAN

DİYARBAKIR-2010

ÖZET

Bireylerin haklarının idarenin ihlallerine karşı etkili bir yolla korunması için Anayasa tarafından doğrudan düzenlenen idari yargının, hakkın ispatında kullanılacak araçları 2577 sayılı Kanunun 31.maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu madde uyarınca; bilirkişi, keşif, delillerin tespiti konusunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapılmıştır.

Bu çalışmamızda yukarıda saydığımız ve İdari Yargılama Usulü Kanunu ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapılan bilirkişi ve keşif delili ile idari yargıda sıklıkla başvuru olan “bilgi ve belge”lerin delil olarak niteliği, idari yargıda delil serbestisi ilkesine getirilen sınırlamalar, “tanık” ve “yemin” delili incelenerek tanık deliline uygulamada duyulan ihtiyaç ve hali hazırdaki pozitif düzenlemeler karşısında idari yargıda tanık dinlenmesinin mümkün olup olmadığı üzerinde durulmuş, ayrıca delil tespiti konusunda idari yargının gösterdiği özellikler açısından bir değerlendirme yapılmış, genel olarak Danıştay içtihatları ve Mahkeme kararlarına değinilerek hukuk yargılama usulündeki konuların düzenleniş şekli ile uygulamada ayrılan yönleri vurgulanmış, idari yargının kendine ait özellikleri açısından, idari yargı mevzuatı içine alınarak delillerin yeniden düzenlenmesi gerektiği savunulmuştur.

ABSTRACT

The administrative procedure which has been made directly by the Constitution so as to protect the rights of individuals effectively against the violations made by the administration and the tools to be used for proving the right are specified in the Article 31 of Law No: 2577. In accordance with the said article, the Code of Civil Procedure is referred in terms of witness, viewing and perpetuation of evidence.

In this study; the expert and viewing evidence which referred in the Code of Administrative Procedure and Code of Civil Procedure- that are mentioned above- and “information and document” that are applied by the Administrative Procedure, limits put on the principle of circumstantial evidence in the administrative procedure, the need for evidence of witness in the application by analysing the evidence of “witness” and “evidence” and the issue of whether it is possible to hear the witness in spite of the current positive arrangements have been analysed; moreover, an evaluation has been made on the features of administrative procedure in terms of the perpetuation of evidence, and the arrangement of subjects in the legal trial procedure as well as their different sides in applications have been emphasized by means of touching on State Court Precedents and court decisions in general, and it has been argued that the evidences should be rearranged by being taken within the frame of Administrative Procedure Legislation in terms of the idiosyncratic character of the administrative procedure.

T.C.
DİCLE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Mehmet Ali ATKAN'a ait “ *İdari Yargılama Usulünün Özellikleri Açısından İspat ve Deliller* ” adlı çalışma, jürimiz tarafından Kamu Hukuku Anabilim Dalında YÜKSEK LİSANS tezi olarak kabul edilmiştir.

BAŞKAN :(Danışman)

ÜYE :

ÜYE :

Yukarıdaki imzaların, adı geçene öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Enstitü Müdürü

ÖNSÖZ

Varlık amacı idari işleyişin hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar içerisinde yürütülüp yürütülmediğini denetlemek olan idari yargının, öznel çıkarların hangisine üstünlük tanınması gerekliliğini tespiti çalışan Hukuk Usulü Muhakemelerinden farklı bir ruha sahip olacağı muhakkaktır. Nitekim, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31.maddesinde yapılan atıf sebebiyle delillere ilişkin hükümlerin uygulanmasında, HUMK hükümlerinin uygulanacağı belirtilmişse de, söz konusu bünye farklılığından dolayı, bu hükümler İdari Yargıya uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulacaktır.

Bu tez çalışmasında, idari yargının kendine özgü koşulları içinde, kullanılan delillerin neler olduğu, uygulamada gösterdiği özellikler ile karşılaşılan güçlükler ve olası çözüm önerileri, Danıştay içtihatlarına yer verilerek irdelenmeye çalışılmıştır.

Bu çalışmanın ortaya çıkmasında, katkısını esirgemeyen değerli hocam Yrd.Doç.Dr.Gürsel KAPLAN'a teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	I
ABSTRACT	II
ÖNSÖZ	IV
İÇİNDEKİLER	V
KISALTMALAR	XI
GİRİŞ	1
I.BÖLÜM	3
İDARİ YARGILAMA USULÜNÜN HUKUK VE CEZA YARGILAMA USULÜ KARŞISINDAKİ KONUMU VE İDARİ YARGIYA HAKİM OLAN İLKELER 3	
A. AMAÇ VE İLKELERİ AÇISINDAN İDARİ YARGILAMA USULÜNÜN HUKUK ve CEZA YARGILAMA USULÜ İLE MUKAYESESİ	3
1. Genel Olarak	3
2. Ceza Muhakemesi Hukuku	4
a) Amacı	4
b) İlkeleri	5
(1) Ceza Davasının Tasarruf Edilemezliği İlkesi	5
(2) Re'sen araştırma ilkesi	5
(3) Delil serbestisi ilkesi	5
3. Medeni Muhakeme Hukuku	6
a) Amacı	6
b) İlkeleri	7
(1) Tasarruf İlkesi	7
(2) Taraflarca Hazırlama İlkesi	7
(3) Re'sen Araştırma İlkesi	7
B. İDARİ YARGILAMA USULÜNÜN YARGILAMA USULLERİ ARASINDAKİ YERİ VE VARLIK SEBEPLERİ	8
1. Yargılama Hukukları Arasındaki Yeri	8
2. İdari Yargılama Usulünün Ayrı Bir Usul Hukuku Dahil Olarak Ortaya Çıkışı	10

3. İdari Yargılama Usulünün Amacı	13
4. Hukuk Devleti ve Hak Arama Özgürlüğü Kavramlarının İdari Yargılama Usulüne Etkisi	14
C. İSPAT YÖNÜNDEN İDARİ YARGILAMA USULÜNE HAKİM OLAN İLKELER	17
1. Yazılılık İlkesi	17
2. Re'sen Araştırma İlkesi	19
a) Genel Olarak.....	19
b) Re'sen Araştırma Kavramı ve İlkesi.....	21
c) Re'sen Araştırma Yetkisinin Uygulaması.....	22
d) Re'sen Araştırma Yetkisinin Kapsamı	24
e) Re'sen Araştırma Yetkisinin Sınırları.....	27
(1) Genel Olarak	27
(2) İdarenin Eylem ve İşlemlerinin Hukuka Uygunluk Denetimi ile Sınırlı Olması	28
(3) İYUK m. 20/3 Çerçevesinde Getirilen Sınırlama.....	28
(4) Danıştay İçtihatları İle Oluşan Sınırlama	28
(5) Re'sen Araştırma İlkesine Getirilen Eleştiriler	29
3. Gizlilik İlkesi	31
a) Genel Olarak.....	31
b) Gizlilik İlkesinin Kapsamı.....	32
4. Delil Serbestisi İlkesi	45
a) Kavram.....	45
b) Sınırları	45
II.BÖLÜM	47
İDARİ YARGILAMA USULÜNDE İSPAT VE DELİLLER	47
A. İDARİ YARGILAMA USULÜNDE İSPAT	47
1. Genel Olarak.....	47
2. İspatın Tanımı.....	47
3. İspatın Konusu ve Önemi	48
a) İspatın Konusunu Oluşturan Olay ve Nitelikleri	49
b) Hukuk Kurallarının İspatı.....	51

4. İspat Yükü	53
a) Genel Olarak	53
b) İspat Yükü Kavramı	53
c) İspat Yükünde Genel Kural	54
d) İspat Yükünün İdari Yargıda Gösterdiği Özellik	54
B. İDARİ YARGIDA DELİLLER	58
1. Genel Olarak Deliller	58
a) Giriş	58
b) Delil Kavramı	58
c) Delil Sistemleri	58
(1) Kanuni Delil Sistemi	59
(2) Takdiri Delil Sistemi	59
d) Delil Türleri	60
(1) Kesin Deliller	60
(2) Takdirî Deliller	61
e) Delillerin Özellikleri	61
(1) Gerçekçi Olma	61
(2) Olayı Temsil Etme	62
(3) Müsterek Olma	62
(4) Hukuka Uygun Olma	62
2. İdari Yargıda Pozitif Düzenlemeler İle Yargı Uygulaması Açısından Delil Türleri	63
a) Giriş	63
b) Delil Türleri	67
(1) Belge	67
(a) Kavram	67
(b) İspat Aracı Olarak Önemi	68
(c) Belge Türleri	69
(i) Belgeyi Oluşturan Kişi veya Makama Göre	69
(a) Resmi Belgeler	69
(b) Özel Belgeler	69
(ii) Şekline Göre Belgeler	70

(a) Yazılı Belgeler	70
(b) Şekil Tespit Eden Belgeler	71
(c) Ses ve Görüntü Tespit Eden Belgeler	71
(2) Bilirkişi İncelemesi.....	72
(a) Bilirkişi.....	72
(i) Giriş.....	72
(ii) Bilirkişi Kavramı	72
(iii) Bilirkişinin Nitelikleri	73
(a) Uzmanlık.....	73
(b) Tarafsızlık.....	76
(iv) Bilirkişinin Sorumluluğu.....	76
(a) Hukuki Sorumluluk.....	76
(b) Bilirkişini Disiplin Sorumluluğu	77
(c) Bilirkişilerin Cezai Sorumluluğu.....	78
(b)- Bilirkişi İncelemesinde Usul	81
(i) Bilirkişi İncelemesini Gerektiren Haller	81
(ii) Bilirkişi Seçimi	84
(a) Bilirkişilik Görevini Kabul Zorunluluğu.....	86
(b) Bilirkişi Sayısı	86
(c) Bilirkişi Yemini	87
(d) Bilirkişinin Reddi.....	87
(e) Bilirkişi Ücreti ve İddianın İspatına Olan Etkisi	89
(iii) Bilirkişi İncelemesinin Kapsamı	91
(c) Bilirkişi İncelemesinin Yargılamaya Dahil Edilmesi.....	93
(i) Bilirkişi Raporu	93
(a) Hazırlanışı.....	93
(b) Bilirkişi Raporunun İçeriği.....	94
(c) Raporun İncelenmesi	96
(d) Bilirkişi Raporuna İtiraz.....	96
(ii) Ek Rapor İstenmesi	97
(iii) Yeni Bilirkişi İncelemesi Yapıtırılması.....	98
(iv) Bilirkişi Raporunun Bağlayıcılığı.....	99

(3) Keşif.....	103
(a) Genel Olarak	103
(b) Tanımı.....	103
(c) Keşfin Konusu	103
(d) Keşif Kararı Verilmesi ve Keşif Yöntemi.....	104
(e) Keşfin Hukuki Niteliği ve Delil Olarak Değeri.....	106
(f) Keşif Giderleri ve Davada İddianın İspatına Olan Etkisi	106
3. İdari Yargılama Usulü'nde Delil Serbestisi İlkesinin Sınırları.....	107
a) Genel Olarak.....	107
b) Tanık	107
(1) Tanımı	107
(2) Tanık İfadesinin Delil Olarak Değeri.....	108
(3) İdari Yargıda Tanık Dinlenip Dinlenemeyeceği Sorunu.....	108
(a) İdari Yargı Mevzuatı Açısından	109
(b) Danıştay İçtihatları Açısından.....	109
(c) Öğreti Açısından	113
(4) İdari Yargıda Tanık Delilinin Gerekliliği.....	115
(5) İdari Yargıya Egemen Olan İlkeler Açısından Tanık Delili	120
(6) İdari Yargıda İçtihat Yoluyla Tanık Dinlenilebilir mi?	122
(7) Tanık Delili Açısından Fransa Ve Diğer Ülkelerdeki Durum	124
c) Yemin.....	125
(1) Genel Olarak	125
(2) Tanımı	125
(3) Delil Olarak Değeri	126
d) Delillerin Yargılamaya Dahil Edilmesinde İzlenen Usul.....	126
(1) Delil Gösterme.....	126
(2) Delillerin Hasredilmesi	128
(3) Delillerin İncelenmesi	128
(4) Delillerin Takdiri	129
(5) Delil Tespiti.....	129
(a) Genel Olarak	129
(b) Tanımı.....	129

(c) Konusu	130
(d) Delil Tespitinin Özellikleri.....	130
(e) Delil Tespitinin Hukukî Niteliği.....	131
(f) Delil Tespitinin Benzer Kurumlar İle Karşılaştırılması	132
(i) Tespit Davasıyla	132
(ii) İhtiyati Tedbirle.....	133
(g) Delil Tespitinin Şartları.....	134
(i) Delil Tespiti Talebinde Bulunanın Açılmış veya İleride Açılacak Olan Davada Taraf Konumunda Bulunması.....	135
(ii) Tespiti İstenen Delillerin Açılmış veya İleride Açılacak Olan Davaya İlişkin Bulunması	135
(iii) Tespiti İstenen Delillerin İnceleme Sırasının Henüz Gelmemiş Bulunması.....	136
(iv) Delilerin Önceden Tespit Edilmesinde Talepte Bulunanın Hukuki Yararının Bulunması	137
(h) İdari Yargılama Usulünde Delil Tespiti Konusundaki Düzenleme	138
(ı)-Delil Tespitinde Yetkili ve Görevli Mahkeme.....	140
(i) Delillerin Tespitinde İzlenecek Yöntem.....	141
SONUÇ.....	143

KISALTMALAR

a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
a.g.t.	: adı geçen tez
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
AİD	: Amme İdaresi Dergisi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜSBE	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYİM	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
Bkz, bkz	: Bakınız
C	: Cilt
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
Çev.	: Çeviren
D.	: Dairesi
Dan.	: Danıştay
DBB	: Danıştay Bilgi Bankası
DD	: Danıştay Dergisi
DEÜ	: Dokuz Eylül Üniversitesi
DDGK	: Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kurulu
İDDGK	: İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu

İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜHFY	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
K.	: Karar
KÜSBE	: Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
m.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TK	: Ticaret Kanunu
YD	: Yargıtay Dergisi
vd	: Ve Devamı
VDDGK	: Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu
VUK	: Vergi Usul Kanunu
Yar.	: Yargıtay
YKD.	: Yargıtay Kararlar Dergisi

GİRİŞ

Yargılama hukuklarına hakim olan amaçlar gözetildiğinde, salt maddi gerçekliğin ortaya çıkarılmasını amaçlayan Ceza Muhakemesi ile şekli gerçeklik ile yetinen Hukuk Muhakemesi arasında bir yere sahip olan İdari Yargılama Usulü'nde maddi gerçekliğin önemi yadsınmamakla beraber, temel amaç idarenin hukuka uygun davranıp davranmadığının yargısal yolla tespitidir. İdarenin hukuka uygun davrandığı durumlarda bireylerin menfaat veya haklarının zarara uğramış olmasının idari yargı için bir değeri yoktur.

Bu amaçla, idarenin hukuka aykırı hareket ettiğinin mümkün olduğu ölçüde rahat ispatlanabilmesi için bu yargılama usulünde delillere bir sınırlandırma getirilmemiştir. Ancak, bu durum idari yargıda her türlü delilin kullanılabilirdiği anlamına gelmemekte, aksine idari yargıya egemen olan yazılılık ilkesinde olduğu gibi, delil serbestisinin sınırını bu yargılama usulünün kendine özgü ilkeleri oluşturmaktadır.

Usul kitaplarında çok az yer verilen, daha çok bilimsel makaleler yoluyla irdelenen ispat ve deliller konusu, idari yargılama usulünün son derece önemli bir konusu olmasının yanı sıra, Anayasa'da yer alan "hak arama hürriyeti" ile de yakından ilgilidir.

Pozitif hukuk açısından bakıldığında, deliller konusunda İYUK'un 31.maddesinde yapılan atıf sebebiyle HUMK hükümlerinin uygulanması söz konusudur. Bu sebeple İdari Yargı Usul kitaplarında, hukuk yargılama usulünde konunun ele alınış tarzıyla örtüşen bir anlatım göze çarpmaktadır.

Bu tez çalışmasında ise; konunun idari yargı teorisi, uygulamada gösterdiği özellikler ile -bu tez çalışmasında öne çıkan yönüyle- Yargıtay'ın ispat ve deliller hususunda verdiği kararlardan ziyade Danıştay'ın içtihatları açısından meselenin etraflıca tetkikine çalışılmıştır. Belirtilen tüm bu nedenlerden dolayı, tez başlığı "İdari Yargının Özellikleri Açısından İspat ve Deliller" olarak seçilmiştir.

Çalışma, giriş, iki bölüm ve sonuç kısmından oluşmaktadır. Birinci bölümde, genel olarak muhakeme hukukunun tanımı, Hukuk Muhakemesi ile Ceza Muhakemesinin özelliklerine, bunlara egemen olan ilkelere, İdari Yargı'nın varlık sebebi ile ispat açısından İdari Yargıya hakim ilkeler konusu incelenmiş; ikinci bölümde ise, idari yargılama usulünde kullanılan deliller, idari yargılama usulünde delillere getirilen sınırlama ve delillerin yargılamaya dahil edinmesinde izlenen yöntemler açıklanmaya çalışılmıştır.

Tez çalışmamızda ağırlıklı olarak tartışmalı konular üzerinde durularak uygulamadaki aksaklıklara değinilmiş, ispat ve deliller açısından uygulamada karşılaşılan güçlükler ile mevcut ihtiyaçlar ve olası çözümleri de ele alınmaya çalışılmıştır.

I.BÖLÜM

İDARİ YARGILAMA USULÜNÜN HUKUK VE CEZA YARGILAMA USULÜ KARŞISINDAKİ KONUMU VE İDARİ YARGIYA HAKİM OLAN İLKELER

Yargılama yöntemleri; yargı yerine ve uyumsuzluğun tür ve niteliğine göre, bir diğer ifadeyle konuları olan davaların nitelik ve amaçlarına göre saptanır.

Hukuk davalarında tarafların istenci; ceza davalarında ise yargılamanın serbestçe yürütülmesi ilke iken, kamu yararı amacıyla yürütme ve idarenin yasalara uygun davranarak hukuka bağlılığını sağlayan idari yargılamada, yargı yerinin yönlendirdiği kendine özgü yargılama yöntemleri söz konusudur. Bu bağlamda, hukuk dalları ile yargılama usulleri ve yöntemleri arasında yakın ilişkiler ve bağlantılar bulunduğu söylenebilir.¹

A. AMAÇ VE İLKELERİ AÇISINDAN İDARİ YARGILAMA USULÜNÜN HUKUK ve CEZA YARGILAMA USULÜ İLE MUKAYESESİ

1. Genel Olarak

Her faaliyette ve araştırmada olduğu gibi, ihtilafli durumlarda gerçeğin araştırılması bir takım usullere tabidir. Bu usul ile elde edilen sonuç arasında da çok yakın ve sıkı bir ilişki vardır.² Sosyal hayatta fertler arasında ve fertlerle Devlet arasında bir ihtilaf ortaya çıktığında ilişkilerin nasıl olması gerektiğini düzenleyen kurallara, maddi hukuk kuralları denilir. Bir hukuki ihtilaf söz konusu olduğunda hakların himayesi, bozulan hukuk düzeninin eski hale getirilmesi için, buna uygulanacak müeyyidenin nasıl işletileceğini tayin eden kurallara ise şekli hukuk (usul hukuku)

¹ YAYLA ,Yıldızhan; *İdari Yargılamanın Özelliği Atatürk'ün 100. Doğum Yılı Kutlama Sempozyumu*, 15-16 Mayıs 1981,s 129 vd

² ONAR,Sıdk Sami; *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 3. bası, Cilt III, 1966 İstanbul -s.1934

kuralları denilmektedir.³ İşte muhakeme, yargı fonksiyonunun yerine getirilmesinde kullanılan, hukuki uyuşmazlığın yargısal çözümüne katılan organlar ve sùjeler tarafından yapılan işlemleri; muhakeme hukuku ise, bu işlemleri düzenleyen hukuk normlarının bütününe denir.⁴

2. Ceza Muhakemesi Hukuku

a) Amacı

Ceza muhakemesi hukuku, devlet organlarının Ceza Kanunu'nun ihlal edilip edilmediğini, ihlal edene ne ceza verileceğini belirlemeye yönelik faaliyetlerinin türünü, biçimini ve zamanını düzenleyen normların bütününe oluşturduğu hukuk dalıdır.⁵ Bu bağlamda, ceza hukuku kurallarının uygulanmasını sağlamak amacıyla devlet tarafından belirlenen ve uygulanan usuller ve esaslar ceza yargılama usulü olarak isimlendirilmektedir. Ceza yargılama usulü, kamu hukuku kapsamına dahil olan şekli hukuk kurallarından oluşur.⁶

Ceza Muhakemesi Hukuku, şekli hukuk kurallarından oluşmakla birlikte, ceza muhakemesinde şekli gerçekte yetinilmeyip işin esası araştırılır. Ceza muhakemesinin amacı hiç bir duraksamaya yer vermeden maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu araştırmada maddi gerçeklik, kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır. Aksi takdirde birtakım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması, ceza muhakemesinin amacına kesinlikle aykırı olacaktır.⁷

³ ÜSTÜNDAĞ Saim; *Medeni Yargılama Hukuku*, Cilt 1-2, İstanbul, 1992, s.24 vd; COŞKUN, Sabri/KARYAĞDI, Müjde; *İdari Yargılama Usulü*, Seçkin Yayınları, Ankara-2001, s.29.

⁴ TOROSLU Nevzat; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 1999, s.1.

⁵ TOROSLU,N., *age*, Ankara 1999, s.2.

⁶ GÜRİZ, Adnan; *Hukuk Başlangıcı*, Ankara-1996, s.97.

⁷ KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridiun; *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Onuncu Bası, İstanbul 1998, s.22 vd.; TOROSLU, *age*. s.5,6.

b) İlkeleri ⁸

(1) Ceza Davasının Tasarruf Edilemezliği İlkesi

Bu ilke medeni muhakeme hukukundaki tasarruf ilkesinin karşıtıdır. Taraflar ceza davası üzerinde istedikleri gibi tasarruf edemezler. Yani sanığın davayı kabul ederek yahut şahsi davacının davadan feragat ederek davayı sonuçlandırmak ya da sulh olmak gibi yetkileri söz konusu değildir. Hakim tarafların iddia ve savunmaları ile bağlı değildir.

(2) Re'sen araştırma ilkesi

Bu ilke de medeni muhakeme hukukunda görülen taraflarca hazırlama ilkesinin karşıtıdır. Hakim taraflar arasında çekişmeli olmayan vakıaları dahi gerekli görüyorsa araştırabilir. Hatta taraflarca hiç ileri sürülmemiş vakıaları da kendiliğinden araştırabilir. Davanın ispatı için gerekli olan bütün delillere kendiliğinden başvurabilir.

(3) Delil serbestisi ilkesi

Ceza muhakemesinde medeni muhakemede olduğu gibi kanuni deliller yoktur. Hiçbir delilin, hakim değerlendirmesi olmaksızın, bir vakıayı mutlak şekilde ispat ettiği kabul edilmemektedir. Bu ilkenin iki yönü olduğu söylenebilir; delil ileri sürme serbestisi ve delil olma serbestisi. Delil olma serbestisini her şeyin delil olabilmesi, her şeyin her şeyle ispatlanabilmesi ve delil ileri sürme serbestisini ise zaman kısıtlamasının olmaması olarak açıklamak mümkündür.

Bu ilkelerin yanı sıra ceza muhakemesinde, isnadın öğrenilmesi ilkesi, davasız yargılama olmaz ilkesi, muhakeme yapılmadan ceza verilemez ilkesi, yetkilerde denge ilkesi (iddia ve savunma makamlarının yetkilerinde denklik olması), şüphe sanık lehinedir ilkesi de uygulanmaktadır.

Tüm bu ilkelerin kaynaklarını, ceza muhakemesinin ve gerçekleştirmeye çalıştığı ceza hukukunun kamu hukuku-özel hukuk ayırımında kamu hukukuna dahil olmalarında bulduklarını söylemek mümkündür.

⁸ KUNTER-YENİSEY, *age*, s.32 vd., s.928 vd.

3. Medeni Muhakeme Hukuku

a) Amacı

Özel hukuk yargısının en önemli amacı, özel hukuktan doğan hakların korunması, saptanması ve gerçekleştirilmesine hizmet etmektir. Özel hukuk yargısında, maddi gerçeğin saptanmasının amaç olup olmadığı hususu, ceza yargısından farklı olarak tartışmalıdır. PEKCANITEZ'e⁹ göre özel hukuk yargısında da amaç, maddi gerçeğin bulunmasıdır. Yargıcın davayı aydınlatma yükümlülüğü, tarafların doğruyu söyleme yükümlülüğü bu amaca örnek olarak gösterilebilir. ÜSTÜNDAĞ'a¹⁰ göre ise usul hukukunun amacı, subjektif hakların korunmasının yanı sıra hukuki istikrarın, dolayısı ile hukuki barışın sağlanması, soyut kuralların usul hukuku aracılığı ile somut duruma uygulanarak hukukun gerçekleşmesidir.

YILMAZ¹¹ ise her yasanın genel olarak, az veya çok, çıkarıldığı dönemdeki hukuk politikasını yansıttığını belirterek, liberal düşünce içerisinde çıkarılan muhakeme yasalarının düzenlediği yargılama ilişkisinin, yalnızca tarafların yararına hizmet ettiğine işaret etmektedir. Liberal düşünüşte, yargılamada etkinlik tamamen taraflara bırakılmakta ve yargıç adeta bir hakem durumuna getirilmektedir. Ancak liberal hukuk anlayışının ortaya çıkardığı sorunlar nedeniyle zamanla yargılama işlevi, Devletin temel işlevlerinden birisi olarak görülmeye başlanmış ve mahkemeler yalnızca taraflara hizmet eden kurumlar değil, taraflar arasındaki uyuşmazlığı, toplumsal barışı sağlama, kamu yararı gibi düşüncelerle çözümleyen kurumlar olmuştur.

⁹ PEKCANITEZ, Hakan; *Medeni Usul Hukuku*, Seçkin Yayınları 2000, s.42.

¹⁰ ÜSTÜNDAĞ S., *age.*, 1992, Cilt-1, s.25.

¹¹ YILMAZ Ejder; *İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi/Değiştirilmesi Yasağı*, Ankara Barosu Dergisi, 1983, S.3-4, s.26.

b) İlkeleri¹²

(1) Tasarruf İlkesi

Tasarruf ilkesi, hakimin kendiliğinden davaya bakamayacağını, ancak talep üzerine davaya bakabileceğini, tarafların dava ve konusu üzerinde tasarruf yetkilerinin bulunduğunu ve hakimin taraf talepleri ile bağlı olduğunu ifade eder.

Davacı, açtığı davadan feragat etmek (HUMK m.91), sulh olmak suretiyle dava üzerinde tasarruf edebilir. Bunun gibi davalı da davayı kabul etmek (HUMK m.92) ve sulh olmak yoluyla dava üzerinde tasarrufta bulunabilir. Hakim tarafların iddia ve savunmaları ile bağlıdır. Talepten fazlaya veya başka bir şeye hüküm veremez (HUMK m.74).

(2) Taraflarca Hazırlama İlkesi

Davanın (iddianın) ve savunmanın dayanağı olan vakıaların ve bunların delillerinin taraflarca mahkemeye bildirilmesi demektir. Buna göre, hakim incelemesini kendisine bildirilmiş olan dava malzemesi üzerinde yapar. Hakim, tarafların bildirmediği vakıaları kendiliğinden inceleyemez ve onları hatırlatabilecek hallerde dahi bulunamaz (HUMK m.75/1).

Hakim, sadece taraflar arasında çekişmeli olan vakıaları araştırma konusu yapabilir. Taraflar arasında çekişmeli olmayan konular kural olarak hakim tarafından araştırılmaz. Hakim bu çekişmesiz olan hususları doğru olarak kabul etmek zorundadır. Bu husus, yukarıda incelenmiş olan tasarruf ilkesinin bir sonucudur. Taraflarca hazırlama ilkesi, delilleri de kapsar. Hakim delillere kendiliğinden başvuramaz. Ancak, hakim, bilirkişi ve keşif delillerine kendiliğinden de başvurabilir (m.275 ve m.363).

(3) Re'sen Araştırma İlkesi

¹² KURU/ARSLAN/YILMAZ, age., s.326 vd.

Kendiliğinden araştırma ilkesi, yukarıda incelenmiş olan taraflarca hazırlama ilkesinin karşıtıdır. Bu istisnanın nedeni, kamu yararı düşüncesidir. Taraflar arasında çekişmeli olmayan vakıaları da hakim kendiliğinden inceleme konusu yapar. Bundan başka, hakim tarafların ileri sürmedikleri vakıaları da kendiliğinden araştırıp, kararını bu vakıalara dayandırabilir. Örneğin boşanma ve ayrılık davaları, babalık davası, evlenmenin butlanı, nüfus kayıt düzeltme davası, dava şartlarının incelenmesinde kendiliğinden araştırma ilkesi uygulanır.

B. İDARİ YARGILAMA USULÜNÜN YARGILAMA USULLERİ ARASINDAKİ YERİ VE VARLIK SEBEPLERİ

1. Yargılama Hukukları Arasındaki Yeri

İdari yargılama hukuku, medeni yargılama usulü ile ceza yargılama usulünden farklı ve daha karma bir niteliktedir. İdari yargılama usulünün bu özelliği idari uyuşmazlıkların ve davaların farklı kaynaklardan doğmasından ve hukuki yapılarının da farklı olmasından ileri gelir.¹³ İdari yargı ile yalnız hakkın saptanması yoluna gidilmez, idarenin hukuka aykırı hareket edip etmediği de saptanır. Bu yönüyle idari yargılama yönteminin dayandığı ilkeler hukuk yargılama yöntemindekilerden çok, ceza yargılama yöntemindekilere benzerler.¹⁴

Bilindiği gibi, Medeni Yargılama Usulü uygulanarak çözümlenecek olan uyuşmazlık ve davalar özel hukuk alanındaki uyuşmazlık ve davalar olup, bu uyuşmazlık ve davalarda taraflarca karşılıklı olarak ileri sürülen subjektif haklar çatışır. Bu nedenle, özel hukuk alanındaki uyuşmazlıkları çözümlenecek olan hakim, kamu düzeni ile sıkı sıkıya ilişkili ayrık durum ve konular dışında, taraflarca ileri sürülen sav ve savunmalarla ve getirilen kanıtlarla bağlı olup, bunların ötesinde önüne gelen uyuşmazlık ve davayı çözümlenmek için kendiliğinden (re'sen) araştırma yetkisine sahip değildir. Pasif bir konumda olan hakim, taraflarca ileri sürülen sav ve savunmaları ve getirilen kanıtları inceleyip değerlendirerek, hangi tarafın haklı olduğuna; başka bir

¹³ ONAR,S.S. age., III.Cilt, s.1938; COŞKUN/KARYAĞDI, age., s.30-31.

¹⁴ GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut; *İdare Hukuku-İdari Yargılama Hukuku*, Cilt II- 2006, s.833.

anlatımla çatışan çıkarlardan hangisinin hukuk tarafından korunduğuna karar verir. Özel hukuk alanındaki uyuşmazlık ve davaların çözümlenmesinde izlenecek olan yargılama usulleri de, esas itibariyle bu uyuşmazlık ve davaların özelliklerine göre oluşmuştur.¹⁵

Buna karşılık, idari uyuşmazlık ve davaların taraflarından biri (davalı) olan idare öznel haklarını kullanan bir kişi değildir. İdare, kamu gücüne dayalı yetkilerini kullanarak yapacağı işlemlerle görevlerini yerine getirmektedir. İdari uyuşmazlık ya da davanın öteki tarafı ise (davacı), idarenin bir işlemi nedeniyle menfaati ya da hakkı ihlal edilmiş olan bir kişidir. Hukuk devleti ilkesi, İdarenin yetkilerini kullanarak görevlerini yerine getirir iken hukuka uygun hareket etmesini gerektirir. İdarenin hukuka uygun hareket etmesinde ise, bir idari işlem ya da eylem nedeniyle menfaati ya da hakkı ihlal edildiği için uyuşmazlık çıkararak dava açan davacının çıkarının ötesinde kamunun yararı ve çıkarı vardır. Dolayısıyla, İdare yapmış olduğu bir işlem ile bir kişinin menfaatini ya da hakkını ihlal ettiğinde ve böylece bir idari uyuşmazlık veya dava ortaya çıktığında, bu uyuşmazlık ve davada tespit edilecek olan husus, çatışan öznel haklardan hangisinin hukuk tarafından korunduğu değil ve fakat İdarenin hukuka uygun hareket edip etmediğidir. Eğer İdarenin hukuka uygun hareket ettiği tespit edilir ise, davacının idarenin işlemi nedeniyle bir menfaatinin ya da hakkının ihlal edilmiş olmasının hiçbir önemi yoktur. Bir başka anlatımla, İdarenin hukuka uygun hareket ettiği tespit edilir ise, davacının menfaat ya da hakkının ihlal edilmiş olması onun isteminin kabulüne yol açmaz. Buna karşılık, İdarenin hukuka aykırı hareket ettiği saptanır ise, bir yandan davacının istemi kabul edilir ve böylece davacının bireysel bir yararı gerçekleşir; ama onun da ötesinde İdarenin hukuka uygun hareket etmesi sağlanmış ve böylece kamu yararı gerçekleşmiş olur.

İdari uyuşmazlık ve davaların bu özellikleri nedeniyle ve özellikle de bu uyuşmazlık ve davalar sonunda verilecek olan kararlarla kamu yararının gerçekleşmesi söz konusu olacağından, bu uyuşmazlık ve davaları çözümlenecek ve karara bağlayacak olan idare yargıcısı, özel hukuk uyuşmazlıklarını ve davalarını çözümlenecek ve karara

¹⁵ GÜNDAY, Metin; *HUMK Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulama Alanı*, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırılmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu, Ankara 11-12 Mayıs 2001, Danıştay Yayını, No:63, Ankara 2003, s.81.; YAYLA, Yıldızhan; *İdare Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul-2009, s.441-442.

bağlayacak olan yargıçtan farklı olarak, aktif bir konumda olup, önüne getirilen uyuşmazlık ve davalarla ilgili tüm araştırma ve incelemeyi kendiliğinden yapma yetkisi ile donatılmıştır. Dolayısıyla, idari hakim, bir uyuşmazlık ya da dava bir kez kendi önüne getirildikten sonra, davacının sadece istem sonucu ile bağlı olup, bunun dışında taraflarca ileri sürülen iddia ve savunmalarla ve getirilen kanıtlarla bağlı değildir. İşte, idari uyuşmazlık ve davaların bu özellikleri, idari rejimi benimsemiş bulunan ülkelerde, bu uyuşmazlık ve davaları çözümleyecek ve karara bağlayacak olan yargıcın konumunun ve izleyeceği yargılama usullerinin de, medeni yargılama usullerinden farklı ve bağımsız olarak belirlenmesine yol açmıştır.¹⁶

2. İdari Yargılama Usulünün Ayrı Bir Usul Hukuku Dalı Olarak Ortaya Çıkışı

Yönetimi ilgilendiren davaların özel mahkemelere veya yargısal yetkileri olan idari otoritelere bağımlı kılınması zorunluluğu çok öncelerden kabul edilmiştir.¹⁷ Hem Türk İdare Hukuku sistemine hem de Türk İdari Yargı sisteminin oluşumuna kaynaklık etmiş Fransa’da, idari yargı rejimi başlangıçta, bir devrim yoluyla kurulan yeni devletin ihtiyaç duyduğu devrimci hamlelerin, çoğunlukla iktidarını kaybeden sınıf ve kesimlerin temsilcilerinden oluşan yargı organları tarafından kösteklenmesinin engellenmesi düşüncesine dayanmaktaydı.¹⁸ İdarenin adliye karşısındaki bu korunma istenci, idari yargının, kişilerin hak ve özgürlüklerini koruma aracı olmasından çok, idarenin üstün ve ayrıcalıklı konumunun koruyucusu gibi algılanmasına yol açabilecek niteliktedir. Nitekim idari yargı kararlarında, sıklıkla, idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olduğu sonucuna varıldığında, bunun “kamu yararı”na uygun olduğu tespitinde de bulunulur; bu durum genel bir hukuki meşruluk zemini yaratabilecek ve idarenin de sıklıkla başvurduğu gibi her türlü eylem ve işlemin meşru gösterilme aracı haline gelebilmektedir.

¹⁶ GÜNDAY,M., *HUMK Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı*,...Sempozyumu, s.82.

¹⁷ GÜNDAY,M., *HUMK Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı*,...Sempozyumu,s.82

¹⁸ SARICA, Ragıp; *İdari Kaza*, İÜHF Talebe Cemiyeti Yayınları, İstanbul, 1942, s. 251; TUNCAY, Aydın “Danıştay’ın Yargısal Yönü”, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Danıştay Yayınları, Ankara, 1986, s. 10; YAYLA,Y., *age.*, s.387.

Örneğin, 19. yüzyıl İtalya'sında hukuksal menfaat, bireyin, dolaylı yoldan koruma gören, yani yönetimin sahip olduğu kamu menfaati ile çakışmadığı sürece korunurdu. Danıştay tarafından yerine getirilen yargı görevi, sonuçta yine yönetime verilmiş bir ayrıcalık olarak yansımaktaydı. Çünkü idare her halükarda kendi eylem ve işlemlerini kamusal menfaat savı ile koruyabiliyor ve yargısal denetim mekanizması da bu şekilde ancak bireysel menfaatin üzerinde hareket eden idarenin ihlallerini teyitten öteye gidemiyordu.¹⁹ Ancak, bugünkü uygulama ışığında idare mahkemelerinde, imtiyazların geçerli olacağı ve denetim mekanizmasının adil işlemeyeceği görüşünün, artık haklı bir düşünce olmadığı söylenebilir.²⁰

Bu tarihsel gerçeklerden de hareketle, idari yargı alanında, özel hukuk yargılamasından farklı olarak, sırtını devlet gücüne dayayan bir yürütme ve onun karşısında korunmaya muhtaç olan yurttaşlardan oluşan iki eşit olmayan gücün karşı karşıya bulunması önemli bir farklılık yaratacak ve idari yargının ve İdari Yargılama Usulünün özelliği ve önemi büyük ölçüde buradan kaynaklanacaktır. İdari rejime sahip ülkelerde, idari rejimin ve idarenin yargısal denetiminin bu rejim içerisinde gerçekleştirilmesinin nedeni, bu tarihsel gerçeklerden hareketle ortaya çıkan güçlü yürütmenin, ancak idari rejim içerisinde denetlenebileceğine duyulan inançtır. Bu durum idari yargının adli yargıdan ayrı olmasının tek gerçek nedenini de göstermektedir. Bu neden, bu ülkelerde vatandaşlar karşısında üstün ve ayrıcalıklı kamu gücünü kullanmakta olan idarenin daha iyi denetlenebilmesini sağlayacak kurum ve kuralların, eşitler arasındaki uyumsuzlukları çözümlenmek üzere düzenlenmiş adli yargı bünyesinde geliştirilemeyecek olmasıdır.

Türkiye'de, teokratik iktidar döneminden kalma kutsal devlet ve kutsal otorite anlayışlarıyla da desteklenen bu tarihsel sürecin doğal sonucu, idare hukukunun ve idari yargının temel sorununun, kamu hizmetinin gerekleriyle vatandaşların temel hak ve özgürlükleri arasında bir denge oluşturulması esası olduğunun kabul edilmesi olmuştur. Kamu yararının temsilcisi ve kamu hizmetinin halka götürülmesinin vazgeçilmez

¹⁹ PORRO,A., "İtalya'da Yönetmelik Yargı Sisteminin Kökenleri" (Çev. AYDIN,Ö.,D.,) İdari Yargının Dünü Bugünü Sempozyumu, Danıştay Yayınları, 1990, s. 47.

²⁰ TUNCAY,Aydın H., .," İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları",Danıştay Başkanlığı Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları,No:14, 1972,Ankara., s.62-64.

organizatörü olan Devletin, arada sırada bir takım hatalar yapabileceği kabul edilmekle birlikte, bu hatalar dolayısıyla kendisine yönelebilecek yargılamanın, hizmetlerini tamamen felce uğratması kabul edilemeyecek ve böylece, tek tek bireylerin hak ve özgürlükleri, kamu yararına feda edilebilecektir. Bu noktada, daha da ileri gidilmiş ve idari yargı için kamu hizmetlerinin ön planda geleceği ve aslında bir yargı yeri olan idare mahkemelerinin, hukuku uygularken sadece onunla bağlı olamayacakları, aynı zamanda kamu hizmetini de düşüncelerinin gerekeceği ileri sürülmüştür.²¹

Türkiye’de, idarenin yargısal denetimini zayıflatan faktörlerden bir tanesi de, siyasilerin sürekli olarak, yürütmenin daha da güçlendirilmesi gerektiği yolunda düşünceler ortaya koymaları olmuştur. Türkiye’nin çok partili rejime geçmesiyle birlikte, yürütmenin güçlendirilmemesi halinde ülkenin yönetilemeyeceğine dair düşünceler sürekli gündemi işgal etmiş ve nitekim, bu yöndeki düşünceler, 1971 muhtırasının ve 1982 Anayasası’nın temellerini oluşturmuştur. Böyle dönemlerde duyarlılığın da zayıflamasıyla vatandaşlar, ülkede kargaşanın önlenmesi düşüncesinden hareketle, daha güçlü ve daha denetimsiz bir yürütme ve daha güçlü ve daha denetimsiz bir idare anlayışına sıcak bakmak durumunda kalmışlardır.²²

Bugün, idari yargının adli yargıdan ayrı ve bağımsız bir yargı yolu olarak var olmasının son derece objektif gerekçeleri vardır. Her şeyden önce, özel kişilerin haklarının karşı karşıya geldiği ve bunlar arasında bir dengeye varılmaya çalışıldığı özel hukuk davalarından farklı olarak, idari davalarda idare, kullandığı bir yetkisinin, veya yerine getirdiği bir görevinin, hukuka uygun olarak yerine getirilmiş olduğunu ve dolayısıyla vatandaşların buna uyma yükümlülüğü altında bulduklarını iddia eder. İkinci olarak, haklar ve menfaatler açısından eşit durumdaki kişiler arasındaki uyuşmazlıkları çözümlenmeye çalışan özel hukuk yargılamasından farklı olarak idari yargı, eşit olmayan iki taraf arasındaki bir uyuşmazlığı çözümlenme işini üstlenmiş

²¹ SARICA, *age*, s. 252-253.

²² YAVUZDOĞAN, Seçkin; *İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 31. Maddesi Çerçevesinde Medeni Yargılama Hukuku-İdari Yargılama Hukuku İlişkisi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007 syf.5

bulunmaktadır.²³ Bunun dışında, adli yargı sisteminden ayrı bir idari yargı sisteminin kabulü, gelişen teknoloji ile birlikte kamu hizmetlerinin çeşitliliğinin artması, bu hizmetlerden doğan uyuşmazlıkların yapılarındaki özellikler, bunlara uygulanacak kuralların hukuki ve teknik nitelik taşıması, idari işlemlerin idare hukuku arasında bünye, esas ve prensip farkının olması, idari işlemlerin idare hukuku alanında uzmanlaşmış ve kamu hukuku alanında bilgili ve tecrübeli yargıçlarla denetlenmesini zorunlu saymasından kaynaklanmıştır.²⁴

3. İdari Yargılama Usulünün Amacı

İdari Yargılama Usulünün amacı, idari yargının gelişim süreciyle çok bağlantılıdır. İdari Yargılama Usulünün temel sorunlarından bir tanesi, idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemlerine karşı yargısal denetimi kolaylaştırıcı bir yönde mi, yoksa sınırlayıcı bir yönde mi gelişeceği sorunudur.²⁵ Unutulmamalıdır ki; “Dava hakkını kullanmayı zorlaştıran bir sistem, yönetsel yargının varlık nedeniyle uyuşmaz. Devletin hukuka bağlı tutulması, temel hak ve özgürlüklerin yürütme ve yönetimin kanunsuz ve keyfi hareketlerine karşı korunması zorunluluğunun bir sonucu olarak ortaya çıkan yönetsel yargı, denetim alanı genişledikçe ve denetim mekanizmasını harekete geçirmek kolaylaştıkça, ortaya çıkış gerekçelerine daha uygun bir kimlik kazanabilir.”²⁶

İdari Yargılama Usulünün temel amacı, maddi gerçeğin bulunmasıdır. Öyleyse tarafların, yalnızca yargılama kuralları nedeniyle, biçimsel olarak bazı haklar elde etmelerine veya sırf yargılama kurallarının katılığı nedeniyle hak kaybına uğramalarına izin verilemez. Belirtmek gerekir ki, yargılama kuralları, başlı başına bir amaç değildir; yargılama işlevinin başarıya ulaşabilmesi için kendilerine başvurulmuş kurallardır. Yani, yargılama kuralları bir amaç oluşturmamakta, sadece, amaca hizmet eden araçlar olarak

²³ YILDIZHAN, Y., “İdari Yargılamanın Özelliği”, Atatürk’ün Yüzüncü Doğum Yıldönümünü Kutlama Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara, 1981, s. 132’den H.Barthelemy, Traite Elementaire de Droit Administratif, Paris, 1933, s. 1080-1081; COŞKUN/KARYAĞDI, *age*, s.27-28.

²⁴ OYTAN, Muammer, *Yargılamanın Yargılama Teknikleri ile Sınırlandırılması*, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap-İdari Yargı, Danıştay Yayınları, Ankara 1991, s.215.

²⁵ YAVUZDOĞAN, S. *agt.*, s.6.

²⁶ SANCAR, Mithat; *İdari Yargılama Usulü Kanununun 10. ve 11. Maddeleri Bağlamında İptal Davalarında Süre, Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 23; Sayı:1, 1990, s.86.

görev yapmaktadırlar. Bu noktadan hareketle, idari yargıda, maddi gerçeklik bir idari işlemin hukuka aykırı olduğu ve dolayısıyla iptal edilmesi gerektiği ise, usul hükümlerinin uygulanmasında aşırı şekilcilik ve katılık idari yargının varlık amacının önüne geçerek hak kaybı veya hak kazanımına sebep olabilecektir.

İdari Yargılama Usulünde maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının matuf olduğu amaç, idarenin yargısal denetimini gerçekleştirerek, tüm işlem ve eylemlerinde hukuka uygun davranmasını sağlamaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de idari yargının amacını, adli yargının amacından farklılığını vurgulamak suretiyle; “Adli yargının amacı, taraflar arasındaki uyuşmazlığın hak ve nesafet kurallarına göre çözümlenerek haksızlığın giderilmesi ve varsa zararın tazmin ettirilmesi olduğu halde, idari yargı denetiminin ana ereği, idarenin, İdare Hukuku alanı ve kanun çerçevesi içinde kalmasını sağlamaktır. Başka bir deyimle, idari yargı denetiminin amacı, idarenin, kanunların verdiği yetkileri aşması veya kötüye kullanması, ya da, hukuka veya mevzuata aykırı işlem veya eylem tesis etmesi hallerinde, bu eylem ve işlemleri, yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden iptal etmek suretiyle, idareyi, hukuk alanı içinde kalmaya zorlamaktır.”²⁷ şeklinde ifade etmiştir.

4. Hukuk Devleti ve Hak Arama Özgürlüğü Kavramlarının İdari Yargılama Usulüne Etkisi

Anayasa Mahkemesi bir kararında²⁸ Hukuk Devletini; tüm kurum ve kuruluşlarıyla yargı denetimine tâbi olan, adil yargılanma ve eşitlik ilkelerine dayalı, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan bir düzen olarak ifade eder. Bir başka kararında²⁹ ise; “Hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve

²⁷ Anayasa Mahkemesi’nin 25.5.1976 tarih ve E. 1976/28 sayılı kararı, AMKD, Sayı: 14, Yıl: 1977, s. 185-186.

²⁸ AYM, E.2003/30, K.2003/38, R.G. 09.07.2003, No: 25163.

