

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**HUKUK USULÜ MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN
İDARİ YARGIDA FARKLILAŞARAK UYGULANMASI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Birgül KİLİT

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Erdoğan BÜLBÜL

EYLÜL 2010

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	ii
KISALTMALAR	iv
RESUME	vi
ABSTRACT.....	xii
ÖZET	xviii
GİRİŞ	1
I. MÜNHASIRAN KANUNDAN KAYNAKLANAN FARKLILAŞMALAR.....	7
A. Hâkimlerle İlgili Olan Müesseseler: Hâkimin Davaya Bakmaktan Memnuiyeti ve Hâkimin Reddi	7
1. Memnuiyet ve Red Sebepleri	7
a. Memnuiyet Sebepleri	7
b. Red Sebepleri	11
2. Çekinme ve Red Usulü	17
a. Çekinme ve Reddin Mahkeme Gündemine Gelmesi	17
b. Çekinme ve Reddin Karara Bağlanması	19
B. İspat Hukuku ile İlgili Müesseseler.....	26
1. Bilirkişi	26
a. Bilirkişiye Başvurulabilecek Haller, Bilirkişilik Yapabilecek Kişiler, Bilirkişi Seçimi ve Sayısı.....	28
b. Bilirkişi İncelemesi, Bilirkişi Raporu, Bilirkişi Raporuna İtiraz ve Bilirkişi Raporunun Hukuki Değeri	36
c. Bilirkişinin Tarafsızlığı, Sorumluluğu ve Bilirkişi Ücreti.....	40
2. Delillerin Tespiti	44
a. Delillerin Tespitinin Talep Edilebileceği Zaman ve Delillerin Tespitinin Talep Edilebileceği Yargı Yeri	46
b. Delillerin Tespitinin Usulü.....	50
C. Kanunda Belirtilen Diğer Müesseseler.....	54
1. Üçüncü Kişilerle İlgili Olan Müessese: Davanın İhbarı	54
a. Davanın İhbarı Usulü	55
b. Davanın İhbarının Sonuçları	59
2. Hüküm Fıkrası ile İlgili Olan Müessese: Yargılama Giderleri	62
a. Yargılama Giderlerinin Kapsamı	65
b. Yargılama Giderlerinin Taraflara Yükletilmesi	69

II. ESAS İTİBARIYLA İÇTİHATTAN KAYNAKLANAN FARKLILAŞMALAR	75
A. Taraflara İlişkin Müessese: Ehliyet.....	75
1. Taraf Ehliyeti	78
a. Gerçek Kişilerin ve Tüzel Kişilerin Taraf Ehliyeti	78
b. Tüzel Kişiliği Bulunmayan Kamu Kuruluşlarının Taraf Ehliyeti.....	80
2. Dava Ehliyeti	82
a. Dava Ehliyetinin Objektif Şartları.....	82
aa. Gerçek Kişiler Bakımından Dava Ehliyetinin Objektif Şartları	82
bb. Özel Hukuk Tüzel Kişileri Bakımından Dava Ehliyetinin Objektif Şartları ...	86
cc. Kamu Tüzel Kişileri ve Tüzel Kişiliği Bulunmayan Kamu Kuruluşları Bakımından Dava Ehliyetinin Objektif Şartları	91
b. Dava Ehliyetinin Sübjektif Şartı: Menfaat İhlali	95
B. Davadaki Özel Durumlara İlişkin Müesseseler	103
1. Belirgin Farklılaşma: Feragat ve Kabul	103
a. Yapılışı, Yapabilecek Kişiler ve Sonuçları	105
b. iptal ve Tam Yargı Davaları Açısından Feragat ve Kabul	111
2. Teyide Muhtaç Farklılaşma: Karşılık Dava	115
a. Karşılık Davanın Şartları.....	116
b. Karşılık Davanın İdari Yargıda Uygulanabilirliği	119
SONUÇ	123
KAYNAKÇA.....	125
ÖZGEÇMİŞ	129