²⁹ AYM, E.2003/31 K. 2003/87, RG. 24.02.2004, No: 25383.

hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir.” biçiminde ifade etmiştir. Bu bağlamda, hukuk devleti ilkesinin Anayasal bir ilke olarak kabul edilmesi, Usul Hukuku açısından önemli sonuçlar doğuracaktır.³⁰

Tüm eylem ve işlemlerinde hukuka bağlı olan devlet şeklinde tanımlayabileceğimiz hukuk devletinin en belirleyici koşulu, idarenin yargısal denetimidir. Yargı denetimi, hukuk devletinin öteki öğelerinin de güvencesini oluşturan temel öğedir.³¹ Bununla birlikte, idarenin yargısal denetim dışında başka yollardan da denetlenmesi mümkündür. Örneğin, idari düzen içerisinde yer alan hiyerarşi –vesayet denetimi, meclis tarafından yapılan siyasi denetim ve baskı grupları tarafından yapılan kamuoyu denetimi gibi. Bireylerin bu denetim yolları içerisinde haklarını aramaları mümkün ise de, idarenin kamu gücünü kullanarak tesis ettiği ve hukukilik karinesinden yararlanan işlemlerinin, hukuka aykırı olduğunu kabullenmemesi, yaptığı işlemlerden bir an önce sonuç alabilme amacı gütmesi gibi nedenlerle idari düzen içerisinde yapılan denetimin pek etkili bir hak arama yolu olduğu söylenemez.³² Parlamenter sistem içerisinde, hele de güçlü bir oy çokluğuna sahip iktidarlar döneminde, yasama ve yürütme organlarının adeta iç içe geçmesi sebebiyle, yürütmeye bağlı olan bürokrasinin siyasi denetim yoluyla denetlenmesi etkili olamayabilmektedir.

Bunun yanında, kamuoyu denetimi de genellikle, genel konularda halkı bilinçlendirmeye yönelik nitelik taşımaktan öteye gidememekte, bireysel işlemlerde yok denecek kadar etkisiz bir denetim yolu olmaktadır.³³ Tüm bu hususlar dikkate alındığında, idarenin eylem ve işlemleri üzerinde yapılan denetimlerin en etkili olanı ve idare edilenlere en fazla güvence sağlayanı, bağımsız ve tarafsız yargı organları

³⁰ ALANGOYA, Yavuz; *Anayasanın Medeni Usul Hukukuna Etkisi*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 1, Sayı:2, 1981, s.2.

³¹ Anayasa Mahkemesi'nin 27.01.1977 gün ve E. 1976/43, K. 1977/4 sayılı kararı, AMKD, Sayı: 15, 1991, s.122.

³² ÖZAY, İl Han, *Günüştüğünde Yönetim*, Alfa Yayınları, İstanbul 1996, s.12-13.

³³ PARLAK, Bayram, *İdari Yargıda İspat ve İspata Yarayan Araçlar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara-2006, s.9.

tarafından yapılan yargısal denetimdir.³⁴ Nitekim, Anayasanın 125/1'inci maddesinde, “*İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır*” hükmü ile, temel hak ve özgürlüklerin bir güvencesi olarak, idare yargısal denetime tabi kılınmıştır.

Hukuk devleti ilkesinin yargılama usulü açısından önemi, Anayasa Mahkemesi tarafından da vurgulanmıştır.³⁵ Anayasa Mahkemesine göre; “Yasa koyucunun, mahkemelerin yargılama yöntemleri konusundaki takdir yetkisi, kişinin özgürlük alanını, takdir yetkisi karşısında korumayı ana amaç edinen hukuk devleti ilkesi ile sınırlıdır.”³⁶

Hukuk devletinin 1982 Anayasası'nda açıkça düzenlenmiş olan bir diğer sonucu da, Anayasanın 36.maddesinde düzenlenmiş olan hak arama özgürlüğüdür.³⁷ Bu maddenin 1.fıkrası hükmüne göre; “Herkes meşru vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle, yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir.” Burada dikkat edilmesi gereken husus, bu madde hükmünde hak arama özgürlüğünün tanınmasının, hukuk devleti ilkesi açısından yeterli olmadığıdır. Önemli olan, bu maddede açıkça tanınmış bu özgürlüğün kullanılmasının koşullarının, yargılama usulü mevzuatıyla, özgürlüğü zedeleyecek ölçüde sınırlandırılmamasıdır.³⁸

Anayasada bireylere hak arama özgürlüğü tanınırken, “*meşru vasıta ve yollardan*” ifadesiyle ispata yarayan araçlar(=deliller) kastedilmektedir. Ancak, ispat edilemeyen bir hakkın olmayan bir haktan pek farkı bulunmadığından, bireylerin haklarının güvence altına alınması, bireylerin güçlü idare karşısında çaresizlikten kurtulabilmesi etkili ve güçlü yargısal denetimle sağlanabileceğinden, ispat ve deliller konusu hem hukuk devleti ilkesi ile hem de hak arama özgürlüğü ile yakından ilgilidir.³⁹

³⁴ BALTA, Tahsin Bekir, *İdare Hukukuna Giriş*, Ankara 1970, s.222.

³⁵ YAVUZDOĞAN, S., *agt.*, s.8.

³⁶ AYM. E.1990/40, K.1991/33 sayılı kararı, AMKD, Sayı:27, C.II, 1993, s.566.

³⁷ YAVUZDOĞAN, S. *agt.*, s.9

³⁸ ALANGOYA, age., s.3

³⁹ PARLAK,B., *agt.*, s.12

C. İSPAT YÖNÜNDEN İDARİ YARGILAMA USULÜNE HAKİM OLAN İLKELER

İdari Yargılama Usulü'ne hakim olan ve dayanağını Anayasamızdan ve İdari mevzuatımızdan alan bazı ilkeler mevcuttur.⁴⁰ Bu ilkeler arasında, kaynağını 2577 sayılı İdari yargılama Usulü Kanunu'nun 1/2. maddesinden alan, *yazılı yargılama ilkesi*, 20/1.maddesinden alan, *re'sen araştırma ilkesini* saymak mümkündür. Bu temel ilkeler dışında; Yasanın, 20/3-4 maddesinde yer verilen *gizlilik ilkesi*, diğer yargılama usullerinde de geçen ve anayasada düzenlenen *ucuzluk ve çabukluk* ilkeleri ile *delil serbestisi* ve *delillerin serbestçe değerlendirilmesi* ilkelerini de saymak mümkündür.

İdari Yargılama Usulünün özelliklerinin neler oldukları konusunda daha farklı listeler de vardır.⁴¹ Ancak, tez konumuzla ilgili olarak bu ilkelerden yazılılık, re'sen araştırma, delil serbestisi, gizlilik (4001 sayılı Kanun ile değiştirilmesinden önceki haliyle ve değişiklikten sonraki durumu mukayeseli olarak) ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkelerini aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

1. Yazılılık İlkesi

İdari yargıda, yargılama yazılıdır. İYUK'un 1. maddesinin 2. fıkrasında, idari yargıda yazılı yargılama usulünün uygulanacağı ve incelemenin evrak üzerinde yapılacağı hükme bağlanmak suretiyle bu ilkenin idari yargıdaki yeri ortaya konmuştur. Yazılılık ilkesinden beklenen davayı hızlandırmak, uyuşmazlığın makul ve kısa bir zaman içinde yargısal bir kararla çözümlenmesini sağlamaktır.⁴²

⁴⁰ SUNAY, Süheylâ ŞENLEN, *İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İspat ve Delil Hususları*, Kazancı Yayınları, İstanbul 1996, s.8

⁴¹ Farklı listeler için bkz.; GÖZÜBÜYÜK,Ş., *Yönetmelik Yargı*, Turhan Kitabevi, 14.bs., Ankara-2001, s. 273-274; ZABUNOĞLU, Yahya; *İdari Yargılama Usulü: Genel ilkeler ve Pozitif Düzenlemeler*, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara, 1982, s. 89.

⁴² Farklı listeler için bkz.; GÖZÜBÜYÜK,Ş., *Yönetmelik Yargı*, Turhan Kitabevi, 14.bs., Ankara-2001, s. 273-274; ZABUNOĞLU, Y., *İdari Yargılama Usulü: Genel ilkeler ve Pozitif Düzenlemeler*, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara, 1982, s. 89; COŞKUN/KARYAĞDI, age., s.98-99.

Yargılamanın yazılı olması, tarafların iddia ve savunmalarını yazılı olarak, dilekçeyle, mahkemeye sunmasını ifade etmektedir. Yazılı yargılamada; davacı iddialarını dayandırdığı olgulara ilişkin delillerini dilekçeye ekleyerek, idare de savunmasını ve dava konusu işlem dosyası ile delillerini yazılı olarak mahkemeye verir. Adli yargıda da dava dilekçeleri ile savunmalar yazılı olarak mahkemeye sunulmaktadır. Ancak, bu yargılamanın yazılı olduğu anlamına gelmemektedir. Çünkü bu yargılama sisteminde tarafların iddia ve savunmalarını mahkeme huzurunda ispatlamaya çalışırken istemlerini duruşma zaptına geçirmeleri yeterlidir. Görülüyor ki, yazılı yargılama ile sözlü yargılama arasındaki ayrım, tarafların iddia ve savunmalarını mahkeme huzurunda açıklayıp açıklanmamalarından kaynaklanmaktadır.

İdari yargıda esas olan yazılı yargılama iken, İYUK'un 17.maddesinin 4.fıkrasında düzenlenmiş bulunan, Danıştay, mahkeme ve hakimlerin kendiliğinden duruşma yapabilmelerine dair hükmün, bu kuralın istisnasını oluşturduğu savunulmaktadır.⁴³ Söz konusu hüküm İdari Yargılama Usulünün temel ilkelerinden re'sen araştırma ve inceleme yetkisinin de bir uzantısıdır.⁴⁴

Yazılı yargılama usulünde hakimler, yeterince bilgilenemediklerini düşündükleri bir noktada daha fazla aydınlanmak gereği hissedebilirler.⁴⁵ İdari yargıda sözlü yargılamanın en esaslı aracı olan duruşmanın kabul edilmesi de bu ihtiyaçtan kaynaklanmaktadır. Özellikle idari yargıda duruşma olgusunun hakkı verilerek değerlendirilmesi, gerçeğe yaklaşılması, mahkeme ile taraflar arasında diyalog kurulması ve mahkemede vicdani kanaatin oluşması açılarından faydalar sağlayacaktır.⁴⁶ İdari Yargılama Usulü Hukukunda sözlülüğün arttırılması, hiç değilse tüm aşamalarda çekişmenin sağlanmasına ve her iki tarafın görüşlerinin alınmasına

⁴³ ONAR, a.g.e., C.III, s.1982-1985; KARAVELİOĞLU, Celal; *Değişiklik Açıklama ve En Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Trabzon 1996, s.6.

⁴⁴ ERKUT, Celal; *İYUK Çerçevesinde İdari Dava Türleri ve Bazı Usuli Değişiklikler*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.51, Sayı: 1-4, 1985, s. 230.

⁴⁵ ONAR, a.g.e., C.III, s.1936.

⁴⁶ HONDU, Selçuk; *İdari Yargılama Usulünde Duruşma Yapılması ve Uygulamadaki Durum*, **Danıştay Dergisi**, Yıl 25, Sayı 89, 1995, s.16.

özen gösterilmesi ve duruşmaların usulen yapılan bir formalite olmaktan çıkarılması, maddi gerçeğe ulaşma hedefinden hareketle, bugün için kaçınılmaz gereksinimlerdir.⁴⁷

2. Re'sen Araştırma İlkesi

a) Genel Olarak

Yargılama usullerini birbirinden ayıran en önemli farklılıklardan biri hakimin davanın yürütülmesinde oynadığı rol ve sahip olduğu yetkilerdir.⁴⁸ İdari yargıyı diğer yargı manzumelerinden ayıran özellik, hakimin yargılama fonksiyonu içindeki bu farklı durumundan kaynaklanmaktadır.⁴⁹ Danıştay ve idare mahkemelerinin kendiliğinden araştırma yaparak uyuşmazlıkları çözümü görev ve yetkisinin bulunduğu açık olarak kabul edildiğine göre (İYUK.md.20/1 ve DK.md.49 ve 69/1, 2)., ⁵⁰ denilebilir ki, hakimin ‘... tarafların iddia ve savunmaları ile bağlı kalmayarak gerekli tüm incelemeleri kendiliğinden yapmasını öngören bu kural, idari Yargılama Usulü ile özel hukuk alanındaki uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak usul kuralları arasındaki en önemli ve belirgin farklılığı teşkil eder...’⁵¹

Özel hukuktaki uyuşmazlıklarda, tarafların çıkarları arasındaki çatışmanın giderilmesi amacı, dava malzemesinin getirilmesinde taraflara daha fazla inisiyatif tanınmasına uygun düşmektedir. Buradaki düşünce, tarafların, çıkarlarını daha iyi koruyabilmek için, lehlerindeki vakıaları bütünüyle getirmeye çalışacaklarında hiçbir kuşku bulunmayacağı ve olayı tarihsel gelişimi içerisinde en iyi onların bilebilecekleri noktalarına dayanmaktadır.⁵² Oysa, İdari Yargılama Usulünde, Medeni Usul

⁴⁷ AKILLIOĞLU, Tekin; *İnsan Hakları ve Yönetmelik Yargı*, 2. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri), Danıştay Yayınları, Ankara 1993, s. 226.

⁴⁸ YORGANCIOĞLU, Erçetin; *Danıştay Yargılama Usulünde Re'sen İnceleme Yetkisi*, İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İncelemeler I, Ankara, 1976, s. 219; YAYLA, age., s.445-446.

⁴⁹ YORGANCIOĞLU, Erçetin; *Atatürk'ün 100. Doğum Yılı Kutlama Sempozyumu*, 3. Oturum Tartışmaları, Danıştay Yayınları, Ankara-1981, s.152; YILDIRIM, Turan; *İdari Yargı*, Beta, İstanbul-2009, s.427.

⁵⁰ Dan.4.D.'nin E.1984/1458, K.1984/2373, DD., S.56-57, s.165-166 (SUNAY'ın age.'den naklen, s.11).

⁵¹ Dan.7.D.'nin E.1985/1737, K.1986/1117, DD., S.64-65, s.291 (azlık oyu), (SUNAY'ın age.'den naklen, s.11).

⁵² ALANGOYA, age., s.79; COŞKUN/KARYAĞDI, age., s.99.

Hukukundaki dava malzemesinin taraflarca yerine getirilme ilkesi İdari Yargılama Usulüne uygun düşmemektedir.

Gerçektende her şeyden önce, davanın taraflarını oluşturan idareyle davacı arasında çıkarların çatışması söz konusu değildir. Burada, bir yetkisini kullanmak suretiyle bir görevini yerine getirmiş olan idarenin karşısında, bu görevin yerine getirilmesinde bir hukuka aykırılık tespit etmiş olan birey vardır. Hatta çoğu durumlarda, söz konusu hukuka aykırılığı tespit eden bireyin davayı açabilmesi için, bu hukuka aykırılıktan doğrudan zarar görmesi de gerekmemektedir. Dolayısıyla, İdari Yargılama Usulünde hakim, bireyleri, idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemlerine karşı korumak ve bu işlemleri ortadan kaldırmak suretiyle, hukuka bağlı idare ilkesini gerçekleştirmek konusunda kendisine düşen ağır görevi yerine getirebilmek için, davada son derece aktif bir rol oynamak durumundadır.⁵³ Burada, idari yargının genel amacı olan, tüm eylem ve işlemlerinde hukuka bağlı bir idare yaratılması ideali önem taşımaktadır. Bu nedenle, aslında, davanın taraflarını oluşturan bireyle idarenin çıkarları arasında bir çatışmadan söz edilmesi doğru olmayıp, belki ortak bir çıkar olarak, idarenin tüm eylem ve işlemlerinde hukuka bağlılığının sağlanması ortaya konulmalıdır.

Medeni Usul Hukukundaki taraflarca yerine getirilme ilkesinin İdari Yargılama Usulüne uygun olmamasının ikinci bir nedeni, davaya ilişkin vaka ve delillerin iki eşit tarafın ellerinde değil, çoğunlukla idarenin elinde toplanmış olması ve idare karşısındaki bireyin bunlara ulaşmak için idari yargı mekanizmasına ihtiyaç duymasıdır. İşte, İdari Yargılama Usulünde, Medeni Usul hukukundaki taraflarca getirilme ilkesi yerine re'sen araştırma ilkesinin uygulanmasının nedeni, İdari Yargılama Usulü alanının bu özelliğidir. Burada davanın taraflarının savundukları iddia ve savunmalar, idari yargı hakiminin gerçeği bulma ödevine yardımcı eylemler olarak değerlendirileceklerdir.⁵⁴

⁵³ YORGANCIOĞLU, *Danıştay Yargılama Usulünde Re'sen İnceleme Yetkisi*, s. 251; YAYLA, *age.*, s.446; YILDIRIM,T., *age.*, s.428

⁵⁴ ULER, Yıldırım; *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, Ankara,1970, s. 253; YAYLA, *age.*, s.483-484

Bu bölümde, İdari Yargılama Usulünü diğer yargılama usullerinden ayıran önemli özelliklerden biri olan re'sen araştırma ilkesi kavramı, bu ilkenin kapsamı, bahsedilen yetkiye sahip olanlar, yetkinin kullanım şekilleri üzerinde durulacaktır.

b) Re'sen Araştırma Kavramı ve İlkesi

Re'sen araştırma, İdari Yargılama Usulü'nde idari yargı hakiminin davanın açıldığı andan nihai karar verilinceye kadar geçen safhada, davanın sevk ve idaresi; maddi olayın mevcudiyetinin araştırılması ve delillerin elde edilmesi; maddi olayın hukuki tavsifi, olaya uygulanacak hukuk kurallarının tespitini, iddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığını araştırmak;⁵⁵ davanın süresinde açılıp açılmadığı;⁵⁶ delillerin takdiri; idarenin sorumluluk esasının tespiti⁵⁷ ve hatta tarafların hiç değinmedikleri olaylar⁵⁸ ve delillerin elde edilmesi ile ilgili olarak, tarafların talebine ihtiyaç duymaksızın, dava ile ilgili olarak kendiliğinden yaptığı tüm araştırmalara verilen addır.⁵⁹

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20. maddesi ile idari yargı hakimine verilen "re'sen araştırma ve inceleme yapma yetkisi" son derece kapsamlı bir yetkidir. Bu yetki ile hakim uyuşmazlığın çözümünde tarafların iddia ve savunmaları ile sınırlandırılmış değildir. Böyle olunca, hakim tarafların iddia ve savunmaları ile yetinmeyerek, gerekli her türlü inceleme, bilgi edinme ve araştırma yollarını tüketmek zorunda olduğundan, her türlü evrak, bilgi ve belgeyi isteyebileceği gibi; dava konusu işleme dayanak olan sebebin de gösterilmesini talep edebilecektir.

⁵⁵ Dan.7.D., E.1984/1530, K.1986/246, DD., S.64.65, s.238-243; Dan.3.D., E.1990/2057, K.1990/3199, DD., S.82-83, s.223-226

⁵⁶ Dan.İDDGK, E.1990/457, K.1990/109, DD., S.81, s.104-107

⁵⁷ Dan.10.D. E.1990/361, K.1992/3943, DD., S.87, s.551-553.

⁵⁸ Dan.3.D., E.1990/2057, K.1990/3199 DD., S.82-83, ss.223-226

⁵⁹ SUNAY, S.Ş., *İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İspat ve Delil Hususları*, Kazancı Yayınları, İstanbul 1996, s.12; COŞKUN/KARYAĞDI, *age.*, YILDIRIM, T., *age.*, s.429.

c) Re'sen Araştırma Yetkisinin Uygulaması

İdari yargıda, dava konusu edilen idarenin eylem ve işlemleri olduğundan, idarenin yapmış olduğu işlemlerin hem usul hem de içerik olarak hukuka uygun olması gerekmektedir. Hukuka uygunluk sadece tarafların değil toplumunda menfaatindedir. Amaç idarenin hukuka riayetinin sağlanması, objektif saygınlığının korunmasıdır.⁶⁰

İdarenin hukuka aykırı işlemlerini ortadan kaldırmak, idarenin hukuka bağlılığını sağlayarak, hukuk düzeninin korunması iptal davasının objektif ögesidir⁶¹. Bu nedenle, iptal davaları açısından yargılamada bir çelişmenin olmadığı ve bu davalarda idarenin davanın tarafı olmadığı belirtilmiştir. Bunun nedeni olarak iptal davalarının objektif nitelikte olması ve iptal başvurusunun idareye karşı değil idarenin işlemine karşı yöneltilmiş olmasının yeterli görülmesi ve yargılama konusunun idare değil yapılan işlem olması gösterilmiştir.⁶²

Davaların objektif yönünün bu kadar önemli olduğu idari yargıda, gerçeğin ortaya çıkarılmasını tarafların titizlik veya gayretine bırakmanın doğru olmayacağı açıktır⁶³. İdari davaların bu objektif yönüne en uygun yargılama yöntemi re'sen araştırma ilkesidir.

İdari yargılama hukukunun, ağırlık noktasını “re'sen araştırma” ilkesi oluşturur⁶⁴. İdari yargıda yer alan re'sen araştırma ilkesine rağmen taraflar, davanın asıl sahibi konumlarını korurlar⁶⁵. Ancak bu sahiplik mahkemenin re'sen araştırma ve davaya yön verme yetkisini ortadan kaldırmamaktadır.

⁶⁰ ZABUNOĞLU, Yahya; *İdari Yargı Hukuku Dersleri* (Teksir), Ankara 1980-1981, s.157.

⁶¹ AZRAK, Ali Ülkü; *İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler*, Onar Armağanı, İstanbul 1977, s.145 vd.

⁶² AZRAK, A.Ü., “*İptal Davalarının Objektif Niteliği....*,” s. 148; YILDIRIM, *age.*, s.429-430.

⁶³ SANCAR, Mithat; *Vergi Yargısında Dava Malzemesinin Toplanması ve İspat Yükü*, Mali Hukuk, Kasım-Aralık 1989, S.52, s. 46.

⁶⁴ ÖZYÖRÜK, Mukbil, *İdari Yargı Ders Notları* (Çoğaltma), Ankara 1982, s.243, (<http://auhf.ankara.edu.tr/auhf-yayinlari-arsivi/mukbil-ozyoruk/idare-hukuku-dersleri/idare-hukuku-dersleri-bolum-2.pdf>); YILDIRIM, T. *age.*s.427

⁶⁵ GÜRAN, Sait; *İdari Yargılama Usulü Üzerine Düşünceler*, Tahsin Bekir Balta'ya Armağan, Ankara 1974, s.228; YILDIRIM, T., *age.*, s.427.

Re'sen araştırma ilkesiyle ilgili olarak yapılması gereken en önemli tespit, İYUK'un 20.maddesinin 1. fıkrasıyla ilgilidir. Bu fıkra göre; "Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar...". Maddenin idare yargıcına verdiği "re'sen araştırma ve inceleme yetkisi" sadece davayla ilgili malzemenin getirilmesi konusuyla ilgili olmayıp, son derece kapsamlıdır. İdari hakim, bu görev ve yetkisine dayanarak, tarafların iddia ve savunmaları ile yetinmeyecek ve gerekli gördüğü her türlü inceleme, bilgi edinme ve araştırma yollarını tüketecektir. Yukarıda anılan kanun hükmünün sadece yargıca verilmiş bir yetki olmayıp, aynı zamanda onun tarafından yerine getirilmesi zorunlu bir görev de olduğu yargı kararlarıyla sabittir.⁶⁶

İYUK'un 20.maddesi, (md.20/1- *Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir. Haklı sebeplerin bulunması halinde bu süre, bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir*) idari yargıda re'sen araştırma ilkesinin benimsendiğine ilişkin genel hüküm niteliğindedir. Söz konusu genel hükmün dışında da, İYUK'da özel sayılabilecek nitelikte hükümlere yer verilmiştir. Örneğin harç, posta pulu, teminat hususları ve özellikle kamu düzeni ile yakından ilgili olan görev ve yetki, idari mercii tecavüzü, ehliyet, husumet ve süre gibi daha dava açılırken ele alınıp incelenen ve dilekçelerde ilk inceleme esnasında bulunması gereken noktalara riayet edilip edilmediği hususlarını da re'sen ele alarak inceleyebilecektir (İYUK. md.14/3).

İlgililerden hangi belgelerin isteneceği hususunun takdiri idari yargı hakimine aittir. İlgili diğer yerler kavramıyla kastedilen, davanın tarafları dışında fakat davayla ilgili bilgilere sahip olan mercii ve şahıslardır.

⁶⁶ Dan.4. D., E. 1984/1458, K.1984/2373 DD., S: 56-57, s.166.

d) Re'sen Araştırma Yetkisinin Kapsamı

Danıştay 3.Dairesi bir kararında⁶⁷; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20.maddesinin birinci bendinde, Danıştay ve İdare ve Vergi Mahkemelerinin, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapacakları hükme bağlanmakla İdari Yargılama Usulü Hukukunda re'sen araştırma ilkesinin benimsendiği vurgulandıktan sonra, ilkenin kapsamı şöyle belirtilmiştir: “...madde hükmü uyarınca, idari yargı yerleri, uyuşmazlık konusu olayın hukuki nitelendirilmesini yapmak, olaya uygulanması gereken hukuk kuralını belirlemek ve sonuçta hukuki çözüme varmak yönlerinden tam bir yetkiye sahiptirler. İdari yargı yerleri buna ek olarak olayın maddi yönünü belirleme noktasından da her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliklerinden yapabilirler. İddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığını serbestçe araştırabilecekleri gibi tarafların hiç değinmedikleri olayları ve maddi unsurları araştırmaya da yönelebilirler ...” Fakat, idari yargı mercilerinin sahip olduğu yargı yetkisi idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır (Any. md. 125/4 ve İYUK. md. 2/2). Bu nedenle, bahsedilen her çeşit inceleme sadece idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimini gerçekleştirecek oranla sınırlı olmak durumundadır.

İdari yargı yoluyla denetlenen idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğu olduğuna göre, incelemenin kapsamına idarenin bu konuda yaptığı hazırlık işlemleri de dahil olacak ve idari yargı hakimi işlem dosyasının celbi yoluyla bu hususları da yargılamaya dahil edebilecektir.⁶⁸

İdari bir davada, tarafların “... mahkemeye herhangi bir belge ibraz etmemiş olması mahkemece konunun re'sen araştırılmasına engel değildir...”⁶⁹Aksi davranış tarzı ise re'sen araştırma ilkesine riayetsizlik ve bu ilkenin açıkça ihlali olarak nitelendirilir.⁷⁰ Ayrıca “hakim re'sen araştırma yetkisini kullanırken, hiçbir idari yargı merciinin, taraflardan birisinin inceleme olanağına sahip bulunmadığı bir belgeyi nazara

⁶⁷ Dan.3.D., E.1990/2057, K.1990/3199, DD.S.82-83, s.225.

⁶⁸ SUNAY, age., s.14.

⁶⁹ Dan. VDDGK. E.1987/18, K..1987/15, DD., S.68-69, s.253.

⁷⁰ Dan.6.D., E.1986/1261, K.1987/341, DD., S.68-69, s.433-434.

almak suretiyle karar veremeyeceği yolundaki idari yargılama usulü ilkesine de özellikle riayet etmelidir.”⁷¹

İdari yargı hakiminin sahip olduğu re’sen araştırma yetkisinin kullanılması herhangi bir şarta bağlı tutulmamıştır. Fakat, İYUK.md.20/3’te (md.20/3- *Ancak, istenen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Başbakan veya ilgili bakan, gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir. (Ek cümle: 10.6.1994 – 4001/10 md.) Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez.*) bu yetkinin bir sınırı olduğu ifade edilmiştir.

İYUK’un 20/1.maddesinde yer alan; “her çeşit inceleme” kavramının kapsamı hakkında bir belirleme yapılmamıştır. Dolayısıyla, tespit bir içtihat mahkemesi de olan Danıştay’ın bu konudaki kararlarıyla yapılacaktır. Fakat, bahsedilen kavram her davanın özelliğine göre değişiklik arz edecektir.⁷²

Re’sen araştırma yetkisi kapsamında maddi olayın tespitine ilişkin yapılacak incelemelere örnekler vermek gerekirse; ruhsatsız inşaat yapılan yerin belediye sınırları içinde kalıp kalmadığı⁷³; İthal edilen rahim içi aracın belirtilen sakıncaları doğurup doğurmadığı.⁷⁴; Bahsedilen imzanın davacıya ait olup olmadığı;⁷⁵ Uzlaşma komisyonu toplantısına yükümlü ve vekilinin hastalığı nedeniyle gelememesi durumunda hastalığın gerçekliği;⁷⁶ İthal eşyanın gümrük vergisine esas olan kıymeti;⁷⁷ imar planının iptali talebiyle açılan davada ilgili mevzuatın belirlediği esaslara uyulup uyulmadığı⁷⁸

⁷¹ YORGANCIOĞLU, E.(Çev.), *Fransız İdari Yargı Hakiminin Dava Dosyasının Tekemmülü Safhasında Haiz Olduğu Yetkiler*, DD., Cumhuriyet’in 50. Yılı Özel Sayısı, Ankara-1983, s.274-275.

⁷² SUNAY, age., s.15; YAYLA; age., s.445-446

⁷³ Dan.6.D., E.1986/1058, K.1987/99, DD., S.68-69, s.453- 455.

⁷⁴ Dan.10.D. E.1988/2203, K.1989/1145, DD., S.76-77, s.785-787.

⁷⁵ Dan.9.D., E.1985/1696, K.1986/2340, DD., S.64-65, s.384-385.

⁷⁶ Dan.7.D., E.1985/12, K.1985/134, DD., S.60-61, s.312-314.

⁷⁷ Dan.7.D., E.1984/525, K.1986/48, DD., S.64-65, s.257- 262.

⁷⁸ Dan.6.D., E.1986/1261, K.1987/341, DD., S.68-69, s.433-434.

hususları maddi olayın mevcudiyetinin tespiti ile ilgilidir. Bu hususlar, hakim tarafından re'sen araştırılarak tespit edilecektir.⁷⁹

Yukarıda yer verdiğimiz ve yargı kararlarına konu olmuş vakaların çoğunluğu aynı zamanda bilirkişi incelemesini de gerektiren niteliktedir. Dolayısıyla, idari yargı hakimi, maddi olayın gerçekliğini araştırırken keşif ve bilirkişi incelemesi yollarına da başvurabilecektir.

İdari yargı hakiminin sahip olduğu bu yetki, idarenin takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda da mevcuttur. Dolayısıyla, idareye takdir hakkı bırakılan hususun var olup olmadığının tespiti⁸⁰ re'sen araştırma yetkisinin kapsamı dahilindedir. Bu gibi durumlarda idare yaptığı işlemin gerekçesini kararında göstermek durumunda değil ise de, mahkeme tarafından istendiğinde bildirmek zorundadır.⁸¹

Davanın tarafları, mahkemeye sundukları dilekçede iddialarını dayandırdıkları maddi olayı İdare Hukuku'nda mevcut hukuki müesseselerden bazıları ile adlandırır. Fakat idari yargı hakimi, tarafların maddi olayın hukuki tavsifine ilişkin bu iddia ve savunmaları ile bağlı değildir.

Bu başlık altında değinilmesi gereken bir diğer husus da, idari yargı hakiminin idari davalara tatbiki gerekli hukuk kurallarını bilmesi ve önündeki olaya re'sen uygulaması gerektiğidir.

⁷⁹ SUNAY, age., s.16-17.

⁸⁰ Dan.7.D., E.1984/1530, K.1986/246, DD., S.64-65, s.238-241.

⁸¹ Dan.5.D., E.1984/834, K.1986/128, DD., S.64-65, s.187-189.

e) Re'sen Araştırma Yetkisinin Sınırları

(1) Genel Olarak

İdari yargı hakiminin sahip olduğu re'sen araştırma yetkisi, kapsamı oldukça geniş olan bir yetkidir.⁸² Ancak, idari yargı mercilerine verilen bu yetki sınırsızda değildir. Re'sen araştırma yetkisi hususunda bir takım sınırlamalar vardır. Öncelikle Anayasal bir sınır olarak idari eylem ve işlemleri yargısal denetimini hukuka uygunluk ile sınırlayan anayasa kuralı ve aynı düzenlemeyi içeren İYUK'un 2.maddesi karşımıza çıkmaktadır.⁸³ Re'sen araştırma ilkesini kısıtlayan bu genel kurallar dışında; İYUK'un 16., 20. ve 21. maddeleri de re'sen araştırma hususunda kısıtlayıcı düzenlemeler içermektedir.

Bu sınırlama nedenlerini;

-İdari yargı yetkisi idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, mahkemelerin yerindelik denetimi ile birlikte idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak kararlar verilememesi(İYUK m. 2/2),

- İYUK m. 16/4 ve m. 21 çerçevesinde düzenlenen ve tarafların sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edememeleri,

- İYUK m. 20/3'e göre istenen bilgi ve belgelerin devletin güvenliğine veya yüksek menfaatine ilişkin olması durumunda getirilen sınırlama, şeklinde sayabiliriz. Bunun yanı sıra, re'sen araştırma yetkisine mevzuat dışında, Danıştay içtihatları ile getirilen sınırlamalar da mevcuttur.

⁸² SUNAY, age., s.19.

⁸³ OĞURLU, Yücel: *Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Re'sen Araştırma İlkesi*, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 75. Yıl Armağanı-1998, C.II, S.2, s.131-132.

(2) İdarenin Eylem ve İşlemlerinin Hukuka Uygunluk Denetimi ile Sınırlı Olması

Re'sen araştırma ilkesi konusunda önemli noktalardan biri, hakimin hangi noktaya kadar araştırma yapabileceğidir. İdarenin sahip olduğu takdir yetkisi ile İYUK m.2'de belirtilen hukukilik denetimi ve yerindelik denetimi arasındaki çizgi nasıl belirlenecektir. Bu konuda, İYUK m.2/2'de idari yargı yetkisinin, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu belirtilmiştir. Yine aynı maddenin devamı cümlesinde, “...*idari mahkemeler yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler (Ay. 125/4).*” hükmüne yer verilmiştir. İdari yargı organları hukuki denetimi aşacak şekilde yerindelik denetimi anlamına gelecek inceleme yapamaz.⁸⁴

(3) İYUK m. 20/3 Çerçevesinde Getirilen Sınırlama

Bu konu daha ayrıntılı biçimde çalışmamızın ilerleyen kısmında⁸⁵ inceleneceğinden, bu başlık altında konuya kısaca değinmeyi uygun görüyoruz. Bu bağlamda, re'sen araştırma yetkisinin bir diğer sınırlaması hakimin davaya dahil edebileceği belgelerle ilgilidir. Zira, böyle geniş bir yetkiye sahip olmakla beraber, idari makamların göndermemesi ihtimali karşısında, hakimin dahi re'sen araştırma yetkisini kullanarak ulaşmak imkanına sahip olmadığı bazı belgeler mevcuttur (İYUK.md.20/3).⁸⁶

(4) Danıştay İçtihatları İle Oluşan Sınırlama

Re'sen araştırma ilkesinin kanunda düzenlenen ve teorik boyutunun yanında uygulamada şekillenen boyutunun oluşmasında içtihat önemli bir rol oynamaktadır.

⁸⁴ ALAN, Nuri; *Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi*, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara 1982, s.58.

⁸⁵ Bkz., s.31-43.

⁸⁶ SUNAY, age., s.20.

Danıştay kararlarında re'sen araştırma ilkesinin uygulanışı çerçevesinde ilkenin sınırları çizilmeye çalışılmıştır.⁸⁷

Danıştay vermiş olduğu bir kararda,⁸⁸ “her ne kadar, idari yargıda re'sen araştırma ve inceleme ilkesi geçerli ise de bu olgunun mahkemenin araştırmalarını keyfi bir şekilde yürütebileceği anlamına gelmez. Nitekim,vergi mahkemelerinde yazılı yargılama usulünün uygulanacağı ve incelemenin evrak üzerinden yapılacağı belirtilmiştir. Aynı Kanununun 31'inci maddesi ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan atıfta, madde hükmünde sayılan hallerle sınırlanmış olup Vergi Mahkemesince re'sen araştırma ve inceleme yapılırken yukarıda açıklandığı şekilde kanunda gösterilen bir araştırma yapmaksızın yükümlüye tuz satan kişinin “sözlü” olarak ifadesine başvurmasında isabet görülme(diğine)” hükmetmiş, böylece re'sen araştırma adı altında, mevzuatta öngörülme(yen) bir usule başvurulamayacağını vurgulayarak re'sen araştırma yetkisine sınırlama getirmiştir.

Danıştay bir başka kararında ise,⁸⁹ “duruşmada tarafların dinleneceği hükme bağlanmış, ancak duruşma yapmaksızın taraflardan birinin çağrılması suretiyle bilgisine başvurulmasını mümkün kılacak bir hükme yer verilmemiştir.” diyerek kanunda belirtilmeyen bir usulün re'sen araştırma ilkesi adı altında uygulanamayacağına hükmetmiştir. Danıştay, bu yolla re'sen araştırma ilkesine bir sınır çizmiştir.

(5) Re'sen Araştırma İlkesine Getirilen Eleştiriler

Re'sen araştırma ilkesine getirilmiş olan eleştiriler ilkenin özünden ziyade, uygulama biçimine ilişkindir. Eleştirilerin temelinde yazılı esasa dayalı olan idari yargıda, mahkemenin re'sen yapılacak araştırma sonrasında elde ettiği bilgi ve belgeleri tarafların tartışmasına nasıl açacağı sorunu yer almaktadır. Özellikle taraflar açısından yeni bilgi ve belgeleri inceleyip, tartışmadan yapılacak olan iddia ve savunmanın yargılamanın eksik gerçekleşmesine neden olacağı ve bu durumun yargılamayı

⁸⁷ ÖZKAN,Şener: *Vergi Yargılama Hukukunda Re'sen Araştırma İlkesi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2005, s.68.

⁸⁸ Dan.3.D, E.1989/1724, K.1990/3422, DD. S.82-83, s.231-232.

⁸⁹ Dan.3.D E.1989/452, K.1989/2340, DD.,S.78-79, s.177.

tartışmalı hale getireceği belirtilmiştir⁹⁰. Bu sebeple re'sen araştırma ve inceleme, duruşmayı yönetme yetkilerine sahip olan hakimin, bu yetkilerin ürünü olan malzemeyi tarafların bilgisine sunmak ve tarafların tartışmasına açmak görevi vardır⁹¹. Aksi durum, elde edilen bilgi ve belgeleri dolayısıyla delilleri tarafların (çoğunlukla idare dışındaki davacı taraf) tartışmasına sunmadan, onlara itiraz ve savunma hakkı vermeden yapılacak yargılama, adil yargılanma hakkına ve hak arama özgürlüğüne de aykırı olabilecektir.

Yukarıda değinilen eleştirilerle ilgili olarak şöyle bir çözüm geliştirilmek istenmiştir; hakimin, davada iddia ve savunma bakımından yeni bir hukuki sebep görmesi durumunda, bunu ara karar ile taraflara bildirmesi ve taraflara yeni hukuki sebep çerçevesinde iddia ve savunmalarını yeniden yapma imkanı verilmesi yönündedir⁹². Bu yol idari yargılama hukukunda hakimin re'sen araştırma yetkisini kullanarak elde etmiş olduğu tüm bilgi ve belgeler için geçerli olmalıdır. Her ne kadar bu çözüm davanın uzamasına ve uygulamada yeni problemlere neden olabilecek ise de re'sen araştırma ilkesinin idari yargılama hukukunda kullanılması ile amaçlanan hedeflerin gerçekleştirilmesinde bu çözüm makul görünmektedir.

İYUK'un, re'sen araştırma ilkesinin düzenlendiği, 20'inci maddesinde, mahkemenin re'sen araştırma yetkisini kullanarak ulaştığı bilgi ve belgelerin taraflara bildirilmesi veya tarafların görüşlerinin alınmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte davayı yönetme yetkisi olan hakimin alacağı kararla elde edilen yeni bilgi ve belgeleri tarafların bilgisine sunmasına engel bir durum da bulunmamaktadır.⁹³

Re'sen araştırma ilkesi bir yandan kendiliğinden araştırma hakkını, içerirken, diğer yandan kendiliğinden araştırma yükümlülüğünü içerir⁹⁴. Bu nedenle yargılama sırasında hakimin bu yetki ve yükümlülük çerçevesinde araştırma yapması zorunludur. Nitekim Danıştay kararlarında da re'sen araştırma ilkesinin hakime hem yetki hem de

⁹⁰ GÜBAN, a.g.m., s.233.

⁹¹ GÜBAN, a.g.m., s. 156.

⁹² POSTACIOĞLU, İlhan; *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. Bası, İstanbul 1975, s.218-219.

⁹³ ÖZKAN, Ş., agt., s.14.

⁹⁴ SANCAR, a.g.m., s. 48; YAYLA, age., s.445-446.

yükümlülük getirdiği belirtilmektedir⁹⁵. Hakimin re'sen araştırma yapması gerektiği halde bu ilkeye başvurmadığı durumlarda Danıştay

*“ ... İdari Yargılama Usulü Kanununun 20. maddesinde...yer almış re'sen araştırma ilkesinden hareketle...gümrük vergisine esas olacak kıymetinin araştırılarak tesbiti zorunludur....Vergi Mahkemesince uyuşmazlığın çözümü için gerekli araştırma ve inceleme yapılmadan....karar verildiği anlaşıldığından...temyiz konusu kararın bozulmasına” hükmetmektedir.*⁹⁶

3. Gizlilik İlkesi

a) Genel Olarak

İdari yargıda, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tabi olduğu ilke olarak kabul edilmektedir. Ayrıca tüm eylem ve işlemlerinin gerekçesini yargı makamları önünde açıklamak zorunda bulunan idarenin hukuki denetiminin yapıldığı bu yargı düzeninde, yargılamaya egemen olan bir gizlilik ilkesinden söz edilememesi gerekir. Ancak idari yargıda, dava ile ilgili bazı belge ve bilgilerin tarafların ve hatta idari yargı hakiminin dahi bilgisine sunulmayabileceğini düzenleyen idari mevzuat ve uygulama sebebiyle, idari yargıda bir gizlilik halinin varlığı söz konusu olmuştur.

Gizliliğe ilişkin hükümler, hem 521 sayılı Danıştay Kanununda hem de 2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanunu'nda mevcut olmuştur. Ancak gizlilik ilkesinin kapsamı hususunda bu iki kanun arasında farklılıklar mevcuttur. 521 sayılı Danıştay Kanunu'nda, 2577 sayılı Kanunda mevcut olmayan, reddi hakim istemi üzerine reddedilen hakimin bu konuda verdiği cevabın taraflara ve vekillerine incelettirilmeyeceğine ilişkin bir hüküm mevcuttu. (DK.md.82'ye 1740 sayılı Kanun ile eklenen fıkra) Bu sınır, 2577 sayılı İYUK ile ortadan kaldırılmıştır.⁹⁷

⁹⁵ Dan.7.D., E. 1992/322, K. 1993/4357 DD. S.89, s.451.

⁹⁶ Dan.7.D., E.1987/356, K.1990/3668, DD. S.82-83, s.584-585.

⁹⁷ SUNAY, age., s.20.

4001 sayılı Kanun ile 2577 sayılı Kanunda yapılan değişiklikten önce var olan, mahkeme tarafından getirilen ve idarece gönderilen gizli belge ve dosyaların taraf ve vekillerine incelettirilmeyeceği hükmü (md.20/4) yürürlükten kaldırılmış ve verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak bir savunma yapılıyorsa, bu savunmaya göre karar verilemeyeceği hükmü (md.20/3) getirilmiştir. Bu durumda, idare tarafından yapılan savunma devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin bilgi ve belgelere dayanıyorsa ve idare bu belgeleri gerekçesini göstererek göndermiyor ise, idare tarafından yapılan savunmaya itibar edilmeyecek, davanın durumuna göre idare davayı kaybedebilecektir.⁹⁸

Yeni hükme göre, taraflar artık davaya dahil edilen bütün belgeler hakkında bilgi edinmek ve bu belgelerin içeriğini öğrenmek imkanına sahiptirler. Bundan başka, idare elindeki gizli belgelere dayanmak istiyorsa bunları mahkemeye sunmak durumundadır; yok mahkemeye sunulmamasını gerekli görüyor ve bunu gerekçeleriyle destekliyorsa, bu durumda mahkemeye sunmadığı belgelere dayanamayacak ve muhtemelen aleyhte bir kararla karşılaşacaktır. 4001 sayılı Kanun ile, bu şekilde yargılamaya dahil edilen gizli belgelerin davanın taraflarının bilgisine sunulması mümkün hale gelmiştir.⁹⁹

b) Gizlilik İlkesinin Kapsamı

4001 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonrasında, gizlilik kapsamı oldukça daraltılmıştır. Fakat, konumuz açısından önemini ortaya koymak ve daha iyi anlaşılabilmesi için eski durumdan ve gizlilik ilkesinin boyutlarından söz etmekte fayda görüyoruz.

Kural olarak, dava ile ilgili bütün belgelerin davanın taraflarının bilgisine sunulması gerektiği halde, öyle bazı belgeler vardı ki, bu belge ve dosyalar idarece ve davacının bilgisi dışında düzenlendiği için, hakim re'sen araştırma yetkisine dayanarak bunları yargılamaya dahil etse, hatta kararını bu belgelere dayandırsa dahi, ilgili kişinin

⁹⁸ SUNAY, *age.*, s.20; YILDIRM, T., *age.*, s.428.

⁹⁹ SUNAY, *age.*, s.21; YILDIRIM, T., *age.*, s.428-429.

bu belgeleri inceleme imkanı mevcut değildi (Müfettiş soruşturma raporları ve sicil dosyası tanzimi gibi). Fakat, bu durum (getirilen, veya idarece gönderilen belgelerin taraflara incelettirilmemesi) savunmanın kısıtlanması niteliğini taşıdığı gibi, delillerin serbestçe tartışılması ve yargılamanın açık olması ilkelerine de aykırıydı.¹⁰⁰ Bu durumun yargılama üzerindeki sakıncaları kanun koyucu tarafından da isabetli olarak tesbit edilmiş ve 4001 sayılı Kanun değişikliği ile, davayla ilgili işlem dosyalarının aslının ya da onaylı suretinin idarenin savunması ile ilgili mahkemeye sunulması mecburiyeti getirilmiş (md.16/5), getirilen veya idarece gönderilen gizli belge ve dosyaların taraf ve vekillerine incelettirilmeyeceği (md.20/4) hükmü yürürlükten kaldırılarak, verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılan iddiaların kabul görmeyeceği açıkça belirtilmiştir. (md.20/3)¹⁰¹

4001 sayılı değişiklikten önce, davacının henüz dava açmadan bahsedilen belgelere ulaşması mümkün olmadığı gibi, aynı imkansızlık dava açıldıktan sonra da devam etmekteydi (İYUK.md.20/4). Bu durumda, davacının hakkındaki iddiaları, bu iddiaların dayandırıldığı belgeleri incelemeyen nasıl öğreneceği; bu iddiaları öğrenememesi ihtimalinde hakkındaki iddiaları bilmeden kendini kime ve neye karşı nasıl savunacağı; hakkındaki iddialara vakıf olamadığı için kendini savunamadığı durumlarda, temel haklardan olan ve anayasa ile güvence altına alınan hak arama hürriyetini ve savunma hakkını nasıl kullanacağı ve hatta bu şartlar altında, bahsedilen haklara sahip olup olmadığı dahi tartışılabilirdi. Bu durum, ilgili kişiyi hem (mesela aleyhine sicil tanzimi ile bir noktada) dava açmak mecburiyetinde bırakmak, hem de açtığı davada ona hakkındaki belgeleri, idare tarafından ve re'sen gıyabında düzenlendiği için göstermemek, ilgili şahsın Anayasa ile tanınmış temel hak ve hürriyetini elinden almak anlamına gelmekte ve Any.md.36/l'e aykırılık teşkil etmekteydi.¹⁰²

Söz edilen sakıncalara yol açan bu düzenleme, 4001 sayılı Kanun ile, idari mevzuattan çıkarılmıştır. Ancak uygulamadaki yerleşik alışkanlıklar sebebiyle, bazen

¹⁰⁰ CANTÜRK, İsmet, *İdari Yargıda Yapılan Son Değişiklikler*, ABD., C.39, S.2, s.222.

¹⁰¹ SUNAY, age., s.23.

¹⁰² SUNAY, age., s.23.

gizli ibareli belgeler, soruşturma ve sicil dosyalarının davacısına (idare dışındaki ilgili kişiler) incelettirilmesinde çekinceler söz konusu olmaktadır. 4001 sayılı Kanun değişikliğinin 1994 yılında gerçekleştirildiği ve aradan geçen 15 yıllık süre göz önünde bulundurulduğunda, halen dava dosyasına giren sicil ve soruşturma raporları gibi bir kısım belgelerin taraflara veya vekillerine incelettirilmesindeki sıkıntılar, yargı sisteminin yerleşik uygulama ve alışkanlıklardan dolayı gecikmelerle devam etmektedir. Bu konuda güncel sayılabilecek Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 12.6.2008 tarihli kararında;¹⁰³ “ *Dava; davacının, ... görevine son verilmesine ilişkin 27.5.2002 günlü, 657-3/91 sayılı işlem ile bu işleme dayanak olan Diyanet İşleri Başkanlığı Sınav, Atama ve Nakil Yönetmeliğinin ilgili maddesinin iptali, yoksun kaldığı parasal ve özlük haklarının ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.*

Danıştay Onikinci Dairesi 14.3.2005 günlü, E:2002/5149, K:2005/765 sayılı kararıyla; 657 sayılı Yasanın Devlet memurluğuna alınmada özel şartları belirleyen 48. maddesinin B/2 bendinde; "Kurumların özel kanun veya diğer mevzuatlarında aranan şartları taşımak" hükmüne yer verildiği, aynı Kanununun 98/b. maddesinde ise; memurluğa alınma şartlarından herhangi birini taşımadığının sonradan anlaşılması veya memurlukları sırasında bu şartlardan herhangi birini kaybetmesi hallerinde Devlet memurlarının, memurluğunun sona ereceğinin belirtildiği, 657 sayılı Yasaya ve 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanuna dayanılarak hazırlanan ve 23.11.1999 gün ve 23885 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Diyanet İşleri Başkanlığı Sınav, Atama, Nakil ve Görevde Yükselme Yönetmeliğinin 13.9.2001 gün ve 24522 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Diyanet İşleri Başkanlığı Sınav, Atama, Nakil ve Görevde Yükselme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile değişik (uyuşmazlık konusu olay tarihinde yürürlükte bulunan şekliyle) 9. maddesinde; bu Yönetmelik kapsamına

¹⁰³ Dan.İDDK, E:2005/3292, K:2008/1633 2577 sayılı Yasanın 20. maddesinde öngörülen istisnai durum dışında, davacılar dava konusu işlemin dayanağı olan her türlü bilgi ve belgeyi, bu bağlamda disiplin soruşturma raporlarını istemleri halinde inceleyebilme olanağının tanınmasının hukuk devletinin, adil yargılanma hakkının ve İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20. maddesinin gereği olduğu, davacının istemesine karşın soruşturma raporu incelettirilmeden karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı hk. (<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>) Erişim Tarihi: 20/09/2009.

giren kadrolara ilk defa atanacaklarda 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun değişik 48. maddesinin (A) bendindeki şartlar ile atanmalarında dini eğitim yapmış olma niteliği arananlar için bu genel şartların yanında "İtikat, ibadet, tavır ve hareketlerinin İslam törelerine uygunluğunun çevresinde bilinir olduğu" şeklindeki ortak nitelik şartının aranacağı hüküm altına alındığı, 25.8.2004 gün ve 25564 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Diyanet İşleri Başkanlığı Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği ile sözü edilen 23.11.1999 günlü Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmelik yürürlükten kaldırılmış ise de 9. maddede öngörülen dava konusu hükmün yeni Yönetmeliğin 5. maddesinde eski şekliyle yer aldığı, Din Hizmetleri Sınıfında görev yapan din görevlilerinin kendilerinden toplumda örnek davranışlar içinde olmaları beklendiğinden aynı zamanda örnek kişilik özellikleri sergileme sorumluluğu taşıdıklarından ayrıca, toplumda kabul gören değerlere ters düşmek yerine inanç, ibadet ve davranış bütünlüğü içinde bu değerlere örnek olma görevini yüklediklerinden, bu hizmet sınıfı için yukarıda sözü edilen ve iptali istenen nitelik şartının aranmasında hukuka ve 657 sayılı Yasanın 48/B-2. maddesine ve aynı zamanda hizmet gereklerine aykırılık bulunmadığı, olayda; hakkında yapılan soruşturma sonucunda davacının, ... eylemi nedeniyle Diyanet İşleri Başkanlığı Sınav, Atama, Nakil ve Görevde Yükselme Yönetmeliğinin 9. maddesinde yer alan ortak nitelik şartını kaybettiğinin anlaşıldığı gerekçesiyle 657 sayılı Yasanın 48/B-2 ve 98/b maddeleri uyarınca görevine son verilmesi teklifinde bulunulduğu, bu teklif doğrultusunda dava konusu işlemlerle görevine son verildiğinin anlaşıldığı, dosyada bulunan bilgi ve belgeler ile soruşturma raporunun birlikte incelenmesinden; anılan Yönetmeliğin 9. maddesinde yer alan; "itikat ibadet, tavır ve hareketlerinin islam törelerine uygunluğunun çevresinde bilinir olduğu" şeklindeki ortak nitelik şartını kaybettiği açık olan davacı hakkında tesis edilen işlemde de hukuka aykırı bir durum görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Davacı, hakkında hazırlanan soruşturma raporunu gerek işlemin tesisi aşamasında, gerekse yargılama aşamasında inceleyemediğini; işleme dayanak olarak alındığı belirtilen hususların gerçeği yansıtmadığını; soruşturmanın objektif olarak yapılmadığını ileri sürerek kararı temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

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." denilmektedir.

AİHM kararlarında belirtildiği üzere adil yargılamanın en önemli gereklerinden biri olarak, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından davanın tarafları arasında tam bir eşitlik gözetilmeli (silahların eşitliği), buna bağlı olarak da toplanan deliller hakkında taraflara görüş bildirme olanağı tanınmalıdır.

2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20. maddesinin olayla ilgili kısımlarında, Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinin bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapacakları, mahkemelerin belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü belgenin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilecekleri; taraflardan biri ara kararın icaplarını yerine getirmediği takdirde, bu durumun verilecek karar üzerindeki etkisinin mahkemece önceden takdir edileceği ve ara kararında bu hususun ayrıca belirtileceği; ancak, istenen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine ilişkin ise, Başbakan veya ilgili bakanın gerekçesini bildirmek suretiyle söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebileceği hükmü yer almaktadır. Anılan maddeye 10.6.1994 günlü, 4001 sayılı Yasayla "Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez" hükmü eklenmiş ve maddenin 4. fıkrasında yer alan "Getirilen veya idarece gönderilen gizli belge ve dosyalar taraf ve vekillerine incelettirilemez" tümcesi ise yürürlükten kaldırılmıştır.

Anılan yasa değişikliğinin gerekçesinde, " Madde ile 2577 sayılı Kanunun 20. maddesinin 3. fıkrasının sonuna eklenen cümle ile bu fıkra da sayılan haller nedeniyle mahkemeye verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemeyeceği öngörülerek, adalete gölge düşürmesinin önüne geçilmesi ve yargılama hukukunun delil sistemi korunmak istenmiştir. Yargılama usulü hukukunda amaç, davaya dayanak yapılan tüm belge ve delillerin tarafların bilgisine sunulması suretiyle gerçeğin ortaya çıkması ve bu suretle

hukukun üstünlüğünün sağlanmasıdır. Taraf ve vekillerine incelettirilmeyen belge ve dosyaya dayanılarak karar verilmesi, davacılara gerçek anlamda iddiasını kanıtlama hakkı tanınmadığını gösterdiği gibi adalete de gölge düşürmektedir. Kaldı ki, uygulamada gizlilik taşımayan belge ve dosyalara gizlilik damgası vurularak bunların ilgililere incelettirilmesi engellenmektedir. Bu nedenle de, Kanununun 20. maddesinin 4. fıkrası da yürürlükten kaldırılmaktadır.

Diğer yandan, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinde uygulanacak olan 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu, demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemek amacıyla çıkarılmış olup, Yasa'nın 4. maddesinde, herkesin bilgi edinme hakkına sahip olduğu, 5. maddesinde ise, kurum ve kuruluşların bu Kanunda yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere gerekli idari ve teknik tedbirleri almakla yükümlü oldukları hükümlerine yer verilmiştir.

4982 sayılı Yasa'nın anılan hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, idari aşamada dahi kişilerin bilgi ve belgelere erişmelerinin bir hak olarak kabul edilmek suretiyle yasal güvenceye kavuşturulduğu, bu hakkın ancak Yasada belirtilen hallerde sınırlanabileceği anlaşılmakta; bilgi edinme hakkı demokratik ve şeffaf bir yönetimin gereği olarak kabul edilmektedir.

Yukarıda yapılan açıklamalar, adil yargılanma hakkı, 2577 sayılı Yasa'nın 20. maddesi ve bu maddede yapılan değişiklik birlikte değerlendirildiğinde, maddede öngörülen istisnai durum haricinde davacılara işlemin dayanağı olan her türlü bilgi ve belgeye ulaşabilme ve bu belgeleri inceleyebilme olanağının tanınması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Davacılar ancak soruşturma raporunda yer verilen maddi olayı, tanık ifadelerini, inceleme yapanın görüş ve kanaatini, işlemin hukuki dayanağını,

soruşturmacının önerilerini açık ve etraflı bir biçimde öğrenme suretiyle adil yargılanma hakkını kullanabilecektir. İncelenemeyen bir soruşturma raporuna karşı iddia ve savunmada bulunmak zor, hatta imkansızdır.

Dava ve temyiz dosyasının incelenmesinden, davacının görevine son verilmesine ilişkin işlemin dayanağı soruşturma raporunun davacı vekilinin talep etmesine karşın Dairesince incelettilmediği, dava konusu işlemin hukuka uygunluğunun denetiminde ise soruşturma raporunda yer verilen hususlara değinildiği anlaşıldığından Daire kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Bu durumda, makul bir süre verilmek suretiyle, davacıya hakkında düzenlenen soruşturma raporunu incelemesi ve istemi halinde raporla ilgili görüşlerini dosyaya sunması olanağı sağlandıktan sonra işin esası hakkında yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.” denilerek, Danıştay Onikinci Dairesinin kararının bozulmasına, *oyçokluğu* ile karar verilmiştir.

4001 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra da Kanun’da bahsedilen (20/3) ‘Devletin güvenliği veya yüksek menfaatleri’ kavramı hala hem bir belirsizlik arzietmekte, hem de hangi durumların bu kapsama gireceği hususunun tesbiti Başbakan veya ilgili bakana bırakıldığı için belirleyici kriterlere ihtiyaç göstermektedir.¹⁰⁴ Gerçektende, “devletin güvenliği ve yüksek menfaatleri” kavramının çok soyut kalması ve sınırlarının belirlenmesinde mevzuat açısından hiçbir belirleyici ölçünün olmayışı sebebiyle idari yargı hakiminin, her türlü belge ve bilgiyi kendisine kanunla verilen re’sen araştırma yetkisi uyarınca inceleme ve değerlendirebilme yetkisi güçsüzleşmekte ve silahların eşitliği açısından idare lehine olan güç dengesini çok daha etkili bir şekilde bozmaktadır.

Kanunda ifade edilen şekliyle, söz konusu kavrama adeta “devlet sırrı”¹⁰⁵ vasfi atfedilmekte, belirleyici yasal bir kriter olmadığı içinde nelerin sır nitelikte olduğunu

¹⁰⁴ SUNAY, age., s.26.

¹⁰⁵ Ülkemizde, “devlet sırrı” kavramı ve devlet sırrı olabilecek hususların tayininde hangi hukuki kriterlerin uygulanacağına ilişkin halihazırda bir düzenleme olmamakla birlikte, bu konuda hazırlanmış “Devlet Sırrı Kanunu Tasarısı” mevcuttur. Bkz. (<http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmkom/devletsirri.pdf>)

tayin yetkisi de idareye bırakılmış durumdadır. Bu bağlamda, ‘devletin güvenliği veya yüksek menfaatleri’ kavramı ile ilgili belirleyici kriterlerdeki eksiklik, bireylerin bilgi edinme, savunma ve adil yargılanma haklarını da zedeleyen bir görünüm arz etmektedir.

Buna karşın, 20/3.maddede ifade edilen “devletin güvenliği ve yüksek menfaatleri” kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin muğlaklığı, Danıştay’ın bir kararında¹⁰⁶ vurgulandığı şekliyle, sözü edilen gizli kelimesinden idare de gizli olan ve yetkili memurların dışında hiç kimseye gösterilmemesi gereken belge ve dosyalar olarak anlamak gerekmektedir. Bu hususta, idarenin gönderirken “gizlidir” kaydını koyması veya ek bir yazıyla gizli olduğunu belirtmesinin kendiliğinden o belge veya dosyaya gizlilik niteliğini kazandırmayacağı açık olduğundan Mahkemenin bu çerçevede gerekli incelemeyi re’sen yaparak belge ve dosyanın gizli olup olmadığını bizzat saptaması ve sonucuna göre usuli işlemleri yapması gerekmektedir.

2577 sayılı Kanunda yapılan değişiklik öncesinde (4001 Sayılı Kanunla) mevcut olan düzenlemeye, halen 1602 sayılı Askeri İdari Yargı Kanunu’nda yer verilmektedir. Kanunun, “Dosya Dışında İnceleme” başlıklı 52.maddesinde; *“Daireler veya Daireler Kurulu, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapabilecekleri gibi, tayin edecekleri süre içinde, lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir. Haklı sebeplerin bulunması halinde bu süre, bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir.*

Taraflardan biri ara kararının icaplarını yerine getirmede bunun verilecek karar üzerindeki etkisi, görevli daire veya kurulca önceden takdir edilir, ara kararında bu husus ayrıca belirtilir. Ancak, istenen bilgi ve belgeler Türkiye Cumhuriyetinin güvenliğine ve yüksek menfaatlerine veya Türkiye Cumhuriyetinin güvenliği ve yüksek menfaatleri ile birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Başbakan, Genelkurmay Başkanı veya ilgili Bakan gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir. Şu kadar ki, görevli daire veya kurul veya savcılar tarafından

¹⁰⁶ Danıştay 5. Dairesi, E: 1990/4297; K.1991/1099; D.D., S. 84 – 85, s. 345.

getirtilen veya idarece gönderilen gizli her türlü belge ve dosyalarla reddi hakim istemi üzerine reddedilen hakim tarafından bu hususta verilen cevap, taraf ve vekillerine incelettirilemez.” hükmüne yer verilerek; 521 sayılı Danıştay Kanununda ve 2577 sayılı Kanunda, 4001 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önceki mevcut düzenlemeye benzer bir düzenleme muhafaza edilmektedir. Ancak, İYUK’taki değişiklikten sonra Askeri İdari Yargı Kararlarında, 1602 sayılı Kanunun 52.maddesindeki gizliliğe ilişkin düzenleme eleştirilerek, mevcut hükmün savunma ve adil yargılanma hakkını ihlal ettiği ileri sürülmektedir.

AYİM’in oy çokluğuyla verdiği bir kararın karşı oy gerekçesinde;¹⁰⁷ “ Davacı Deniz Kuvvetlerinde P. Astsb. olmak üzere Astsubay Sınıf Okuluna kayıt edilmiş, öğrenimini başarılı olarak sürdürürken hakkında yapılan güvenlik soruşturmasının olumsuz çıkması sonucu okuldan çıkarılma işlemi yapılmış bir kişidir. Tesis olunan okuldan çıkarılma işleminin tek “hukuki sebebi” “gizli belgeler” dir. İş bu işlemin tek “hukuki sebebi” olan gizli belgelerin davacıya ve vekiline incelettirilmesi ve bu belge ya da belgeler karşısında ne diyeceğinin sorulması ya da savunmasını yapmasına olanak tanınması gerekirdi. Bu "yargı"nın "olmazsa olmaz" koşulu olan "sav" ve "savunma"nın eşit surette alınması ilkesinin doğal sonucudur. Gizli belgeleri davacının ileri sürüp sadece "hakim"in incelemesi ve fakat karşı taraf olan davacının bu belgeler hakkında hiçbir bilgi sahibi olamaması "savunma" yapma hakkının "özünden" ortadan kaldırılması anlamına gelir ki bunu "hukuk devleti" ilkesiyle uyumlu görememekteyim.

Aksini düşünelim; Davacı kendisince bir takım "gizli" belge ibraz edip ileri sürse, bu belgeleri davalı idareye tebliğ etmesek, bu halde davalı idare pekala "davacının dayandığı gizli belgeler nelermiş, onları ben bir göreyim, ondan sonra savunma yapacağım" diyecektir. Bu da davalı idarenin doğal hakkıdır. O halde her iki tarafın iddia ve savunmaları ekinde gönderdikleri belgelerin "karşı taraf"ça incelenememesi diye bir ilke artık çağdaş ve hukukun üstünlüğünü kabul etmiş hukuk düzenlerinde kaldırılmıştır. Nitekim gizli belgelerin karşı tarafça incelenemeyeceğine ilişkin 2577

¹⁰⁷ http://www.msb.gov.tr/avim/Avim_karar_detav.asp?IDNO=1488&ctg=000002000005000005000006, Erişim

Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20 nci maddesindeki hüküm 10 Haziran 1994 ve 4001 sayılı kanunla kaldırılmış bulunmaktadır.

1602 Sayılı AYİM Kanununun 52 nci maddesinde hâlâ yürürlüğünü muhafaza etmesinin "hukuk devleti", "hukukun üstünlüğü", "yargı bağımsızlığı", "adil yargılanma hakkı", "eşitlik" gibi evrensel "temel hak ve özgürlükler"le uyumlu olmadığı çok açık ve nettir.

1602 Sayılı AYİM Yasasının 52 nci maddesi son fıkrası gizli belgelerin taraf ve vekillerine incelettirilmeyeceğini amir ise de bu hüküm yargılamanın sav - savunma-hakim üçlüsünde taraflardan birinin iddiasının karşı tarafça bilinmemesi, sav ya da savunması içeriğini bilemediği bir belge yönünden hiç bir beyanda bulunamaması sonucunu doğurmaktadır.

Nasıl ki davacının tüm iddialarını dilekçe ve ekindeki belgelerle açıkça ortaya koyması gerekli ve zorunluysa davalı idarenin de savunmasını dayandırdığı iddialarını belgelere dayandırması ve bu iddialarının davacıya bildirilmesi de aynı derecede zorunludur. Bu zorunluluk Anayasanın "eşitlik" kuralının da bir gereğidir.

Davalı idarece "gizli belge" diye gönderilen belgeler sadece davacıyı ilgilendirdiğine göre bu belgelerin "Devletin Güvenliği" ile bir ilgisinin olamayacağı açıktır. İşte bu nedendir ki 10.06.1994 tarih ve 4001 Sayılı Kanun ile 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu değiştirilmiş bulunmaktadır.

Gizli belgeler "Türkiye Cumhuriyetinin güvenliğine ve yüksek menfaatlerine veya Türkiye Cumhuriyetinin güvenliği ve yüksek menfaatleri ile birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Başbakan, Genelkurmay Başkanı veya ilgili Bakan gerekçesini bildirmek suretiyle söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir" (bakınız 1602 sayılı AYİM.K.m.52, fıkra 3). Hal böyleyken 1602 Sayılı AYİM Yasasının 52. Maddesinin 4 ncü fıkrası davalı idarenin gönderdiği ve sadece davacının özel durumuyla sınırlı olan, kesinlikle devletin güvenliğiyle ilgili olmayan "gizli" belgelerin davacıya incelettirilmeyeceğini öngörmektedir ki bu son fıkra hem bir

önceki fıkrayla, hem Anayasanın 36 ncı maddesinde öngörülen "savunma" hakkıyla, hem Anayasanın 10 ncu maddesindeki "eşitlik" kuralıyla, hem de temel hakların ve özgürlüklerin "özü"ne dokunulamayacağına, yasayla yapılabilecek sınırlamaların da "Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla" sınırlandırılabilceğine ilişkin 13, 14 ve 15 maddeleriyle bağdaşmamaktadır.

Davacının davalı idarenin tesis ettiği idari işlemin hukuki sebebini oluşturma nedenlerini bilmeden savunmasını neye göre yapacağı bir "bilinmez"lik taşır. "Gizli" dereceli belgelerin ne derece gizli olduğu, niçin davacıyı ilgilendiren bir olgunun davacıdan gizlenmesi gerektiği de üzerinde durulması gereken bir konudur. Bir kişiyi ya da ailesi fertlerinden birkaç kişiyi ilgilendiren bir olgunun "devletin güvenliği" ile bir ilgisinin olamayacağına göre davacının kendisine ne gibi bir olumsuzluk isnat ediliyorsa davacıya bunların açıkça bildirilmesi ve davacının da kendisini savunması, karşı iddialarını ileri sürmesine olanak tanınması "hukukun üstünlüğünü kabul eden devlet" ilkesinin doğal bir sonucudur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesiyle düzenlenen ve dolayısıyla iç hukukumuzun bir kuralı olan "ADİL YARGILANMA HAKKI", "adaletle ulaşma hakkı" "Right of acces to the courts" müessesesi de sadece davacıyı ilgilendiren "gizli" belgelerin davacının incelemesini gerekli ve zorunlu kılmaktadır.

Belirttiğim bu nedenlerle davacı hakkında, davalı idarece ileri sürülen "gizli" bilgi ve belgelerin davacıya incelettirilmesi, bilgisine sunulması ve kendisine "SAVUNMA HAKKI" tanınması gerekirdi. Davacının bu konudaki savunmasını yapabilme olanağından yoksun kılınması replik ve düplik, iddia ve savunmanın "EŞİT" surette hakim önüne konulmaması anlamına gelir.

Diğer taraftan, davalı idarenin "gizli" diye gönderdiği belgelerin mahkemenin gerekçeli kararında değerlendirilip tartışılmaması sonucu da doğmaktadır. Yargıç gizli belgeleri dosyayı incelerken değerlendirmekte, mevcut belgeleri "olumsuz güvenlik belgesi" niteliğinde bulması durumunda red gerekçesinde sadece bu belgeye /belgelere atıf yapmakta yetinmek zorunda kalmaktadır. Denilebilir ki yargıcın gizli belgeyi incelemesi yeterlidir, ayrıca davacının da incelemesine gerek yoktur. Ne var ki

gizli belgeyi hakimince yeterince incelemesi başkadır, bu belgenin / belgelerin tarafların savunma haklarını tam olarak kullanmalarına sunmak yine başkadır. Hakim, gizli belge içeriğini “gerekçeli karar” da açıkça tartışıp değerlendiremediğine göre Anayasanın 141’nci maddesinde öngörülen “Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır” şeklindeki anayasa hükmünün gereğinin yerine getirildiği de ileri sürülemeyecek demektir.

Tüm bunların ötesinde diğer bir husus da şudur : Askerî okula kabul edilen bir öğrenci öğreniminin 1’nci, hatta 2’nci yılına girdikten, öğrenimini çok başarılı bir şekilde sürdürürken okuldan sadece güvenlik soruşturmasının “olumsuz” olduğunun anlaşılması nedeniyle çıkarılması işlemi hem öğrenciyi, hem de aile fertlerini maddi ve manevi surette zarara uğratmaktadır. Nitekim öğrencinin okula alındığı günden okuldan ilişkisinin kesildiği tarih arasında yapılan milyarlarca bulan masraflar öğrenci ve velisinden istenmektedir ki bu durum okul masraflarını taahhüt eden öğrenciyi ve velisini, dolayısıyla ailesinin tüm bireylerini maddi yönden müzayaka durumuna sokmaktadır. Olayın devleti ilgilendiren yönü ise devletin bu öğrenciye yaptığı kamu harcamasıdır. Devlet bu alacağını öğrencinin ekonomik zayıflığı nedeniyle çoğu kez alamamak durumunda kalabilecektir.

Öğrencinin okulda öğrenimini çok başarılı bir şekilde sürdürdüğü, ayrıca çok disiplinli olduğu bir evrede, okula girişinin 1’nci ya da 2’nci yılında okuldan çıkarılması gerek o öğrenciyi, gerek ailesi bireylerini manevi zarara uğratabilir. Akrabaları ve ikamet ettiği yerdeki komşuları nezdinde askerî okuldan hangi nedenle çıkarıldığını anılan çevreye anlatması ve açıklaması her zaman pek kolay olmayabilir. Uğranılan bu maddi ve manevi zararın daha doğmadan önlenmesi ise askerî okula alınacak öğrencilerin tüm güvenlik soruşturmalarının daha okula başlatılmadan önce kesin surette sonuçlandırılması gereğini ortaya koymaktadır. Düzenli ve mütedebbir, hukukun üstünlüğünü kabul etmiş bir idareden beklenen budur. Güvenlik soruşturmasının öğrencinin okula kabulünden sonra yapılması ve tamamlanması uygulaması okuldan çıkarılan öğrenci yönünden yarattığı yukarıda belirttiğim sorunlar dışında okula girebilecek olan bir başka öğrenci adayının kontenjanın dolması nedeniyle okula alınamaması sonucunu da doğurmaktadır. Bu yönü bile güvenlik

soruşturmasının daha öğrencinin okula kabulünden önce kesin surette sonuçlandırılması gereğini zorunlu kılmaktadır. Öğrencinin okuldan çıkarılması nedenlerinin sadece o öğrencinin okula kabulünden sonra doğan “hukuki sebepler” e dayandırılması hukuki zorunluluğu vardır. Zira tesis edilen bir idari işlemin “geri alınması” koşulları belirlidir. Öğrencinin okula kabulü sırasında düzenlediği belgelerde gerçeğe aykırı beyanda bulunması, tahsil durumu vesair belgelerde sahtecilik yapılması gibi bir durum yoksa artık öğrencinin okuldan çıkarılmaması gerekir.

Güvenlik soruşturmasını okula kabul işleminden sonra tamamlanması üzerine öğrencinin “okula kabul koşullarını taşımadığının sonradan anlaşılması” gibi bir gerekçe esas alınarak okuldan çıkarılması o öğrencinin kendisinin bir işlem veya eyleminden kaynaklanmamakta ve fakat güvenlik soruşturmasının daha okula kabul edilmesinden önce tamamlanmamasından, güvenlik soruşturması sonucu beklenilmeden, aceleci bir davranışla okula kaydını hemen yapan idarenin işleminden kaynaklanmaktadır. Bu hatalı hareket tarzının ağır sonuçlarının davacı öğrenci ve ailesi bireylerine yüklenilmesi işlemini hukukun himaye ettiği ileri sürülemeyeceği açıkça görülmektedir.

Belirtilen nedenlerle, öncelikle 1602 sayılı yasanın 52 nci maddesinin son fıkrası Anayasanın 10, 36 ve 141 nci maddelerine aykırıdır. O nedenle Anayasanın 152 nci maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesine başvurulması gerekirdi.

Anayasaya aykırılık görüşüm kabul görmese dahi 2577 sayılı yasanın 4001 sayılı yasayla değişik 20’nci madde hükmünün 1602 sayılı yasanın 52’nci maddesini “zımnen” ilga ettiğinin kabulü gerekirdi.

Yukarıda belirttiğim nedenlerle, davacıya “gizli” belgeleri incelemesi olanağının tanınması, ileri sürülen gizli belgelerin kararda tartışılıp değerlendirilmesi ve sonucuna göre ya işlemin iptali ya da davanın reddine ilişkin bir karar verilmesi gerekirken aksi düşünceyle, anayasaya ve yasalara aykırı surette, davanın reddine

***ilişkin çoğunluğun kararına katılmadım.”* tespitlerine yer verilmek suretiyle, düzenlemenin temel hak ve özgürlüklere aykırılığı vurgulanmıştır.**

4. Delil Serbestisi İlkesi

a) Kavram

Uyuşmazlığın çözümünde hangi araçların delil niteliği arz edebileceği her yargılama usulüne göre farklılıklar gösterir. Bir yargılama usulünde nelerin delil olarak kullanılabilmesi sayıca sınırlanmamışsa burada delil serbestisinden bahsedilir.

Delil serbestisi ilkesine göre, tarafların, ispata yönelik, uyuşmazlığın niteliğine uygun, meşru her türlü delili mahkemeye sunması mümkündür.¹⁰⁸ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20/1. maddesinde de yer alan “...her türlü incelemeleri...” ifadesi ile “...lüzum gördükleri evrak ve her türlü bilgi ...” ifadeleri idari yargılama usulünde delil serbestisi ilkesini ifade etmektedir.¹⁰⁹

b) Sınırları

Kural olarak idari yargılama usulünde delil serbestisi ilkesi geçerli olmakla birlikte, idari yargılamanın özelliğinden kaynaklanan bir takım nedenlerle bu kuralın istisnaları olduğu söylenebilir. Bu sınırlamalardan ilki, delillerin yazılı olmasıdır.

İYUK’un 1/2.maddesine göre, idari yargıda yazılı yargılama usulü uygulanacağı ve incelemenin evrak üzerinde yapılacağı düzenlenmiştir. Yazılı yargılama ilkesi nedeniyle idari yargıdaki delillerinde yazılı bir belgeye dayanması gerekmektedir.¹¹⁰ Bu sebeple, idari yargıda yemin ve tanık deliline başvurulamamaktadır.¹¹¹

¹⁰⁸ ELÇİM , Mustafa; *Hukuk Devleti Açısından İdari Yargılama Usulünde Kanıtama Yöntemi ve Araçları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü- 2001, s.46

¹⁰⁹ GÖZÜBÜYÜK, Ş - TAN,T., *İdare Hukuku, C.II, İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 1999, s.984.

¹¹⁰ PARLAK,B., agt., s.45

¹¹¹ Bu konu ile ilgili açıklamalar çalışmanın ikinci bölümünde detaylı olarak incelenmiştir. Aşağıda bkz., Tanık s.102 vd; Yemin s.119 vd.

Delil serbestisi ilkesinin sınırlarından diğeri ise, süredir. Dilekçeler ve savunmalarla birlikte verilmeyen belgelerin kabulü, bunların vaktinde ibraz edilmelerine imkan bulunmadığına mahkemece kanaat getirmesine bağlanmıştır.(İYUK md. 21)

Bu maddeye göre, dilekçeler ve savunmalarla birlikte verilmesi mümkün olan belgeler sonradan kabul edilmeyecektir. Bu hüküm ile delil serbestisi ilkesine süre bakımından bir sınırlama getirilmiştir.¹¹² Buna karşın, uygulamada uyumsuzluğunu çözümünde etkili olacak bilgi ve belgeler, idari yargı hakimine tanınan re'sen araştırma yetkisi dolayısıyla 21.maddede belirtilen süreden sonrada incelenebilmektedir. Bu ise idari yargılama usulünde, tarafların vermiş olduğu dilekçe ve savunmalar ile ekli belgelerin uyumsuzluğun çözümünde daha çok yol gösterici bir fonksiyon ifa ettiğini göstermektedir.

¹¹² KARAKOÇ, Yusuf: *Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, AÜSBE, Ankara 1994, s.75; ELÇİM, a.g.t., s.49.

II.BÖLÜM

İDARİ YARGILAMA USULÜNDE İSPAT VE DELİLLER

A. İDARİ YARGILAMA USULÜNDE İSPAT

1. Genel Olarak

Davada ileri sürülen iddianın ispatı konusu, genel olarak bütün usul hukuklarında, özel olarak idari Yargılama Usulü'nde davanın sonucu ile ilgili çok önemli bir husustur. Çünkü, dava iddia sahibinin iddiasını ispat edip edememesine göre değişik şekilde sona erecektir.¹¹³ Gerçektende bir hakkın hukuk dünyasında sonuç doğurabilmesi için ispat edilmesi gerekmektedir.

2. İspatın Tanımı

Kelime anlamı olarak ispat, “Bir konunun doğruluğunu (gerçekliğini) delillerle ortaya koyma; bir hususun doğruluğunu veya bir durumun doğruluğunu veya yanlışlığını kanıtlama”¹¹⁴olarak; yargılama hukukunda ise “istemin konusu ile ilgili hukuksal sonucu öngören hukuk normundaki öge olayların gerçekleştiği hakkında, yargıçta kanat oluşturmak için girişilen inandırma eylemi”¹¹⁵şeklinde tanımlanmıştır.

İspat kavramı için öğretide yapılan tanımlar ise, “dava konusu hakkın ve buna karşın yapılan savunmanın dayandığı vakıaların var olup olmadıkları hakkında mahkemeye kanaat verilmesi işlemi”¹¹⁶, “davada tarafların ileri sürdükleri sav ve

¹¹³ SUNAY, age., s.27.

¹¹⁴ YILMAZ, E., Hukuk Sözlüğü, Ankara 1996, s.401.

¹¹⁵ YILMAZ, E., Hukuk Sözlüğü, Ankara 1996, s.401.

¹¹⁶ KURU, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C.II, 6. Bası, İstanbul 2001,s.1966; KURU/ARSLAN/YILMAZ; age., Ankara 2000, s.420; ÖZAY, İl Han: *Yargısal Korunma*, Alfa Yayınları, İstanbul 1999, s.212; KONURALP, Haluk;

savunmaların doğruluğuna yargıcı inandırmaları”¹¹⁷, “bir vakıanın doğruluğuna hakimi inandırmak”¹¹⁸, “bir olayın veya hukuksal durumun varlığı veya yokluğu hakkında yargıçta kanaat uyandırmak için girişilen inandırma eylemi”¹¹⁹, “bir davada ileri sürülen sav ve savunmaların doğruluğuna hakimi inandırmak..”¹²⁰ “çekişmeli vakıalar hakkında hakimi ikna edecek bilgiyi vermek...”¹²¹ şeklindedir.

3. İspatın Konusu ve Önemi

İspatın konusunu, dava ile ilgili vakıaların gerçek olup olmadığına hakimi inandırmaya yönelik faaliyet ve belgeler oluşturmaktadır. Bu faaliyet ve belgeler, hem o davanın çözümüne yönelik hem de hakimde uyuşmazlığın giderilmesi hususunda bir kanaat uyandıracak nitelikte olmalıdır.

İddia sahibi, gerçekte iddiasında ne kadar haklı olursa olsun davasına dayandığı vakıaların doğruluğunu mahkeme huzurunda ispat etmelidir. Eğer bu ispat gerçekleştirilemezse, ya da gerçekleştirilse dahi karşı taraf bu hususun aksini ispat ederse, muhakeme ilgili aleyhine bir kararla sona erecektir.¹²² İspatın önemi işte bu noktada ortaya çıkmakta, yani tarafların davayı kazanabilmek için ispat hususunda üzerlerine düşeni yapma ya da yapamamaları davanın sonucunu belirleyecektir. İddia edilen husus hakimde bu konuda bir kanaat uyandıracak şekilde ispat edildi ise dava kazanılacak, aksi halde kaybedilecektir.

Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, AÜHF Yayınları, Ankara 1999, s.9; PEKCANITEZ, H., *age.*, s.293.

¹¹⁷ GÖZÜBÜYÜK/TAN; *age.*, C.II.; ÖNEN, Ergun; *Medeni Yargılama Hukuku*, AÜHF Yayınları, Ankara 1979, s.201; POSTACIOĞLU; *age.*, s.527; ÜSTÜNDAĞ, Saim; *Medeni Yargılama Hukuku*, C.I-II, *Yerel Mahkemelerde Yargılama Kanun Yolları ve Tahkim*, İstanbul 2000, s.613; ALANGOYA; *Medeni Usul Hukuku Esasları I, İlk Derece Mahkemelerinde Yargılama*, İstanbul 2000, s.258.

¹¹⁸ POSTACIOĞLU, İ., *age.*, s.450

¹¹⁹ UMAR,Bilge,-YILMAZ,Ejder; *İspat Yüğü*, İstanbul, 1970, s.3

¹²⁰ ÖNEN,E., *age.*, s.201.

¹²¹ KİPER, Osman; *Hukuk Davalarında Kanıtlar*,Ankara 1995, s.13 vd.

¹²² SUNAY, *age.*, s.28.

İdari yargılama usulünde ise yargı mercilerine re'sen araştırma yetkisinin verilmiş olması nedeniyle, uygulamada davanın taraflarının ispat hususuna yeterince önem vermedikleri görülmektedir. Oysa idari davalarda, dava konusu uyuşmazlıkla ilgili deliller idarenin elinde olduğundan davacının iddiasını ispatlaması çok zordur. Ancak davacının mahkemeyi harekete geçirerek lehine olacak iddia ve delilleri ileri sürmesi hem davalı idareyi savunma yapmaya zorlayacak, hem de haklılığını ispat noktasında mahkemeye yardımcı olabilecektir. Bu nedenlerle idari yargıda ispat önemli bir yere sahiptir.

a) İspatın Konusunu Oluşturan Olay ve Nitelikleri

İspatın konusunu oluşturan olay veya olgular, dava açılmasına neden olan olay veya olgulardır. İdari yargılama usulünde ispatın konusunu genellikle idari işlemin sebep (neden) unsuru oluşturur. İdari işlemin sebebi denildiğinde ise, idareyi işlem yapmaya yönelten etkenler anlaşılır.¹²³ Sebep, idari işlemin dayanağını oluşturur. Yani idari işlemin sebebi, bir tür işlemin gerekçesidir.¹²⁴

İdareyi işlem yapmaya sevk edecek neden, maddi bazı olaylar olabileceği gibi, bir hukuksal işlem de olabilir. Örneğin; 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/D-k maddesinde, “açıklanması yasaklanan bilgileri açıklamak” fiilinin kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektireceği düzenlenmiştir. Burada kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının (işlemin) sebebi (gerekçesi), açıklanması yasaklanan bilgileri açıklamaktır. Bu cezaya karşı açılacak davada ispatın konusu, açıklanması yasaklanan bilgileri açıklamak fiilidir. Davacı bu fiili işlemediğini, davalı idarede işlediğini ispatlayacaktır.

İdarî işlemlerin sebepleri, kanunlarda açıkça gösterilebileceği gibi, hiç sebep gösterilmediği durumlarda olabilir. Örneğin; 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 76/1. maddesinde, memurların naklen atanmaları konusunda idareye takdir yetkisi tanınmıştır. Burada kanun, idarenin memurları naklen atayabilmelerinin hangi

¹²³ ATAY, E.Ethem, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 393.

¹²⁴ GÜNDAY, Metin; *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, Ankara 2003, s.138.

koşullarda olacağını göstermemiştir. Bu durumda, idarenin tamamen serbest olduğu ve dilediği sebebe (gerekçeye) dayanarak işlem tesis etmeye yetkili olduğu ileri sürülmüş ve bu gibi işlemlerin sebepsiz, illetsiz ya da soyut işlemler olduğu savunulmuştur.¹²⁵

Ancak, memurların naklen atanmaları konusunda Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, "...idarelere memurların naklen atanmaları konusunda takdir yetkisi tanındığı açık olup, bu yetkinin kullanımı mutlak ve sınırsız olmayıp... sebep ve maksat yönlerinden hukuka uygunluğunun yargısal denetime açık olduğu..." şeklindeki gerekçeyle takdir yetkisine dayanılarak yapılacak naklen atama işlemlerinin de bir sebebe dayanması gerektiği vurgulanmıştır.¹²⁶ Yani naklen atama konusunda açılacak bir davada, ispatın konusu, idareyi işlem tesis etmeye yönelten etkenlerdir. Ayrıca idari yargı mercilerinin, idarenin dayanacağı sebebi (gerekçeyi) somut bir şekilde (bilgi ve belgelere dayalı olarak) ortaya koymasını da aramaktadır.

Bazı durumlarda da idari işlemin sebebi, "kamu yararı", "kamu düzeni", "lüzum görüldüğünde", "hizmet gerekleri" gibi genel, soyut ve belirsiz kavramlarla gösterilmiş olabilmektedir. Bu gibi durumlarda da idarenin, belli somut ve maddi olaylara dayanması gerekir. Yani belirsiz kavram ile ifade edilen sebebin hangi somut olayda gerçekleşmiş olduğunu idare ortaya koymak zorundadır.¹²⁷ Diğer bir deyişle, idare kamu yararını gerekli kılan durumları, hizmetin gereklerinin neler olduğunu, görülen lüzuma neyin sebep olduğunu işleminde veya mahkemeye sunduğu savunmasında göstermesi gerekir. İşte bu tür idari işlemlerde ispatın konusu, idarenin gösterdiği maddi olay veya olgulardır. Örneğin; 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununda otuz hizmet yılını tamamlayan memurların, kurumlarınca "lüzum görüldüğünde" yaş şartı aranmadan emekli edilebilirler, hükmü yer almaktadır. Bu durumda idarenin görülen lüzum üzerine demesi yeterli değildir. Emekliye sevk edilen memurun emekliye sevkini haklı kılacak bir sebep göstermesi gerekir. Örneğin sağlık durumunun elverişli olmadığını, çalışma performansının azaldığını, vs. durumları somut bir şekilde ortaya koymasını yargı mercileri aramaktadır.¹²⁸

¹²⁵ GÜNDAY, M. *age.*, s.138.

¹²⁶ PARLAK, B., *agt.*, s.16.

¹²⁷ GÜNDAY, M. *age.*, s.141.

¹²⁸ PARLAK, B., *agt.*, s.17.

İspatın konusunu oluşturan olay veya olgular, uyuşmazlığı çözümlenmeye yarayacak nitelikte olmalıdır. Dava konusu işlem ile ilgili her olay ispatın konusunu oluşturmaz. Taraflardan birinin iddia ettiği olaya, hiçbir hukuki sonuç bağlanmamışsa bu olayın ispatlanmasına gerek yoktur.¹²⁹ Böyle bir olay ispatın konusunu oluşturmaz. Bu nedenle hâkim veya mahkeme, tarafların bildirdikleri fakat dava ile ilgili olmayan olay ve olguları ayırmalı, bunlar üzerinde gereksiz tartışmalarla zamanını boşa harcamamalıdır.

Öte yandan, ispatın konusunu kural olarak taraflar arasında çekişmeli (nizalı) olan olay ve olgular oluşturur. Tarafların üzerinde anlaşmışları veya bir tarafın ileri sürdüğü iddiayı diğer tarafın kabul ettiği durumlar ispatın konusunu oluşturmaz. Ancak, kimi durumlarda idari yargı mercileri re'sen araştırma yetkisiyle taraflar arasında çekişme bulunmayan ve hatta tarafların hiçbirinin ileri sürmediği konularda da araştırma yapabilecektir. Bu durum re'sen araştırma ilkesinin doğal bir sonucudur.¹³⁰ Hâkim, üzerinde anlaşma bulunan veya hiç ileri sürülmemen hususları araştırıp bir sonuca varabileceği gibi ulaştığı bilgiler konusunda tarafların bilgisine de başvurabilecektir. Hatta bu hususların ispatını da isteyebilecektir. Bunun gibi, herkesçe bilinen (maruf) ve meşhur olan olayların ispatlanmasına gerek olmadığı gibi, ispatın konusunu da oluşturmaz.

b) Hukuk Kurallarının İspatı

Kural olarak, hukuk kurallarının ispatlanması gerekmez.¹³¹ Çünkü hukuk kuralları, herkesin bildiği varsayılan kurallardır. Herkesin bildiği varsayılan kurallar olması nedeniyle de hukuk kurallarını, hâkim kendisi maddi olaya uygulayacaktır. Hukuk kuralları Anayasa, uluslar arası antlaşmalar, kanunlar, kanun hükmünde kararname, tüzükler, yönetmelikler, hukukun genel ilkeleri, örf ve âdetler, tebliğler vb. gibi

¹²⁹ YILDIRIM, M.Kamil: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, Kazancı Yayınları, İstanbul 1990, s.115; UMAR-YILMAZ, a.g.e., s.25; BİLGE-ÖNEN, a.g.e., s.492; POSTACIOĞLU, a.g.e., s.528; PEKCANITEZ a.g.e., s.294.

¹³⁰ ELÇİM, a.g.t., s.23.

¹³¹ GÖZÜBÜYÜK: Yönetmelikler, Güncelleştirilmiş 21. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2005, s.459.

düzenlemelerde yer almaktadır. Bu kadar geniş kapsamlı mevzuatta yer alan hukuk kurallarının taraflarca bilinmesi mümkün değildir. Ancak taraflarca bilinmemesi onlar hakkında uygulanamayacağı anlamına da gelmemektedir.

Hukuk kurallarının hukuki nitelik taşıması nedeniyledir ki, hukuk kurallarını hâkimin bildiği veya bilmesi gerektiği varsayımıyla hukuk kuralları ispatın konusunu oluşturmaz. Ancak tarafların, olayların mahiyeti hakkında hukuki nitelermeler yapmaları ve olaya uygulanacak hukuk kurallarını göstermeleri hâkime yardımcı olabilecektir.¹³² Hâkim tarafların gösterdiği hukuk kurallarıyla bağlı değildir. Taraflar hiç hukuki sebep göstermemiş olsalar veya gösterdikleri hukuki sebep geçerli olsa bile hâkim, maddi olaylara ilişkin hukuki sebepleri araştırarak, nitelendirmesini kendisi yapacaktır.

Öte yandan, idari yargıda uygulanan hukuk kurallarının çok çeşitli ve karmaşık yapıda olması, uygulanacak derli toplu mevzuatın olmayışı, idarelerin özelliklerinden kaynaklanan mevzuatların farklı olması, idare hukukunun genç ve tedvîn edilmemiş bir hukuk dalı olması, idarelerin mevzuatının günün şartlarına göre devamlı değişmesi, bazı düzenlemelerin idarelerin içinde kalarak dış aleme yansımaması, yani tüm mevzuatın Resmi Gazete’de yayımlanmaması nedenleriyle idari yargı hâkiminin bu tür hukuk kurallarını bilmesi çoğu zaman mümkün olamamaktadır. Örneğin; 3011 sayılı Resmi Gazete’de Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanun’da hangi yönetmeliklerin Resmi Gazete’de yayımlanacağı düzenlenmiştir. Kanununun 1.maddesinde, Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişiliklerinin, işbirliğine, yetki ve görev alanlarına ait hükümleri düzenleyen, kamu personeline ait genel hükümleri kapsayan, kamuyu ilgilendiren yönetmeliklerin Resmi Gazete’de yayımlanacağı, 2. maddesinde, mahalli idarelerce düzenlenen ve bu idarelerin yetki alanlarına giren yönetmeliklerin mahallinde çıkan bir gazete veya diğer yayın organları ile ilan edileceği düzenlenmiştir. Diğer yandan, milli güvenlik ile ilgili olan ve gizlilik derecesi taşıyan yönetmeliklerin yayınlanmayacağı Kanunda belirtilmekle beraber, bakanlıklar ve kamu tüzel kişiliklerinin Resmi Gazete’de yayınlanması gereken yönetmelikler dışında kalan yönetmelikler Resmi Gazete’de yayımlanamayabilecektir. Ayrıca, idarelerin iç düzen işlemleri, genelgeleri, tamimleri gibi hususlarda genellikle yayımlanmamakta, iç

¹³² KURU, a.g.e., C.II, s.1967; KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.409.

işlemlerle ilgililere duyurulmaktadır. İşte bu gibi durumlarda, yani Resmi Gazete’de yayımlanmayan, idarenin içinde meydana gelen hukuk kuralları davada ileri sürüldüğünde, idareler böyle bir düzenlemenin olduğunu, halen yürürlükte olduğunu genel kurala istisna olarak ispatlamaları gerekecektir.

Uygulamada hâkimler bu tür zorluklarla karşılaştıkları için, dava konusu işleme ilgili mevzuatın ve özellikle yönetmeliklerin ve değişikliklerinin re’sen araştırma ilkesi uyarınca ara kararı ile davalı idareden istemektedirler. Bu duruma genellikle, idarelerin savunmalarında dayandıkları mevzuat hükümlerine ulaşılabilmesi halinde rastlanmaktadır.

Yine bu durumda da, aslında davalı idareden hukuk kuralının ispatı istenmemekte, hâkim re’sen araştırma ilkesi gereği kendisi araştırmayı yapmaktadır.¹³³

4. İspat Yükü

a) Genel Olarak

Genel olarak bir davada taraflar, sav ve savunmalarını bazı olgulara dayandırır. Çoğu kez taraflar, hem ileri sürülen olgularda, hem de olgulardan çıkarılacak hukuksal sonuçlarda anlaşamazlar.¹³⁴ Bu sebeple bir olaydan kendi lehine sonuçlar doğduğunu iddia eden tarafın bu olayın varlığını kanıtlamak zorunda olması, tüm usul hukuklarında yer alan genel bir ilkedir.

b) İspat Yükü Kavramı

“Yasa başka bir çözüm belirlemedikçe (açık bir hüküm içermedikçe) iddia edilmiş bir olayın varlığını, bundan (olaydan) kendi lehine haklar doğan kimsenin ispat

¹³³ PARLAK, B., *agt.*, s.19.

¹³⁴ GÖZÜBÜYÜK-TAN, *age.*, C.II., s.1079.

etmesi(ne)” ispat yükü denir.¹³⁵ Diğer bir ifadeyle uyuşmazlık konusu maddi olay ve olguların kimin tarafından ispatlanması gerektiğinin saptanmasıdır.¹³⁶

c) İspat Yükünde Genel Kural

MK.md.6’ya göre: “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.*” hükmünün, ispat yükü konusunda genel bir hukuk kuralı olduğu kabul edilmektedir.¹³⁷

Genel bir hukuk kuralı olan MK.md.6’ya göre, davanın tarafları, mevcut davada hangi hususu iddia ediyorlarsa onu ispat etmekle yükümlüdürler. Bu kurala uygun olarak İdari Yargılama Usulü’nde ve İdari yargı yetkisini haiz merciler önünde de ispat yükü iddia sahibine düşmektedir.¹³⁸ Çünkü, iddia sahibi iddia ettiği husustan kendi lehine bir hak elde etmek amacındadır. İspat yükü kendinde olan taraf, ispat hususunda kendine düşeni yaparak iddiasını ispat ettikten sonra, ispat yükü, karşı tarafa geçecektir. Karşı taraf da iddia ettiği husustan kendi lehine bir hak elde etmek amacındadır. O halde, ispat yükü ilgililerin davada sahip oldukları sıfat ile bağlı olmaksızın üstlenilmektedir.¹³⁹

d) İspat Yükünün İdari Yargıda Gösterdiği Özellik

İspat yükü kurallarının amacı ve işlevi; hakim in delillerin değerlendirilmesinde iddia edilen vakıanın var olduğu ya da olmadığı yolunda bir karar veremediği belirsizlik durumunda bir hüküm kurulmasına olanak, sağlamaktır. İspat yükü kuralı sayesinde, hakim, maddi hukukça aranılan yasal öge sanki varmış ya da yokmuş gibi hüküm kurabilmektedir.¹⁴⁰

¹³⁵ YILMAZ, E., Hukuk Sözlüğü, s.401.

¹³⁶ KURU, a.g.e., C.II, s.1972; KURU-ARSLAN ve YILMAZ a.g.e., s.423; KUNTER- YENİSEY, a.g.e., s.547; ÜSTÜNDAĞ, a.g.e., s.613; BİLGE-ÖNEN, a.g.e., s.498; POSTACIOĞLU, a.g.e., s.533; PEKCANİTEZ, a.g.e., s.306.

¹³⁷ KURU, a.g.e., C.II, s.1975; KURU-ARSLAN ve YILMAZ, a.g.e., s.425; UMAR-YILMAZ, a.g.e., s.44; SUNAY, a.g.e., s.28; BİLGE- ÖNEN, a.g.e., s.501; PEKCANİTEZ, a.g.e., s.308.

¹³⁸ Dan.3.D., E.1986/364, K.1986/1749, Dan.7.D., E.1986/1381, K.1986/2375, DD., S.6-667, s.177-180 ve 325-327.

¹³⁹ SUNAY, a.g.e., s.28.

¹⁴⁰ KİPER, Osman, *Hukuk Davalarında Kanıtlar*, Adil Yayınevi, Ankara 1995, s.13.

Hakim davada hangi vakıaların ispat edilmesi gerektiğini tespit ettikten sonra, bu vakıaların kimin tarafından ispat edilmesi gerektiğine de karar verir. İşte buna ispat yükü diyoruz.¹⁴¹

İspat yükünün hangi taraf düştüğünün tespiti, her iki tarafında delil göstermesi durumunda, bu delillerin incelenmesi neticesinde hakimın hala dava hakkında bir kanaate varamaması halinde söz konusu olmaktadır. Çünkü; mevcut delillerle dava karara bağlanabilecek düzeyde aydınlanmamış olsa bile idari yargı hakimi, adli yargı hakimi gibi davayı esas hakkında bir karar vererek sonuçlandırmak zorundadır.

İspat yükü kendisine düşen taraf, uyuşmazlık konusu vakıayı ispat edemez ise davayı kaybeder. Medeni muhakeme hukukunda bu kuralın bir takım istisnaları benimsenmiştir. Örneğin, normal durumun aksini iddia eden bunu ispatlamalıdır.

Dayandığı vakıayı ispat edemeyen tarafın medeni muhakeme hukukunda sahip olduğu son bir imkan olan karşı tarafa yemin teklif etme hakkının, idari yargılama hukukunun özellikleri açısından kullanılmadığını belirtmek isteriz.

İdari yargılama hukuku açısından “ispat yükü” kurumu bazı özellikler arz etmektedir. İdari davalardan iptal davalarında idarenin bir işleminin, yani hukuki tasarrufun hukuk kurallarına uygun olup olmadığının denetlenmesi istendiğinden davacı tarafından ispat edilecek maddi bir husus yoktur. Aksine idari işlemler teorisine göre sebep, konu ve maksat öğelerinden oluşan idari işlem, sebep öğesi bakımından bir takım maddi olaylara dayanıyorsa idare bunların varlığını ispat etmek zorundadır.

Görüldüğü üzere iptal davaları, ispat yükünde mevcut olan genel kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Davalı durumunda bulunan idarenin, hukuki tasarruflarının unsurlarının mevcut ve hukuka uygun olduğunu ispatlaması beklenilmektedir.

İptal davalarında ispat yükünün hangi hallerde davacıya bırakılabileceğini ise şöyle ifade etmektedir: “İptal davalarında davacıya ispat yükü daha çok maksat unsuru

¹⁴¹ KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı*, İstanbul 1995, s.415.

bakımından düşebilir.”¹⁴² Bilindiği üzere idareye takdir yetkisi kullanmak suretiyle karar almak, tasarrufta bulunmak imkanının verildiği konularda bu yetki, idarenin hiçbir denetime tabi olmaksızın, serbestçe tasarrufta bulunabileceği anlamına gelmez. İdari fonksiyonun özellikleri ve düzenli idare ilkesi gereğince idarenin takdir yetkisi kullanarak gerçekleştirdiği işlemlerin maksat ögesi kamu yararı ve hizmet gereklerine yönelmiş olmalıdır. İşte bu türden işlemlere karşı açılan davalarda maksadın kamu menfaati olmayıp hissi, şahsi veya siyasi olduğunu belirtecek bir takım vakıalara dayanan davacının bu vakıaları ispat etmesi gerekir.¹⁴³

Gerçekten de davacının çoğu kere idari dava açmadan önce idari işlemin dosyasını inceleyip bilgi edinme olanağı yoktur. Hatta çoğu halde davacı ile idare arasında önceden kurulmuş bir ilişki de mevcut değildir. Böyle olunca da davacının açık ve kesin iddialar da bulunması ve bunları delillerle ispatlamasında büyük güçlükler doğmaktadır.¹⁴⁴ Bu nedenle idari yargılama hukukunda özellikle iptal davalarında ispat yükü davalı idareye bırakılmakta, idarenin kararına gerekçe göstermemesi, belirli bir tavır takınmaması veya şu veya bu şekilde yorumla açık cevaplar vermesi halinde, yargı denetimine imkan verilmediği için, dava konusu karar iptal edilmektedir.

Tam yargı davalarında ise ispat yükü genel kural uyarınca davacıdır. Davacı hakkını ihlal eden olayı, illiyet bağı ve zararın miktar ve derecesini ispat etmek zorundadır. Bu bağlamda, hakimin ispat külfeti ile sorumlu tutacağı tarafı tespit ederken; idareden bir hakkının tanınmasını, bir müsaade veya ruhsat verilmesini veya uğradığı bir zararın tazminini isteyen ve bu isteği reddedilmiş davacı ile yani iptal davası açan davacı ile idarenin kendi inisiyatifi ile veya bir üçüncü şahsın talebi üzerine alınan bir kararla kendisine bir şey yapma mükellefiyeti yüklenen veya bir müeyyide uygulanan davacının, yani tam yargı davasının davacısının durumunun farklı değerlendireceği, inisiyatifin davacıda olduğu durumlarda hakimin ispat yükünü davacıda bırakarak delillerin araştırılmasına re’sen girişemeyeceği savunulmaktadır.¹⁴⁵

¹⁴² ONAR, age. C.III., s.1980.

¹⁴³ KAYA, Bora; *İdari Yargıda Deliller*, AYİMD, S.17, 1.Kitap, s.249.

¹⁴⁴ YORGANCIOĞLU, *Danıştay Yargılama Usulünde..* s.239.

¹⁴⁵ YORGANCIOĞLU, *Danıştay Yargılama Usulünde...* s.240.

Sonuç olarak; ispat yükünün idari yargılama hukukunda, iptal davaları ile tam yargı davaları bakımından farklılık arz ettiğini; iptal davalarında genel kuralın aksine ispat külfetinin çoğunlukla davalıda olduğunu, tam yargı davalarının ise; genellikle ana kuraldan ayrılmayı gerektirecek bir mahiyet arz etmediğini belirtmek isteriz.

B. İDARİ YARGIDA DELİLLER

1. Genel Olarak Deliller

a) Giriş

Bir davada tarafların iddialarının dayanaklarını ispatlayıp ispatlayamamaları dava ile ulaşmak istedikleri sonuç bakımından çok önemlidir. Zira, davanın her iki tarafı da o davadan lehe bir sonuç ummaktadırlar. Bu nedenle, davalarında iddialarını doğrulayan delillerini, ellerinde olduğu kadarıyla, mahkemeye sunmak durumundadırlar.¹⁴⁶

b) Delil Kavramı

Kelime anlamı olarak delil; “uyuşmazlığa neden olan fiili veya hukuki olgunun olduğuna veya olmadığına yargıcı inandırmak için yargılama hukukunun gösterilmesine izin verdiği ispat araçlarıdır.”¹⁴⁷ Doktrinde ise yapılan diğer tanımlar yargılama usulleri açısından bir birine çok yakındır. Bunlardan bir kısmı; “tarafların iddialarını dayandırdıkları maddi olay ve olguların ispatlanması için kullandıkları araçlara “*delil*” ya da “*kanıt*” denir.¹⁴⁸, “Bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediğine karar vermeye yarayan dayanaklardır.”¹⁴⁹, “Bir vakıanın doğruluğu hakkında hâkime kanaat vermek için kullanılan vasıtalar”¹⁵⁰ şeklindedir.

c) Delil Sistemleri

Delil sisteminden amaç, uyuşmazlık konusu olan bir olayın ne gibi delillerle ispat edileceği keyfiyetidir.¹⁵¹ Bu konuda çeşitli tasnifler yapmak mümkündür. Ancak

¹⁴⁶ SUNAY, age., s. 32.

¹⁴⁷ Yılmaz, E., *Hukuk sözlüğü*, s. 189.

¹⁴⁸ KURU, a.g.e., C.II, s.1966; KONURALP, a.g.e., s.8; KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.422; GÖZÜBÜYÜK-TAN, a.g.e., C.II, s.983; ALANGOYA, *Medeni Usul.*, s.261; ÖNEN, a.g.e., s.207.

¹⁴⁹ TOSUN, Öztekin: *Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti*, İstanbul 1976, s.1.

¹⁵⁰ POSTACIOĞLU, a.g.e., s.528; PEKCANITEZ, a.g.e., s.320.

¹⁵¹ KARAKOÇ, Y., agt., Ankara, 1994, s.24.

delillerin kaynağı gözetildiğinde eski dönemlerde dini delil¹⁵² sistemi uygulanırken günümüzde ilmi delil¹⁵³ sisteminin uygulandığı görülmektedir. Bundan başka delillerin değerlendirilmesinde hakimin rolü ya da bu delillerin uyumsuzluğunun ispatındaki yeri açısından ise ikili bir ayırım yapmak mümkündür. Buna göre; kanuni delil sistemi ve takdiri delil sistemi şeklinde temel iki delil sisteminden söz etmek mümkündür.¹⁵⁴

(1) Kanuni Delil Sistemi

Bu delil sistemi, belli hususların kanunlarda gösterilen belli delillerle ve hakimi bağlayacak şekilde ispat edilmesi esasına dayanır. Kanuni delil sisteminde nelerin delil olarak kullanılabilmesi kanun tarafından belirlenir. Bu durumda hakim sadece bu kanıtları değerlendirir. Ayrıca bazı delillerin varlığı halinde başka bir değerlendirme ve derinleştirmeye gerek kalmaksızın uyumsuzluk konusu olay ispatlanmış sayılmaktadır.¹⁵⁵ Nitekim HUMK'nun 287. maddesinde “Kanunun muayyen delille ispatını emrelediği hususlar başka surette ispat olunamaz” hükmü getirilmiş ve böylece subjektif haklar emniyete alınmaya çalışılmıştır.

(2) Takdiri Delil Sistemi

Takdiri delil sisteminde, uyumsuzluk konusu vakıalar hiçbir sınırlamaya tâbi olmaksızın her türlü delil ile ispatlanabilir. Bu sistemde hakim hiçbir delille bağlı değildir ve vakıanın gerçekleşip gerçekleşmemesi bu kanaati uyandırabilecek her hangi bir vasıta ile ispatlanabilir.

İdari yargılama hukukunda kamu gücünün ağır olduğu bir yapı söz konusu olduğu için önceden belirlenmiş deliller ile davacı aleyhine olan dengesizliğin arttırılmaması ya

¹⁵² Bu yöntem özellikle Ortaçağ döneminde uygulanmıştır.

¹⁵³ Bu sistemde ise veriler bilimsel yöntemlerle elde edilmekte ve değerlendirilmektedir.

¹⁵⁴ KÜÇÜK, Çolpan Mücahit; *Genel Olarak Delil Kavramı ve İdari Yargıda Uygulamalar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ankara 2006 s.51; AKINCI, Müslüm; *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, Turhan Kitabevi, Ankara-2008, s.256 vd.

¹⁵⁵ EROĞLU, M., “*Türk Vergi Hukukunda Delil Sistemi*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Hukuk Fakültesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1998, Konya., s. 16.

da kamu yararının söz konusu olduğu alanlarda böylesi bir sınırlama ile davalının ispat vasıtalarının kısıtlanarak bir hak kaybına yol açılmaması için kanıt araçları sayıca sınırlanmamış ve takdiri delil sistemi benimsenmiştir.

Esas olarak, idari yargıda her şey her şeyle kanıtlanabilir. İYUK'nun 20. maddesinin 1. fıkrasında yer alan, *“Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler.”* kuralı aynı zamanda kanıt serbestisi ilkesini ifade etmektedir.¹⁵⁶ Ancak delil sistemleri açısından bu şekilde bir tasnife gidilse de hiçbir yargı kolunda esas olarak salt kanuni ya da takdiri delil sistemine yer verilmemekte, ilgili yargılama alanının özellikleri gözetilerek bu delil sistemlerinden biri ağırlıklı olarak uygulanmaktadır.

Delillerin türleri konusunda çeşitli ayrımlar yapılmakla birlikte doktrinde genellikle, kesin deliller ve takdirî deliller olmak üzere ikili bir ayırım yapıldığı görülmektedir.¹⁵⁷

d) Delil Türleri

(1) Kesin Deliller

Bu nitelikte delillere kesin delil denilmesinin nedeni, bu delillerin hâkimi bağlayıcı nitelikte olmasıdır.¹⁵⁸ Taraflardan biri iddiasını kesin delillerle ispat ederse, hâkim bu iddiayı ispat edilmiş olarak kabul etmek zorundadır. Hâkim bunları değerlendiremez ve aksine delil araştıramaz.¹⁵⁹ Hâkimin kesin delilleri takdir yetkisi de

¹⁵⁶ ELÇİM, M., a.g.t., s. 46.

¹⁵⁷ KURU, a.g.e., C.II, s.2032-2033; KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.433-434; ALANGOYA, Medeni Usul..., s.271; ÜSTÜNDAĞ, a.g.e., s.823; ÖNEN, a.g.e., s.207; BİLGE-ÖNEN, a.g.e., s.493; PEKCANITEZ, a.g.e., s.325.

¹⁵⁸ KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.351.

¹⁵⁹ KURU, a.g.e., C.II, s.2032; KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.433; ALANGOYA, Medeni Usul..., s.271; POSTACIOĞLU, a.g.e., s.568; PEKCANITEZ, a.g.e., s.325; KONURALP, a.g.e., s.45-46.

yoktur. Hukuk yargılama usulünde, ikrar, kesin hüküm, senet ve yemin olmak üzere dört tane kesin delil vardır. Ceza yargılamasında ve idari yargılama usulünde bu yargılama usullerinin özelliklerinden dolayı kesin delillere yer verilmemiştir.

(2) Takdirî Deliller

Kesin delillerin aksine, takdirî deliller hâkimi bağlayıcı nitelikte değildir. Hâkim, bu delilleri serbestçe takdir ve değerlendirme yetkisine sahiptir.¹⁶⁰ Takdirî delillerin hâkimi bağlayıcı nitelikte olmaması, bu delillerin ispat gücünün kesin delillere göre daha az olmasından kaynaklanmaktadır.¹⁶¹ Taraflar takdirî delillerle iddialarını ispat edememiş olsalar da bu deliller hâkimde kanaat oluşturması bakımından önemlidir. Hukuk yargılama usulünde, tanık, bilirkişi, keşif ve özel hüküm sebepleri takdirî delil niteliğindedir. Ancak, ceza yargılaması ve idari yargılamada re'sen araştırma ilkesi ve delil serbestsi ilkesinin sonucu olarak kesin delillere yer verilmemiş olması nedeniyle bu yargılama usulündeki bütün deliller takdirî delil niteliğindedir.¹⁶²

e) Delillerin Özellikleri

(1) Gerçekçi Olma

Delillerin akla- mantığa uygun ve gerçekçi olması gerekir. Ancak, aklın ve bilimin kabul ettiği hususlar delil olabilir. İnsanların iç dünyalarına hitap eden şeylerin delil olarak kabul edilmesi mümkün değildir.¹⁶³

¹⁶⁰ KURU, a.g.e., C.II, s.2033; KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.433; ALANGOYA, Medeni Usul..., s.271; ÖNEN, a.g.e., s.207; BİLGE-ÖNEN, a.g.e., s.493; PEKCANITEZ, a.g.e., s.326; KONURALP, a.g.e., s.45.

¹⁶¹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.399.

¹⁶² ELÇİM, a.g.t., s.53.

¹⁶³ KUNTER-YENİSEY, a.g.e., s.503; EREM, F. *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (şerhi)*, Ankara 1996, s. 374-375.

(2) Olayı Temsil Etme

Delil olarak kullanılacak şey, tarafların dayandıkları maddi olay ve olguları temsil etmelidir. Uyuşmazlık konusu olay ve olgularla hiçbir ilgisi olmayan şeyin delil olabilmesi de mümkün değildir. Uyuşmazlıkta kullanılacak delilin en azından olayın bir parçasını temsil etmesi gerekir.¹⁶⁴ Özellikle idari yargılama usulünde, idarelerin dava konusu uyuşmazlık ile ilgili olmayan bilgi ve belge göndermeleri veya aynı belgeleri tekraren göndermeleri dosyayı kalınlaştırmaktan ve israftan başka bir şeye yaramamaktadır.¹⁶⁵

(3) Müşterek Olma

Delillerin müşterek olması, delillerin taraflarca paylaşılması, bilinmesi ve tartışılmasını ifade eder. Diğer bir ifade ile delillerin her iki tarafça da bilinebilir olması gerekir.¹⁶⁶ Delillerin müşterek olmasının özelliği gereği, taraflar veya vekilleri dosyayı, yazı işleri müdürü veya görevlendireceği bir zabıt katibinin yanında okuyabilirler.

İYUK'un 20/3. maddesinin 10.6.1994 tarihli 4001 sayılı kanunla değiştirilmeden önceki halinde, idarece gönderilen gizli belge ve dosyaların taraf ve vekillerince incelettilmeyeceğine ilişkin hüküm, delillerin müşterek olma niteliğine açık bir şekilde aykırılık taşımaktaydı.

(4) Hukuka Uygun Olma

Deliller hukuka uygun olmalıdır. Delillerin elde edilmesi ve elde edilen delillerin de hukukça yasaklanmamış olması gerekir. Örneğin; mahkeme huzurunda edilmeyen yemin bir anlam ifade etmeyecektir. Delillerin hukuka uygun elde edilmesi konusu özellikle ceza yargılamasında önem taşımaktadır. Ceza yargılamasında, bazı delillerin

¹⁶⁴ KUNTER-YENİSEY, a.g.e., s.505.

¹⁶⁵ PARLAK, agt. s.50.

¹⁶⁶ KUNTER-YENİSEY, a.g.e., s.506; GÖZÜBÜYÜK-TAN, a.g.e., C.II, s.984; ŞENGÜL, S., "Özel Hukukta ve Vergi Hukukunda Delil Sistemi", Maliye Dergisi, S: 47-1980, s.71.

kullanılması konu bakımından yasaklanmış, bazıları da hukuka aykırı yollarla elde edilmeleri nedeniyle kabul edilmemiştir.¹⁶⁷ İşkence ile alınan ifadeler gibi.

İdari yargılama usulünde de deliller hukuka uygun olmalıdır. Örneğin, idarenin davacıya zorla imzalatıldığı istifa dilekçesi, davacının idare nezdindeki gizli bilgi ve belgeleri yasal olmayan yollardan elde etmesi, davacının sahte maluliyet raporu tanzim ettirmesi, idarenin mührünü kullanarak oluşturulan belgeler, idari işlemler üzerinde özellikle tarih ve sayılarla oynanarak dosyaya sunulan belgeler¹⁶⁸, odalarına okul müdürünce gizli kamera yerleştirilmek suretiyle haklarında amirlerine hakaretten idari işlem yapılıp ve ceza verilen memurların gizli çekimle elde edilen görüntüleri hukuka aykırı olacaktır.

2. İdari Yargıda Pozitif Düzenlemeler İle Yargı Uygulaması Açısından Delil Türleri

a) Giriş

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda delillerin neler olduğu ve nitelikleri düzenlenmişken, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda delillerin neler olduğu ve nitelikleriyle ilgili özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

İdari yargılama usulünde delillerin doğrudan düzenlenmemesinin nedenlerini açıklayabilmek için mevcut ve mülga idari yargılama usulü ile ilgili kanunların, deliller konusunda ne tür düzenlemelere yer verdiği bakmak gerekir.¹⁶⁹

Bu bağlamda İdari yargı ile ilgili ilk kuruluş ve usul kanunu 7 Aralık 1925'te Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 669 sayılı Şurayı Devlet Kanunu'dur. Bu kanunun "İdari Davaların Usulü Muhakemesi"ne ilişkin 4. faslında yer alan 27. maddeden başlayarak değişik maddelerinde usule ilişkin belirli konularda "Usulü

¹⁶⁷ KUNTER-YENİSEY, age., s.505.

¹⁶⁸ PARLAK, agt., s.51.

¹⁶⁹ YAVUZDOĞAN,S., agt. s, 15-17.

Muhakemei Hukukiye Kanunu” hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu tarihte henüz HMUK yürürlüğe girmemiştir.

HUMK’na ilk açık gönderme 669 sayılı kanunun 1859 sayılı Kanun ile değişik 42. maddesi ile yapılmış ve “Dava Dairelerinden veya Umumi Heyetten sadır olan kararlar hakkında HUMK’da yazılı sebeplere göre iadei muhakeme talep” olunabileceği kurala bağlanmıştır. 1859 sayılı Kanunun 19. maddesinde “669 sayılı Şurayı Devlet Kanunu’nda kaldırılan Usulü Muhakeme Hukukiye Kanunu’na atfedilen hususların usule ait ve mer’i kanunların mukabil hükümlerine tabi” olduğu belirtilmek suretiyle 669 sayılı Kanunda Usulü Muhakemei Hukukiye Kanununa gönderme yapılan konularda HUMK’un ilgili hükümlerinin uygulanacağı dolaylı olarak ifade edilmiştir.

30.12.1938 tarihinde yürürlüğe giren 3546 sayılı Kanun’da, göndermeye ilişkin düzenleme, 669 sayılı Kanun’dan farklı olarak tek maddede (44. madde) HUMK’nun ilgili maddelerinin uygulanacağı konuların tümü sayılmak suretiyle yapılmıştır. 669 sayılı Kanun ile başlayan ve 3546 sayılı Kanun ile belirli bir biçime sokulan HUMK’na gönderme uygulaması bundan sonraki tüm düzenlemelerde, gönderme yapılan konuların sayısı arttırılarak sürdürülmüş ve böylece bu uygulama kurumsallaştırılmıştır.

521 sayılı Danıştay Kanunu’nun 88. maddesinde 3546 sayılı Danıştay Kanunu’nun 44. maddesinde yer alan “tebligat işleri” gönderme konuları arasından çıkarılmış, ancak altı yeni konu (ehliyet, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, delillerin tespiti) atıf yapılan konulara eklenmiştir.

2577 sayılı Kanun ile bağımsız bir idari yargılama usul kanunu yürürlüğe konulmuş olmasına karşın yine kolay yol seçilmiş ve HUMK’na gönderme geleneği sürdürülmüştür.

Yeni kanunun 31. maddesi;

“1. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hakim in 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 sukünunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır. (Ek cümle: 05/04/1990 - 3622/11 md.; Değişik cümle: 10/06/1994 - 4001/14 md.) Ancak, davanın ihbarı ve bilirkişi seçimi Danıştay, mahkeme veya hakim tarafından re'sen yapılır.

2. Bu Kanun ve yukarıdaki fıkra uyarınca Hukuk Usulü Muhakemesi Kanunu'na atıfta bulunulan haller saklı kalmak üzere, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.” şeklindedir.

Yukarıda yer verdiğimiz düzenlemelerde de görüldüğü gibi İdari Yargılamada Medeni Yargılamaya sürekli şekilde bir atıf durumu söz konusu olmuştur. İdari yargı ile ilgili yasal düzenlemelerde HUMK'na yapılan bu atıfları değişik nedenlerle açıklamak mümkündür; 669 sayılı Şurayı Devlet Kanunu yürürlüğe girdiğinde Türkiye'de idari yargı henüz emekleme çağındadır, kendi hukukunu ve usulünü ortaya koyma ve geliştirme olanağına sahip değildir, yapılan atıfları anlayışla karşılamak gereklidir.

Esasen HUMK'un gönderme yapılan kurallarının bir bölümünün idari yargılama usulünde uygulanmasını reddetmek olanaklı değildir. Bunların olduğu gibi ya da küçük düzeltmelerle idari yargıda da uygulanması kaçınılmazdır.

Nihayet bir yasal düzenlemede, daha önce belirlenmiş kurallara gönderme yapmanın kolay bir yol olması ve bu yolla yeni düzenlemenin hemen fark edilebilecek olası hatalarının belli bir ölçüde gizlenebilmesi gönderme yolunun izlenmesinde etkili olmuştur.¹⁷⁰

Bağımsız idari yargılama usulü kanunları bulunan kimi bazı ülkelerde olduğu gibi bizde de idari yargılama usulünde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndan yararlanma yoluna gidilmiş ve 3546 sayılı Danıştay Kanunu, 521 sayılı Danıştay Kanunu ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda Hukuk Usulü Muhakemeleri

¹⁷⁰ ALAN, Nuri; *İdari Yargının Sorunları ve Çözüm Önerileri*, DD.,S.97- 1999, s.13-15.

Kanunu'nun kimi bazı hükümlerine yollamada bulunulmak sureti ile, adı geçen kanunun bazı hükümlerinin idari yargıda da uygulanmasına olanak tanınmıştır.

3546 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 521 sayılı Danıştay Kanunu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin idari yargıda uygulanma alanını daha da genişletmiş ve 88. maddesinde bu kanunda hüküm bulunmayan hususlarda hakimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya müdahaleleri, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, adli müzaheret hallerinde ve duruşmanın icrası sırasında tarafların sükunu ve inzibatı bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler ile ilgili Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine yollama bulunduktan sonra yargılamanın yenilenmesinde HUMK'un süreye ilişkin hükümlerinin ve de kıyas yoluyla idari yargıda uygulanacağını öngörmüştür.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinde ise, daha önceki Danıştay kanunlarında yollamada bulunulan HUMK hükümlerine atıf yapıldıktan sonra bunlara HUMK'un davanın ihbarına ilişkin hükümlerini de eklemiş, ancak yargılamanın yenilenmesi süresi 2577 sayılı Kanunun 53. maddesinin son fıkrasında HUMK'tan farklı bir biçimde düzenlenmiştir.¹⁷¹

Gerek 3546 sayılı Danıştay Kanunu'nda ve gerekse 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinde, bu kanunlarda hüküm bulunmayan hususlarda yollamada bulunulan HUMK hükümlerinin idari yargıda uygulanması öngörüldüğünden, bu kanunlarda HUMK'a yollamada bulunulan konularda özel düzenlemeler yapılmış ise, HUMK'un yollamada bulunulan hükümlerinin bu özel düzenlemeler ile birlikte uygulanacağı kabul edilmiştir. Örneğin, delillerin tespitinde bir yandan HUMK'a yollamada bulunulur iken öte yandan delil tespitine ilişkin özel düzenlemelere de yer vermiştir. Ayrıca 2577 sayılı Kanun'un 31. maddesinin 1. fıkrasına 5.4.1990 tarih ve 3622 sayılı kanun ile eklenen cümle ile, davanın ihbarı ve

¹⁷¹ GÜNDAY, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin.....*, s.1; YILDIRIM, age., s.436-437

bilirkişi seçiminin HUMK'tan farklı olarak idari yargı yerlerince re'sen yapılacağı hükme bağlanmıştır.¹⁷²

İdari yargılama usulü mevzuatında süreç içerisindeki düzenlemeler ve hukuk yargılamasına yapılabilecek atıflardan da anlaşıldığı üzere pozitif düzenleme açısından idari yargıda kullanılan deliller bilirkişi incelemesi ve keşif delilidir. Bu delillere ilaveten uygulamada sıklıkla başvuru yapılan, mahkemelerin ara kararlarında en çok ifadesini bulan delil ise belgedir.

Çalışmamızın bu bölümünde idari yargıda kullanılan delilleri açıkladıktan sonra, kanunda özel düzenleme bulunmaması nedeniyle idari yargıda kullanılmayan, tanık ve yemin delili incelenecektir.

b) Delil Türleri

(1) Belge

(a) Kavram

Belge; “Bir gerçeğe tanıklık eden yazı, fotoğraf, resim, film vb. vesika, döküman” şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁷³ Belge; bilgi, evrak, rapor, görüş, tutanak, iç yazışma, resim v.b. gibi çok çeşitli görünümde olabilmektedir. Belge de asıl amaç, şeklinden çok bilgi verme amaçlı bir nitelik taşımasıdır.¹⁷⁴

Belge geniş kapsamlı bir kavramdır. Yukarıdaki tanımda da belge olabilecek bazı şeyler belirtildikten sonra “ve benzeri“ denmesi belgenin geniş kapsamlı bir kavram olduğunu göstermektedir. Yani belge, içeriğinde bilgi olan maddi her şey olabilir.

¹⁷² GÜNDAY, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin.....*, s.2.

¹⁷³ Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, 10.Baskı, Ankara-2005, s.237.

¹⁷⁴ ELÇİM, a.g.t., s.53.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda, belge yerine “senet” kavramı kullanılmaktadır (HUMK m. 287). Ancak, senet belgeye göre daha dar bir anlam taşımakta olup, bir tür belge niteliğindedir. Her senet bir belge olduğu halde, her belge bir senet değildir. Çünkü senet, kişinin kendisinin oluşturduğu ve aleyhine delil teşkil eden yazılı belgedir.¹⁷⁵

(b) İspat Aracı Olarak Önemi

İdari yargılama usulünde “belge” önemli bir ispat aracı olmasına rağmen kesin delil niteliği taşımamaktadır. Taraflardan biri iddiasını belge ile ispatlamış olsa dahi, mahkeme veya hâkimi bağlayıcı nitelikte değildir.

Mahkeme belgenin sıhhatini araştırabileceği gibi, diğer delillere de başvurabilir. Öte yandan hukuk yargılamasında “senet” kesin deliller arasında sayılmakta ve belli bir miktarın üzerindeki uyuşmazlıklarda senetle ispatlama zorunluluğu getirilmektedir. Ayrıca senedin aksinin takdiri delillerle ispatlanabilmesi de kabul edilmemektedir.¹⁷⁶

İdari yargılamada belgenin delil olarak kullanılabilmesi için, hukuken geçerli ve uyuşmazlıkla ilgili olması gerekmektedir. İdari yargıda kullanılan belgeler genellikle idare tarafından düzenlendiği için, mahkeme davacının sunduğu veya belirttiği belgeleri idareden isteyebilecektir. İdarenin gönderdiği belgelerinde geçerli olup olmadığını araştırabilecektir.

İdari yargılama usulünde, en çok belge niteliğindeki delillerden yararlanılmaktadır. İdari yargıda her türlü belgeden delil olarak yararlanılması mümkündür. Örneğin; soruşturma raporları, gazete ilanları, imar planları, su ve elektrik faturaları, tespit tutanakları vs. delil olarak kullanılabilir.

¹⁷⁵ KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.357.

¹⁷⁶ KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.357 vd.

(c) Belge Türleri

Belgeleri farklı ölçütlere göre sınıflandırmak mümkündür. Buna göre belgeler, belgeyi oluşturan kişi veya makama göre sınıflandırabileceği gibi, içeriğine ve oluşturulma şekline göre de belirlemek mümkündür.¹⁷⁷

(i) Belgeyi Oluşturan Kişi veya Makama Göre

(a) Resmi Belgeler

Resmi belge, kamu kurumlarınca verilen belgeleri ifade eder. Örneğin noter senetleri, mahkeme ilamları, tapu kütükleri ve kamu kurumlarından verilen her türlü belge¹⁷⁸ resmi belge olarak kabul edilir; Bu tür belgeler onu tanzim eden veya imzalayan kişi adına değil, kurum veya kuruluş adına düzenlenir. Bu belgeler, idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi zorunlu idari işlem olabileceği gibi, idari işlemin hazırlık işlemleri, görüş yazıları, duyuru yazıları, da olabilir.

(b) Özel Belgeler

Özel belgeler, devlet organları dışındaki kişi ve kuruluşlarca oluşturulan belgelerdir.¹⁷⁹ Bu belgeler özel hukuk tüzel kişiler tarafından oluşturulabileceği gibi, gerçek kişiler tarafından da oluşturulabilirler. İdareye yapılan başvuru dilekçeleri özel belge niteliğindedir. Örneğin; memuriyete girmek için yazılan dilekçe, istifa, emeklilik, tayin dilekçesi, ruhsat almak için yazılan dilekçe gibi; bunun gibi bankaların, şirketlerin, özel dershanelerin, özel hastanelerin düzenledikleri belgeler, mektup, gazete ilanı, tanıtım broşürü, reklamlar, sözleşmeler, özel belge niteliğindedir.

Özel belgelerin oluşturulmasındaki kolaylık ve belli bir şekle tabi olmaması, idari işlemlerin belli şekil ve denetim şartlarına tabi olması nedeniyle, idari yargıda genellikle

¹⁷⁷ ELÇİM, a.g.t., s.55.

¹⁷⁸ YILMAZ, E. *Hukuk Sözlüğü* s, 691.

¹⁷⁹ PARLAK, agt. s.58.

resmi belgeler delil olarak kullanılmaktadır. Ancak, özel belgelerin delil olarak kullanılmasına bir engel bulunmamaktadır. Örneğin; özel bir otelin bastırıldığı broşürün tanıtım kurallarına aykırı olması nedeniyle verilen idari para cezası işlemine karşı açılan davada broşür delil olarak mahkemeye sunulabilecektir. Hâkim, özel belgenin davada delil olarak değerini kendisi takdir edecektir.¹⁸⁰

(ii) Şekline Göre Belgeler

Özel hukuk işlemlerinde kural olarak şekil serbestisi ilkesi geçerlidir.¹⁸¹ Buna karşın İdari işlemler kural olarak belli şekle tabidir. İdari işlemlerde şekil iki anlama gelmektedir. Bunlardan birincisi, işlemin özünü oluşturan iradenin dış dünyaya yansımalarının maddi biçimi; ikincisi, idari işlemin yapılmasında izlenen usulü¹⁸² ifade etmektedir.

Ülkemizde idari işlemlerin yapılmasında uygulanacak şekil ve usul kurallarını düzenleyen genel bir idari usul kanunu yoktur.¹⁸³ Bu nedenle idari işlemlerin yapılmasında izlenecek yol ve yöntemler değişik kanunlarda, tüzük ve yönetmelikler de dağınık bir biçimde yer almaktadır. Bunun yanı sıra yargısal içtihatlarla oluşturulmuş şekil ve usul kuralları da vardır (şekil ve usulde paralellik ilkesi gibi).¹⁸⁴

(a) Yazılı Belgeler

Yazılı belgeler, bir nesne üzerine elle veya makine ile yazı yazılmak suretiyle oluşturulan belgelerdir. İdari işlemlerin en önemli özelliği yazılı olmasıdır. İdari işlemlerin yazılı olmasının nedeni ispata yöneliktir. Yazılı olmayan bir olgunun ispatlanması çok zordur. Kural olarak idari işlemler yazılı şekle tabidir. Yani, idari işlemi oluşturan iradenin yazılı bir biçimde maddi aleme yansıtılması sağlanmış olur.

¹⁸⁰ ELÇİM, a.g.t., s.56.

¹⁸¹ GÜNDAY, age., s.132.

¹⁸² GÜNDAY, age., s.132.

¹⁸³ BAŞBAKANLIK, İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, 17-18 Ocak 1998, Başbakanlık Yayını, Ankara 1998.

¹⁸⁴ GÜNDAY, age., s.134.

İdari işlemlerin yazılı olması gerektiğinden idari işlemlerin yazılı belge olma niteliği çıkarılabilir. Bu nedenle idarenin yazılı belgeleri hem yargısal denetime tabi tutulmakta, hem de ispatlama aracı olarak kullanılmaktadır.¹⁸⁵

(b) Şekil Tespit Eden Belgeler

Bu tür belgeler, bir nesnenin şeklini ve durumunu tespit etmek için oluşturulan belgelerdir. Bunlar; resim, kroki, plan, proje, karikatür gibi belgelerdir. Bu belgeler, temsil ettiği nesne hakkında bilgi verebileceğinden delil olarak kullanılabilir. Özellikle, uygulama imar planları, nazım imar planları, projeler idari yargıda delil olarak kullanılan şekil tespit eden belgelerdir.

(c) Ses ve Görüntü Tespit Eden Belgeler

Ses ve görüntüyü tutmaya, içinde barındırmaya yarayan belgelerdir. Bunlar; ses kaydeden bantlar, diskler, cep telefonları; görüntü kaydeden kasetler, CD'ler, hafıza kartları ve resim kaydeden fotoğraflar vb.

Teknolojinin gelişmesiyle birlikte ses ve görüntü kaydeden belgeleri elde etmek artık gün geçtikçe kolaylaşmakta ve sayıları çoğalmaktadır. Bu tür belgelerin de idari yargılamada delil olarak kullanılmalrı mümkündür. İdari yargıda özellikle Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun televizyon ve radyo kanallarına uyguladığı yaptırımlarda, yaptırıma konu olan programın yayın kaseti mahkemeye delil olarak sunulmaktadır. Mahkeme dosyadaki bilgi ve belgeler ile bu yayın kasetini izleyerek veya bilirkişi incelemesi yaptırarak ihlale konu hususu tespit edebilmektedir.

¹⁸⁵ PARLAK, agt., s.60.

(2) Bilirkişi İncelemesi

(a) Bilirkişi

(i) Giriş

Gelişen teknoloji ve bunun günlük hayatta kullanımı sonucu, hukuki uyuşmazlıklara konu olan somut hayat ilişkileri çeşitlilik kazanmış ve bunların bir kısmının niteliğinin anlaşılabilmesi uzmanlık gerektirir hale gelmiştir. Bu durumlarda uyuşmazlıklara (davaya) bakmakla yükümlü bulunan hakimin, kendisinde bulunmayan özel ve teknik bilgiye sahip kişilerden yararlanması gerekir. Bu ihtiyacı, kanun koyucu bilirkişi kurumu ile karşılamıştır.¹⁸⁶

Bilirkişi incelemesi, bütün yargılama usullerinde delil olarak kullanılmaktadır.¹⁸⁷ İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31.maddesi, bilirkişi konusunda, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yollamada bulunmuştur. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ise bilirkişilik kurumunu ayrıntılı biçimde düzenlemiştir.(m.275-286) Bu yasaya göre bilirkişi incelemesine, dava ile ilgili olarak, çözümü yargıç tarafından bilinmeyen özel ve teknik bilginin gerekli olduğu durumlarda başvurulur.¹⁸⁸

(ii) Bilirkişi Kavramı

Usul Kanunlarında, bilirkişi tanımı yapılmamakla beraber bilirkişi kurumuna ilişkin bir takım unsurlara yer verilmiştir. Bu hususta HUMK. 275. maddesinde “Mahkeme, çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenmez” hükmü yer almaktadır.

¹⁸⁶ ULUKAPI, Ö., *Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 3-4, Yıl 2001, s.213.

¹⁸⁷ SUNAY, age., s.42.

¹⁸⁸ GÖZÜBÜYÜK-TAN, age., s.1082.

Öğretide yapılan tanımlar ise; “Bir davada, çözümü hâkim tarafından bilinmeyen, özel ve teknik bilgiyi gerektiren durumlarda oy ve görüşüne başvurulmuş üçüncü kişi veya kişilere bilirkişi denir.”¹⁸⁹, “Bilirkişi, bir uyuşmazlığın temelini oluşturan olgu ve olayların saptanması, aydınlanması ve değerlendirilmesinde teknik saptamalar yaparak, yargıca yardımcı olan kişidir.”¹⁹⁰, şeklindedir.

Yapılan tanımlardan, bilirkişinin çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren ve genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olmayan konularda, konunun uzmanı ve davanın tarafı da olmayan kişi olması gerektiği sonucuna varılabilir.

(iii) Bilirkişinin Nitelikleri

(a) Uzmanlık

Bilirkişilik, hâkim tarafından kararlaştırılan ve uzmanlıkları nedeniyle bir veya birkaç kişinin seçilip bizzat yine hâkim tarafından tespit edilen konularda olayların müşahedesini veya teyidi için görevlendirilmelerine mahsus bir tahkikat yöntemidir.¹⁹¹

Kanunlarımızda açıkça belirtildiği gibi bir davada bilirkişiye ancak “çözümü hakim tarafından bilinmeyen özel ve teknik bilgiyi gerektiren durumlarda” gidilebilecektir.

Buradan da anlaşılacağı üzere bilirkişinin özel bir konuda veya teknik bir alanda bilgi sahibi olması yani kısacası bu alanlarda uzmanlık bilgisine sahip olması gerekmektedir.

¹⁸⁹ KURU, a.g.e., C.III, s.2621-2622.

¹⁹⁰ KÖROĞLU, H., *En Son Değişikliklerle Uygulama ve İçtihatlarında Türk Mahkemelerinde Bilirkişilik ve Bilirkişi Kurumları*, Seçkin Yayınları, Ankara 2001, s.31.

¹⁹¹ OYTAN, M., *Türk ve Fransız Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, Keşif, Delil Tespiti, Anket Uygulaması ve Sahteliğin İleri Sürülmesi*, Türk İdare Dergisi, Yıl 65, Mart 1993, S.398, s.47.

Bilirkişi, görüşüne başvurulmuş husus hakkında özel ve teknik bilgisine dayanarak inceleme yapar ve böylelikle hukuki uyuşmazlıkların çözümünde hakime yardımcı olur.¹⁹²

Bilirkişinin konusunda uzman kişilerden seçilmesi gerekliliği Danıştay içtihatlarında önemle vurgulanan bir husustur. Yüksek Mahkemenin bu konuda verdiği bir kararda¹⁹³ bu husus; *“Dosyanın incelenmesinden; davacı şirket tarafından ithal edilen, diskete kayıtlı, Excel 4.0 ve office 2.40 isimli bilgisayar programları ile bu programların kullanılabilmesi için gerekli bilgileri, kullanım hakkını, referansları ve kılavuzu içeren manuel ve software isimli eşyanın, gümrük giriş beyannamesinde, iki guruba ayrılarak; bilgisayar programlarının, "otomatik bilgi işlem makinelerinde kullanılan türden veri veya bilgi içerenler" olarak 85.24 pozisyonunda: manuel ve software isimli eşyanın da "okul kitapları, teknik, ilmi ve sanata ait olanlar" olarak 4901.99.31 pozisyonunda beyan edilip vergilerinin ödendiği; davalı idarece, daha sonra, beyanname muhteviyatı eşyanın tamamının "otomatik bilgi işlem makinelerinde kullanılan türden veri veya bilgi içeren mesnetlerden" olduğundan bahisle ek tahakkuk yapıldığı; ek tahakkuka vaki itirazın reddi üzerine açılan idari davada ise vergi mahkemesince, ... Elektrik-Elektronik Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. ...'na yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen rapordaki açıklamalara dayanılarak, beyanın doğru olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verildiği anlaşılmıştır. Yargılama Hukuku'nda, bilirkişi, davanın çözümünün gerektirdiği özel veya teknik bilgiyi yargıca sağlayan kişi olarak tanımlanmaktadır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 31'inci maddesinin 1 inci fıkrasında göndermede bulunulan, "Ehliyüküf" başlıklı 275 inci maddesinde, mahkemenin, çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar vereceği yolundaki düzenlemesi, Kanun Koyucu'nun da bu tanımı benimsediğini göstermektedir. Buna göre; çözümü, yargıcın mesleği gereği bilmek durumunda olmadığı, özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren davada bilirkişilik yapabilecek olanların, kendilerinden istenilen bu bilgi konusunda uzman olmaları, bilirkişilik müessesinin, yapılan bu tanımıda ortaya konulan, niteliği gereğidir. Ayrıca;*

¹⁹² YAVUZDOĞAN, agt., s.51; COŞKUN/KARYAĞDI, age., s.291-292; YAYLA, age., s.485-486.

¹⁹³ Dan.7.D., E.1998/804, K.1999/1935, DD., S.102, s. 454.

yargılama sonunda verilen kararın güvenilirliği bakımından seçilen bilirkişinin kendisinden istenilen özel veya teknik bilgi konusundaki uzmanlığının, davanın taraflarında herhangi bir kuşkuya yol açmayacak biçimde açık olması da zorunludur. Söz konusu açıklık ise, ancak, bilirkişinin kendisinden istenilen bu bilgiye mesleği gereği sahip bulunması ile sağlanabilir niteliktedir.

Yukarıda açıklandığı üzere; davada, davalı idare, bilgisayar programları içeren disketlerle birlikte ithal olunan manuel ve software isimli eşyaların, otomatik bilgi işlem makinalarında kullanılan türden veri veya bilgi içeren mesnetlerden olduğunu; davacı ise, okul kitabı, teknik, ilmi ve sanata ait kitap niteliğinde bulunduğunu iddia etmektedir. Bu eşyaların, disketlerde kayıtlı bilgisayar programlarının kullanılabilmesi için gerekli bilgileri, kullanım hakkını, referansları ve kılavuzu içerdiği tartışmasızdır. Böyle olunca, adı geçen eşyaların, okul kitabı ya da teknik, ilmi ve sanata ait kitap sayılabilmeleri, herşeyden önce, otomatik bilgi işlem makinelerinde kullanılan türden veri veya bilgi içeren mesnetlerden olmadıklarının tespitine bağlıdır. Başka anlatımla; dava konusu uyuşmazlığın çözümü için, öncelikle anılan eşyaların söz konusu mesnetlerden olmadıklarının belirlenmesi gerekmektedir. Bu belirleme ise bilirkişinin, bilgisayar programcılığı ya da mühendisliği konusunda eğitilmiş olmasıyla olanaklıdır.

Oysa; davada, bilirkişi olarak, elektrik - elektronik fakültesi öğretim üyesi seçilmiştir. Bu kişiden, bilgisayar programcılığı veya mühendisliği ile ilgili teknik bilgi gerektiren konuda uzmanlık beklenmesi mümkün değildir. Nitekim, düzenlediği raporda, niteliklerinin belirlenmesi istenilen eşyaların otomatik bilgi işlem makinalarında kullanılan türden veri veya bilgi içeren mesnetlerden olarak değerlendirilemeyeceği söylenirken, "kanımca" sözcüğünün kullanılmış olması da, bilirkişinin konunun uzmanı olmadığını göstermektedir. Görüldüğü üzere; davada, bilirkişi seçiminde hata yapılmıştır. Bu yüzden; söz konusu bilirkişinin düzenlediği rapora dayanılarak verilen temyize konu kararda isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin kabulüne: dava hakkında, konunun uzmanı bilgisayar mühendislerinden seçilecek bilirkişiye yeniden inceleme yaptırılmak suretiyle, karar verilmek üzere, mahkeme kararının bozulmasına; bozma kararı üzerine

mahkemece yeniden verilecek kararlar birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına.... oybirliği ile karar verildi.” kararıyla vurgulamıştır.

Bilirkişinin konunun uzmanı kişiler arasından seçilmesi gerekliliği Yargıtay kararlarında da açıkça belirtilmiştir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi bir kararında,¹⁹⁴ “Seçilecek bilirkişinin dava konusu hakkında meslek veya deneyim sahibi ya da uzman olması esastır. Öylesine ki, ihtisas dalı konuyla ilgisiz kimse, yanlar üzerinde anlaşsa dahi, hakim tarafından bilirkişi olarak görevlendirilemez. Aksine tutum, yargılamaya hakimin egemen olması ilkesiyle bağdaşmaz” demiştir.

(b) Tarafsızlık

Görevi, ortaya çıkan ihtilafların çözümünde hakime yardımcı olmak olan bilirkişinin bu görevi yerine getirirken hiçbir etki altında kalmaması ve objektif davranarak oy ve görüşlerini mahkemeye bildirmesi gerekmektedir.

Bilirkişinin tarafsızlığını güvence altına alan yemin (HUMK m.276/IV), bilirkişinin reddi (HUMK m.277,), bilirkişilikten çekinme (HUMK m.278/II), bilirkişi raporuna itiraz (HUMK m.283) gibi kurumlar bilirkişinin tarafsızlığının korunmasına yönelik düzenlemeler içerisinde yer alır.

(iv) Bilirkişinin Sorumluluğu

Bilirkişinin sorumluluğu hukuki, disiplin ve cezai sorumluluk olarak üç başlık altında incelenebilir.

(a) Hukuki Sorumluluk

Bilirkişi, mahkemenin sağlıklı ve doğru karar verebilmesi açısından çok önemli

¹⁹⁴ Yar.15.HD., K.1997/1360 sayılı kararı,YKD., Aralık 1998, C.23, S.12, s.1878-1881.

bir rol üstlenmiş olan bir yargılama hukuku sujesi konumundadır. Bu yüzden oy ve görüşünü bildirmekle yükümlü tutulan bilirkişi, dürüstlük ve tarafsızlık ilkelerine uygun hareket ederek, kendisinden istenen hususları, bilimsel verilere ve gerçeğe uygun şekilde ve görevinin gerektirdiği ciddiyet ve özeni göstererek yerine getirmekle mükelleftir.¹⁹⁵

Öğretideki egemen görüşe göre; bilirkişilerin hukuki sorumluluğu, Borçlar Kanununda düzenlenen haksız fiil sorumluluğu (m.41) ile açıklanabilir. Ancak, bilirkişinin haksız fiil sorumluluğundan dolayı tazminatla sorumlu tutulabilmesi için bilirkişinin vermiş olduğu rapor ile mahkeme hükmü arasında uygun illiyet bağı bulunması gerekir. Eğer bilirkişi ilgili raporu düzenlemese dahi, mahkeme aynı kararı verecekse, bilirkişinin hukuki sorumluluğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır.¹⁹⁶

(b) Bilirkişini Disiplin Sorumluluğu

Yeni CMK m.71’de “*Görevini Yapmayan Bilirkişi Hakkındaki İşlem*”, başlığı altında, usulüne göre çağrıldığı halde gelmeyen veya gelip de yeminden, oy ve görüş bildirmekten çekinen bilirkişiler hakkında tanıklara ilksin 60.maddenin birinci fıkrası “*Tanıklıktan ve Yeminden Sebepsiz Yere Çekinme*” hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre bilirkişi usulüne göre çağrıldığı halde gelmez veya gelip de yeminden, oy ve görüş bildirmekten çekinirse, mahkeme bilirkişinin bu nedenle sebep olduğu giderleri ödemesine hükmedilebilir. Ayrıca bilirkişinin görüş vermemesi halinde mahkeme veya hakim, görüş verilmesini sağlamak için, dava hakkında hüküm verilene kadar, her halde üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi verebilir. Bilirkişi yükümlülüğüne uygun davranması halinde derhal serbest bırakılır. Önemle belirtmek isteriz ki, disiplin sorumluluğu kapsamında, bilirkişinin disiplin hapsine tabi tutulması yerinde bir düzenleme olmamıştır. Bunun yerine görevden çıkarılmasının veya tekrar

¹⁹⁵ ŞENGÜN, K.O., *Bilirkişinin Sorumluluğu ve Sonuçları*, Adalet Dergisi, 1967, S.7, s.457, YAVUZDOĞAN, S. agt. S.74; COŞKUN/KARYAĞDI, age., s.292-293.

¹⁹⁶ DERYAL, Y., *Türk Hukukunda Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporu Örnekleri*, s.70; ŞENGÜN, agm, s.458.

benzeri bir göreve verilmemesinin ve varsa sebep olduğu zararları tazmin ettirilmesinin daha uygun bir yaklaşım olacağını kanaatini bizde paylaşmaktayız.¹⁹⁷

Bilirkişinin CMK'dan başka Devlet Memurları Kanunu (DMK) bakımından da disiplin sorumluluğu mevcuttur. Eğer görevlendirilen bilirkişi, aynı zamanda devlet memuruysa veya kamu kurumu niteliğindeki bir kurumda görevliyse, bilirkişinin bilirkişilik görevini yaparken gerçekleştirdiği görev gerekleri ile bağdaşmayan tutum ve davranışları nedeniyle, Devlet Memurları Kanununun disiplinle ilgili hükümlerinin de uygulanması söz konusu olabilir. Fakat bunun için gerçekleştirilen tutum ve davranışların, DMK (m.125)'deki disiplin yaptırımı öngören iç düzenlemeleri ihlal etmesi gerekir. Benzer bir uygulama bilirkişinin asıl mensubu olduğu mesleğin genel geçerliliğe sahip davranış normlarının ihlal edilmesi halinde de mümkün olacaktır.¹⁹⁸ Örneğin bir doktor veya avukatın, mesleki etik ilkelere aykırı davranışı, kendisinin bağlı olduğu meslek odası tarafından da disiplin yaptırımı uygulanmasına yol açabilir.

Öğretide, bilirkişilik kurumunun yapılandırılması, davranış normlarının standart olmasının sağlanması, disiplin yaptırımı sicillerinin tutulması ve etik kuralların oluşturulması gibi gerekçelerle “Bilirkişi Odaları”nın kurulması önerileri ileri sürülmektedir.¹⁹⁹

(c) Bilirkişilerin Cezai Sorumluluğu²⁰⁰

Bilirkişilerin cezai sorumluluğunu açıklamadan önce bu noktada ilk olarak bilirkişinin eski ceza kanunu anlamında memur, yeni kanun anlamında ise kamu görevlisi olup olmadığı sorusunu yanıtlamalıyız.

¹⁹⁷ DÖNMEZ, B., *Yeni CMK'da Bilirkişi Kavramı*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s.1165.

¹⁹⁸ TANRIVER, S., *Bilirkişinin Sorumluluğu*, TBBD, Ocak/Subat 2005, sayı 56, s. 133 vd.

¹⁹⁹ KARAYALÇIN, Y., *Bilirkişi ve Hakem Odaları Birliği*, İstanbul'da Milletlerarası Tahkim Merkezi Kurulması Hakkında Adalet Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Kamu Taslakları, Ankara 2001, s. 30-31; Yılmaz, E., *Bilirkişiliğin Kurumsallaştırılması Hakkında Bir Kanun Taslağı, Bilirkişilik Sempozyumu*, 9-10 Kasım 2001, Ankara 2001, s.538-550; Tanrıver, s. 152 bkz. Dipnot: 54-55.

²⁰⁰ DÖNMEZ, B., *agm.*, s.1166 vd.

Eski TCK madde 279, “memur” tanımını en geniş yapan tanımlardan biriydi. TCK m.279’a göre memur, “ *Ceza Kanununun tatbikatında;*

1- Devamlı veya muvakkat surette tesrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören devlet ve her türlü amme müesseseleri memur veya müstahdemleri;

2- Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyari veya mecburi olarak tesrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören kimseler memur sayılır.”

Söz konusu hükme göre, bir kimsenin memur sayılabilmesi için önemli olan, bir kamu görevi veya amme hizmeti görmeye yükümlü olup olmadığıdır. Bunun devamlı veya devamsız olması, ücretli veya ücretsiz olmasının bir önemi yoktur ki, bu anlamda ceza muhakemesinde tanıklık yapan kişi de memur tanımı kapsamı içerisinde yer alır. Doğal olarak, bir kamu görevi yerine getiren tüm bilirkişiler; ister resmi bilirkişi olsun, ister resmi olmayan bilirkişi kapsamında olsunlar, eski ceza kanunu anlamında memur sayılacaklardır. Bu kapsamda resmi bilirkişiler TCK m.279’ın 1.fıkrasının 1.bendi uyarınca, resmi olmayanlar ise, 279.maddenin 1.fıkrasının 2.bendine göre memur olarak değerlendirilecektir.

Nitekim, hem öğretide hem de yargı uygulamasında, bilirkişilerin eski Türk Ceza Kanunu uygulaması bakımından 279.madde anlamında memur oldukları konusunda görüş birliği bulunmaktaydı.²⁰¹

Ancak yeni TCK’da “memur” kavramı kanundan çıkartılmış, bunun yerine “kamu görevlisi ” kavramı tanımlanmış ve kullanılmıştır. Yeni TCK m.6/1-c’de yapılan tanıma göre, “kamu görevlisi ”, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi olarak tanımlanmıştır.

²⁰¹ ERMAN, Sahir, *Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur*, SBOD, C.11, S.3-4, s.236; DÖNMEZER Sulhi, “*Memurin Muhakematı Bakımından Memur*”, İÜHFİM 1943, C.9, S.1-4, s. 820-823; Tanrıver, *age.*, s. 154.

Eski TCK m.279'a göre son derece belirsiz bir tanım ile tanımlanan yeni "kamu görevlisi" kavramı, acaba bilirkişileri de kamu görevlisi olarak kapsamı içerisine alacak mıdır? Bu soruya olumlu yanıt vermek mümkündür. Zira, yargı faaliyetinin kamusal bir faaliyet olduğundan hareket ettiğimizde, bu faaliyetin yürütülmesine süreli olarak katılan bilirkişileri, görevlerini yerine getirmeleri sırasında kamu görevlisi olarak değerlendirmemiz gerekecektir. Nitekim, 6.maddenin gerekçesinde de, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında kişinin kamu görevlisi sayılacağı açıkça belirtilmiştir.

Bilirkişi, üstlendiği bilirkişilik görevi sırasında, görevi nedeniyle kendisine verilen veya aynı nedenle bilgi edindiği ve gizli kalması gereken belgeleri, kararları ve emirleri ve diğer tebligatı açıklar veya yayınlar veya ne suretle olursa olsun başkalarının bilgi edinmesini kolaylaştırır, bu hareketi nedeniyle, "*Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu*" (TCK m.258) oluşur.

Yeni ceza kanunu bilirkişiliğe yönelik olarak ayrıca madde 276'da, "Gerçeğe Aykırı Bilirkişilik ve Tercümanlık" suçunu düzenlemiştir. 279. maddenin 1.fikrasında, yargı mercileri veya suçtan dolayı kanunen soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinlemek yetkisine sahip bulunan kişi veya kurul tarafından görevlendirilen bilirkişinin gerçeğe aykırı mütalaada bulunması halinde bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere TCK, bilirkişinin hem görevi itibarıyla üstlendiği vazifenin niteliğini dikkate alarak, hem de bilirkişilerin kamu görevlisi sayılmasının neticesi olarak, çeşitli maddeler altında farklı suç tipleri düzenlemiştir. Bilirkişiler bu suçların faili olabilirler. Bu denli kapsamlı suç tiplerinin faili olarak düzenlenmeleri, yerine getirdikleri görevin önemi gereğidir.

(b)- Bilirkişi İncelemesinde Usul

(i) Bilirkişi İncelemesini Gerektiren Haller

HUMK'un 275. maddesinde “mahkeme, çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren konularda bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenmez” hükmü yer almaktadır.

Buna göre bilirkişinin oy ve görüşüne ancak davanın dayandığı olay ve olguların belirlenmesi, aydınlatılması ve değerlendirilmesinde özel veya teknik bir bilgiye ihtiyaç olduğu durumlarda başvurulabilir. Bu nedenle özel ve teknik bilgiyi gerektiren halleri hakimin kendisi takdir eder.²⁰²

Bilirkişiye, hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi olanaklı konularda gidilemez (HUMK.md.275).²⁰³ Kuşkusuz, günümüzde, hukuk bilimi, bir kişinin tümüyle kavrayabileceği boyutları çoktan aşmıştır. Bu yüzden; kimi hukuk dallarında davaya bakan idari yargıcın uzman olmadığı söylenebilir. Ancak; bu durum, idari yargıç için, bu konuda uzman hukukçuları bilirkişi tayin etme olanağı sağlamaz. İdari yargıç, uyuşmazlığın çözümünün gerektirdiği hukuk bilgisinin ilgili olduğu dalın uzmanı olmadığını söyleyerek, bilirkişiye havale edemez. Zira; hukuk eğitiminin kazandırdığı nosyon ve araştırma yeteneği ile hakimlik mesleğinin sağladığı beceri ve alışkanlıkları, onun, uzmanı olmadığı hukuk dallarında da gerekli inceleme ve araştırmayı yaparak, gereksinme duyduğu hukuk bilgisini edinmesine yeterlidir. Böyle de olması gerekir. Aksine uygulama, Anayasamızın tarafsız ve bağımsız yargıca bıraktığı yargılama işlevinin taşeronla yaptırılması; bir başka açıdan da, özelleştirilmesi sonucunu yaratır. Böyle bir sonucun doğmaması için, idari yargıç, uzmanı olmasa dahi, uyuşmazlığın gerektirdiği özel hukuk bilgisini, kendi

²⁰² ANSAY, S.Ş., *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. Bası, Ankara, 1960, s.276; KURU, age., s.1805; ÜSTÜNDAĞ, age., s.727; COŞKUN/KARYAĞDI, age., s.293.

²⁰³ Dan.3.D. E:1990/925, K:1992/138, Yar.1.HD., E:1985/13087, K:1985/12809.

araştırması ile edinmek ve uyuşmazlığa uygulamak zorundadır. Bu, onun, hukukçu kimliğinin olmazsa olmaz özelliğidir.²⁰⁴

Gerek Yargıtay'ın gerekse de Danıştay'ın davanın çözümünün özel ve teknik bilgiyi gerektirdiği durumları değerlendirip sadece bu konularda hâkimin veya mahkemenin bilirkişi incelemesi yaptırması gerektiğine dair çok sayıda bozma kararları vardır. Yargıtay; *“Bilirkişiye gereksiz yere başvurulmasıyla, Anayasanın ‘davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir”* şeklindeki 141/son maddesi ile HUMK'un bu konuda hakime mükellefiyet yükleyen 77.maddesi hükmü mahkemece ihlal edilmiş olur”²⁰⁵ şeklinde verdiği kararda, bilirkişiye gereksiz yere başvurma'nın sakıncaları ifade edilmektedir.

Eğer, söz konusu özel veya teknik bilgi, tarafların dosyaya ibraz ettikleri belgelerde esasen varsa ya da uyuşmazlığın teknik yönü ihtilafli değilse, bilirkişiye başvurulamaz.²⁰⁶ Ayrıca; uyuşmazlığın çözümü için zorunlu olan söz konusu bilginin, İdari Yargılama Usulü Kanununun idari yargıca sağlamış olduğu re'sen araştırma yetkisi kullanılarak, çıkarılacak ara kararıyla, bu bilgiye sahip olan kişi ve kurumlardan getirilmesi olanağı varsa, yine bilirkişiye başvurulmamalıdır.²⁰⁷ Bu durumlarda bilirkişiye başvurulması, yukarıda yer verilen yüksek mahkeme kararında ifade edildiği üzere gereksiz yere, zaman kaybına ve harcama yapılmasına neden olur.

HUMK 275.maddesinde ifade edilen özel veya teknik bilginin, hâkimin hangi olayların veya uyuşmazlıkların özel ve teknik bilgiyi gerektirdiğini takdir edebilmesi açısından açıklanması gerekmektedir.

²⁰⁴ CANDAN,T., *Açıklamalı İdari Yargı Usul Kanunu*, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2005, s.797.

²⁰⁵ Yar. 15.HD E:1997/466 ., K.1997/1360, YKD., C.23, S.12, s.1878-1881.

²⁰⁶ Dan.8.D., E:1987/447, K:1988/143, DD., S.72-73, s.493: Sınav kağıtlarının optik okuyucular yardımıyla okunması, iki kez değerlendirilmesi ve optik okuyucuların takdir hatası yapmalarının söz konusu olmaması karşısında, sınav kağıdı üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmasına gerek olmadığı hk; Dan.7.D., E:1998/2706, K:1999/1792: Teknik yapısı ve niteliği konusunda tartışma bulunmayan, hangi gümrük tarife ve pozisyonuna girdiği ihtilafli bulunan eşya hakkında, bilirkişi incelemesi yaptırılmasının isabetli olmadığı hk.

²⁰⁷ CANDAN,T., age., s.797.

Özel bilgi ve teknik bilgi ayrımında; “teknik bilginin” bilimsel bilgiyi kapsayacak şekilde dar anlamlandırılması, “özel bilginin” ise genel hukuk bilgisi dışında kalan ve özel uzmanlık gerektiren (ama teknik boyutu olmayabilen) her türlü uzmanlık bilgisini kapsayacak şekilde anlamlandırılması gerektiği yönündedir.²⁰⁸ Bu anlamda teknik bilgiyi; fizik, kimya, matematik gibi müspet bilimlerin uygulanması sonucu ortaya çıkan bilgi, özel bilgiyi ise; hukuk bilimi dışında kalan bilim dallarının ortaya koyduğu sonuçlara ilişkin bilgi olarak tanımlamak mümkündür.²⁰⁹

İdari yargıda özel ve teknik bilgiyi gerektiren ve bilirkişi incelemesi yapılan başlıca hususlar şunlardır; sınavlarda not takdirinde hata yapılıp yapılmadığının tespiti, akademik yükseltmelerde juri değerlendirmesinde hata yapılıp yapılmadığının tespiti, sakatlığın çalışma gücüne etkisi, imzanın sahte olup olmadığı tespiti, maddi-manevi tazminat miktarının tespiti, idarenin bayındırlık işlerine ilişkin hizmet kusuru, sit alanının belirlenmesi, bir yapının eski eser olup olmadığı tespiti, kıyı-kenar çizgisinin tespiti, imar planı uygulaması, bir yapının ruhsat ve eklerine, imar mevzuatına uygunluğunun belirlenmesi, sınav kağıtlarının incelenmesi vs.

Bu hususta Danıştay kararlarına örnek vermek gerekirse: 7.Dairenin, “*Pamuk iplikleri üzerinde yapılan bobinaj ameliyesinin hangi safhada yapıldığı hususunun incelenmesi*”,²¹⁰ 7.Dairenin “*Taşocağı işletilmesinde sakınca olup olmadığının incelenmesi*”,²¹¹ 4.Dairenin “*İmal İşlerine ilişkin uyuşmazlığın çözümü, girdiler, çalışma durumu, süresi, makinelerin özellikleri, imal edilen kumaş türleri ve imalata etkisi olan tüm unsurların değerlendirilmesi*”,²¹² 10.Dairenin, “*İthal edilen doğum kontrol aracının kullanılmasının sakıncalı olup olmadığının tespiti*”,²¹³ 8.Dairenin, “*Davacının bedensel özrünün hakimlik ve savcılık yapmasına engel olup olmadığının tespiti*”,²¹⁴ 3.Dairenin “*İhbarnamelerin tebliğine dair alındıdaki imzaların davacıya ait*

²⁰⁸ DERYAL Y., *Türk Hukukunda Bilirkişilik* ..., İstanbul, 2001, s.8-10; GÜRELLİ, N., *Ceza Muhakemesinde Bilirkişilik Kurumuna İlişkin Meseleler*, C.I, İstanbul, 1982.s.67.

²⁰⁹ DERYAL, Y., age., s.9.

²¹⁰ Dan.7.D.’nin E.1982/2380,K:1982/3560 Sayılı Kararı, DD., S.50-51, s.301-303.

²¹¹ Dan.8.D.’nin E.1985/291, K:1985/709 sayılı Kararı, DD., S.62-63, s.358-359.

²¹² Dan.4.D.’nin E.1986/1546, K.1987/1382 Sayılı Kararı DD., S.68-69, s.328-332.

²¹³ Dan.10.D.’nin E:1988/2203, K:1989/1145,Sayılı Kararı, DD., S:76-77 s.785.

²¹⁴ Dan.8.D.’nin E:1990/474, K:1990/1326, Sayılı Kararı, DD., S:82-83, s.687.

olup olmadığının tespiti”,²¹⁵ 3.Dairenin “*İnceleme elemanınca saptanan stok farkının gerçek olup olmadığının değerlendirilmesi*”²¹⁶ gibi konularda bilirkişiye müracaat edilmesi gerektiğine hükmedilmiştir.

(ii) Bilirkişi Seçimi

İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesinde bilirkişi incelemesi yönünden HUMK’un ilgili hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre bilirkişiye başvurulması, taraflarca istenilebileceği gibi, bu konuda, idari yargı yerince re’sen de karar verilebilir. Taraflar, dava konusu uyuşmazlığın çözümlenmesi açısından iddia ve savunmalarını ispat etmek için hangi husus için olduğunu da belirterek, mahkemeden bilirkişi incelemesi yapılmasını talep edebilirler (HUMK. m.241/I).

10.06.1994 tarihli ve 4001 sayılı Kanununun 14. maddesi ile İYUK’un 31. maddesinde yapılan değişiklikle “....*Bilirkişi seçimi Danıştay, mahkeme veya hâkim tarafından re’sen yapılır.*” hükmü getirilmiştir. Hukuk yargılama usulünde ve 4001 sayılı kanundan önce idari yargılama usulünde, bilirkişi seçimi HUMK’un 276. maddesine göre yapılmaktaydı. Buna göre, hâkim bilirkişi incelemesine karar verdikten sonra iki tür yol vardır:

Birinci durumda, bir konuda kanun tarafından belirlenmiş resmi bilirkişiler varsa, hâkim bunlar arasından bilirkişi seçmelidir (HUMK 276/2). Adli Tıp Kurumu (2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanununun m.1-16-21-22), Yüksek Sağlık Şurası (1593 sayılı Kanun m.10), Kamulaştırma bedeline itiraz davalarında her yıl ocak ayında liste halinde seçilmiş olan bilirkişiler (Kamulaştırma Kanunu, m.15) resmi bilirkişilerdir. Diğer durumda, resmi bilirkişiler dışındaki bilirkişilerin seçimi taraflara ve hâkime aittir. Hâkim, öncelikle (üçten fazla olmamak üzere) kaç kişinin bilirkişi olacağına karar verir. Bundan sonra, taraflara bilirkişilerini seçmelerini bildirir. Taraflar, eğer bilirkişi seçiminde anlaşabilirlerse, tarafların seçtikleri bilirkişilere hâkim inceleme yaptırır. Eğer taraflar bilirkişi seçiminde anlaşamazlarsa, bilirkişi seçimi hâkim tarafından

²¹⁵ Dan.3.D.’nin E:1986/241, K:1986/2340 Sayılı Kararı, DD., S:64-65, s.100.

²¹⁶ Dan.3.D.’nin E:1986/1555, K:1987/211 Sayılı Kararı, DD., S:64-65, s.100.

yapılır. Hukuk yargılamasında taraflarca hazırlama ilkesi geçerli olduğundan, bilirkişi seçiminde de öncelikle taraflara bu imkan tanınmıştır.

İdari yargılama usulünde 4001 sayılı kanunla getirilen değişiklik ile, bilirkişi seçiminin idari yargı mercileri tarafından re'sen yapılması sağlanmıştır. Bu durum idari yargılama usulünde re'sen araştırma ilkesinin bir görünümüdür.¹⁵⁷ Söz konusu değişiklik dikkate alındığında bilirkişinin seçiminde idari yargı merciinin bilirkişi seçiminde son derece titiz davranması, kendisine olan güvenin devamı için gereklidir. İdari yargı yeri, bilirkişinin niteliği, kimliği konusunda, olabildiğince tarafsız davranmalıdır.²¹⁷

Kanundaki düzenlemeye göre bilirkişilerin kim olacağını, hakim kendisi seçecektir. Kuşkusuz ki buradaki seçimde hakim keyfi davranmayacaktır. Ancak uygulamada bilirkişi seçimi çoğu kez, aynı isimlerin sürekli olarak bilirkişi seçilmesinden ve seçilecek bilirkişilerin kurum, kuruluş ve üniversite yetkililerine sorulmasıyla yapılmaktadır. Ülkemizde bilirkişilik müessesesinin sürekli eleştiriliyor olması sebebiyle bilirkişiliğin kurumsallaşmasında ve resmi bir nitelik kazanmasında fayda gören bir görüş hakimdir. Bu bağlamda, Adalet Bakanlığı ya da mahkemelerin adalet komisyonları tarafından her yıl, sınavla, bilirkişilik yapabilecek kişilerin belirlenmesi ve bu yolla bütün mahkemelerde uygulamanın verdiği tecrübeyle, ihtiyaç hissedilen meslek dallarından uzman kişilerin listesinin mevcut olması gerektiği vurgulanmıştır.²¹⁸

Nitekim buna benzer bir düzenleme “Ceza Muhakemesi Kanununa Göre İl Adli Yargı Adalet Komisyonlarınca Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik”²¹⁹ ile yapılmıştır. Bu yönetmelik, her yıl için il adli yargı adalet komisyonları tarafından düzenlenecek olan bilirkişi listelerinin hazırlanmasında uzmanlık alanlarının belirlenmesini, başvurabilecek olanların niteliklerini, müracaat usulünü, değerlendirme esaslarını, listelerin oluşturulmasını ve gerekli durumlarda bu

²¹⁷ CANDAN, T., age., s.803; COŞKUN/KARYAĞDI, age., s.292-293.

²¹⁸ KILIÇOĞLU, A., *Yargıda Bilirkişilik Çıkmazı*, ABD., C.43, S.5, s. 646.

²¹⁹ 01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı RG.

listelerde yer verilenlerin çıkarılma usul ve esaslarını düzenlemektedir. Bu liste dışından bilirkişi atanabilmesi ancak atama kararında gerekçesi gösterilmek sureti ile mümkündür. Ancak, idari yargıya yönelik böyle bir liste bulunmamaktadır, bu sebeple uyuşmazlığın çözümü için bilirkişilik yapabilecek durumda bulunanların ismini içeren listelerin, ilgili kurum, kuruluş ve üniversitelerden istenip, bu listede yazılı isimler arasından objektif biçimde seçim yapılmalı,²²⁰ ayrıca belirtilen bilirkişiler raporlarında, taraflı veya yetersiz görüş bildirdiklerinde bir daha görevlendirilmemek üzere listeden çıkarılmalıdırlar.²²¹

(a) Bilirkişilik Görevini Kabul Zorunluluğu

Kural olarak, bilirkişilik görevini kabul etmek mecburiyeti yoktur. Fakat, Kanunla kendilerine bilirkişilik görevi verilen kişi ve kurumlar bilirkişilik görevini reddedemezler. Bu tür kişi ve kurumlar görüş bildirmekle yetkili kılınmış, bu açıdan yükümlülük altına sokulmuş kamu makamlarıdır ve bunlar bilirkişilik görevini kabule mecburdurlar (HUMK. m.276/II). Bunlar dışında ayrıca HUMK. m.278/I gereği *“malumatına müracaat edilecek hususu bilmeksizin sanatını icra etmesi kabil olmayan ve alenen icrayı sanat eden kimseler o husus hakkında ehli-vukufluğu kabule mecburdurlar”* hükmüne binaen, bilgisine başvurulacak hususu bilmeksizin sanatını icra etmesi mümkün olmayan ve açıkça sanatını icra eden kimseler de, bilirkişiliği kabul etmeye mecbur tutulmuşlardır (doktorlar, ebeler, mühendisler gibi). Bu kişiler, sadece tanıklıktan çekinme hakkındaki sebeplere dayanarak (HUMK.m.245., m.246, m.249) bilirkişilik yapmaktan çekinebilirler (HUMK. m. 278/II).²²²

(b) Bilirkişi Sayısı

HUMK. M.276/III’da *“Yalnız bir kişi ehli-vukuf intihap edilebilir. Üçten ziyade intihap olunamaz”* hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm gereğince, bilirkişinin en az bir en fazla üç kişi olabileceği düzenlenmiştir. Çıkan hukuki uyuşmazlığın niteliğine göre

²²⁰ CANDAN, T. age., s.803.

²²¹ SUNAY, age., s.45.

²²² DERYAL, ., age., s.20.

bazen birden fazla uzmanlık bilgisine ihtiyaç duyulabileceğinden bu gibi durumlarda vakıaların incelenmesinde birden fazla bilirkişiye başvurulması söz konusu olabilecektir. Usul ekonomisi göz önünde bulundurulduğunda tek bilirkişi incelemesi gerektiren konularda üç bilirkişi seçimine gidilmemelidir.

Bilirkişi incelemesine re'sen ya da talep üzerine karar verilmiş olması bilirkişinin resmi ya da resmi olmayan bilirkişi olması bu konu bakımından hiç bir özellik arz etmez. Hakim, olayın durumuna göre inceleme için lüzumlu olan sayıyı takdir ve tesbit eder.²²³

(c) Bilirkişi Yemini

HUMK'un 276.maddesinin dördüncü fıkrasında "*Hakim lüzum görürse ehli-vukufu beyan ettikleri veya edecekleri rey ve mütalaanın bitarafane olduğuna veya olacağına dair tahlif edebilir*" düzenlemesine yer verilmiştir. Bu fıkraya göre, hakim, ancak gerekli görürse, tarafsız kalacağı hususunda bilirkişiye yemin verdirebilir. Söz konusu madde yemin verdirilmesi hususunu tümüyle hakimin takdirine bırakmıştır.

Yemin, şahit (tanık) yeminine ilişkin 264.maddenin kıyasen uygulanması suretiyle yapılır. Uygulamada bilirkişiye şu şekilde yemin verdirilmektedir; hakim bilirkişiye, "*bilirkişi sıfatıyla sorulan sorulara vereceğiniz cevapların gerçeğe aykırı olmadığına ve görüp bildiğinizden bir şey saklamadığınıza Allahınız ve namusunuz üzerine yemin ediyor musunuz*" der ve bilirkişi de cevaben "*Allahım ve namusum üzerine yemin ediyorum*" der."²²⁴

(d) Bilirkişinin Reddi

HUMK.m.277/I'de "*Ehli-vukuf, hakimler için muayyen esbaba binaen reddolunabilir...*" denilmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında da "*Ret talebi*

²²³ SUNAY, age., s.44.

²²⁴ KARAVELİOĞLU, Celal; *Değişiklik, Açıklama ve En Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu*, İkinci Baskı-1999, s.1472.

ehlivukufun intihap edildiğine ittila tarihinden itibaren üç gün zarfında vuku bulmak lazımdır” denilmektedir.

Bilirkişiye yapılacak itirazların en önemlisi bilirkişinin tarafsızlığa aykırı davranışlarda bulunması olduğundan²²⁵ tarafsızlığını sağlamak amacıyla yukarıda yer verilen düzenleme ile bilirkişilerin de hakimlerin reddi için geçerli olan HUMK.m.28 ve m.29 gereği reddedilebileceği hüküm altına alınmıştır.

HUMK.m.28 uyarınca, bilirkişinin;

- kendisine ait olan veya doğrudan doğruya veya dolayısıyla ilgili olduğu bir davada;
 - taraflardan biriyle arasında HUMK.m.28/2 anlamında hısımlık bulunan bir davada;
 - daha önce taraflardan birinin vekili, vasisi ve kayyımı olduğu kişilerin davasında;
 - dava sırasında üyesi bulunduğu özel hukuk veya kamu tüzel kişilerini ilgilendiren davalarda,
- bilirkişilik yapmaması gerekir.

HUMK.m.29 uyarınca, bilirkişinin;

- daha önce davanın taraflarından birine nasihat etmiş veya yol göstermiş olması durumunda;
- incelediği konuda daha önce görüşünü açıklamış olması durumunda;
- görevlendirildiği davada daha önce tanık, hakim veya hakem olarak görev almış olması durumunda;
- davanın, kendisinin dördüncü dereceye kadar kan ve sıhri civar hısımları ile ilgili olması durumunda;
- davanın tarafları ile arasında bir dava veya düşmanlık bulunması durumunda;
- tarafsızlığı uyandıracak sebeplerin var olması durumunda reddi gerekir.

²²⁵ SUNAY, age., s.45; COŞKUN/KARYAĞDI, age., s.293-294.

HUMK'un 28. maddesinde belirtilen sebepler, yasak nedenler olduğu için redde gerek kalmaksızın bilirkişinin, bizzat bilirkişilikten çekilmesi gerekir. Bu durumu hakim de re'sen göz önünde bulundurabilmelidir.²²⁶

Tarafların, Bilirkişiye itiraz süresi üç gündür (HUMK 277/1). Yani bilirkişiye itiraz, bilirkişi seçiminin öğrenildiği veya bildirildiği tarihten itibaren üç gün içinde yapılması gerekir. Ancak bu süreden sonra ortaya çıkan ve öğrenilen ret sebepleri için ilgili tarafın bunu öğrenmesinden itibaren üç gün içinde reddini isteme hakkı vardır.²²⁷

Bilirkişinin reddine ilişkin talebin kabulü veya reddine yönelik hakim kararı bir ara karar niteliğindedir. Bu karar bir ara karar niteliğinde olduğundan ancak esas hükümle birlikte temyiz edilebilir.²²⁸

(e) Bilirkişi Ücreti ve İddianın İspatına Olan Etkisi

HUMK.m.285 "*Ehli vakufun ücreti hakim tarafından takdir olunur*" şeklinde bir düzenleme getirerek; bilirkişinin gördüğü hizmet karşılığında belirli bir ücret alacağını ve bunun miktarının da hakim tarafından belirleneceğini hüküm altına almıştır.

Belirlenecek bilirkişi ücreti; bilirkişinin harcadığı emeğin değeri, incelemenin niteliği ve gerektirdiği mesai, dosyanın kapsamı, incelemenin gerektirdiği harcama ve giderler dikkate alınarak belirlenecektir.

Hukuk yargısında hakim ya taraflardan birinin talebi üzerine ya da re'sen bilirkişiye başvurulmasına karar verir. Taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme bilirkişi incelemesi yapılmasına karar vermişse, bu takdirde bilirkişi ücretinin, bilirkişi incelemesi talebinde bulunan tarafından yatırılması gerekir. Bu durumda hakim, istemde bulunan tarafa bilirkişi ücretini yatırması için bir süre tayin eder. Şayet hakim tarafından

²²⁶ ALANGOYA, *age.*, s.320; COŞKUN/KARYAĞDI, *age.*, s.294.

²²⁷ DERYAL, Y., *age.*, s. 41.

²²⁸ YAVUZDOĞAN, S., *age.*, s.45.

verilen süre kesin süre niteliğinde değilse bilirkişi ücretini yatırmakla mükellef olan tarafa hakim tarafından ikinci kez süre verilir. Verilen bu ikinci süre HUMK.m.163/3. ve 4. fıkraları gereği kesindir. Bu süre zarfında da bilirkişi ücreti yatırılmazsa, bilirkişi incelemesi talebinden vazgeçmiş sayılır (HUMK.m.414/2.cümle).

Buna karşılık bilirkişi incelemesine hakim tarafından re'sen başvurulması durumunda, hakim bilirkişi ücretini taraflardan birinin veya her ikisinin yatırmamasına karar verir. Bu durumda bilirkişi ücretini yatırmakla mükellef olan taraf/taraflar, belirtilen süre içerisinde bilirkişi ücretini yatırmazsa, hakim, ileride dava sonucunda haksız çıkan taraftan alınmak kaydıyla, bilirkişi ücretinin Devlet Hazinesinden karşılanmasına karar verir (HUMK.m.415).²²⁹

İdari yargıda ise, takdir olunan bilirkişi ücretinin ve giderlerinin ödenmesi, bilirkişi incelemesinin yapılmasını isteyen taraftan böyle bir istek söz konusu değilse, davacıdan süre verilerek istenir. Çözümü bilirkişi incelemesine bağlı uyuşmazlıklarda, verilen süre içerisinde bilirkişi ücretinin ve giderinin ödenmemesi halinde; istek varsa istekten vazgeçilmiş sayılarak²³⁰, davanın reddinin gerekeceği görüşünde olan dava daireleri bulunduğu²³¹ gibi, ücret ve giderin Hazineden karşılanması gerektiğini söyleyenler;²³² bilirkişi ücretinin Hazineden karşılanmasını, idari yargı yerince re'sen bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verilmiş olması koşuluna bağlayanlar²³³ da vardır.

Taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı adli yargıda, bilirkişi incelemesi isteminde bulunan tarafın bilirkişi ücretini yatırmaması, kendi aleyhine bir durum yaratması olarak kabul edilir. Çünkü iddiasını dayandırdığı vakıayı ispatlamasının bir yolu da bilirkişi delilidir. HUMK m.414'de açıkça ifade edildiği üzere talepte bulunan bilirkişi ücretini yatırmazsa bu isteğinden vazgeçmiş sayılacaktır.

²²⁹ TANRIVER,S., *Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri ve Sorumluluğu*, Yetkin Yayınevi, Ankara-2002, s. 83-90.

²³⁰ Dan.3.D. 2.5.1985, E:1983/1787, K:1985/1370 (CANDAN T., *age.*, s.807'den naklen).

²³¹ Dan.10.D., E:1991/446, K:1992/4200 DD., S:87, s.558.

²³² Dan.4.D., E:1985/3360, K:1990/238 DD. S:80, s.188.

²³³ Dan.7.D. 10.04.1986, E:1985/1737, K:1986/1117 (CANDAN T.,*age.*, s.806'dan naklen).

Söz konusu hükmü İdari Yargıda uygulamanın, bu yargılama usulünün özellikleriyle bağdaşmadığı kanısındayız. Re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı idari yargıda; yargılamaya hakim olan kamu yararı düşüncesi de dikkate alındığında, bilirkişi incelemesine ister tarafların talebiyle isterse de mahkemece re'sen karar verilsin, uyuşmazlığın çözümlenmesi bilirkişi incelemesi yapılmaksızın mümkün değilse, yani uyuşmazlık teknik ve özel bir bilginin desteği olmaksızın çözümlenemiyorsa tarafların bilirkişi ücretini yatırmaması, bilirkişi incelemesi yaptırılmasına engel değildir. HUMK m. 415/2'de ifade edilen tarafların bilirkişi ücretini yatırmaması durumunda ilerde haksız çıkacak tarafa yükletilmek kaydıyla bilirkişi ücretinin hazineden karşılanması hükmünü idari yargıda da adli yargıda uygulandığı haliyle mahkemece re'sen verilecek bilirkişi incelemesi kararlarıyla sınırlı tutmak idari yargının bünyesine uymamaktadır. Zaten mahkeme tarafların bilirkişi incelemesi isteğiyle bağlı olmadığı için zorunlu görmediği sürece bilirkişi incelemesi kararı vermeyecektir. Bu bağlamda bilirkişiye başvurulması uyuşmazlığın halli için gerekli ise mahkemece re'sen verilen bilirkişi incelemesi kararı ile tarafların talebi üzerine verilen bilirkişi kararı arasında da davanın çözümü açısından bir fark bulunmamaktadır.

Bu nedenle, özellikle incelemeyi tarafların talep ettiği hallerde, bahsedilen yargılama usulünün özelliklerine uygun tek karar masrafın Hazine'den alınarak incelemenin yaptırılması şeklindeki karar olacaktır.²³⁴ O halde, idari davalarda bilirkişi ücreti hususunun davada ileri sürülen iddianın isbatına doğrudan yada dolaylı bir etkisinin olmaması gerekmektedir.²³⁵

(iii) Bilirkişi İncelemesinin Kapsamı

Bilirkişi veya bilirkişilerin görevi (ilgili) ara kararında açık ve kesin bir şekilde tanımlanmalı ve sınırlandırılmalıdır.²³⁶ Bu amaçla hakim, davaya konu uyuşmazlığın çözümü için bilirkişiye sorulacak soruları yanlış anlamaya meydan vermeyecek

²³⁴ Dan.7.D., E.1985/91, K.1985/483, DD., S.60-61, s,330- 332.

²³⁵ SUNAY, age., s.54.

²³⁶ YORGANCIOĞLU, E.(Çev.): *Fransız İdari Yargı Hakiminin Dava Dosyasının Tekemmülü Safhasında. Haiz Olduğu Yetkiler*, DD., Cumhuriyet'in 50.Yılı Özel Sayısı, s.268.

açıklıkla tespit edip bir tutanakla bilirkişiye bildirmeli ve tutanağı da bilirkişiye imzalatmalıdır.²³⁷

O halde, bilirkişi incelemesinin kapsamı, sadece hakim tarafından bilirkişiye soruların cevaplarından oluşacaktır. Bu durumda, bilirkişi kendisine sorulan hususların dışına çıkıp olayla hiç ilgisi bulunmayan yada ilgili olsa dahi hakim tarafından tesbit edilmeyen hususları inceleyemeyecektir. Fakat, bilirkişi kendisine sorulan soruyu o davayı halledecek kadar aydınlatabilmek için gerekiyorsa ortaya başka konular ya da sorular atarak bunları da inceleyip cevaplandırabilir.²³⁸

Bilirkişiler, sadece mahkemece tesbit edilmiş olan maddi vakıalar hakkında görüş bildirirler. Yani, bilirkişiler hukuki meseleler hakkında görüş bildiremezler. Bilirkişiye imzalatılacak tutanakta hukuki konulara girilmemesi gerektiği hatırlatılmalıdır.

Uygulamadaki durum yukarıda söz ettiğimiz ve olması gerekenin uzağındadır. Bilirkişinin görüş bildireceği konunun sınırlarının açık olarak belirlenmemesi sebebiyle bilirkişiler, kendilerini mahkemenin sorularıyla bağlı saymamakta ve sadece kendilerine sorulan soruları cevaplamakla yetinmeyip, gerekli buldukları tüm konularda yargıçları bilgilendirmektedirler.

Bu şekilde hazırlanmış bilirkişi raporları da hiç kuşkusuz bilirkişiyi, hakime, onun istediği konularda bilgi veren bir yardımcı olma konumundan çıkarıp, ona nasıl karar vereceğini söyleyen ve giderek onun yerine kararlar alan bir makam durumuna getirecektir. Bu nedenle hakimin, bilirkişi incelemesine karar verdiği ara kararında, bilirkişinin görevini tam bir açıklıkla ve ayrıntılarıyla açıklaması, bilirkişilik kurumuna ilişkin önemli bir sorunu ortadan kaldıracaktır.²³⁹

²³⁷ Dan.8.D., E:1992/364, K:1992/2515 (<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>) Erişim Tarihi:14/10/09.

²³⁸ SUNAY, age., s.48.

²³⁹ DUMAN, İlker Hasan, *Yargı Sistemimizin Kanayan Yarası: Bilirkişilik*, AD., S:31, 1994, s. 3-5.

(c) Bilirkişi İncelemesinin Yargılamaya Dahil Edilmesi

Bilirkişi incelemesine mahkeme, kural olarak dosya tekemmül ettikten sonra karar verir. Çünkü dosyanın tekemmülü ile uyuşmazlığın çözümlenip çözümlenemeyeceği, uyuşmazlık konusu olayın özel ve teknik bir bilgi gerektirip gerektirmediği daha iyi anlaşılabilir ve bilirkişiler de incelemelerinde dosyadaki bilgi ve belgelerden yararlanabilecektir. Ancak, yürütmenin durdurulması istemli davalarda, dosya tekemmül etmeden de bilirkişi incelemesi yaptırılabilmesi mümkündür. Mahkeme veya hâkim dosya tekemmülünden sonra tarafların bilirkişi incelemesi isteğini haklı bulursa ya da re'sen bilirkişi incelemesi gerektiği kanaatine varırsa bilirkişi incelemesi kararı verecektir.²⁴⁰

Hâkim bilirkişi seçimini yaptıktan sonra, dava dosyasındaki bilirkişilere sorulacak soruları belirler ve bunları bilirkişiye bildirerek görüşlerini rapor halinde bildirmesini ister. Sadece bilirkişi incelemesi gerekiyorsa, hâkim dosyayı teslim tutanağı ile birlikte bilirkişiye verir. Bilirkişinin incelemesini yapabilmesi için gerekli olan bilgi ve belgeler varsa hâkim taraflardan bunları da isteyerek dosyaya konulmak üzere bilirkişiye verir. Bilirkişi ve keşif incelemesi birlikte yapılacak ise, hâkim bilirkişileri belirledikten sonra keşif günü ve saatini taraflara bildirir. Keşif günü ve saatinde, hâkim, bilirkişi veya bilirkişiler, mübaşir, zabıt katibi ile birlikte keşif mahalline gidilir. Keşif mahallinde bilirkişiler incelemelerini yaparlar ve dosya, raporlarını hazırlamak üzere bilirkişilere teslim tutanağı ile teslim edilir.

(i) Bilirkişi Raporu

(a) Hazırlanışı

İdari yargı yeri (hakim veya naip üye), çözümü teknik veya özel bilgiyi gerektiren vakıalar hakkında hazırlamış olduğu sorularla birlikte dava dosyasını bilirkişilere teslim eder ve takdir edeceği süre içinde sonucun bir rapor halinde mahkemeye sunulmasını

²⁴⁰ PARLAK, B. agt., s.74.

ister. Bilirkişinin kendisinden cevaplanması istenen maddi vakıalara ilişkin tespit ve görüşlerini mahkeme veya hakime sunduğu belgeye bilirkişi raporu denir.

İdari yargı yeri bilirkişiye raporunu hazırlaması için süre verir. Bu süre üç ayı geçemez. (HUMK m281/2). Süreyi hâkim takdir edecektir. Uygulamada davanın niteliğine göre bu süre değişse de genellikle otuz gün olarak belirlenmektedir. Ayrıca bilirkişi raporları taraf sayısından bir fazla olacak şekilde hazırlanır.

Bilirkişi hakimın bilgisi ve yetkilendirmesi dahilinde taraflardan bilgi ve belge isteyebilir. Bu anlamda bilirkişi, dava dosyasını ve eklerini inceleyebilir, Bilirkişi, bilirkişilik kapsamına giren tüm işlemleri bizzat kendisi yapmak durumundadır. Bu doğrultuda bilirkişi, bazı bilirkişilik işlemleri için başkalarını görevlendiremez ve yetkilendiremez. Bilirkişilerin tanık dinleme yetkileri de yoktur.²⁴¹

Bilirkişi, raporunu hazırlarken çeşitli yöntemlerden yararlanabilir. Teknik ve laboratuvar analizleri, tıbbi inceleme, muayene, ölçme değerlendirme gibi yöntemlerden yararlanabilir. Bilirkişi gerekli görürse tarafları da dinleyebilir. Ancak iki taraftan birini dinlerken diğer tarafında hazır bulunması gerekir.²⁴²

(b) Bilirkişi Raporunun İçeriği

Bilirkişi raporunun neleri içermesi gerektiği HUMK.m.281/III'de "*Raporun, tarafların ad ve soyadlarını, bilirkişinin çözümü ile görevlendirildiği hususları, inceleme konusu yapılan maddi vakıaları, gerekçeyi, sonucu, bilirkişiler arasında anlaşmazlık varsa bunun sebebini, düzenlendiği günü ve bilirkişilerin imzalarını taşıması gerekir.*" denilerek açıkça belirlenmiştir.

Söz konusu madde göz önünde bulundurulduğunda sayılan bir kısım hususların raporun şekline ilişkin olduğu örneğin tarafların ad ve soyadları, bilirkişinin inceleme

²⁴¹ DERYAL,Y.age., s.47.

²⁴² PARLAK,B.age., s.77.

ile ilgili görevlendirildiği hususlar, raporun düzenlendiği tarih ve bilirkişilerin imzası gibi.

Bilirkişi raporunun üslup ve içerik açısından bir takım koşulları yerine getirmesi gerekir,²⁴³

a- Bilirkişi raporu, bilirkişinin kendi uzmanlık alanıyla sınırlı olmalıdır. Uzmanlık alanı dışında özellikle hukuki konularda görüş bildirilmemelidir.

b- Bilirkişi raporu bilirkişinin uzmanlık alanının gerçek uygulamalarını yansıtmalıdır. Yani bilirkişi kendi uzmanlık alanında ispat edilmiş genel kabul gören konulara göre uyuşmazlığı çözmeli, teorik tartışmalara girmemelidir.

c- Bilirkişi raporu, kendi alanında bilgi ile basit ve kesin yorum içermelidir.

d- Bilirkişi raporu, açık, anlaşılır ve olabildiğince kısa olmalıdır. Bilirkişi, raporunda hâkimin anlayabileceği en basit dili kullanmalı, teknik terimlerle raporu anlaşılabilir hale getirmemelidir. Bir raporun değeri, uzunluğuyla değil içerdiği anlamlı, yararlı ve anlaşılır bilgilerle ölçülür.

e- Bilirkişi raporu, bir düşünce sistematigi izlemelidir. Hâkim veya taraflar raporu incelediğinde, bilirkişinin nereden başladığını, hangi düşüncelerle hangi sonuca ulaştığını kolayca anlayabilmelidir. Raporun anlamlı bölüm, alt bölümlere ayrılması ve bunlara uygun başlıklar verilmesi önemlidir.

f- Bilirkişi, her şeyi bilmek zorunda değildir. Bilirkişi kesin bilinen gerçekleri kesin bir dille anlatırken, bilinmeyenleri açıkça belirtmelidir. Zira, eksik bir bilirkişi raporu, yanlış ve yanıltıcı bir bilirkişi raporundan iyidir.

g- Bilirkişi raporunda, yargıların kesinlik derecesi belirtilmelidir. Raporda ulaşılan tüm yargıların kesin yargılar olması, kuşkusuz çok istenen bir durumdur. Ancak çeşitli belirsizlik nedeniyle bunu sağlamak olanağı her zaman bulunmayabilir. Böyle

²⁴³ TANKUT,T.- ERSOY,U., “Bilirkişinin Görevi ve Sorumluluğu”, İMO (İnşaat Mühendisleri Odası) XV. Teknik Kongre”, Ankara 1999, s.282-283, PARLAK,B.,age., s.78.

durumlarda belirsizlik kaynağı açıkça belirtilmeli ve konunun kesin değerlendirilmesi hâkime bırakılmalıdır.

Bilirkişi birden fazlaysa raporu birlikte hazırlamalıdır. Aralarında görüş ayrılığı varsa, çoğunlukla karar vermeli, azınlıkta kalan oyunu gerekçesiyle birlikte açıklamalıdır.(HUMK.m.281/II)

(c) Raporun İncelenmesi

Hakimin ara kararında tayin ettiği süre içerisinde ve miktarda çoğaltılarak hazırlanmış olan bilirkişi raporu, mahkeme yazı işleri kalemine verilir. Raporu alan yazı işleri müdürü, birer örneğini incelemeyen önce, taraflara tebliğ eder.

Bu konuda HUMK.m.282’de “Ehli-vukuf raporunu mahkeme kalemine verir. Verildiği tarihi yazı işleri müdürü rapora işaret eder ve muhakemeden evvel suretlerini iki tarafa tebliğ eder” hükmü yer almaktadır. Danıştay 7.Dairesi bir kararında; “Bilirkişi raporunun taraflara tebliğ edilmeden, dava hakkında karar verilemez” diyerek raporun taraflara tebliğ edilmesi gerekliliğine açıkça işaret etmiştir.²⁴⁴

(d) Bilirkişi Raporuna İtiraz

Usulüne uygun olarak hazırlanmış olan bilirkişi raporu mahkeme kalemine teslim edildikten sonra taraflara tebliğ edilir (HUMK.m.282). Taraflar bilirkişi raporunun kendilerine tebliğinden itibaren bir hafta içerisinde eksik ve belirsiz gördükleri hususların açıklığa kavuşturulması için bilirkişiden açıklama istenmesini hakimden yazılı olarak isteyebilirler (HUMK.m.283/I.2.cümle). Taraflarca yapılacak bu talebin açık, anlaşılır ve gerekçeli olması gerekir. Hâkim bu itirazı yerinde görürse ek bir rapor hazırlanmasını veya bilirkişilerden açıklama yapılmasını ister, aksi takdirde itirazı reddeder.

²⁴⁴ Dan.7. D., E:1985/1784, K:1985/2827, (CANDAN T., *age.*, s.806’den naklen)

Bilirkişi raporuna itiraz konusunda adli yargıda uygulaması olmakla birlikte idari yargıda uygulanmasının mümkün olmadığını düşündüğümüz bir hususta “ usulü kazanılmış hak ” müessesesidir.

Bu konuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir kararında;²⁴⁵ *“Taraflardan birinin bilirkişi raporuna itiraz etmesi, diğerinin itiraz etmemesi halinde sonradan yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu verilen rapor itiraz edenin, öncekine göre daha da aleyhine ise önceki rapora itiraz eden taraf yararına usulü kazanılmış hak oluşturur”* diyerek itiraz eden lehine usulü kazanılmış hakkın doğduğunu açıkça belirtilmiştir.

Yargılamanın, esas olarak taraf iradeleriyle ve işlemleriyle yönetilip, yürütüldüğü ve özel çıkarların dava konusu edildiği medeni yargılama hukukunda bu sonuç bir ölçüde kabul edilebilirse de; aynı şeyin hukuka uygunluk denetiminin asıl amaç olduğu ve kişisel yarar ile kamusal yararın dengelenmeye çalışıldığı idari yargılama hukukunda kabul edilemeyeceği ortadadır.²⁴⁶

Gerçektende, İdari Yargıda egemen olan düşüncenin kamu yararı düşüncesi olması ayrıca idari yargılamanın varlık amacının hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmek olduğu göz önünde bulundurulduğunda bu ilkenin (usulü kazanılmış hak) idari yargıda uygulanmasının idari yargıya hakim ilkelerle bağdaşmadığı düşüncesine bizde katlıyoruz.

(ii) Ek Rapor İstenmesi

HUMK.m.283/1’de(1.cümle) “Hakim raporda noksan ve müphem gördüğü cihetleri itham ve izah için ehli-vukufa yeni sualler tertip edebilir” hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre, hakim süresi içerisinde hazırlanmış olan bilirkişi raporunda eksik veya açıklığa kavuşturulmamış hususların tamamlanması veya açıklanması için bilirkişiye yeni sorular sorabilir.

²⁴⁵ YHGK., E.1985/841, K.1985/573, YKD., C.11, S.11, s.1608-1609.

²⁴⁶ KAPLAN,G., *İdari Yargılama Hukukunda Usulü Kazanılmış Hak*, TBBD., S.76, Mayıs-Haziran 2008, s.284.

Ek rapor istenmesinin amacı, esas itibariyle yeterli bulunan asıl rapordaki eksik kalmış noktaların tamamlanması ve belirsiz olan hususların açıklığa kavuşturulmasıdır. Bu gibi durumlarda, ek rapor istenmesi yargılamanın sağlıklı bir biçimde yapılabilmesi için gereklidir.

HUMK.m.283/T’de (2.cümle) “İki taraf dahi noksan ve müphem cihetler hakkında ehlivukuftan izahat alınmasına raporun kendilerine tebliği tarihinden bir hafta zarfında hakimden tahriren talep edebilirler” düzenlemesine yer verilerek, davanın taraflarının da bilirkişiden ek rapor alınması için mahkemeden talepte bulunabileceği vurgulanmıştır.

HUMK m. 283/II’deki “Hakim mütemmim izahat vermeleri zımında ehlivukufu tayin edeceği celseye davet ile şifahen istima edebilir.” hükmü ile III. Fıkrasındaki “Ehlivukufun şifahen verecekleri izahat hulasa veçhile zapta kaydedilerek ziri kendilerine imza ettirilir” düzenlemesinden, müphem hususların giderilmesi amacıyla bilirkişinin duruşmaya davet edilebileceği bilirkişinin duruşmadaki beyanlarının da ek rapor hükmünde olduğu anlaşılmaktadır. Ancak yazılı yargılama ilkesinin geçerli olduğu idari yargıda bu hükmün uygulanması imkanı bulunmamaktadır. Bilirkişinin ek raporunu yazılı olarak mahkemeye sunması gerekmektedir.

(iii) Yeni Bilirkişi İncelemesi Yaptırılması

HUMK.m.284’te “Hakikatin tezahürü için lüzum görürse tahkikat hakimi veya esas davayı rüyet edecek mahkeme evvelki veya yeniden intihap edeceği ehlivukuf vasıtasıyla tekrar tetkikat icra ettirebilir” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu hüküm uyarınca, bilirkişi raporunu yetersiz bulan hakim, yeniden bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verebilir.

Danıştay da bir kararında; “Belirtilen bu durumlara göre de bir eserin muzır olduğuna ilişkin kurul kararının yargısal denetimi sırasında, yasada öngörülen amaçlar dikkate alınarak eserin çocukların ahlaki, zihinsel ruhsal bakımdan dengeli biçimde gelişmeleri açısından olumsuz etkisinin ve muzır ve sakıncalı nitelikte olup olmadığının

saptanması gerekmektedir.....İdare Mahkemesince yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda ise, yasada öngörülen esas ve amaçlar yönünden bir irdeleme yapılmaksızın, bu tür dergilerin okunmasının ailenin tercihinine bağlı olduğu, çocukların birkaç resim veya yazı ile etkilenemeyeceği belirtilerek sonuçta derginin küçükler üzerinde olumsuz bir etkisinin olamayacağı belirtilmiştir.... Bu duruma göre de hükme esas alınabilecek yeterlikte olmayan bilirkişi raporuna dayanılarak işlemin iptaline karar verilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir... Uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için yasada öngörülen amaç ve esaslar yönünden yeniden bir bilirkişi incelemesi yaptırılması zorunlu bulunmaktadır.” şeklindeki tespitiyle, uyuşmazlığın hallinde yeterli olmayan raporlara itibar edilmeyerek yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmasının gerektiği sonucuna varmıştır.²⁴⁷

Hakim yeni bilirkişi incelemesini, raporunu sunmuş olan bilirkişiye yaptırabileceği gibi, bu konuda yeni bir bilirkişi atayarak da yaptırabilir.

(iv) Bilirkişi Raporunun Bağlayıcılığı

HUMK.m.286'daki düzenlemeye göre; “Ehli-vukufun rey ve mütalaaları hakimi takyit etmez.” Bu maddeye göre, bilirkişi raporu hakimi bağlamaz. Madde lafzından bilirkişi raporunun takdiri delil niteliğinde olduğu ve hakim tarafından serbestçe takdir edileceği anlaşılmaktadır.

Adli yargı uygulamasında “hakimin bilirkişinin oy ve düşünceleriyle bağlı olmayacağı” yolundaki hükmün; hakimin bilirkişi raporunu yeterli görmemesi durumunda, bilirkişi raporunda edindiği bilgi ve kendi bilgi ve deneyimiyle bir karar vermesinin mümkün olmadığı yeniden bilirkişi incelemesi yaptırması gerektiği yönündedir.

Yargıtay bir kararında;²⁴⁸ “Hakim bilirkişinin rey ve mütalaası ile bağlı değilse de kanun koyucunun amacı, hakimin bu gibi hallerde yeni bilirkişi mütalaasına müracaat

²⁴⁷ Dan.10.D., E:1994/1342, K:1995/4261 DD.,S.91, s.1153.

²⁴⁸ Yar. 2.HD., E.1987/6774 , K.1987/8735,YKD., C.14, S.3.

ederek bu konuda adaletli bir sonuca varmasını sağlamaktır. Yoksa hakim, ihtisası gerektiren bilirkişi yerine geçecek rey ve mütalaada bulunamaz” hükmüne varmıştır.

Yargıtayın aynı yönde vermiş olduğu kararlar doktrinde eleştirilmiş; söz konusu hükmün (HUMK m.286) “*hakim, bilirkişi raporunda varılan sonucun yanlış olduğunu takdir edebilecek derecede bilgi sahibi olduğu kanısına varabiliyorsa, yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırmadan bilirkişi raporunun aksine de karar verebilir.*” şeklinde kabulü gerektiği savunulmuştur.²⁴⁹

İdari yargıda, hakimin bilirkişinin oy ve görüşüyle bağlı olmadığı kuralı adli yargıdakiyle benzer şekilde uygulanmaktadır. Danıştayın bir İçtihadı Birleştirme Kararında²⁵⁰, “...*bilirkişi incelemesi yoluna gidilmesi halinde, hâkimin herhangi bir nedenle yeterli bulmadığı bilirkişi görüşü üzerine yeniden bilirkişi incelemesi yaptırmak yetkisini haiz olduğu şeklinde anlaşılması.....alınan bilirkişi raporuna rağmen, onu yok sayıp, kendi takdir yetkisine dayanarak karar verebileceği yolunda anlaşılması mümkün değildir....*” denilerek, “*Ehlivukufun rey ve mütalaaları hakimi takyit etmez*” hükmünden ne anlaşılması gerektiği açıklanmıştır.

Buna göre, hâkim bilirkişi raporunun yetersiz olduğu sonucuna varırsa, ya bilirkişiden ek rapor aldırtacak yada yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırmak zorunda kalacaktır.

İdari yargı yeri, uyuşmazlığın çözümü için başlangıçta kendisinde eksik olan teknik veya özel bilginin, bilirkişi raporunda yer verilen açıklamalar doğrultusunda giderildiği kanısına varır ise uyuşmazlığı bilirkişi görüşü doğrultusunda çözecek ya da bilirkişi görüşünün aksine karar verebilecektir. Ancak bilirkişi raporunu aynen kararına alarak, herhangi bir irdeleme ve yorum getirmeden, hüküm kurması, yargılama işlevinin bilirkişiye yaptırılması anlamına geleceğinden sakıncalıdır. Kararda, mutlaka, bilirkişi raporunda yazılı oy ve görüşler irdelenerek, eksik ve çelişkili açıklamalar içerip içermediği araştırılmalı, uygun görülen ve görülmeyen yönleri, nedenleriyle,

²⁴⁹KURU,B. age., Cilt:II, 1980, s.1899.

²⁵⁰DİBK., E:1983/5, K:1984/2, DD., S.56-57, s.98.

açıklanmalı ve dava hakkındaki hüküm, bu irdeleme ve araştırma sonuçlarına ve açıklamalara dayanılarak kurulmalıdır. Kurulacak hüküm, bilirkişinin ulaştığı sonuçtan farklı olacaksa bunun gerekçesi kararda açıklanmış bulunmalıdır.²⁵¹ Danıştay da bu hususta; “...*Bilirkişilik Müessesesi, hakime, önüne gelen bir ihtilafı çözmek için gerekli olan özel ve teknik bilgiyi sağlamak amacı ile ortaya çıkmıştır. Yoksa, bilirkişi raporunun sonucu, davayı sona erdirecek nitelikte bir karar değildir. Uyuşmazlığı çözen kararı verme görev ve yetkisi sadece hakime aittir...*”²⁵² şeklindeki kararı ile karar verme görev ve yetisinin hakime ait olduğunu, bu yetkinin devredilmesi sonucunu doğuracak şekilde bilirkişi raporlarının sonuçlarıyla yetinilemeyeceğine hükmetmiştir.

Fakat, uygulamada karşımıza çıkan durum çoğunlukla bu değildir. Çoğu zaman hiçbir gerekçe gösterilmeksizin bilirkişi raporunun sonuçları karara esas alınmakta böylece bilirkişi raporu delilleri değerlendirme aracı olmaktan ziyade, doğrudan delil haline getirilmektedir.

Üzerinde durulması gereken bir hususta adli yargı mahkemeleri aracılığıyla yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi neticesinde düzenlenen raporların idari yargı mercilerince dikkate alınıp alınmayacağı meselesidir.

İYUK'ta, bilirkişi incelemesinin mahalli mahkemeler aracılığı ile yaptırılabilmesine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda İYUK.md.31 ile HUMK.'a yapılmış bir atıf da mevcut değildir.

Bu konuda, Danıştay keşif ve bilirkişi incelemesinin, mahalli adli yargı mercilerine yaptırılmasını kabul etmemektedir. Danıştay 6.Dairesi bir kararında²⁵³; “...İmar planı değişikliğinin iptali istemiyle açılan davada, mahkemece mahalli asliye mahkemesi aracılığıyla yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen rapora dayanılarak karar verilmiş ise de, İdari Yargılama Usulü Kanununda keşif ve bilirkişi incelemesinin mahalli mahkemelerce yaptırılabilmesine dair düzenleme olmadığından, temyize konu kararda bu yönden isabet görülmemiştir...” hükmüne varmıştır.

²⁵¹ CANDAN,T. age., s.809.

²⁵² Dan.7.D., E:1984/61, K:1984/1778, DD., S.58-59, s.230.

²⁵³ Dan.6.D., E:1990/7429, K:1991/1027 DD., S.84-85, s.432.

Öyleyse İdari yargıda, mahalli adli yargı mercilerince yapılacak bilirkişi ve keşif incelemesi sonucu düzenlenen raporlara dayanılarak karar verilemeyecek, niyabeti gerektirecek durumlarda, keşif ve bilirkişi incelemesini yerel idari yargı mercilerine yaptırılabilir. ²⁵⁴ Bu noktada uygulamada karşılaşılan ve yukarıda yer verdiğimiz açıklamalar ışığında sorun yaratacak bir hususa değinmekte yarar görüyoruz. Bilindiği üzere ihale mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklarda, ihale sözleşmesinin imzalanmasından sonraki aşamada ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda adli yargının görevli olduğu, dolayısıyla özel hukuk hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir. Örneğin idarece yapılan ihale uhdesinde kalan ve teknik şartnameye uygun malzeme teslim etmesi gereken firmanın, yapılan muayene neticesinde şartnameye aykırı malzeme teslim etmesi nedeniyle firma hakkında alınan “ihaleden yasaklanma” kararına karşı idari yargıda, ve ihalenin feshi nedeniyle uğranılan zararın tazmini içinde adli yargıda dava açılmasında olduğu gibi.

Böyle bir durumda, ihale konusu malzeme bozulabilecek nitelikte ise (yaş meyve-sebze ihalesi gibi) ihalenin feshi nedeniyle adli yargıda açılan tazminat davasında bilirkişi incelemesi yaptırılmışsa tekrar idari yargıda bilirkişi incelemesi yaptırılması mümkün olamayabileceği için adli yargı yerince yapılan incelemeye itibar etmek gerektiği düşüncesindeyiz. Nitekim, Ankara 2.İdare Mahkemesince verilen ²⁵⁵ ve Danıştay 13.Dairesince de onanan bir kararda ²⁵⁶, adli yargı merciince yaptırılan bilirkişi incelemesi dikkate alınarak karar verilmiştir.

²⁵⁴ CANDAN,T. age., s.805.

²⁵⁵ Ankara 2. İdare Mahkemesinin 13.4.2006 tarihli ve E:2005/398, K:2006/896, sayılı kararı, (Parlak,B., age., s.82’den naklen)

²⁵⁶ Dan.13.D. E.2007/1594, K.2008/4511, (<http://www.danistay.gov.tr/dbs/container.jsp>) Erişim Tarihi:03.11.2009.

(3) Keşif

(a) Genel Olarak

Keşif konusunda İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesi ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapıldığından, hukuk yargılamasında konuyu düzenleyen hükümler idari yargının bünyesine uygun olduğu ölçüde uygulanmaktadır.

(b) Tanımı

Keşif kavramı için öğretilerde; *“mahkemenin şahısların veya şeylerin durumları veya maddi vasıfları hakkında resmi sıfatla ve muhakeme çerçevesinde doğrudan doğruya yaptığı duyulara dayalı müşahadedir.”*²⁵⁷, *“hâkimin dava konusu şeyi yerinde inceleyerek onun hakkında bütün duyularıyla bilgi edinmesine yarayan bir ispat aracıdır.”*²⁵⁸ şeklinde tanımlar yapılmıştır. Tanımlarda vurgulanan esas yön, hakimin doğrudan duyu organlarıyla incelenecek şey hakkında bilgi edinmesidir.

(c) Keşfin Konusu

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, sadece gayrimenkullerin hakim tarafından görülüp incelenmesine keşif demektir.(m.363) Hakimin gayrimenkuller dışındaki çekişmeli şeyler hakkında bütün duyularıyla bilgi edinmesine, Kanun, hususi hüküm sebepleri demektir.(m.367)

İdari Yargı uygulamasında, keşfin konusu sadece taşınmazlar değildir. Yıkım, imar, imar uygulaması, eski eser, sınır uyuşmazlıklarının çözümü amacıyla yapılan keşiflerde, keşfin konusu taşınmazlar iken, idari uyuşmazlığa kaynaklık eden, eşya, araç, gereç ve malzemeden mahkemeye getirilmesi olanaklı bulunmayanların mevcut durumlarının, ticari değerlerinin ya da teknik niteliklerinin tespiti amacıyla söz konusu

²⁵⁷ ÜSTÜNDAĞ, *Medeni Yargılama Hukuku*, s.761.

²⁵⁸ KURU-ARSLAN-YILMAZ, a.g.e., s.520; KUNTER-YENİSEY, a.g.e., 565; EREM, Şerh, s.174; POSTACIOĞLU, a.g.e., 651; ÜSTÜNDAĞ, a.g.e., 761; ÖNEN, a.g.e., s.231; BİLGE-ÖNEN, a.g.e.,551., COŞKUN/KARYAĞDI, *age.*, s.295.

eşya, araç, gereç ve malzemenin bulunduğu yere gidilmesi de keşiftir. Başka örnekler vermek gerekirse; Emekli Sandığı Kanunu'nun 32.maddesi uyarınca fiili hizmet müddeti zammı tanınmasını gerektiren koşullarda çalışılıp çalışılmadığının araştırılması amacıyla yapılan keşif, çalışmanın yapıldığı yerde, çoğunlukla da bir bina içinde yapılmasına karşın; idari yargıcın görmek istediği, yalnızca bina değildir; çalışma koşullarıdır; örneğin, zehirli ve boğucu gaz ortamında bulunulup bulunulmadığıdır. Benzer durum, idarenin idari nitelikteki eylemlerinden doğan maddi ve manevi zararların tazmini istemiyle açılan tam yargı davalarında, idarenin kusurunun derecesinin tespiti amacıyla yapılan keşiflerde de söz konusudur.²⁵⁹

(d) Keşif Kararı Verilmesi ve Keşif Yöntemi

İdari yargı yeri, keşfe taraflardan birinin isteği üzerine veya re'sen karar verebilir. Keşfe karar vermek hâkimin veya mahkemenin takdirine bağlıdır.

İdari yargı yerince, keşif yapılmadan önce, mutlaka, bu konuda karar alınmalıdır. Karar alınmadan keşif yapılamaz.²⁶⁰ Alınan kararlar, keşif için naip üye de tayin edilmelidir. Kanunda engel bulunmamasına ve hatta, HUMK'un 364.maddesinde, çok önemli konularda, açıkça izin verilmesine karşın; idari yargı yerlerinde kurul halinde keşif istisnaidir.²⁶¹ Keşif, naip üyenin nezaretinde yapılır. Keşif sırasında bilirkişi incelemesi de yapılması gerekiyorsa ara kararda buna da karar verilerek, bilirkişiden öğrenilmek istenilen özel veya teknik bilgilerin neler olduğu belirtilir. Keşif yapılacak yer mahkemenin yargı çevresi dışında ise, keşif o yerdeki idare mahkemesi vasıtasıyla da yapılabilir.

Keşif gün, yer ve saati keşiften önce davanın taraflarına, yazılı olarak bildirilir. Taraflar davete uymak zorunda değildir. Usulüne uygun olarak yapılan tebligata karşın, keşfe belirlenen gün ve saate gelmeyen taraf varsa, keşif gelen tarafla veya iki taraf da gelmemişse, taraflar olmadan yapılır.²⁶² Adli ara verme ve resmi tatil gün ve saatlerinde

²⁵⁹ CANDAN, T. age., s.810; COŞKUN/KARYAĞDI, age., s.295-296; YAYLA, age., s.486.

²⁶⁰ Dan.3.D. E:1989/3460, K:1990/3569, DD., S.82-83, s.261.

²⁶¹ Dan.4.D., E:1985/5491, K:1987/3507 DD., S.70-71 s.206.

²⁶² Dan.6.D. E:1991/4031, K:1992/4073 (<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>) Erişim Tar.

de keşif yapılmasına karar verilebilir. Ancak tatil gününde keşif yapılması ancak işin acele olması ve hakimin bu yönde karar vermesi ile mümkündür.²⁶³

Keşifte zabıt katibi de hazır bulunur. Keşif sonunda yapılan bütün işlemler bir tutanakla tespit edilerek hazır bulunanlarca imzalanır.

İdari yargılama usulünde yazılı yargılama usulü geçerli olduğu için Danıştay keşif sırasında tanık dinlenilmesini kabul etmemektedir.²⁶⁴ Ayrıca idari yargı mercilerinin görmekte oldukları davalarda, HUMK'un istinabeye ilişkin hükümlerinden istifade ile keşif incelemesini mahalli adli yargı mercilerine yaptırmaları mümkün değildir. Danıştay 6.Dairesi bir kararında²⁶⁵ “...*Olayda ise temyize konu kararın mahalli Asliye Hukuk Mahkemesi aracılığıyla yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen rapora dayalı olarak verildiği, sözkonusu keşfin ise delillerin tespitine yönelik olmayıp uyumsuzluğun esastan çözümünü sağlayıcı teknik ve bilimsel donelerin elde edilmesine yönelik bir inceleme olduğu açıktır. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda keşif ve bilirkişi incelemesinin mahalli mahkemeler aracılığıyla yaptırılabilmesine ilişkin bir hüküm yer almadığı gibi yukarıda yazılı 31. madde ile gönderme yapılan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda da bu tarz incelemeyi olanaklı kılan bir hükme yer verilmemiştir.*

Her ne kadar sözü edilen keşif ve bilirkişi incelemesi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun istinabeye ilişkin maddelerine dayanılarak gerçekleştirilmiş ise de kurum olarak istinabenin böyle bir incelemeyi kapsamaması ve olanaklı kılması düşünülemez.

Öte yandan 2577 sayılı Kanun'un 31. maddesinde yapılan değişiklik ile bilirkişi seçiminin Danıştay, mahkeme veya hakim tarafından re'sen yapılacağı kuralına yer verilerek bu görevin esasen bir başka yargı yerine bırakılması tamamen önlenmiş bulunmaktadır.

03.11.2009.

²⁶³BELGESAY, M.R., *Tatil Günlerinde Keşif, Hakim Olmayan Bir Kimse Keşif İçin İstinabe Edilebilir mi?*, İBD-1950, S.6; YAVUZDOĞAN, *agt.*, s.227.

²⁶⁴Dan.4.D., E.1985/5491, K.1987/3507, DD., S.70-71, s.209.

²⁶⁵Dan.6.D., E.1990/7429, K.1991/1027 sayılı kararı, DD., S.84-85, s.432 vd.

Bu durumda uyuşmazlığın çözümü için bir başka yargı yerine yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen rapora dayanılarak verilen karar(ın)...” hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir.

(e) Keşif Hukuki Niteliği ve Delil Olarak Değeri

Bilirkişi incelemesinin, takdiri delil olduğu konusunda HUMK’ta açık hüküm olmasına karşın, keşif hukuki niteliği ve delil olarak hangi kategoriye dahil olduğu hususunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat, idari yargı hakimi dava esnasında, aynı hususta ikinci ve hatta üçüncü kere keşfe karar verebilmektedir.²⁶⁶ O halde keşif delilinin de, ikrar, yemin, senet ve kesin hüküm gibi kesin deliller dışında, bilirkişi raporu ve tanık beyanı gibi takdiri delillerden olduğu anlaşılmaktadır.²⁶⁷

(f) Keşif Giderleri ve Davada İddianın İspatına Olan Etkisi

Hukuk Usulü Yargılamasında Mahkeme keşfe karar verdiğinde, taraflardan birinden, özellikle keşfi isteyen taraftan, keşif giderlerini yatırmasını ister. Taraf keşif giderlerini yatırmadığı takdirde keşif talebinden vazgeçmiş sayılır. Ancak, keşif yapılmasına re’sen karar verilmiş ise, hâkim keşif giderlerini haksız çıkan taraftan alınmak üzere hazineden ödenmesine karar verebilir. (HUMK.md .415/2)

İdari yargıdaki durum, bilirkişi incelemesi konusunda anlattıklarımızdan²⁶⁸ farklı değildir. Yani uyuşmazlığın çözümü için keşif yapmak zorunlu ise, hâkim keşif giderlerini haksız çıkan taraftan alınmak üzere hazineden ödenmesine karar verebilir; keşif ücretinin yatırılmaması bu durumda iddianın ispatında bir etkiye sahip olmamalıdır.

²⁶⁶ SUNAY, age., s.56.

²⁶⁷ TUĞSAVUL,M., *İspat Külfeti, Kanuni Delillerle İkamesi*, AD,1995/5, s.699;

KÖROĞLU,H., *Uygulamada ve İçtihatlarda Bilirkişilik*, Ankara, 1995, s.40.

²⁶⁸ Bkz., s.85-87.

Keşif icrası sırasında, diğer delil türlerinde olduğu gibi, Anayasa'nın yargılamayla ilgili ilkelerine, özellikle yargı hizmetinin çabuk işlemesi ve ekonomik olması hususlarına (Any.md.141) riayet edilmelidir. Danıştay'ın bir kararına²⁶⁹ göre: "...naip üye tayini yoluna gidilmeksizin Mahkeme Başkanı, üyelerinin tümü, zabıt katibi, mübaşir ve taraf temsilcilerinin huzuruyla yapılan keşif Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 364 üncü maddesine....." aykırı bulunmuştur.

3. İdari Yargılama Usulü'nde Delil Serbestisi İlkesinin Sınırları

a) Genel Olarak

Delil serbestisi ilkesinin geçerli olduğu yargılama usullerinde; her şeyin delil olabilme değeri ve her şeyin her şeyle ispatlanabilmesi söz konusudur. Yani ileri sürülen vakıaların, mevzuatında öngörülen sınırlı sayıda delil ile ispatı zorunlu değildir.

İdari yargılama usulünde kural olarak delil serbestisi ilkesi geçerlidir. Ancak yazılı yargılama prensibinin geçerli olduğu idari yargıda, sözlü yargılamanın geçerli olduğu hukuk ve ceza yargılamasındaki gibi tanık ve yemin deliline başvurulabilir mi? Bu soruya verilecek yanıtı her iki delili ayrı ayrı inceleyerek idari yargılamadaki pozitif düzenlemeler ve Danıştay içtihatları açısından değerlendirerek yanıtlamaya çalışacağız.

b) Tanık

(1) Tanımı

Bir tanım yapmak gerekirse; davanın tarafları dışındaki kişilerin, dava ile ilgili maddî olay ve olgular hakkında, dava dışında bizzat edinmiş oldukları bilgileri mahkemeye bildirmelerine "*tanıklık*", bu işi yapan kişilere de "*tanık*" denir.

²⁶⁹ Dan.4.D., E.1985/5491, K.1987/3507, DD., S.70-71, s.209.

Tanımdan da anlaşıldığı üzere tanığın davanın tarafları dışında üçüncü bir kişi olması ve bizzat edinmiş olduğu bilgileri mahkemeye sunması gereklidir, bu sebeple tanığın yorumu ve görüşü sorulmaz²⁷⁰

(2) Tanık İfadesinin Delil Olarak Değeri

Birçok ülkenin hukukunda olduğu gibi, Türk Hukukunda da tanık beyanı takdiri delildir.²⁷¹

Görülen ve işitilen durumların zamanla unutulması, algıda yanılmalar, tanık ile taraflar arasındaki yakınlık, hissi bağlılık veya husumet tanıklığın delil gücünü bir hayli zayıflatmaktadır.²⁷² Tanık ve tanık ifadesinin bu özellikleri nedeniyle yargılama usullerinde takdirî delil olarak kabul edilmektedir. Yani, tanık ifadesi, hâkimi veya mahkemeyi bağlayıcı nitelikte bir delil değildir.

Tanık ifadesi yukarıda sayılan özelliklerinden dolayı aynı zamanda takdirî deliller arasında zayıf olan delillerdendir. Bu husus Danıştay'ın bir kararında “...hafızaya dayanan şehadetin zayıf ve çürük bir delil olduğu, hafıza kudretinin marazi sakatlıkları bulunabileceği, bunun kişiden kişiye değiştiği gibi menfaat, kişiye duyulan sempati gibi hissi nedenlerin etkisi ile gerçeğe uymayabileceği...”²⁷³ şeklinde ifade edilmiştir.

(3) İdari Yargıda Tanık Dinlenip Dinlenemeyeceği Sorunu

İdari yargı mevzuatı ve Danıştay'ın soruna bakışını aşağıda ayrıntılı şekilde ele almadan önce, uygulamada dolaylıda olsa idari yargı mercilerince tanık ifadelerinin uyumsuzluğun çözümünde dikkate alınmakta olduğunu ifade etmek gerekir. Örneğin; memurların disiplin işlerinden kaynaklanan davalarda, müfettiş soruşturması, soruşturmacı, ön inceleme marifetiyle alınan tanık ifadeleri veya memur tarafından işlenen fiilin aynı zamanda suç olması sebebiyle adli yargı makamlarınca alınan tanık

²⁷⁰ PEKCANİTEZ /ATALAY /ÖZEKES, *Medeni Usul Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 2001, s.433.

²⁷¹ ASLAN, Dr.Memduh, *Vergi Hukukunda Delil Sistemi: İfade, İkrar ve Beyanın Delil Niteliği*, Mali Pusula, Temmuz 2008, S.43, s.12.

²⁷² ÇAĞLAYAN, Ramazan; *İdari Yargılama Usulünde Tanık Delilinin Yeri*, SÜHFD, Sayı 3-4, Yıl 2003, s.197.

²⁷³ Dan. 3.D., E:1973/3995, K:1974/2240 (SUNAY, a.g.e., s.59'dan naklen).

ifadeleri, “keşif sırasında alınan mahalli bilirkişi ifadeleri”²⁷⁴ noterlerce alınan ifadeler de olduğu gibi. Tabi burada üzerinde duracağımız husus idari yargı mercileri tarafından doğrudan tanık dinlenip dinlenemeyeceği meselesidir.

(a) İdari Yargı Mevzuatı Açısından

2577 sayılı Kanununun 31.maddesi ile HUMK’a yapılan atıf, HUMK’un tanık ile ilgili maddelerini kapsamamaktadır. Bu nedenle, idari mevzuatımızda, tanık ifadesinin idari Yargılama Usulü’nde delil olarak kullanılabilmesi hakkında her hangi bir hüküm mevcut değildir.

İYUK’un duruşmaya ilişkin esasları düzenleyen 18. maddesinde de, duruşmalarda yalnızca taraflara söz verileceğine ilişkin bir hükme yer verilmiş olup, tanıkların dinleneceğine ilişkin bir ifade kullanılmamıştır.

Yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, pozitif hukuk açısından idari yargılama mercilerinin tanık ifadelerini uyuşmazlıkların çözümünde dikkate alamayacağı sonucuna varabiliriz.

(b) Danıştay İçtihatları Açısından

Danıştay Kararları’nda, idare mahkemelerinde tanık ifadelerine delil olarak bir değer atfedilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Danıştay’ın bu görüşünün en temel gerekçesi, idari yargılama usulünde yazılı yargılama usulünün geçerli olmasıdır. Bu ilke nedeniyle sözlü yargılama usulüne özgü nitelik taşıyan tanığın, idari yargıda dinlenemeyeceği kabul edilmektedir.

Danıştay’ın diğer bir gerekçesi ise, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda tanık ile ilgili bir hükme yer verilmemiş olması, 31. maddeyle HUMK’a yapılan atıflar

²⁷⁴ HONDU,S., “İdari Yargılama Usulünde Tanık”, I. Ulusal İdare Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990, Ankara, Danıştay Yayınları, Ankara 1991, s.266.

arasında tanığın olmaması ve yapılan bu atıfların sınırlı sayıda ve sayma yoluyla düzenlenmesi nedeniyle idari yargıda tanık dinlenilemeyeceğidir.

Danıştay'ın konu ile ilgili verdiği bir karar²⁷⁵ şöyledir; “2577 sayılı *İdari Yargılama Usulü Kanununun duruşma ve duruşmaya ilişkin esaslarını düzenleyen 17 ve 18 inci maddelerinde; duruşmada tarafların dinleneceği hükme bağlanmış, şahit dinleneceğine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Aynı Kanunun 31 inci maddesinde, 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 sükununu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemlerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüş, şahadete ilişkin hükümlerine yollama yapılmamıştır.*

Diğer taraftan, aynı Kanunun 1. maddesinin 2. fıkrasında, Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinde yazılı yargılama usulünün uygulanacağı ve incelemenin evrak üzerinde yapılacağı belirtilmiştir.

Yukarıda açıklandığı üzere İdari Yargılama Usulü Kanununda, yazılı yargılama usulü esas alındığından ve esasen İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun şahadete ilişkin hükümlerine atıfta bulunulmadığına göre, duruşmada...şahit ... dinlenmesinde... kanun ve usul hükümlerine uyarlık bulunmamaktadır.” Başka bir kararında²⁷⁶ “hafızaya dayanan şahadetin zayıf ve çürük bir delil olduğu, hafıza kudretinin marazi sakatlıkları bulunabileceği, bunun kişiden kişiye değiştiği ve menfaat, kişiye duyulan sempati gibi hissi nedenlerin etkisi ile gerçeğe uymayabileceği(ni)” vurgulamıştır.

Danıştay, idare mahkemesince, davacının tez savunma sınavında başarılı olduğu ve tutulan tutanağa sehven oybirliğiyle ret kararı yazılmış olabileceği yolundaki iddialar üzerine açılan davada, ara kararı ile 5 jüri üyesine, ilgilinin doktora tez sınavında

²⁷⁵ Dan. 3.D., E:1986/1201, K:1986/2706 sayılı kararı, DD., S. 66-67, s.187 vd.

²⁷⁶ Dan.13.D, E.1973/3995, K.1974/2240, (SUNAY, a.g.e., s .59'dan naklen).

başarılı olup olmadığının, oybirliğiyle verilen ret kararının sehven verilip verilmediği sorulmuş, cevaben gönderilen jüri üyelerinin ifadelerinden, 3 jüri üyesinin olumlu oy kullandığının anlaşıldığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmesi üzerine ilgili kararın temyizi dolayısı ile verdiği kararda²⁷⁷; “ 2577 sayılı *İdari Yargılama Usulü Yasasının 1. maddesinin 2. fıkrasında; Danıştay, Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanacağı ve incelemenin evrak üzerinde yapılacağı, 20. maddesinde Danıştay ile İdare ve Vergi Mahkemelerinin, bakmakta olduğu davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerince yapacakları, belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebileceği, 31. maddesinde ise, bu kanunda hüküm bulunmayan hususlarda, hakim in 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 sükununu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası hükümlerinin uygulanacağı kuralı yer almıştır.*

İdare mahkemesince, davacının tez savunma sınavında başarılı olduğu ve tutulan tutanağa sehven oybirliğiyle ret kararı yazılmış olabileceği yolundaki iddialar üzerine, ara kararı ile 5 jüri üyesine, ilgilinin doktora tez sınavında başarılı olup olmadığının, oybirliğiyle verilen ret kararının sehven verilip verilmediği sorulmuş, cevaben gönderilen jüri üyelerinin ifadelerinden, 3 jüri üyesinin olumlu oy kullandığının anlaşıldığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir. Anılan Yasa hükümleri ve yerleşmiş idari yargılama usulü ilkelerine göre; yazılı yargılama yapmak zorunda olan idari yargı yerlerinin kendiliğinden yapacakları her çeşit inceleme için, lüzum gördükleri ve taraflar veya ilgili yerlerden isteyebilecekleri evrak ve bilgiler kapsamında, tanık veya şahit dinlenmesi yada ifade alınması şeklinde bir yöntem bulunmamaktadır. Ayrıca, Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasına atıfta bulunulan konular arasında da bu yönde bir kural mevcut değildir.

²⁷⁷ Dan.8.D, E.2003/3369, K.2004/917 (<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>) Erişim Tarihi:05.12.2009.

Bu durumda, davacının iddiası ciddi bulunuyorsa başarılı olup olmadığı konusunda bilirkişi incelemesi yaptırılarak doğacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, idari yargılama usulünde yer almayan bir inceleme ve değerlendirme yöntemine dayalı olarak verilen İdare Mahkemesi kararında usul hükümlerine ve hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle ...İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan mahkemeye gönderilmesine 25.02.2004 gününde oybirliği ile karar verildi.” ifadesini kullanmıştır.

Yukarıda yer verdiğimiz kararlardan, Danıştay’ın idare mahkemelerinde tanık dinlenemeyeceğini, mahkemelerin re’sen araştırma yetkisi kapsamında ilgili yerlerden isteyeceği bilgi ve belgeler arasında, bu makamlar tarafından alınan ve uyuşmazlığın çözümüne katkı sunabilecek ifadeleri dolaylıda olsa delil olarak kabul etmediği anlaşılmaktadır.

Bu başlık altında açıklamalarımızı sürdürerek, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 1/2.maddesinde ifade edilen vergi mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanacağı kuralına karşın, 213 sayılı VUK.md.3/B-2’de yer verilen vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık şahit ifadesinin ispatlama vasıtası olarak kullanılabilmesi hakkında Danıştay Kararları’na yer vererek, vergi mahkemelerinde tanık dinlenip dinlenemeyeceği ve tanık ifadelerinin delil değerini irdelemeye çalışacağız.

Danıştay, bazı kararlarında vergi yargılamasında alıcı durumda olan taraf beyanlarını²⁷⁸, alıcı ve satıcıların ifadelerini²⁷⁹, satıcı ile ilişkide bulunanların ifadelerini²⁸⁰, vergiyi doğuran olayın oluşmasında taraf olan kişilerin yazılı ve sözlü açıklamalarını maddi delil olarak kabul etmiştir²⁸¹.

²⁷⁸ Dan.4.D., E.1977/3061, K.1978/852, DD., S.32-33, s.383-384.

²⁷⁹ Dan.3.D., E.1984/1955, K.1986/718 Sayılı Yayınlanmamış Kararı(SUNAY., age., s.59’dan naklen).

²⁸⁰ Dan.4.D., E.1978/1293, K.1978/3229, DD., S.34-35, s.285-286.

²⁸¹ Dan.4.D., E.1976/3061, K.1978/852, DD., S.32-33 s.383-384.

Yüksek Mahkeme; taraf olan ve ayrı ayrı yerlerde ikamet eden müşterilerin aynı istikametteki beyanlarıyla tesbit edilmek suretiyle fatura muhteviyatlarının gerçeği aksettirmedeği isbat edildiğinde, şahit ifadelerine faturadan daha üstün bir değer atfetmektedir²⁸². Resmi belgelerin aksinin şahit ifadesiyle ispat edilemeyeceğine dair kararlar da mevcuttur.²⁸³

Uygulamada Vergi Usul Kanunu'nun 3/B-2.maddesi uyarınca tanık ifadesinin delil olarak kabul edildiği bazı hallerde dahi, mahkemede tanık dinlenmemekte, fakat noter marifetiyle tespit ettirilmiş olan yada başka bir yargı merciinde alınmış, yani sadece resmi bir makam tarafından yazılı hale getirilmiş bulunan tanık ifadelerine bir değer atfedilmektedir. Nitekim Yüksek Mahkeme bir kararında: “ ..İdari Yargılama Usulü Kanununda, yazılı yargılama usulü esas alındığına ve esasen İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun şهادete ilişkin hükümlerine atıfta bulunmadığına göre,... Vergi Mahkemesince duruşmada şahit (olarak) dinlenmesinde, şahide yemin teklif edilmesinde ve yemine icabet etmediği nedeniyle yemin teklif edilen hususun ikrar edildiğinin kabulü suretiyle delil olarak değerlendirilerek karar verilmesinde Kanun ve usul hükümlerine uyarlık...”²⁸⁴ bulunmadığını ifade etmiştir.

(c) Öğreti Açısından

Öğretide de, pozitif hukuk açısından değerlendirildiğinde tanık ifadesinin delil olarak kabulünün mümkün olmadığı genel olarak savunulmaktadır. İdari yargılama usulünde yazılılık ilkesinin geçerli olması ve incelemenin evrak üzerinde yapılması (İYUK. m. 1/2) nedeniyle özel bir düzenleme olmadıkça yazılı yargılamanın dışına

²⁸² Dan.4.D., E.1973/3986, K.1973/4635, DD., S.14-15 s.254-255.

²⁸³ (196) Mükellefçe ihtirazi kayıt konulmadan imzalanan yoklama fişi ve tutanaklarının aksinin ancak hukuken geçerli belge ve delil ibrazı suretiyle ispat edilebileceği Dan.4.D., E.1975/932, K.1975/2911, DD., S.22-23,s.226-227; Resmi belgelerle tevsik edilen emlak alım-satım işinin borçlu beyanlarına itibar edilerek ikrazatçılık olarak kabul edilemeyeceği Dan.7.D., E.1974/1281 K.1975/1960, DD., S.22-23, s.286-287; Şehitliğin resmi belgelerle ispatı gerektiği, nüfus kaydının geçerliğinin şahit ifadesiyle ortadan kaldırılamayacağı Dan.10.D., E.1975/934, K:1976/2025, DD., S.26-27 s.391-392; Usulüne uygun olarak düzenlenmiş gider pusulasının aksinin şahit ifadesi ile ispatının mümkün olmadığı Dan.4.D., E:1985/2254, K:1985/2975, DD., S.62-63, s.181-182.

²⁸⁴ Dan.,3.D., E.1986/1201, K.1986/2706, DD., S.66-67, s.189-190.

çıkılamayacağı, yazılı yargılama usulünün istisnası olan duruşma ve keşif gibi konularda kanunda özel düzenleme veya atıf yapıldığı, ancak tanıklıkla ilgili özel düzenleme veya atfa yer verilmediği için idari yargıda tanık dinlenilemeyeceği savunulmaktadır.²⁸⁵

İdari yargılama usulünde yazılı yargılamanın benimsenmesinin gerekçesi davayı hızlandırmak, uyuşmazlığın makul ve hatta en kısa zamanda yargısal bir kararla sonuca bağlanmasını sağlamak olduğu²⁸⁶ düşünüldüğünde, kanun koyucunun bilerek tanık delili açısından atıf yapmadığı savunulabilir.

Bir diğer sebepte idari işlemlerin yazılılık şekline tabi olması, tesis edilene kadar bir takım aşamaların idari düzen içerisinde cereyan etmesi ve olay şeklinde olmaması²⁸⁷ ve özünde tüzel kişiliğe atfedilecek irade tezahürünün sözle değil, belge ile mümkün olması sebepleriyle, idari işlemlerin tanık deliliyle kanıtlanmasının yazılı yargılamanın uygulandığı bir düzene pek uymamasıdır.

Değinden geçemeyeceğimiz bir hususta HUMK'un açıkça yollama yapılmayan hükümlerinin, idari yargılama usulünde boşluk bulunması halinde uygulanıp uygulanmayacağıdır.

Öğretide HUMK'un yollama yapılmayan hükümlerinin, idari yargılama usulünde boşluk bulunması halinde, idari yargıda da uygulanmasının yararlı ve yerinde olacağı yolunda görüşler savunulmuştur.²⁸⁸ Ancak Danıştay'ın 5.2.1954 gün ve E:1952/154,

²⁸⁵ GÖZÜBÜYÜK-TAN, a.g.e., C. II, s.984; YENİCE-ESİN, *Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü* Ankara, Arısan Matbaacılık, 1983, s.8; KARAVELİOĞLU, age., s.807; HONDU, a.g.m., s. 265; ÖZAY, İl Han *Yargısal Korunma*, s.217; BERKET,Z., *İdari Yargılama Usulü'nün Yazılılık ve Tanık İfadelerinin Noterlerce Alınması*, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S.92, s.34.; ÇIRAKMAN,E., *Hukuk Yargılama Usulünün İdari Yargıda Uygulanması* ", İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara 10-11-12 Haziran 1982, Danıştay Yayınları, Ankara 1982, s.111; YAYLA, age., s.485.

²⁸⁶ ZABUNOĞLU, *agm.*, s.97; KUMRULU, *Vergi Yargılama Hukukunun Kuramsal Temelleri*(Çoğaltma), Ankara 1989, s.95; KARAKOÇ,Y., *agt.*, s.69.

²⁸⁷ GÖZLER,K., *İdare Hukuku*, C.I, Ekin Kitabevi, Bursa 2003, s.711.

²⁸⁸ GÖZÜBÜYÜK-TAN, *age.*, C.II, s.764.

K:1954/33 sayılı İctihadı Birleştirme Kararında, HUMK'un idari yargıda uygulanabilecek hükümlerinin sayma yoluyla belirlendiği ve sınırlı olduğu görüşüyle HUMK'un atıf yapılmayan hükümlerinin idari yargıda uygulanamayacağına karar vermiştir.²⁸⁹ Öte yandan HUMK'na yapılan yollama gereğince idari yargıda kullanılan delil tespiti, keşif gibi bünyesinde tanık delilini de barındıran kurumlar söz konusu olduğunda dahi, Danıştay'ın tutumu değişmemekte, bunların idari yargının bünyesine uyduğu ölçüde kullanılabilmesi kabul edilmektedir. Örneğin bir kararında Danıştay²⁹⁰; “... Dosyanın incelenmesinden mahkemece yukarıda anılan yasa hükmü dayanak alınarak uyuşmazlığın çözümü için yapılması gerekli görülen keşif ve bilirkişi incelemesinin mahalli adli yargı merciiince yaptırılması yolunda karar alındığı, bunun üzerine adli yargı mercinin tesbit ettiği bilirkişi tarafından mahallinde yapılan inceleme sonucunda hazırlanan rapor esas alınarak dava konusu işlemlerin iptaline karar verildiği anlaşılmaktadır.

...İdari yargıda keşif ve bilirkişi incelemelerinin davaya bakan idari yargı mercileri tarafından yapılması gerekli olduğundan 2577 sayılı Yasanın 58.maddesinin 2. fıkrasındaki delillerin tespitine ilişkin hükümlere dayanılarak mahalli adli yargı mercii tarafından keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılarak bunun sonucuna göre işlemlerin iptaline karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır.” şeklinde hükme varmıştır.

(4) İdari Yargıda Tanık Delilinin Gerekliliği

Tanık ifadesine, çoğunlukla dosyaya sunulan delillerin birbirine denk geldiği veya yetersiz olduğu durumlarda başvurulur. Böylece mevcut delillerle birlikte hakimde vicdani bir kanaat oluşmasına katkı sunar. İdari yargıda da tanık dinlenmesi gereği öncelikle vicdani kanaatin oluşmasındaki katkısı açısından önemsenmektedir.

Nitekim Anayasanın 138. maddesinde ve Hakimler ve Savcılar Kanununun 4. maddesinde, hakimlerin, Anayasaya, kanuna, hukuka ve vicdani kanaatlerine göre karar

²⁸⁹ GÜNDAY, M., *agm.*, s.81.

²⁹⁰ Dan.6.D., E.1994/3089, K.1995/925, DD., S.91, s.601-603.

vermeleri gerektiği belirtilmektedir. Yargılama faaliyetinin nihai amacının adaleti gerçekleştirmek olduğu göz önüne alındığında, karar verme durumunda olan hakimin tam bir vicdani kanaat elde etmesi ve ondan sonra karar vermesi asıldır. Dava konusu edilen olay anlaşılır nitelikte ise, hakim için sonuca ulaşmak kolay olacaktır. Ancak sorunu çözmek her zaman basit olmayabilir. Taraflarca yeteri kadar delil sunulmayabilir veya tarafların ileri sürdüğü deliller birbirine eşit olabilir. Hakim de kendi araştırmaları ile yeterli delile ulaşamayabilir. Bu durumlarda tam bir vicdani kanaate ulaşması için tanık delilinden de faydalanılması zorunlu hale gelebilir.²⁹¹

İdari yargıda tanık dinlenip dinlenemeyeceği konusunda öğretinin ve uygulamanın genel eğilimine yukarıda değinmiştik.²⁹² Öğretinin bu konudaki görüşü ve Danıştay'ın yerleşik içtihatları, idari yargılama mevzuatının tanık dinlenmesi konusunda bir düzenlemeye yer vermediği ve yazılı yargılama usulünün uygulandığı bu alanda tanık dinlenmesinin mümkün olmadığı yönündedir. Buna karşın idari yargıda bir kısım uyuşmazlıklar açısından tanık dinlenmesinin yararlı olacağı²⁹³ ve dolaylı yoldan da olsa idare mahkemeleri ve hatta ilk derece mahkemesi olarak görev yaptığı yıllarda Danıştay'ın tanık dinlemek ihtiyacını noterden alınmış imzalı veya diğer yargılama mercilerince tespit edilmiş tanık beyanlarını²⁹⁴ dosyaya ithal etmek suretiyle karşıladığı²⁹⁵ dile getirilmektedir.

Örneğin, Danıştay 6. Dairesi bir Kararında²⁹⁶, “*Davacı inşaat yerinin gösterilmesi maksadıyla idareye yazılı bir müracaatta bulunmamakla beraber şifahen müracaatta bulunduğunu ve bunun üzerine mahalline geldiklerini , yapı yeri ve röperlerinin gösterildiğini iddia etmekte ve bunu tevsikan mahalline gelen fen adamı(nın)...noterlikten alınmış beyanını ibraz etmektedir.*” diyerek noter tarafından alınan beyanı kararına esas almıştır.

²⁹¹ HONDU, *agm.*, s.266, ÇAĞLAYAN, *agm.*, s.199.

²⁹² Bkz. s.103-110.

²⁹³ BEREKET, *agm.*, s.34; HONDU, *agm.*, s.263-268; ÖZAY, *Yargısal Korunma*, s.217.

²⁹⁴ Noterde tanık beyanlarının tespiti konusunda geniş bilgi için bkz. BEREKET, *agm.*, s.35 ve Noterlik Kanunu madde 61, madde 102, madde 82.

²⁹⁵ HONDU, *agm.*, s.267.

²⁹⁶ Dan.6D., E.1971/629, K.1971/2334, DD, S.5, s.196.

Danıştay 12.Dairesi ise bir kararında,²⁹⁷ Asliye Hukuk Mahkemesince görev yönünden reddolunan bir davada bu mahkemece toplanan diğer deliller ve tanık ifadelerini kararına esas almıştır.

İdari yargıda kamu görevlilerine verilen disiplin cezaları konusunda da tanık beyanlarının dinlenmesi çok defa zorunluluk arz etmektedir. Çünkü bu tür uyuşmazlıklarda tesis edilen ceza işleminin sebep unsurunu kamu görevlisinin bir söz veya eylemi oluşturmaktadır. Disiplin cezalarına karşı açılan davalarda, idarelerin mahkemeye sunmuş oldukları işlem dosyasında; soruşturmacı veya müfettiş tarafından toplanan deliller arasında tanık ifadelerine çoklukla yer verildiği gözlenmektedir. Nitekim mahkemelerde bu dosyaları değerlendirirken alınan bu tanık ifadelerine dikkat etmektedir.

Bu bağlamda, alınan ifadeleri dosyadaki diğer deliller ile birlikte değerlendiren mahkeme ulaştığı kanaate göre idarelerce takdir edilen cezalar ile işlemin sebep unsuru arasında hukuka aykırılık olup olmadığına karar vermektedir. Bu hususta farazi bir örnek vermek gerekirse, sınıfta yaramazlık yapan öğrenciyi dövdüğü gerekçesiyle öğretmene verilen disiplin cezasına karşı açılan davayı ele alalım. Öğretmenin çocuğu dövdüğü iddiasıyla idareye verilen şikayet dilekçesi üzerine idarece müfettiş görevlendirilerek soruşturma başlatıldığı, soruşturma kapsamında müfettişin öğretmenin, sınıfta bulunan öğrencilerin ve diğer öğretmenlerin ifadelerini aldığı, alınan ifadelerden ve yapılan diğer araştırmalardan öğretmenin fiilinin sübuta erdiği soncuna varılarak disiplin cezası verilmesi gerektiği teklif edilerek, disiplin amirince öğretmene öneri doğrultusunda disiplin cezası verildiğini varsayalım. Öğretmenin disiplin cezasına karşı açtığı davada, öğrencinin sınıfta yaramazlık yaptığını, kendisini uyardığını, uyarıya rağmen durmayınca kanaat notu olarak zayıf not verdiği için kendisine iftirada bulunulduğunu, öğrenciyi dövmediğini, konuyu soruşturan müfettişin taraflı davrandığını, gerçeğin öğrencilerin ve öğretmenlerin dinlenmesi halinde ortaya

²⁹⁷ Dan.12.D., E.1966/908, K:1968/3 aktaran YORGANCIOĞLU,E., "Danıştay Yargılama Usulünde Re'sen İnceleme Yetkisi" İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler,Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara, 1976, s. 237.

çıkacağını iddia etmektedir. Bu şekilde açılan davada idare savunmasını müfettiş raporuna dayanarak yapacak ve soruşturma raporu ve eklerini mahkemeye ibraz edecektir. Mahkeme ise, soruşturma kapsamında eksik bilgi, belge olup olmadığı yönünden inceleme yapacak, eksik gördüğü bilgi ve belgeleri tamamlayarak kararını verecektir.

Verilecek karar, soruşturma raporuyla davacının fiilinin sübuta erip ermediği noktasında düğümlenmektedir. Davacının iddialarının somut bilgi ve belgeye dayanmaması halinde bu iddialara itibar edilmeyecektir. Öğrencileri ve öğretmenleri dinleyemeyerek dosyadaki bilgi ve belgelere göre belki de vicdanen rahat olmasa da karar vermek durumunda kalacaktır.²⁹⁸

Diğer bir örnek,²⁹⁹ telafi sınavında başarısız olan bir öğrencinin idare mahkemesinde, bu işleme karşı açtığı davada, sınavın yapılacağı gün okula geldiğini, öğretmeni aradığını, fakat hocanın 18:00'a kadar okula gelmediğini, bu nedenle sınava giremediğini iddia etmekte ve birlikte bulunduğu arkadaşının ifadesine başvurulmasını istemektedir.

Bir başka örnek³⁰⁰ “Marmara Üniversitesi’nde bir dekan, öğretim üyelerinden birini ‘Bayrak törenlerine muntazaman katılmadığı...’ gerekçesiyle Anabilim Dalı Başkanlığı’ndan alıyor. Öğretim üyesinin iddiası ise ‘Bayrak töreninden sonra öğretim üyelerinin boy sırasına dizilerek Dağ Başını Duman Aldı Marşı eşliğinde uygun adım yürütülmesi’dir.

Bahsi geçen iddiaların ispatı hususunda tanık dinlenmesinin mutlak olmasa bile elzem olduğu görülmektedir. Yukarıda verilen örneklerin ilkinde eğer ilgili hocanın okula gelip gelmediği okul kayıtlarından çıkartılabilecekse artık tanık delilinin resmi kayıtlar karşısında hiç bir değeri olmayacaktır.³⁰¹ Tanık deliline idari yargıda ihtiyaç

²⁹⁸ PARLAK, *agt.*, s.95.

²⁹⁹ HONDU, *a.g.m.*, s.266.

³⁰⁰ ÖZAY, *Tartışmalar Bölümü-Selçuk Hondu’ya Sorulan Sorular ve Cevapları* I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1. Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs, Ankara, 1990, s. 291.

³⁰¹ HONDU, “Selçuk Hondu’ya Sorulan Sorular ve Cevapları” I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1.

duyulduğunu savunanların, tanık dinlemek yoluyla yazılı belge, bilgi ve resmi kayıtları etkisizleştirmeyi amaçlamadığını, altını çizerek, ifade etmek gerekir. Ancak yargılama faaliyeti esnasında mahkemede tam bir kanaatin oluşabilmesi tanıkların beyanına başvurulmasını gerektiriyorsa hakimin böyle bir kısıtlamaya tabi tutulmaması gerekmektedir.³⁰²

Ülkemizde idari yargının tarihsel gelişimi açısından bakıldığında, yargılamanın fiili koşulları karşısında, tanık dinlemenin çok güç olduğu dönem geride kalmıştır.. Sayın HONDU fiili koşullar ile ilgili bu hususu şöyle ifade etmektedir. “...2577 sayılı Kanundan önce uygulanan 571 sayılı Kanun döneminde Danıştay hem ilk derece, hem de yüksek mahkeme olarak görev yapıyordu. Bugün idari yargı hizmeti Türkiyenin sathına yayılmıştır. Ulaşım imkanları kolaydır. Davalar eskisi gibi gecikerek değil daha süratle sonuçlanmaktadır. Bu imkanlar nedeni ile tanık dinlenmesi hususunda eskiden mevcut olan bir kısım mahsurlar bu gün için ortadan kalkmıştır. Taraflar tanık dinlenilmesini istediği zaman artık kolaylıkla gecikmeden, tanıdığı mahkemede hazır bulundurma imkanı vardır. Ayrıca tanık dinlenmesi halinde idari davalarda yapılan duruşma bir anlam kazanacaktır. İstisnalar hariç taraflar davada avukatla temsil edildiği zaman duruşmada dava dilekçesini veya cevap dilekçesini tekrar ediyoruz diyerek duruşmayı anlamından uzaklaştırmaktadır. Halbuki eğer duruşmada tanık dinlenirse mecburen taraflar hazırlıklı gelip tanık beyanlarına göre tavır takınmak durumunda kalacaklar ve duruşma daha ciddiyet kazanacak, gayesine uygun hale gelecektir.”³⁰³

Yukarıda yer verdiğimiz açıklamalar bir bütün olarak idari yargıda tanık dinlenmesinin bir ihtiyaç olduğunu ortaya koymaktadır. İdari yargıda dolaylı yoldan olsa da tanık ifadesinin dikkate alındığı ve yargı kararlarına yansıdığı bir gerçektir. Mahkeme dışında tarafsız ve bağımsız olma niteliğini bünyesinde taşımayan kişi veya kurumlarca alınan bu ifadeleri dikkate alabilmek durumunda olan idari yargı mercileri bunun yerine doğrudan tanık dinleyebilme imkanına sahip olsalar bizce daha sağlıklı kararlar verilebilecektir.

Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs , Ankara , 1990, s. 290.

³⁰² KÜÇÜK, Ç.M., *agt*, s.91.

³⁰³ HONDU, *agm.*, s.267.

Bu başlık altında son bir hususa değinmeden geçemeyeceğiz. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun md.3/B-2'de yer verilen vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık olmayan şahit ifadesinin ispatlama vasıtası olarak kullanılamayacağına ilişkin hükmün muhatabının vergi idaresi olduğu ve vergi incelemesi yapanlar tarafından başvurulabilecek bir yol olduğu kabul edilmektedir.³⁰⁴ Bu sebeple Vergi Mahkemeleri vergi inceleme elemanları tarafından alınan tanık ifadelerini dolaylı yoldan dikkate alabilmektedir. Tamda bu noktada, tanık dinlenmesine duyulan ihtiyaçtan olacak ki kanun koyucu Vergi Usul Kanununda 21/01/1983 tarihinde mükerrer 378.maddeyi çıkararak, *vergi idaresini temsilen vergi incelemesini yapmış vergi elemanının, yükümlüyü temsilen de muhasebecisinin vergi davalarında dinlenebileceğine...*" ilişkin hükmü vazetmiştir.³⁰⁵ Yapılan bu kanuni düzenleme, idari yargıda tanık deliline duyulan ihtiyacı su yüzüne çıkarmıştır.

Bizim de katıldığımız görüşe göre takdiri delil niteliği değişmemek şartıyla tarafların isteği ve mahkemenin lüzum görmesi veya sadece mahkemenin lüzum görmesi hallerinde idari yargı mercileri önünde tanık dinlenebilmelidir.³⁰⁶

(5) İdari Yargıya Egemen Olan İlkeler Açısından Tanık Delili

Öğretide, idari yargıya egemen olan iki temel ilkenin var olduğu kabul edilir.³⁰⁷ Bu ilkeler; "yazılı yargılama" ve "re'sen araştırma" ilkeleridir. Re'sen araştırma ilkesini düzenleyen İYUK'un 20. maddesinde mahkemeler "bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar" ifadesinin, tanık beyanına başvurmayı da içereceği söylenebilir mi?

Yazılılık ilkesini düzenleyen İYUK'un 1/2. maddesinde; "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanır ve inceleme evrak üzerinde yapılır.*" hükmünden idari yargılama usulünde yalnızca yazılılık ilkesinin uygulanmasının zorunlu olduğu söylenebilir mi?

³⁰⁴ CANDAN, T., age., s.846.

³⁰⁵ HONDU, agm., s.268.

³⁰⁶ HONDU, agm., s.268.

³⁰⁷ GÖZÜBÜYÜK-TAN, a.g.e., C.II, s.836,837; YENİCE-ESİN, a.g.e., s.7, 538 vd.; SUNAY, a.g.e., s.8.

Bürokrasinin yapısı ve yönetim sistemimizin özelliklerinden dolayı olaylar durumlar ve bunların oluşturduğu olguların belgeye dökülmesi, yazılı yargılama yönteminin benimsenmesini gerekli kılmış ve kanundaki düzenlemeden de idari yargıda incelemenin evrak üzerinden yapılması gerektiği anlaşılmaktadır.

Buna karşın re'sen araştırma ilkesi, maddi gerçekliğin ortaya çıkarılmasında idari yargı yerlerine her türlü araştırma yetkisi tanımakta, ve bu ilkenin doğal sonucu "Delil Serbestisi" ilkesi olduğundan idari yargıda delil dinletilebileceği sonucuna varılabilir.

Bu ilkelerden yola çıkarak idari yargı yerlerinin tanık dinleyip dinleyemeyeceği konusunda, "yazılı yargılama" ilkesine göre tanık dinlenemeyeceği, "re'sen araştırma" ilkesine göre ise, tanık dinlenebileceği sonucunu çıkarmak mümkündür. Bu duruma göre, idari yargılama usulüne egemen olan ilkeler bakımından, idari yargı mercilerinin tanık dinleyip dinleyemeyeceği sorununda ilkeler çatışmasının olduğu söylenebilir. O halde, ilkeler çatışmasında sağlıklı sonuca varabilmek için, ilkelerin nitelikleri ve idari yargılamanın amacını göz önünde bulundurmaya gerektirmektedir.³⁰⁸

Yazılı yargılama ilkesi, yargılamanın şekline ilişkin bir ilke iken, re'sen araştırma ilkesi, yargılamanın esasına ilişkin bir ilkedir. İdari işlemin hukuka uygunluğunu şekil yönünden denetleyen idari yargı mercilerinin, öncelikle kendisi için konulan şekil kurallarına uygun hareket etmesi gerekmektedir. Kanun ile açıkça konulan şekil kurallarına, yargı mercilerinin de mutlaka uyması gerekir. Şekil kurallarıyla, hâkimin keyfi davranması önlenemeyeceği gibi, taraflar açısından da önceden bilinmesi bu kurallara uygun hareket etmeyi gerektirecektir.³⁰⁹

Bu durumda, idari yargıda, yazılı yargılama ilkesinin dışına çıkılamayacak mıdır? Bu sorunun yanıtı 2577 sayılı Kanunda bizzat yer almaktadır. Nitekim, İdari Yargılama Usulü Kanununda, yazılı yargılamanın idari yargıda uygulanacağı düzenlenmesine rağmen bu ilkeyle çelişen tarzda, Kanununun 17. maddesinde, sözlü yargılama usulünün

³⁰⁸ ELÇİM,M., a.g.t., s.90; AKINCI, *age.*, s.258-259.

³⁰⁹ ELÇİM,M., a.g.t., s.90.

en bilinen yöntemi olan "duruşma" düzenlenmektedir. Maddeye göre, hem esasa ilişkin yargılamada hem de itiraz ve temyiz aşamasında duruşma yapılabilir. Duruşma yapılarak tarafların sözlü olarak dinlendiği bir sistemde, dava konusu hakkında bilgisi olan üçüncü kişilerin dinlenilmesine de başvurulabileceği savunulmaktadır.³¹⁰ Ayrıca uyuşmazlık konusu şeyin yerinde görülmesi amacıyla keşif yapılması, öte yandan idarenin gelişen teknolojilere göre düzenleme yapması nedeniyle de özellikle televizyon kanalları ile ilgili uyuşmazlıklarda, ihlale konu televizyon programının izlenmesi suretiyle inceleme yapılması da yazılı yargılama ilkesine aykırı niteliktedir.³¹¹

Kamu yararı için, şekli gerçeklikten öte maddi gerçeği arayan ve bu amacın gerçekleştirilmesi için re'sen araştırma yetkisi verilen idari yargı mercilerinin yazılı yargılama ilkesinin varlığına rağmen, tanık dinlenmesinin faydalı olacağı düşüncesindeyiz. Çünkü, pozitif hukukta yazılı yargılama ilkesinin uygulanacağı açıkça düzenlenmişken sözlü yargılama usulünün en önemli ilkesi olan duruşmanın uygulandığı, keşfin yapılabildiği bir usul hukukunda, dosyada mevcut bilgi ve belgeye rağmen maddi vakıalar yeterince aydınlatılamamışsa, tanık dinlenmesinin en azından hakim vicdani kanaatini kuvvetlendireceği yadsınamaz.

(6) İdari Yargıda İctihat Yoluyla Tanık Dinlenilebilir mi?

İdari Yarıda mevcut pozitif düzenlemelere rağmen, idari yargılama usulünde tanık delilinin kabulü mümkün müdür? İctihatla tanık delili idari yargıda kabul edilemez mi?³¹² Mahkemelerin başvurabileceği delillerin neler olacağı, bir usul meselesidir. Başka bir ifade ile idari yargılama usulünde tanık deliline başvurulup vurulamayacağı yargılama usulü meselesidir. Usul kuralları konusunda, yargının hukuk yaratma yetkisi bulunmakta mıdır? Bu konuya iki şekilde yaklaşmak mümkündür. Birinci yaklaşıma göre, yargılama usulleri konusunda hukuk yaratma yetkisi Anglo-sakson ve Amerikan hukuk düzenlerinin bir özelliğidir. Kıta Avrupası hukuklarında bu mümkün değildir. Zira Türkiye'nin de içinde bulunduğu Kıta Avrupası hukuk düzenlerinde usul kuralları

³¹⁰ ÇAĞLAYAN, *agm.*, s.203.

³¹¹ PARLAK.B., *agt.*, s.104.

³¹² ÇAĞLAYAN, *agm.*, 202.

kamu düzenindedir. Bu alanda yargıcın hukuk yaratma yetkisi bulunmamaktadır.³¹³

İkinci yaklaşıma göre, idare hukuku, yeni, sürekli gelişmekte olan, tam olarak kodifiye edilmemiş ve içtihadı dayalı bir hukuk dalıdır.³¹⁴ Dolayısıyla idare yargıcının, içtihatla kural koyma konusunda daha fazla yetkisi bulunmaktadır.³¹⁵

İdare hukukunun, içtihadı dayalı bir hukuk dalı olması, usul kurallarında da içtihadı mümkün kılacak mıdır? Tanık delili ile ilgili olmamakla birlikte, çeşitli yargı yerlerince, usul hukukunda hukuk yaratmanın mümkün olacağı yönünde kararlar verilmektedir.

Anayasa Mahkemesi 1990'lı yıllardan itibaren, yargılama usulü kuralı olduğunda şüphe olmayan ve yasada açıkça düzenlenmeyen, yasaların yürürlüğünü durdurma yetkisinin varlığını kabul etmiş ve bu yönde bir dizi kararlar vermiştir.³¹⁶ Öğretide bu hususun bir usul meselesi olduğu ve kanunla düzenlenmesi gerektiği vurgulanmasına rağmen³¹⁷, Anayasa mahkemesi bu yönde kararlar vermeye devam etmektedir.³¹⁸

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, bir usul kuralı olan yargılamanın yenilenmesi konusunda, öğretide bu sebeplerin yasada sayılanlarla sınırlı olduğu ve içtihatla genişletilemeyeceği yönünde görüş birliği bulunmasına rağmen³¹⁹, içtihatla yasada olmayan bir sebebi-karara esas alınan yasanın Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi-

³¹³ ÖZAY, İ.H., *Yargısal Korunma*, s.335; YILDIRIM, R., "Türk İdari Yargısında Yargılamanın Yenilenmesi" Prof. Dr.NURİ ÇELİK'e Armağan, C.1, İstanbul 2001, s.433., ÇAĞLAYAN, R., *agm.*, s.203.

³¹⁴ ÖZAY, *age.*, s.317-318; GÖZÜBÜYÜK /TAN, *age.*, C.I, s.17; GÖZÜBÜYÜK, *Yönetim Hukuku*, 9.Basım, Ankara 1996, s.16; GÜNDAY, *age.*, s.86-87; EROGLU, H., *İdare Hukuku*, 5.Bası, Ankara 1985, s.29

³¹⁵ ÇAĞLAYAN, *agm.*, s.202.

³¹⁶ Anayasa Mahkemesi, E.1994/49, K.1994/45-1, T.15.6.1994, RG.28.6.1994-21974; E. 1994/63, K.1994/60-1, T.21.7.1994, RG.23.7.1994-21999.

³¹⁷ GÖZLER, Kemal., *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa 2000, s.504.

³¹⁸ ÇAĞLAYAN, *agm.*, s.203.

³¹⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, *age.*, s.51; ALANGOYA, *age.*, s. 97; ÜSTÜNDAG, *Medeni Yargılama Hukuku*, C.I-II, 7.Bası, İstanbul 2000, s.912; BİLGE,N./ÖNEN, E., *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, 3.Bası, Ankara 1978, s.710; GÖZÜBÜYÜK/TAN, *age.*, s.1081; GÖZÜBÜYÜK-DİNÇER, *İdari Yargılama Hukuku*, 2.B., Ankara, 1999, s.939; YENICE-ESİN, *age.*, s.740.

yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul etmiştir.³²⁰

Yargılama usulüne ilişkin olan ve İdari Yargılama Usulü Kanununda (m.2) düzenlenmeyen tespit davasının³²¹, kamu hukuku ilişkisinin olduğu durumlarda, adli yargıda tespit davası açılmayacağı, uyuşmazlığın idari yargı önünde çözümlenmesi gerektiği yönünde hem Uyuşmazlık Mahkemesinin³²² hem de Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin kararları bulunmaktadır.³²³

Fransız Danıştay da, idari yargıya ilişkin yasaların, hukuk yargılama usulüne açıkça gönderme yaptıkları durumlarda bu hükümleri uygulamakta, bazen de bu hükümlere benzer yeni usul kuralları koyabilmektedir.³²⁴

(7) Tanık Delili Açısından Fransa Ve Diğer Ülkelerdeki Durum

İdari yargıda tanık dinleme ihtiyacı açısından, farklı ülkelerin mevzuat ve uygulamalarına değinmek faydalı olacaktır. Örneğin Fransız idari yargılama usulünde, idari yargı mercilerinin tanık dinleyebilmelerine imkan tanınmıştır. 22 Temmuz 1889 tarihli Kanunda “anket uygulaması”(L’Enquete) düzenlenmiştir (m. 26-35). Anket uygulaması ile, “*yazılı yargılama usulü yöntemlerinin mahkemeyi aydınlatmaya yetmediği, yeterli olmadığı durumlarda mahkeme oturumunda veya görevlendirilecek bir üyesinin huzurunda tanıkların ifadelerinin alınması*”³²⁵ mümkün olmaktadır.

³²⁰ AYİM. 1. D., E.1993/815, K.1993/1205, AYİMD., S.9, s.135.

³²¹ ERKUT, C., *Tespit Davasının İdari Bir Dava Türü Olarak Kabulüne İlişkin Uyuşmazlık Mahkemesinin Yaklaşımı*, İHİD-1989, S.1-3, s.5 vd.

³²² Uyuşmazlık Mahkemesi, E.1985/14, K.1985/26, RG.17.3.1986-19050.

³²³ AYİM. Daireler Kurulu, E.1997/84, K.1997/62, T: 03.07.1997, AYİMD, S.12, s.105.

³²⁴ CHAPUS, R., *Droit du Contentieux Administratif*, 1996, s.157 vd.; PACTEAU, B., *Dualite de Juridictions et dualite de procedures*, RFDA, 1990, s.752; (Nakleden: GÖZÜBÜYÜK-TAN, age., C.II., s.835).

³²⁵ OYTAN, *agm.*, s.77.

Fransız idari yargısındaki anket uygulaması, özel ve teknik bilgi gerektirmeyen, farklı-çelişkili yorum ve anlatımlar karşısında gerçeği bulmak için ilgili kişilerin tanık olarak ifadelerine başvurulmasıdır.³²⁶

1991 yılında çıkarılan Alman İdari Yargı Kanunu'nda da idari yargı yerlerinin lüzum görüldüğü takdirde duruşmada tanık dinleyebilecekleri yolunda bir hüküm düzenlenmiştir.³²⁷ Yine benzer şekilde, İtalyan Anayasa Mahkemesi, 1987 yılında verdiği bir kararda, kamu personeli ile ilgili uyuşmazlıklarda hâkimin tanık dinleyebileceğine hükmetmiştir.³²⁸

c) Yemin

(1) Genel Olarak

İdari yargılama usulünde delil serbestisine getirilen ikinci sınırlama yemin deliline başvurulamamasıdır.³²⁹ 2577 sayılı Kanunda yemin düzenlenmediği gibi, HUMK'a yollama yapılan 31. maddede de yemine yer verilmemiştir. Diğer yandan öğreti ve uygulama da idari yargıda yemin deliline başvurulmasının gerektiğine ilişkin bir düşünce de yoktur.³³⁰

(2) Tanımı

Hukuk yargılama usulünde yemin kesin deliller arasında sayılmıştır (HUMK. M. 337-362). Bu yargılama usulüne göre yemin, taraflardan birinin, bir vakıanın doğru olup olmadığı konusunda, Allah'ı tanık gösterip, namusu ile teyit ederek beyanda bulunmasıdır.

³²⁶ OYTAN, *agm.*, s.78.

³²⁷ AZRAK,Ü., *Yargı ve İdare İki Fonksiyonun Karşılaşması Üzerine Teorik Bir Deneme*, İÜHF.M., S. 1-4, s.116.

³²⁸ CASSESE, Sabino *“La Giustizia Amministrativa in Italia (İtalya’da İdari Yargı)”*, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Bildiri Özetleri, 10-14 Mayıs 1993 Ankara, Danıştay Yayınları, Ankara 1993, s.22.; ELÇİM, a.g.t., s.96.

³²⁹ SUNAY, *age.*, s.61 vd.

³³⁰ PARLAK,B., *agt.*, s.110.

(3) Delil Olarak Değeri

Bir vakıanın doğru olup olmadığına yemin edilirse, artık vakıanın doğru olduğu ya da olmadığı kesin olarak ispat edilmiş olur. Yemin deliline son çare olarak başvurulur. İspat yükü kendisine düşen taraf, iddiasını başka delillerle ispat edemez ise, karşı tarafa yemin teklif eder. Karşı tarafın olayın olduğu ya da olmadığı yolunda yemin etmesiyle uyuşmazlık çözüme kavuşturulmuş olur.

İdari yargı açısından, yemin konusunda davalı durumunda bulunan idare tüzekişiliğine yemin tevcih edilemeyeceği belirtilmektedir. Organ, ajan, memur davalı durumunda olmadıkları için kendilerine yemin tevcih edilemeyeceği bu sebeple yeminin delil olarak idari yargıda kullanılamayacağı savunulmaktadır.³³¹

d) Delillerin Yargılamaya Dahil Edilmesinde İzlenen Usul

(1) Delil Gösterme

“Delil gösterme (delil ikamesi), tarafların kendi iddialarının doğruluğunu veya karşı tarafın iddiasının asılsızlığını ispat etmek için, bu amaçları gerçekleştirmeye elverişli araçlara (yani delillere) dayanarak giriştikleri yargıcı inandırma (ikna etme) işidir”.³³²

Taraflarca hazırlama ilkesinin hakim olduğu yargılama usullerinde, deliller taraflarca ve dava ya da cevap dilekçesine ekli olarak yahut hakim tarafından verilen süreye tabi olarak ayrı bir dilekçe ile sunulur. Bu aşamadan sonra elde edilecek deliller ise ancak hakimin yargılamaya dahil olması konusunda karar alması ile değerlendirmeye alınabilir. (HUMK.md.244)

³³¹ ONAR, age., C.III, s.1946.

³³² UMAR-YILMAZ, a.g.e., s.32.

Re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı yargılama usullerinde ise, taraflar iddialarını ispat için delillerini dava veya cevap dilekçelerine ekli olarak mahkemeye sunarlar (İYUK.md.3/3). Dilekçeler ve savunma ile birlikte verilmeyen belgeler, bunların vaktinde ibraz edilmelerine imkan bulunmadığına mahkemece kanaat getirilmesi halinde kabul edilerek yargılamaya dahil ve diğer tarafa tebliğ edilir (İYUK.md.21). Tarafların delil sunma ve gösterme zamanıyla ilgili yapılan bu düzenlemelerin, dosyaların belli bir sistematığe göre tekemmül etmesini sağlamak, tarafların istediği zaman olur olmaz yere dosyaya bilgi ve belge sunmasını önlemek ve tarafların sundukları delillerle dosya tekemmül ettikten sonra mahkemenin eksik olanları re'sen araştırma yetkisiyle temin etmesini sağlamak olduğu söylenebilir. Aksi durumda, yani tarafların istedikleri zaman delil sunmasının kabulü halinde, mahkemenin gerekli gördüğü bilgi ve belge için yaptığı ara kararından hemen sonra dosyaya istenen bilgi ve belgenin sunulması ihtimali doğar ki, yapılan ara kararı anlamsız hale gelebilir.

Fakat, idari davalarda dava ile ilgili belgeler genelde davalı durumunda bulunan idarenin elinde olduğu için, davacının bütün delillerini mahkemeye bu aşamada sunmasını beklemek mümkün olmamaktadır. Bu nedenle, idari davalarda hakim re'sen araştırma yetkisine sahiptir ve bu yetkiyi kullanarak, dava ile ilgili belgeleri ellerinde bulunduranlardan isteyebilir (İYUK.md.20/1). Aslında, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı yargılama usullerinde delillerin hemen tamamı bu yolla elde edilmektedir.³³³

O halde, İdari Yargılama Usulü'nde delillerin gösterilmesi zamanı hususunda bir sınırlama mevcut değildir. Belki taraflar yönünden böyle bir kavramın mevcut olduğu söylenebilir. Fakat, idari yargı hakimi gerekiyorsa mutlaka sahip olduğu re'sen araştırma yetkisini kullanacaktır. Üstelik, bu yetkinin kullanılması bir süre ile sınırlanmış da değildir. Yani, davanın açıldığı andan nihai karar verilinceye kadar olan süre zarfında, her zaman bu yetki kullanılabilir.

³³³ SUNAY, age., s.33.

(2) Delillerin Hasredilmesi

“Bir tarafın, ispatla yükümlü olduğu bir vakıayı ispat için bütün delillerini göstermesine ve bundan başka delili olmadığını bildirmesine delillerin hasredilmesi denir.”³³⁴ Hukuk yargılamasında, delillerin hasredilmesiyle amaçlanan; yargılamayı hızlandırmak ve biran evvel sonuca ulaşmaktır. Ancak idari yargıda re’sen araştırma ilkesi geçerli olduğu için, adli yargıdaki aksine yargılamanın seyrini pek etkilememektedir.

(3) Delillerin İncelenmesi

Davada ilgili delillerin mahkemeye ibrazından sonra, hakim tarafından belirlenen bir oturumda, sunulan deliller arasından davanın halline yönelik olanların ayrılıp o dava yönünden değerlendirilmesine delillerin incelenmesi denir.

Deliller, kural olarak hakim tarafından ve mahkemede incelenir. Fakat, nitelikleri gereği bazı deliller mahkeme dışında incelenebilir. Mesela, keşif dava konusu gayrimenkulün bulunduğu yerde, bilirkişi incelemesi dava konusu şey üzerinde icra edilir. Zira, bu gibi durumlarda üzerinde inceleme yapılacak olan konunun mahkeme salonuna getirilmesi mümkün değildir. Mahkeme salonu dışında yapılan bu inceleme de hakim (naip üye) huzurunda icra edilir ve incelemenin seyrine ilişkin bir tutanak tutulur.

Davanın kısa süre içinde halli yönünden, delillerin mümkün olduğu kadar aynı oturumda incelenmesinde fayda vardır. Bu nedenle, idari yargı hakimi incelemeyi ilgililerden istediği belgelerin hepsi geldikten sonraki bir oturumda yapmalıdır. Yapılan incelemeler sonucu elde edilen delillerden davanın halli ile ilgili olanlarına, davanın sonuçlandırılması esnasında, mutlaka bir değer atfedilmelidir.³³⁵

³³⁴ KURU-ARSLAN-YILMAZ, age., s.349, KURU, *El Kitabı* İstanbul-1995, s.422.

³³⁵ SUNAY, age., s.35.

(4) Delillerin Takdiri

Hakim delilleri takdir etmekte ve araştırmalarının neticesini değerlendirmekte tamamen serbesttir. Ancak, bu değerlendirmeyi ulaştığı bilgi ve belgeler ile Anayasa ve Hukuk Devleti ilkelerinin sınırları içinde kalarak re’sen yapacaktır.

(5) Delil Tespiti

(a) Genel Olarak

Davacı ve davalının, iddia ve savunmalarını dayandırdığı vakıaların ispatı deliller vasıtasıyla gerçekleŐecektir. Davada kullanılacak delillerin kaybolması tehlikesini onlemek için, ya dava açılmadan, ya da açıldıktan sonra, henüz incelenmesine sıra gelmemiş delillerin saptanmasına gerek duyulabilir.³³⁶ İşte bu ihtiyacı gidermek amacıyla yargılama usullerinde delil tespiti müessesesi kabul edilmiştir. İdari Yargılamada delil tespiti konusunda İYUK’un 31.maddesine yapılan atıf sebebiyle HUMK’un konuyu düzenleyen (368-374) maddeleri ile İYUK’un 58.maddesi hükmü uygulanacaktır.

(b) Tanımı

Kanunda tanımına yer verilmemiş olan delil tespitini şu Şekilde tanımlamak mümkündür; “Delil tespiti, ileride açılacak bir davada kullanılacak olan veya derdest olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş bulunan delillerin, kaybolması veya ispat gücünün azalması gibi tehlikeleri bertaraf etmek amacıyla, normal zamanından (tahkikat zamanından) daha önce incelenmesini veya mevcut bir durumun muhafaza edilmesini sağlayan usuli bir kurumdur.”³³⁷

³³⁶ CANDAN, *age.*, s.791.

³³⁷ Doktrinde yapılmış olan başka tanımlar için bkz: ALANGOYA, *age.*, s. 328; YILMAZ, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri*, C.2, Ankara, 2001, s.1335, KURU-ARSLAN-YILMAZ, *age.*, s.567; OYTAN, *age.*, s.66; SUNAY, *age.*, s.36; PEKCANITEZ-ATALAY-ÖZEKES, *age.*, s.573; YAVUZDOğAN, *age.*, s.82.

(c) Konusu

Delil tespitinin konusunu, delil veya mevcut bir durumun tespit edilmesi (muhafaza edilmesi) oluşturmaktadır. Delil tespitine konu olacak deliller bakımından Kanunda bir ayırım yapılmamıştır. Yani her türlü delilin tespiti istenebilir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 368'inci maddesinde "...şahit (m.245 vd), keşif (m. 363-336), ehlihibre (m. 275 vd) veya diğer deliller ile tespiti talep edilebilir" demek suretiyle bu husus açıkça ifade edilmiştir. Ancak idari yargıda, yazılı yargılama ilkesi geçerli olduğundan delil tespiti yoluyla tanık dinlenemeyeceği savunulmaktadır.³³⁸

Bir şeyin mevcut durumunun tespiti de delil tespitine konu olabilir. Zira bir şeyin mevcut durumundan kendi lehine haklar çıkarmak isteyen veya kendi aleyhine olan hakların ileri sürülmesinden korkan kimse, tespit yapılmasında hukukî menfaate sahiptir. Bu nedenle delil tespiti talebinde bulunabilir. Bu durumu bir örnekle açıklayacak olursak; kapağı olmayan logar çukuruna aracının düşmesi nedeniyle kaza yapan kişinin, aracında meydana gelen hasarın idarenin hizmet kusurundan kaynaklandığını ispat etmesi için cadde üzerinde bulunan logar çukurunun kapalı olmadığını hemen tespit ettirememesi durumunda ileride açılacak bir davada bu durumu ispat etmesi zordur. Zira kazanın hemen akabinde logar çukuru kapatılabilir.³³⁹ Bir başka örnek verirse; yaş meyve-sebze, alım-satım işinde satıcının teslim etmek istediği malın istenen nitelikte olmadığı iddia edilerek alıcı tarafından teslim alınmaması durumunda, açılacak davada satıcının anlaşmaya veya numuneye uygun mal teslim ettiğini ileri sürebilmesi mümkün olamayabilecektir. Çünkü yaş meyve-sebze belli bir sürenin geçmesiyle bozulabilecek niteliktedir ve olduğu gibi muhafazası zordur.

(d) Delil Tespitinin Özellikleri

Delil tespiti için, öncelikle, delillerin tespitinde zorunluluk ve ivedilik³⁴⁰ bulunmalıdır. Yani delil hemen tespit edilemediği takdirde, ileride açılacak veya

³³⁸ KARAVELİOĞLU, *age.*, s.807; BEREKET, *agm.*, s.32-34.

³³⁹ PARLAK,B., *agt.*, s.118.

³⁴⁰ OYTAN, *agm.*, s.66.

görülmekte olan davada, delil olarak sunulamayacak nitelikte olmalıdır. Bozulma, kaybolma, yok olma ya da yok edilme tehlikesi bulunan deliller bu niteliktedir.

Delil tespiti, açılmış veya ileride açılacak olan davada kullanılacak delillerin korunması veya mevcut bir durumun muhafazası için yapılmaktadır. Bu niteliği ile delil tespiti, bir dava olmayıp, ilgili olduğu davaya bağlı usuli bir işlemdir.³⁴¹

Delil tespiti dava olmadığından, tespit talebinde bulunulması ile dava açılmasının maddî hukuk ve usul hukuku bakımından doğurduğu sonuçlar meydana gelmez. Örneğin, delil tespiti talebinden sonra, tespit talebine ilişkin dilekçede gösterilen hasma karşı, aynı konu ile ilgili ve aynı sebebe dayanarak dava açılırsa, bu derdestlik durumu meydana getirmez.³⁴² Zira delil tespiti bir dava değildir. Delil tespiti dava niteliğinde olmadığından derdestlik durumu meydana gelmeyeceği gibi derdestlik itirazı da ileri sürülemez.³⁴³

(e) Delil Tespitinin Hukukî Niteliği

Delil tespitinin hukukî niteliği konusunda doktrinde, farklı görüşler ileri sürülmüştür: Bir görüşe göre delil tespiti, açılmış veya açılacak bir davada ileri sürülecek olan, fakat henüz inceleme sırası gelmemiş delillere yönelik bir çeşit ihtiyatî tedbirdir.³⁴⁴ Bu konuda ileri sürülen bir başka görüş ise, delil tespitini açılmış veya açılacak olan “davaya bağlı bir işlem” olarak nitelendirmektedir.³⁴⁵ Ayrıca doktrinde delil tespiti işleminin, üst bir kavram olan geçici hukukî himaye tedbirleri içinde delillere yönelik koruma sağlayan bir geçici hukukî himaye tedbiri türü olduğu da ileri sürülmüştür.³⁴⁶

³⁴¹ OLGAÇ, S., *Emsal İçtihatlarla Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu*, Ankara 1977, s.982, AKYOL, L. *agt.*, s.3

³⁴² TANRIVER, S., *agt.*, Ankara 1998, s.6, 46.

³⁴³ ANSAY, *age.*, s.210; Berkin, N., *Medeni Usul Hukuku Esasları*, İstanbul 1969, s. 582; BİLGE/ÖNEN, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, s.419.

³⁴⁴ KURU, *age.*, C.IV, s.4427; POSTACIOĞLI, *age.*, s.358.

³⁴⁵ KURU/ARSLAN/YILMAZ, *age.*, s.718; ÖZKAN, H., *İhtiyatî Tedbir Delil Tespiti ve İhtiyatî Haciz İle Kamu Alacaklarının Tahsilinde İhtiyatî Haciz*, Ankara 2001, s.268.

³⁴⁶ YAVUZDOĞAN, *Doktora Tezi*, s.86.

Delil tespiti talep edilmesi halinde, delil tespiti kararını verecek ve buna dayanarak delil tespiti işlemini yapacak olan ancak mahkemedir. Mahkeme, usul işlemlerini ara karar veya nihaî karar şeklinde verir. Delil tespiti kararı ise bir ara karardır.

(f) Delil Tespitinin Benzer Kurumlar İle Karşılaştırılması

(i) Tespit Davasıyla

Genel olarak tespit davaları, bir hukukî ilişkinin varlığı veya yokluğu hakkında kesin hüküm teşkil edecek bir karar elde etmeye yönelmiş davalardır. Davacının, bir hukukî ilişkinin varlığı, yokluğu veya içeriği hakkında tespit hükmünü elde etmek için açtığı davaya tespit davası denir.³⁴⁷ Tespit davası ile ileride ihtilâf doğabilecek konularda, henüz ihtilâf meydana gelmeden veya büyümeden bir hukukî ilişkinin mevcut olup olmadığının tespiti sağlanmaktadır.³⁴⁸

Tespit davası ile delil tespiti müessesesi, her ikisinin de konusunun “tespit” olması yönünden benzerlik göstermektedirler. Ancak delil tespiti (talebi), tespit davasından farklıdır.³⁴⁹ Tespit davası her ne kadar HUMK’ta açıkça düzenlenmemiş olsa da, müstakil bir “dava” türüdür. Delil tespiti ise ayrı bir dava olmayıp, ilgili olduğu davaya bağlı yargısal bir işlemdir.³⁵⁰

Tespit davası sonucunda bir hukukî ilişkinin mevcut olup olmadığı konusunda bir tespit hükmü verilir. Tespit hükmü, maddî anlamda kesin hüküm (m. 237) ve ayrıca kesin delil (m. 295) teşkil eder.³⁵¹ Örneğin, borçlu olunmadığının tespiti veya taraflar arasında hizmet sözleşmesi ilişkisinin tespiti gibi.

³⁴⁷ KURU, *Tespit*, s.18 ; KURU/ARSLAN/YILMAZ, *age.*, s. 18; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, *age.*, s.276

³⁴⁸ ANSAY-*age.*, s. 222; KURU, *Tespit*, s.13.

³⁴⁹ GÖZÜBÜYÜK-TAN, *a.g.e.*, C.II, s.999; KURU-ARSLAN-YILMAZ, *a.g.e.*, s.717-718; ÜSTÜNDAĞ, *a.g.e.*, s.326; OYTAN, *agm.*, s.66; YILDIRIM, *age.*, s.294 vd.

³⁵⁰ AKYOL, *L., agt.*, s.13.

³⁵¹ KURU, *Tespit Davaları*, AÜHF- 1962, s.101.

Buna karşılık, delil tespiti, ileride açılacak veya açılmış bulunan bir davada delil olarak kullanılacak vakıaların tespiti işlemidir. Dolayısıyla, delil tespiti, müstakil bir dava niteliğinde olmaması, hukuki ilişki yerine maddi olayların tespitine yönelik olması, davaya bağlı bir işlem olması ve delil tespiti ile elde edilen bulguların davada delil olarak kullanılması yönlerinden tespit davasından ayrılmaktadır.³⁵² Gerçektende delil tespiti istemi ile tespit davası arasındaki en temel fark delil tespitinde hukuki bir ilişkinin tespiti yerine maddi bir olayın tespitidir. Örneğin, idareye karşı açılacak tam yargı davasında kullanılmak üzere, kapağı olmayan logar çukuruna düşen araç sahibinin bu maddi olayı tespit ettirmesinde olduğu gibi.

İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinde tespit davasına yer verilmemesi nedeniyle, idari yargıda, tespit davası dava türleri arasında sayılmamaktadır.³⁵³

Delil tespiti sonucunda mahkemenin vereceği karar, ara karar niteliğindedir. Ara karar mahkemenin davadan elini çekmesi sonucunu doğurmayıp, aksine yargılamanın devamını sağlamaya yönelik kararlardır.

(ii) İhtiyati Tedbirle

Kesin hükme ulaşmak için geçecek olan uzun yargısal süreçte, tarafların haklarının zarar görmesini engellemek için, dava konusu olan hak üzerinde hukuksal koruma sağlayabilecek tedbirlere ihtiyaç vardır. Bu korumayı sağlamaya yönelik olan tedbirlerden birisi de ihtiyati tedbir kurumudur.³⁵⁴

Delil tespiti, delillere yönelik koruma sağlamaya çalışarak davanın sağlıklı bir şekilde sonuçlanmasına yardımcı olmaktadır. İhtiyatî tedbir ise, dava konusunu koruma altına alarak dava sonunda alınan kararın uygulanabilir hale getirilmesine katkıda bulunmaktadır. Delil tespiti ile ihtiyatî tedbir, özünde bir hukuksal koruma sağlamaları

³⁵² PARLAK, B., *agt.*, s.120; YILDIRIM, *age.*, s.294-295.

³⁵³ Dan.13.D., E.2005/208, K.2005/1561, (<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>) ErişimTarihi:16.12.2009.

³⁵⁴ YAVUZDOĞAN, *agt.*, s.87.

nedeniyle benzerlik göstermelerine rağmen, gerek korumaya konu olan hususların gerekse de amaçlarının farklı olması nedeniyle, bunların birbirlerinden ayrı amaçlara hizmet eden kurumlar olduğu söylenebilir.

İhtiyatî tedbir kararı sonucunda, dava konusu olan şey ile ilgili bazı tedbirler alınmaktadır. Örneğin dava konusu olan şeyin üçüncü kişilere temliğinin yasaklanması gibi. Alınan bu tedbirler, ilgili kişilerin haklarını etkilemektedir. Kaldı ki, haksız yere alınan ihtiyatî tedbir kararı, karara konu olan dava konusu şey ile ilgili kişilerin haklarını zarara uğratabilir.³⁵⁵ Buna karşılık delil tespiti yolu ile sadece ilerde açılacak davaya ilişkin delillerin zamanından önce toplanarak tespit ve tetkik edilmesi ve bu şekilde güvence altına alınması söz konusu olmaktadır. Bu durum, sadece tespite konu olan delilleri ilerde kullanacak olan kişilerin, iddia ve savunma hakkını korumaya yönelik olup, başka kişilerin haklarını zarara uğratması söz konusu değildir. Bu nedenle Kanun, dava açılmadan önce ihtiyatî tedbir kararı alınmış ise belli bir süre içinde (HUMK 109'a göre on gün) esas hakkındaki davanın açılması zorunluluğunu getirirken, delil tespitinde ise böyle bir zorunluluk öngörmemiştir.

İhtiyati tedbir kural olarak teminat karşılığında verilir (m. 110). Ayrıca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 113/A maddesinde, ihtiyati tedbir kararının uygulanmasına yönelik verilen kararlara uymayan veya alınmış tedbire aykırı davranışta bulunan kimse için cezai bir hüküm öngörülmüştür. Ancak delil tespitinde ise talepte bulunan taraftan teminat alınmadığı gibi, cezai bir yaptırım da söz konusu değildir.³⁵⁶

(g) Delil Tespitinin Şartları

Delil tespiti, delillerin ortadan kalkması veya ileri sürülmesinde güçlük çıkması gibi bir durum söz konusu olması halinde başvurulacak bir tedbirdir. Mahkemenin delil tespitine kararı verebilmesi ve bu karara uygun olarak delil tespitinin yapılabilmesi için, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 368 ve devamı maddelerinde belirtilen şartların gerçekleşmesi gerekir. Delil tespiti yolunun kötüye kullanılmasına engel olmak

³⁵⁵ BUDAK, A. C., *Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*, İstanbul 2000, s.162.

³⁵⁶ AKYOL, L. *agt.*, s.20.

için mahkemenin, talep halinde delil tespiti için gerekli şartların oluşup oluşmadığını incelemesi ve gerekli şartlar mevcut değilse, bu doğrultuda bir karar vermesi gerekir.

Mahkemenin delil tespitine karar verebilmesi için gereken şartlar şunlardır:

(i) Delil Tespiti Talebinde Bulunanın Açılmış veya İleride Açılacak Olan Davada Taraf Konumunda Bulunması

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu' nun 368 inci maddesinde, delil tespiti talebinde bulunabilmek için açılmış veya ileride açılacak davada taraf olunması gerektiği açıkça ifade edilmiştir.

Delil tespiti talebinde bulunulması bakımından Kanun, davacı ile davalı arasında bir ayırım yapmamıştır. İleride açılacak veya derdest olan davada, davacı veya davalı olmak şartıyla her iki tarafça da delil tespiti talebi yapılabilir. Kanunda taraf olma şartı arandığı için özellikle dava açılmadan önce yapılacak delil tespiti taleplerinde “taraf” şartının yerine gelip gelmediğinin incelenmesi bakımından ileride açılacak olan davanın somut olarak tespit talebinde belirtilmesi gerekir. Delil tespiti açılmış veya ileride açılacak olan davaya ilişkin delillerin incelenmesi ve tespiti talebi olduğundan, bu talepte bulunanın da tespiti istenen delillerin ilgili olduğu davada davalı veya davacı sıfatıyla taraf konumunda bulunması gerekir.³⁵⁷

(ii) Tespiti İstenen Delillerin Açılmış veya İleride Açılacak Olan Davaya İlişkin Bulunması

Delil tespiti, bir dava olmayıp davaya bağlı bir işlemdir. Delil tespiti yoluyla elde edilen delilin, görülmekte olan veya ileride açılacak bir davada kullanılabilecek nitelikte olması gerekir.³⁵⁸

³⁵⁷ AKYOL, L. *agt.*, s.24; COŞKUN/KARYAĞDI, *age.*, s.274-275.

³⁵⁸ GÖZÜBÜYÜK-TAN, *age.*, C.II, s.996; KURU-ARSLAN-YILMAZ, a.g.e., s.718; OYTAN, *agm.*, s.66; ELÇİM, *agt.*, s.108; COŞKUN/KARYAĞDI, *age.*, s.275.

Delil tespiti sadece derdest olan bir dava için değil aynı zamanda ileride açılacak bir davaya ilişkin olarak da başvurulabilen bir yol olduğundan, henüz açılmamış fakat ileride açılması düşünülen davaya ilişkin delillerin de tespiti istenebilir. Bu şekilde tespiti istenen delillerin de ileride açılacak davaya ilişkin olması gerekir.

Özellikle dava açılmadan önce delil tespiti talebi yapılmışsa, bu talepte mutlaka ileride açılacak davanın somut olarak gösterilmesi yerinde olacaktır. Zira delil tespiti talebi üzerine talebin kabule şayan olup olmadığı konusunda incelenmenin sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi için tespiti istenen delilin, buna dayanak olan vakıanın ve ayrıca delil tespiti talebini haklı gösterecek nedenlerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi gerekir.³⁵⁹ Örneğin; sigorta şirketinin sigortaladığı aracın kaza yapması halinde, kazaya neden olan hizmet kusurlarını delil tespiti yoluyla tespit talebinde bulunması halinde, araçta oluşan hasar bedellerini ödeyeceği, aracın sigortalı olduğu, ödediği bedeli rücu idareden isteyeceği, ödenmemesi durumunda hizmet kusuruna dayalı tam yargı davası açacağını açıkça ortaya koymalıdır.³⁶⁰

(iii) Tespiti İstenen Delillerin İnceleme Sırasının Henüz Gelmemiş Bulunması

Yargılama usullerinde, delillerin incelenebilmesi için yargılama usulünün özelliğine göre birtakım usulî işlemlerin yapılması gerekmektedir. İdari yargıda, delillerin incelenerek uyuşmazlığın karara bağlanabilmesi için öncelikle dosyanın tekemmül etmesi gerekmektedir. Kural olarak dosyanın tekemmül etmesi ise, dava dilekçesi, savunma ve replik-düplik aşamalarının tamamlanmasından sonra gerçekleşmektedir. İdari yargıda dosyanın en erken tekemmül etmesi, idarenin dava dilekçesine süresi içinde cevap vermemesi halinde gerçekleşir. Bu usulî işlemler belli bir sürenin geçmesini zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle, tespit edilmesinde zorunluluk ve ivedilik bulunan delilin hemen tespit edilmesi davacı açısından önem taşımaktadır. Diğer bir deyişle, yargılama usulü işlemlerinin beklenmesi halinde, bozulacak, kaybolacak veya yok olacak nitelikte bulunan delilin elde edilmesi, dolayısıyla iddianın ispatlanması imkansız hale gelebilecektir. Bundan dolayıdır ki, tespiti istenen delil,

³⁵⁹ KURU, *age.*, C.IV, s. 4431; ÖZKAN, H., *age.*, s. 373.

³⁶⁰ PARLAK.B., *agt.*, s.121.

henüz inceleme sırası gelmemiş³⁶¹, inceleme sırası geldiğinde ise, mahkemeye sunulamayacak veya mahkemece elde edilemeyecek nitelikte bulunmalıdır.

(iv) Delilerin Önceden Tespit Edilmesinde Talepte Bulunanın Hukuki Yararının Bulunması

Her dava davacının gerçekten ihtiyacı olan ve yargılama sonunda verilecek esasa ilişkin hükümlerle karşılanacak olan bir hukukî himayenin elde edilmesi için açılmalıdır. Bu nedenle bir kimsenin gerek dava açarken ve gerekse mahkemeye karşı yapılacak diğer taleplerinde, mutlaka korunmaya değer hukukî bir yararının bulunması gerekir. Buna hukukî korunma ihtiyacı da denilmektedir.³⁶² Dava açmaktaki yarar hukuk düzenince kabul edilmiş meşru bir yarar olmalıdır. Ayrıca hukukî yarar dava açan hak sahibi ile ilgili olmalı ve dava açıldığı sırada halen mevcut olmalıdır. Ayrıca açılacak davanın, ortaya çıkacak tehlikeyi bertaraf edecek nitelikte olması gerekir.³⁶³

Dava açılmasında olduğu gibi mahkemeye yapılan her talep için de talepte bulunanın korunmaya değer bir menfaatinin olması gerektiğinden³⁶⁴ mahkeme kendisine karşı yapılan her talebi esastan incelemeye geçmeden önce, talepte bulunanın, bu hususta hukukî yararı olup olmadığını inceleyecektir. Hukukî yarar bulunmadığı takdirde mahkeme talebi esastan incelemeye geçmeden, usulden reddedecektir.

Genel olarak, hukukî yarar her türlü talep için gerekli olan son derece geniş bir kavramdır. Delillerin tespiti talebi ile ilgili olarak hukukî yarar şartının çerçevesi Kanun'un 369 uncu maddesinde çizilmiştir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 369 uncu maddesinde hukukî yarar şartı ile ilgili olmak üzere iki ayrı durum düzenlemiştir. Bunlardan biri, şimdiden tespit olunmadığı takdirde delilin zayi olması, diğeri ise delilin ikâme edilmesinde güçlük çıkma ihtimalinin bulunmasıdır. Burada şunu belirtmek gerekir: Delil tespiti talebinde bulunan tarafın, buna ilişkin dilekçesinde

³⁶¹ OYTAN, *agm.*, s.66; COŞKUN/KARYAĞDI, *age.*, s.275-276.

³⁶² KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, *age.*, s.314; COŞKUN/KARYAĞDI, *age.*, s.276.

³⁶³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, *age.*, s. 271; COŞKUN/KARYAĞDI, *age.*, s.276.

³⁶⁴ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, *age.*, s.318; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, *age.*, s. 271.

tespit talebinde bulunmasında hukukî menfaati olduğunu gerekçesi ile birlikte belirtmesi gerekir.³⁶⁵

Bu durumu örneklerle açıklayacak olursak; deprem nedeniyle binanın hasara uğraması durumunda, bina o şekliyle bırakılmayacak durumda ise, hasar tespitinde bina sahibinin hukuki yararı vardır. Bir diğer örnek yıkılacak derecede bulunan yapının tespitinin istenmesi³⁶⁶, bozulacak nitelikte bulunan ihale konusu malın teknik şartnameye uygun olmaması nedeniyle teslim alınmaması durumunda teknik şartnameye uygunluk yönünden tespit edilmesi, not tespit davalarında sınav evraklarının tespit edilmesi, bir davada tanık olarak dinlenecek bir kimsenin, delillerin incelenmesi aşamasına gelmeden önce yani, tanık olarak ifadesine başvurulmadan önce bu kişinin ağır hasta olması ve ölüm tehlikesinin mevcut olması . Bunun gibi, vb. durumlarda delil tespiti yapılmasında ilgilinin hukuki yararının olduğu kabul edilir.

(h) İdarî Yargılama Usulünde Delil Tespiti Konusundaki Düzenleme

Delillerin tespiti konusunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na yollama yapan İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 31 inci maddesi dışında ayrıca delil tespiti ile ilgili özel bir düzenleme de söz konusu Kanunun 58 inci maddesinde yer almaktadır.

İdarî yargıda delillerin tespiti konusunda öncelikle İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 58 inci maddesi uygulanır. Bu maddede düzenlenmemiş konularda, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 368 ile 374 üncü maddeleri, idarî yargılama usulünün özellikleri ile bağdaştığı ölçüde uygulanacaktır.³⁶⁷

Delil tespiti hususu, ilk olarak 521 sayılı yürürlükten kaldırılmış bulunan Danıştay Kanunu (m. 90) ve daha sonra yürürlüğe giren (halen yürürlükte bulunan) 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu (m. 58) ile düzenlenmiştir. 521 sayılı eski Danıştay Kanunu'ndan önceki Danıştay Kanunlarında delilleri tespiti ile ilgili bir hüküm yer

³⁶⁵ ÖNEN,E., age., s. 103; POSTACIOĞLU, age., s. 428; ÜSTÜNDAĞ, age., s. 589; COŞKUN/KARYAĞDI, age., s.276.

³⁶⁶ KURU, age., C.IV, s. 4432.

³⁶⁷ GÖZÜBÜYÜK, *Yönetmelik Yargı*, s. 470 vd.

almamaktaydı. İdarî yargıda açılmış veya açılacak dava ile ilgili delilleri taraflar adlî yargıda görevli mahkemelerde tespit ettirmektedirler. Taraflar iddia veya savunmalarını desteklemek üzere yaptırmış oldukları delil tespitine ilişkin dosyayı Danıştay'a sunma yoluna gitmişlerdi. Danıştay, adlî yargıda yapılan delil tespiti işlemi neticesinde elde edilen delilleri serbestçe takdir ederek, duruma göre kabul veya reddetmiştir 321.

Delil tespitine duyulan ihtiyaç nedeniyle 521 sayılı Danıştay Kanununda delil tespiti konusunda hem HUMK hükümlerine atıf yapılmış (DK. m.88), hem de idari dava açıldıktan sonra yapılacak delil tespitlerinin Danıştay tarafından yapılacağı düzenlenmiştir.³⁶⁸ (DK. m.90).

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda ise, 521 sayılı Kanuna benzer nitelikte düzenleme yapılmıştır. Kanunun 31. maddesinde, delil tespitinin HUMK'a yapılan atıflar arasında düzenlendiğini görmekteyiz. Ayrıca Kanunun 58. maddesinde;

“1. Taraflar, idari dava açtıktan sonra bu davalara ilişkin delillerin tespitini ancak davaya bakan Danıştay, idare ve vergi Mahkemelerinden isteyebilirler.

2. Davaya bakan Danıştay, İdare ve Vergi Mahkemeleri istemi uygun gördüğü takdirde üyelerden birini bu işle görevlendirebileceği gibi, tespit mahalli idari veya adli yargı mercilerince yaptırılmasına da karar verebilir.

3. Delillerin tespiti istemi, ivedilikle karara bağlanır.”

hükmüne yer verilerek, idari yargıda dava açıldıktan sonra yapılacak delil tespiti taleplerinin nasıl karşılanacağı düzenlenmiştir.

³⁶⁸ SUNAY., *age.*, s.37.

(1)-Delil Tespitinde Yetkili ve Görevli Mahkeme

Delil tespiti ile ilgili olarak, İYUK' ta yer verilen hükümler (31. ve 58.madde) birlikte değerlendirildiğinde, delil tespitinin hangi mahkemeden istenmesi gerektiği sorunu karşımıza çıkmaktadır.³⁶⁹

İYUK'un 58.maddesinde, idari davanın açılmasından sonra, delillerin tespitinin “ancak” davaya bakan idari yargı yerinden istenebileceğini söylediğine göre; idari dava açılmasından önce, başka yargı düzenlerine mensup, başka yargı yerlerinden delil tespiti yapmasını istemenin olanaklı olduğu anlaşılmaktadır. Böyle bir olasılık olmasaydı, maddedekine benzer bir anlatım kullanılmasına ve yasaklama getirilmesine de gerek olmazdı. O halde, idari davanın açılmasından önce, başka yargı düzenlerine mensup mahkemelerden delillerin tespitinin istenebileceğinde kuşku olmamak gerekir. Bu yargı yeri de, İYUK'un 31.maddesinde göndermede bulunulan HUMK'un 370.maddesinde açıklandığı gibi, en hızlı ve en az giderle delillerin tespitinin olanaklı bulunduğu mahkeme ve sulh hakimidir.³⁷⁰

Nitekim uygulama da bu yöndedir. Danıştay'ın içtihatlarına göre, idari dava açmadan önce, idari yargı yerlerinden delillerin tespitinin istenmesi mümkün değildir. Buna göre dava açılmadan önce idari yargı yerlerinden delil tespiti talebinde bulunulması halinde bu talebin reddedilmesi gerekir.³⁷¹

GÖZÜBÜYÜK Danıştay'ın bu tutumunu anlamlı bulmadığını ifade etmekte,³⁷² BEREKET ise, İYUK m.58'de idari yargıda dava açılmış olması halinde delil tespitine yetkili mahkemenin gösterildiğini dolayısı ile idari dava açılmadan delil tespiti yapılamayacağını belirtmektedir.³⁷³ Kanundaki bu boşluğun, İdari Yargılama Usulü

³⁶⁹ YAVUZDOĞAN, S., *age.*, s.103; COŞKUN/KARYAĞDI, *age.*, s.275.

³⁷⁰ CANDAN, T., *age.*, s.792.

³⁷¹ “...delillerin tespiti hakkındaki talepler Danıştay'da açılan bir idari dava zımında ileri sürülebileceği ve delillerin tespitini isteyen davacı herhangi bir karar ve işlemin iptalini istememiş olduğuna göre, delillerin tespiti talebi müstakilen bir dava konusu olamayacağı cihetle tetkik kabiliyeti bulunmayan talebin bu sebeplerle reddine karar verildi.” Danıştay 10.Dairesi'nin 11.5.1966 gün ve E. 65/3483, K. 66/1189 sayılı kararı, DD., S.103- 106, s. 380

³⁷² GÖZÜBÜYÜK, *Yönetmelik Yargı*, s.517.

³⁷³ BEREKET,Z., *agm.*, s.31.

Kanun Tasarısının 2577 sayılı Kanununun 58. maddesinde değişiklik öngören 35. maddesinde³⁷⁴; taraflara, idari davalarda ileri sürecekleri delillerin tespitini, dava açmadan önce de o yerdeki idari yargı mercilerinden veya adliye mahkemelerinden isteyebilmelerine imkan tanınarak giderilmeye çalışıldığı görülmektedir.

Sonuç olarak, henüz idari dava açılmadan önce ancak adli yargı yerlerinde delil tespiti isteminde bulunulabilmesi mümkündür. Adli yargı yerlerine, idari davanın açılmasından önce yaptırılan tespitın geçerli olabilmesi için bu tespitın, usul ve yasaya uygun olarak yapılmış olması ve idari yargı yerinin önündeki davada hükme esas alınabilecek kapsam ve yeterlilikte bulunması gerekir.³⁷⁵ Adli yargı mercilerinde maddi vakıaların tespitine ilişkin verilen kararlar aksi ispatlanmadıkça hukuki geçerliliğini muhafaza edeceğinden,³⁷⁶ idari yargı alanında da kullanılabilir.³⁷⁷

(i) Delillerin Tespitinde İzlenecek Yöntem

Delillerin tespitinde, izlenecek yöntem ile ilgili kurallar şöyle sıralanabilir:

1- Delil tespiti talepleri, tarafların ad-soyad ve adresleri, tespiti istenen delillerin neler olduğu, tespit edilecek vakıaları, tanık veya bilirkişilere sorulacak soruları ve delil tespiti yapılmasını gerektiren sebepleri içeren üç nüsha dilekçe ile mahkemeye yapılır.(HUMK. m.371).

2- Dilekçe üç nüsha olarak verilir. Bunun bir örneği delillerin tespiti için başvurulmuş yargı yerinde kalır; ikinci örneği karşı tarafa gönderilir; üçüncü örneği de varsa bilirkişiyeye verilir. Delillerin tespiti işleminin yerel idari ya da adli yargı yerlerince

³⁷⁴ Bkz. www.adalet.gov.tr

³⁷⁵ "... Asliye Hukuk Mahkemesince bilirkişi aracılığıyla yaptırılan tespit sonucu davacının zirai ürün ve ağaçlarının zarar gördüğünün sabit olduğu yolunda ...İdare Mahkemesi'nce verilen 2.3.1988 günlü kararın ... temyizden incelenerek bozulması istenmektedir. 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 ... oybirliği ile karar verildi." Danıştay 10. Dairesi'nin 8.2.1990 gün ve E.1988/2340, K.1990/203 sayılı kararı.(Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr).

³⁷⁶ Dan.7.D., E. 1984/1880, K. 1985/2894, DD., S.62-63, s. 296-297.

³⁷⁷ SUNAY., age., s.78.

yapılmasına karar verilmesi durumunda, dilekçe örneklerinden biri de tespiti yapacak olan yargı yerine gönderilir.³⁷⁸

3- Mahkeme, dilekçenin bir örneğini karşı tarafa tebliğ ederek veya duruma göre karşı tarafa tebliğ etmeden kabul veya reddeder. Delil tespiti talebi kabul edilirse, kararda, delil tespitinin hangi gün ve saate, nerede yapılacağını bildirir. Delil tespitinin kabul veya reddine ilişkin karar nihai bir karar olmadığından temyiz edilemez.³⁷⁹

³⁷⁸ GÖZÜBÜYÜK-TAN, *age.*, C.II, s.1093-1094; COŞKUN/KARYAĞDI, *age.*, s.274-275.

³⁷⁹ KURU-ARSLAN-YILMAZ, *age.*, s.569; OYTAN, *agm.*, s.70.

SONUÇ

Bireyler arasındaki menfaatlerin çatıştığı bir alanda, uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmak zorunda olan adli yargı hakimi, kural olarak taraflarca ileri sürülen iddia ve savunmalar ile bağlı olup, çatışan subjektif haklardan hangisinin hukuken korunmaya değer olduğunu saptamaya çalışacaktır. Bu sebeple, özel hukuk alanındaki ihtilafların çözümlenmesinde izlenecek yargılama usulleri de hakimin pasif olduğu, yani daha çok hakem konumunda olduğu bir anlayışa göre şekillenmiştir.

Buna karşın, idare kamu gücü kullanan, üstün ve ayrıcalıklı yetkilerle donatılmış bir tüzel kişiliktir. Bireylerle karşılaştığında, üstün kamu yararı düşüncesiyle hareket ettiğini ileri süren ve bu savıyla da kendine meşruluk alanı oluşturduğundan, İdari Yargıda hakim bireylerin temel hak ve özgürlüklerini idareye karşı korurken, idari işleyişin devamını sağlayabilmek için de denge oluşturmaya çalışan bir kişi konumundadır.

Bu bağlamda, hukuk devletinin gereklerinden olan idari yargı denetiminin varlık amacının idareyi hukuka uygun davranmaya sevk ederek, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak olduğu söylenebilir. Gerçektende idarenin hukuka uygun davranmasında yalnızca hakkı ihlal edilen kişinin değil bütün bir toplumun menfaati söz konusudur.

İşte, idarenin hukuk içerisinde kalmasını sağlamaya matuf bu denetimin idare karşısında güçsüz olan bireyi korumakta en etkili yol olduğu kabul edilse de bu denetimin yerine getirilmesi gerçekten de güçtür. Tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluk karinesinden yararlandığı ve birey karşısında, kurumsal yapısı; personeli, mal varlığı, örgütlenişi ile çok güçlü olan idareye karşı hak iddia etmek hiçte kolay değildir. Tüm bu saydıklarımıza idari işleyişteki yazılılık ilkesi ve ilgililer hakkında tesis edilen belgelerin neredeyse tamamının idarenin elinde olması eklenirse, bireylerin haklarını araması ve daha önemlisi bu haklarını ispat etmelerinin güçlüğü ortadadır.

İdarenin tüm bu avantajlı konumuna karşın, idari yargı denetiminin etkinliğinin sağlanması amacıyla, idari yargı hakimi gerekli olan her türlü incelemeyi re'sen yapabilme yetkisiyle donatılmıştır. Bu bağlamda, İdari Yargı Hakimi maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla gerekli hertürlü bilgi ve belgeyi taraflardan ve ilgili yerlerden isteyebilecektir. Anayasal düzeyde korunan savunma hakkını güçsüzleştiren ve aynı zamanda re'sen araştırma yetkisinin de sınırını oluşturan “gizlilik” halinin İYUK'ta, 4001 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle ortadan kaldırılmış olması son derece yerinde olmuştur. Böylece davacının kendisi ile ilgili gizli belgeleri inceleyerek savunma yapabilmesinin önü açıldığı gibi, idarenin dosyaya sunulamayacak derecede önemli gördüğü bilgi ve belgelere dayanarak yaptığı savunmaların mahkemelerce de dikkate alınmamasını, dolayısıyla yargılamaya dahil edilmeyen delillere dayanılarak hüküm verilememesi sonucunu doğurmuştur. Hukuk devleti olma yolunda son derece önemli olan bu adım, idari yargılamanın etkinliğini artırdığı gibi, idareyi de tesis ettiği işlemlerin gerekçesini ortaya koymak adına daha dikkatli olmaya zorlamaktadır.

İdari yargıda dolaylı yoldan da olsa tanık ifadelerine değer atfedildiği ve yargı kararlarına yansıdığı bir gerçektir. Müfettiş, soruşturmacı, noter veya vergi denetmeni gibi mahkemelerin sahip olduğu tarafsız ve bağımsız olma niteliğini bünyesinde taşımayan kişi veya kurumlarca alınan bu ifadeleri dikkate alabilmek durumunda olan idari yargı mercileri bunun yerine doğrudan tanık dinleyebilme imkanına sahip olmaları gerektiği düşünülmektedir.

Bu gün için, hem idari hem de adli yargıda son derece sorunlu bir uygulamaya sahip olan bilirkişi incelemesi en çok eleştirilen delil konumundadır. Bilirkişilerin hem sayı hem de uzmanlık alanına göre olan yetersizliği, bilirkişilerin teknik ve özel bilginin ötesine geçerek hukuki konularda yaptıkları değerlendirmeler, mahkemelerin bilirkişinin yapacağı incelemenin sınırlarını önceden tayin noktasındaki eksiklikleri bir bütün olarak bilirkişi incelemesinin sıkıntılı yönünü oluşturmaktadır. Bilirkişilerin örgütsel bir yapıya kavuşturulması, tarafsızlığı ve kendisine duyulan güveni zedeleyecek nitelikteki tutumları değerlendirilerek haklarında ciddi bir sicil kaydı tutulması ve kurumsal yapıya kavuşturulduktan sonra da adalet müfettişlerinin gözetim

ve denetimine tabi olmalarının bilirkişi incelemesi hususundaki tartışmaları azaltacağı görüşündeyiz.

Bir başka husus, idari yargı yerlerinde dava açılmadan önce delil tespiti yapıp yapılamayacağı konusudur. Danıştay'a göre idari yargı mercilerinden dava açılmadan önce talepte bulunulamaz. Söz konusu içtihadın idari yargı yerlerinin iş yükünü artırmamak ve adli yargının daha yaygın olması esasına dayandığı savunulabilirse de, bu gün için bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca, Adli Yargı Mahkemelerinde yapılacak tespitler başka sorunları da beraberinde getirmektedir; örneğin yapılacak tespitlerde tanık ifadelerine başvurulması gibi. Delil tespitinin uygulamadaki ihtiyaçları karşılamadaki yetersizliğinden olacak ki, Tasarıda idari dava açılmadan önceki delil tespiti taleplerinin adli veya idari yargı yerlerinden istenebileceği düzenlenmiştir.

İdari Yargıda, maddi gerçeklik bir idari işlemin hukuka aykırı olduğu ve dolayısıyla iptal edilmesi gerektiği ise, usul hükümlerinin uygulanmasında aşırı şekilcilik ve katılık idari yargının varlık amacının önüne geçerek hak kaybı veya hak kazanımına sebep olabileceğinden, Danıştay'ın delillerin yargılamaya dahil edilmesinde izlediği şekilci ve katı anlayış idari faaliyetlerin sofistike bir hal alması sebebiyle ihtiyaçların gerisinde kalabilmektedir.

İspat ve delillerin, İdari Yargılama Usulünün özellikleri açısından incelendiği bu çalışmada, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapılmak suretiyle düzenlenmeye çalışılan delillerin, Danıştay içtihatlarıyla idari yargının bünyesine uyumlaştırılması yerine, söz konusu müesseselerin İdari Yargılama Usulü'ne hakim olan ilkeler göz önünde bulundurularak, gelişen hukuk anlayışı ile birlikte ihtiyaçlar dikkate alınarak, idari yargı mevzuatımız içinde düzenlenmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

İdari Yargılamaya hakim olan ilkeler, idari yargı hakiminin sahip olduğu re'sen araştırma yetkisi de dikkate alınarak Hukuk Muhakemeleri Usulünden bağımsız bir

yargılama usulü geliştirilmedikçe, idari yargı denetiminin etkinliğinin sağlanması son derece güç olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Müslüm : “İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara-2008.
- AKILLIOĞLU, Tekin : “İnsan Hakları ve Yönetmelik Yargı”, **2.Ulusal İdare Hukuku Kongresi**, (İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri), Danıştay Yayınları, Ankara-1993.
- AKYOL, Leyla : “Medenî Usul Hukukunda Delillerin Tespiti”
Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Ankara-2003.
- ALAN, Nuri : “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, **İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu**, Ankara 1982.
- ALAN, Nuri : “İdari Yargının Sorunları ve Çözüm Yolları”, **Danıştay Dergisi**, Sayı-97, 1999.
- ALANGOYA, Yavuz : “**Medeni Usul Hukuku Esasları I**”, İlk Derece Mahkemelerinde Yargılama, Beta Yayınevi, İstanbul 2000.
- ANSAY, Sabri Şakir : “**Hukuk Yargılama Usulleri**”, 7. Bası, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, 1960.
- ARSLAN, Ramazan : “Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, Konuşmalar- Bildiriler- Tartışmalar, İzmir Barosu, 5-6-7-8 Nisan 2000, İzmir 2000.

- ARSLAN, Ramazan : “Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay’ın Katkısı”, Yargıtay 120. Kuruluş Yılı Sempozyumunda Sunulan Bildiri, **Yargıtay Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1-4**, Ocak-Ekim 1981.
- ASLAN, Memduh : “Vergi Hukukunda Delil Sistemi: İfade, İkrar ve Beyanın Delil Niteliği”, **Mali Pusula, Temmuz 2008**.
- ATAY, E. Ethem : “**İdare Hukuku**”, Ankara 2006.
- AZRAK, A.Ülkü : “İdarenin Yargısal Denetimine İlişkin Sorunlar”, **Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı**, 9-13 Ocak 2001, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2001.
- AZRAK, A.Ülkü : “Yargı ve İdare İki Fonksiyonun Karşılaşması Üzerine Teorik Bir Deneme”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası S. 1-4**.
- AZRAK, A.Ülkü : “İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler”, **Onar Armağanı**, İstanbul, 1977.
- BALTA, Tahsin Bekir : “**İdare Hukukuna Giriş**”, Sevinç Matbaası, Ankara 1970.
- BAŞBAKANLIK : “**İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslar arası Sempozyumu**”, Bildiriler, 17-18 Ocak 1998, Başbakanlık Yayını, Ankara 1998.
- BELGESAY, M. Reşit : “Tatil Günlerinde Keşif, Hakim Olmayan Bir Kimse Keşif İçin İstinabe Edilebilir mi? ”, **İstanbul Barosu Dergisi-1950**.

- BEREKET BAŞ, Zuhâl : “İdari Yargılama Usulü’nün Yazılılık ve Tanık İfadelerinin Noterlerce Alınması”, **Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, Sayı: 92, 15 Kasım 1996.
- BERKİN, Necmeddin : “Medenî Usul Hukuku Esasları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1969.
- BİLGE, Necip/
ÖNEN, Ergün : “**Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1978.
- BUDAK, Ali Cem : “**Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması**”, Beta Yayınevi, İstanbul 2000.
- CANDAN, Turgut : “**Açıklamalı İdari Yargı Usul Kanunu**”, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2005.
- CASSESE, Sabino : “La Giustizia Amministrativa in Italia (İtalya’da İdari Yargı)”, **II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi**, Bildiri Özetleri, 10-14 Mayıs 1993 Ankara, Danıştay Yayınları, Ankara 1993
- COŞKUN, Sabri/
KARYAĞDI Müjde : “**İdari Yargılama Usulü**”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan : “İdari Yargılama Usulünde Tanık Delilinin Yeri”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 3-4, Yıl 2003
- ÇIRAKMAN, Erol : “Hukuk Yargılama Usulünün İdari Yargıda Uygulanması”, **İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu**, Ankara 10-11-12 Haziran 1982, Danıştay Yayınları, Ankara 1982.

- DERYAL, Yahya : “**Türk Hukukunda Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporu Örnekleri**”, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001.
- DÖNMEZ, Burcu : “Yeni CMK’da Bilirkişi Kavramı”, **Dokuz Eylül Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 9, Özel Sayı, 2007.
- DÖNMEZER, Sulhi : “Memurin Muhakematı Bakımından Memur”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1943, C.9, S.1-4
- DUMAN, İlker Hasan : “Yargı Sistemimizin Kanayan Yarası: Bilirkişilik”, **Adalet Dergisi**, S:31, 1994.
- ELÇİM, Mustafa : “Hukuk Devleti Açısından İdari Yargılama Usulünde Kanıtlama Yöntemi ve Araçları”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2001.
- EREM, Faruk : “**Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (şerh)**”, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1996.
- ERKUT, Celal : “İYUK Çerçevesinde İdari Dava Türleri ve Bazı Usulü Değişiklikler”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.51, SY.1-4,1985.
- ERKUT, Celal : “Tespit Davasının İdari Bir Dava Türü Olarak Kabulüne İlişkin Uyuşmazlık Mahkemesinin Yaklaşımı”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi** 1989.
- ERMAN, Sahir : “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, SBOD, C.11, S.3-4, 1947.

- EROĞLU, Müzeyyen : “Türk Vergi Hukukunda Delil Sistemi”, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Konya 1998.
- GİRİTLİ, İsmet/
BİLGEN, Pertev/
AKGÜNER, Tayfun : “**İdare Hukuku**”, Der Yayınları, İstanbul 2001.
- GÖZLER, Kemal : “**İdare Hukuku**”, Cilt I, Ekin Kitabevi, Bursa 2003.
- GÖZLER, Kemal : “**İdare Hukuku**”, Cilt II, Ekin Kitabevi, Bursa 2003.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref : “**Yönetim Hukuku**”, Güncelleştirilmiş 14. bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2000.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref : “**Yönetimsel Yargı**”, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/
DİNÇER, Güven : “**İdari Yargılama Usulü**”, 2.Baskı, Ankara, 1999.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/
TAN, Turgut : “**İdare Hukuku**”, Cilt: I, Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 2. bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2001.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/
TAN, Turgut : “**İdare Hukuku**”, Cilt II, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
- GÜNDAY, Metin : “**İdare Hukuku**”, 8. baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2003.

- GÜNDAY, Metin : “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı” **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırılmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu**, Ankara 11-12 Mayıs 2001, Danıştay Yayını, No:63, Ankara 2003
- GÜRAN, Sait : “İdari Yargılama Usulü Üzerine Düşünceler”, **Prof.Dr. Tahsin Bekir Balta’ya Armağan**, AÜSBF ve TODAİE Yayını, 1974
- GÜRİZ, Adnan : “**Hukuk Başlangıcı**”, Gözden Geçirilmiş 5.Baskı Ankara-1996.
- HONDU, Selçuk : “İdari Yargılama Usulünde Tanık”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı**, 1-4 Mayıs 1990, Danıştay Yayınları, Ankara 1991.
- HONDU, Selçuk : “İdari Yargılama Usulünde Duruşma Yapılması ve Uygulamadaki Durum”, **Danıştay Dergisi, S.89**,1995.
- KAPLAN, Gürsel : “İdari Yargılama Hukukunda Usulü Kazanılmış Hak”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.76**, Mayıs-Haziran 2008.
- KARAKOÇ, Yusuf :Vergi Yargılaması Hukuku’nda Delil Sistemi”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1994.
- KAREVELİOĞLU, Celal : “**Değişiklik, Açıklama ve En Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu**”, İkinci Baskı, Trabzon 1996.

- KARAYALÇIN, Yaşar : “Bilirkişi ve Hakem Odaları Birliği”, **İstanbul’da Milletlerarası Tahkim Merkezi Kurulması Hakkında Adalet Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Kamu Taslakları**, Ankara 2001
- KAYA, Bora : “İdari Yargıda Deliller”, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi**, S.17, 1.Kitap.
- KILIÇOĞLU, Ahmet : “Yargıda Bilirkişi Çıkmazı”, **Ankara Barosu Dergisi**, C.43, S.5.
- KİPER, Osman : “**Hukuk Davalarında Kanıtlar**”, Adil Yayınevi, Ankara, 1995.
- KONURALP, Haluk : “**Medeni Usul Hukuku’nda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1999.
- KÖROĞLU, Hasan : “**En Son Değişikliklerle Uygulamada ve İctihatlarda Türk Mahkemelerinde Bilirkişilik ve Bilirkişi Kurumları**”, Seçkin Yayınları, Ankara 2001.
- KUMRULU, Ahmet : “**Vergi Yargılama Hukukunun Kuramsal Temelleri (Çoğaltma)**”, Ankara 1989
- KUNTER, Nurullah/
YENİSEY, Feridun : “**Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**”, 10.Baskı Beta Yayınevi, İstanbul 1998.
- KURU, Baki : “**Hukuk Muhakemeleri Usulü**”, Cilt.II, 6. baskı, Demir Yayıncılık, İstanbul 2001.

- KURU, Baki : “**Hukuk Muhakemeleri Usulü**”, Cilt.IV, 6. baskı, Demir Yayıncılık, İstanbul 2001.
- KURU, Baki : “**Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı**”, 1.Baskı., Alfa Yayınevi, İstanbul, 1995.
- KURU, Baki/
ARSLAN, Ramazan/
YILMAZ, Ejder : “**Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**”, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 10.Bası Ankara 1998.
- KÜÇÜK, Ç. Mücahit : “Genel Olarak Delil Kavramı Ve İdari Yargıdaki Uygulamaları,” Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2006
- MAVİOĞLU, Oral : “Bilirkişiye Başvurma Zorunluluğu ve Bilirkişi Raporları Konusunda Yargıcın Durumu”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1971/XXXVI/1-4.
- OĞURLU, Yücel : “Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Re’sen Araştırma İlkesi”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, 75. Yıl Armağanı-1998, C.II, S.2.
- OLGAÇ, Senai : “**Emsal İctihatlarla Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu**”, Ankara 1977
- ONAR, Sıddık Sami : “**İdare Hukukunun Umumi Esasları**”, Cilt I, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.

- ONAR, Sıddık Sami : “**İdare Hukukunun Umumi Esasları**”, Cilt III, 3.Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.
- OYTAN, Muammer : “Yargılamanın Yargılama Teknikleri ile Sınırlandırılması”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı**, 1-4 Mayıs 1990, Danıştay Yayınları, Ankara 1991.
- OYTAN, Muammer : “Türk ve Fransız Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, Keşif, Delil Tespiti, Anket Uygulaması ve Sahteliğin İleri Sürülmesi”, **Türk İdare Dergisi**, Yıl: 65, Sayı: 398, Mart 1993.
- ÖNEN, Ergun : “**Medeni Yargılama Hukuku**”, Anakara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1979.
- ÖZAY, İl Han : “**Günüşğında Yönetim**”, Alfa Yayınları, İstanbul 1996.
- ÖZAY, İl Han : “**Yargısal Korunma**”, 3.baskı, Alfa Yayınları, İstanbul 1999.
- ÖZDEŞ, Orhan : “İdari Yargı ve Yargılama Usulünün Özellikleri”, **Danıştay Dergisi**, Sayı: 12-13.
- ÖZKAN, Şener : “Vergi Yargılama Hukukunda Re’sen Araştırma İlkesi”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2005.
- ÖZYÖRÜK, Mukbil : “**İdari Yargı Ders Notları (Çoğaltma)**”, Ankara 1982.

- PARLAK, Bayram : “İdari Yargıda İspat ve İspata Yarayan Araçlar”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2006.
- PEKCANITEZ, Hakan : “**Medeni Usul Hukuku**”, Seçkin Yayınları, Ankara 2000.
- PEKCANITEZ, Hakan/
ATALAY, Oğuz/
ÖZEKES, Muhammed : “**Medeni Usul Hukuku**”, Seçkin Yayınevi, 2.Baskı, Ankara, 2001.
- PORRO,A :“İtalya’da Yönetmelik Yargı Sisteminin Kökenleri” (Çev. AYDIN,Ö.,D.,) **İdari Yargının Dünü Bugünü Sempozyumu**, Danıştay Yayınları, 1990.
- POSTACIOĞLU, İlhan : “**Medeni Usul Hukuku Dersleri**”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975.
- SANCAR, Mithat : “İdari Yargılama Usulü Kanununun 10. ve 11. Maddeleri Bağlamında İptal Davalarında Süre”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.23, S.1, 1990.
- SANCAR, Mithat : “Vergi Yargısında Dava Malzemesinin Toplanması ve İspat Yükü”, **Mali Hukuk Dergisi**, Kasım-Aralık 1989.
- SARICA, Ragıp : “**İdari Kaza**”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Yayınları, İstanbul, 1942.
- SEVİĞ, Veysi : “Vergi Hukukumuzda Maddi Delil Kavramı Konusundaki Gelişmeler”, **Maliye Dergisi**, C.26,Sayı: 7.

ŞENLEN,SUNAY

Süheylâ

: “**İdari Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler Karşısında İspat ve Delil Hususları**”, Kazancı Yayınları, İstanbul 1996.

ŞENGÜN,

Kemal Oğuz

: “Bilirkişi Sorumluluğu ve Sonuçları”, **Adalet Dergisi**, Yıl 1960, Sayı: 7.

TANKUT, Tuğrul

ERSOY, Uğur

: “Bilirkişinin Görevi ve Sorumluluğu”, **İMO (İnşaat Mühendisleri Odası) XV. Teknik Kongre**, Ankara 1999.

TANRIVER, Süha

: “Bilirkişinin Sorumluluğu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Ocak/Subat 2005

TANRIVER, Süha

: “**Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri ve Sorumluluğu**”, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2002.

TANRIVER, Süha

: “**Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları,1998

TOROSLU, Nevzat

: “**Ceza Muhakemesi Hukuku**”, Savaş Kitabevi, Ankara 1999.

TOSUN, Öztekin

: “**Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti**”, Yenilik Basımevi, İstanbul 1976.

TUĞSAVUL, Muhsin

: “İspat Külfeti, Kanuni Delillerle İkamesi”, **Adalet Dergisi**,1995/5.

- TÜRK DİL KURUMU : **Türkçe Sözlük**, 10.Baskı, Ankara, 2005.
- ULER, Yıldırım : **“İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları”**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları,1970.
- ULUKAPI, Ömer : “Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 9, Sayı 3-4, Yıl 2001.
- UMAR, Bilge : **“İspat Yükü”**, Yeniden Yazılmış Genişletilmiş 2. Bası, Kazancı Matbaacılık, İstanbul 1980.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim : **“Medeni Yargılama Hukuku”**, C.I-II, Yerel Mahkemelerde Yargılama, Kanun Yolları ve Tahkim, İstanbul 2000.
- YAVUZDOĞAN, Seçkin : “İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 31. Maddesi Çerçevesinde Medeni Yargılama Hukuku-İdari Yargılama Hukuku İlişkisi”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.
- YAYLA, Yıldızhan : “İdari Yargılamanın Özelliği”, **Atatürk’ün Yüzüncü Doğum Yıldönümünü Kutlama Sempozyumu**, Danıştay Yayınları, Ankara-1981.
- YAYLA, Yıldızhan : **“İdare Hukuku”**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
- YENİCE, Kazım/
ESİN, Yüksel : **“Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü”** Ankara, Arısan Matbaacılık, 1983.

- YILDIRIM, M.Kamil : “Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi”, Kazancı Yayınları, İstanbul 1990.
- YILDIRIM, Ramazan : “Türk İdari Yargısında Yargılamanın Yenilenmesi” **Prof. Dr.NURİ ÇELİK'e Armağan, C.1**, İstanbul 2001.
- YILDIRIM, Turan : “**İdari Yargı**”, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
- YILMAZ, Ejder : “İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi/Değiştirilmesi Yasağı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:40, sy.3-4,1983.
- YILMAZ, Ejder : “Hukuk Sözlüğü”, Genişletilmiş 5.Baskı, Ankara 1996.
- YILMAZ, Ejder : “Bilirkişiliğin Kurumsallaştırılması Hakkında Bir Kanun Taslağı”, **Bilirkişilik Sempozyumu**, Ankara, Kasım 2001.
- YORGANCIOĞLU, Erçetin: “Danıştay Yargılama Usulünde Re’sen İnceleme Yetkisi”, **İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I**, Danıştay Yayınları, Ankara 1976.
- YORGANCIOĞLU, Erçetin : “**Fransız İdari Yargı Hakiminin Dava Dosyasının Tekemmülü Safhasında Haiz Olduğu Yetkiler**”, (Çev.), DD., Cumhuriyet’in 50. Yılı Özel Sayısı, Ankara-1983.
- ZABUNOĞLU, Yahya : “İdari Yargılama Usulü: Genel İlkeler ve Pozitif Düzenlemeler”, **İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1982.
- ZABUNOĞLU, Yahya :“**İdari Yargı Hukuku Dersleri(Teksir)**”, Ankara, 1980-1981.