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
Any.	: Anayasa
Ass.	: Assemblée
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: Bent
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
c.	: Cümle
(c)	: -e karşı
CE	: Conseil d'Etat
Concl.	: Conclusions
DA	: Droit Administratif
DBB	: Danıştay Bilgi Bankası
DD	: Danıştay Dergisi
DİBK	: Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu
DİDDGK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
DİDDK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
DK	: Dernekler Kanunu
DKD	: Danıştay Kararları Dergisi
dn.	: Dip not
DVDDK	: Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu

DVDGK	: Danıştay Vergi Daireleri Genel Kurulu
E.	: Esas sayısı
e.t.	: Erişim tarihi
H.K.	: Harçlar Kanunu
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
IR	: Informations rapides
İBK	: İçtihadı birleştirme kararı
in.	: (bir yapıtın) içinde
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Matbaası
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar sayısı
KK	: Kooperatifler Kanunu
m.	: Madde
Mhk.	: Mahkemesi
MK	: Medeni Kanun
no.	: Numara
Obs.	: Observation
RDP	: Revue du droit public et de la science politique
Rec.	: Recueil Lebon (Recueil des décisions du Conseil d'Etat)
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
Sect.	: Section
SK.	: Sendikalar Kanunu
T.	: Tarih
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
Vd.	: Ve devamı
Y.	: Yıl

RESUME

En partant de l'article 1^{er} de la loi sur la création et les attributions du Tribunal des conflits, les ordres de juridiction peuvent être repartis en trois catégories : l'ordre de juridiction militaire, l'ordre de juridiction administratif et l'ordre de juridiction judiciaire.

Ces ordres de juridiction et notamment leurs procédures contentieuses sont régis par des lois différentes, tenant compte de leurs spécificités.

Bien qu'elles soient régies par des lois distinctes, ces procédures contentieuses ont des principes et institutions procédurales communs. Cette situation donne au législateur un choix. En effet, il peut réglementer ces procédures contentieuses, parfois par des lois distinctes et parfois en renvoyant à une autre loi de procédure contentieuse tout en leur consacrant une loi spéciale.

Dans le système juridique turc, il arrive que le législateur utilise ce processus : s'agissant de certaines matières, il préfère le renvoi à la réglementation détaillée des procédures considérées.

Il en est ainsi de la loi sur la procédure contentieuse administrative. Celle-ci contient des dispositions détaillées concernant le contentieux administratif, mais elle renvoi à la loi sur la procédure civile pour certaines procédures, indispensables aussi devant les juridictions administratives.

La loi sur la procédure contentieuse administrative, dans son article de renvoi qu'est l'article 31, pose le principe selon lequel, sauf disposition contraire de la loi en question, il sera fait application des dispositions de la loi sur la procédure civile pour toute question concernant la récusation des juges et leur inaptitude à siéger dans l'examen de l'affaire dont ils sont saisis, la capacité d'ester en justice, l'intervention, la dénonciation de litige, les mandataires des parties, le désistement et l'acquiescement, la caution, l'expertise, la visite des lieux, la constatation des preuves, les dépenses, l'assistance judiciaire et le maintien de l'ordre et de la discipline au cours des débats.

Certaines de ces dispositions de la loi sur la procédure civile, faisant l'objet du renvoi de l'article 31 de la loi sur la procédure contentieuse administrative, s'appliquent directement et sans problème en contentieux administratif. Les dispositions en question portent sur les mandataires des parties, l'assistance judiciaire, la caution, la visite des lieux, l'intervention et le maintien de l'ordre et de la discipline au cours des débats.

Cela dit, d'autres dispositions de la loi sur la procédure civile auxquelles renvoi la loi sur la procédure contentieuse administrative, ne peuvent pas être identiquement appliquées dans le contentieux administratif. Les spécificités de ce dernier font que les dispositions en cause de la loi sur la procédure civile s'y appliquent d'une

manière modifiée. Cela est dû parfois, aux dispositions explicites de la loi – essentiellement- sur la procédure contentieuse administrative et parfois, curieusement, à la jurisprudence elle-même.

L'étude essaie d'examiner de près, cette application modifiée de la loi sur la procédure civile en contentieux administratif, à la lumière de la jurisprudence – notamment- du Conseil d'Etat et sans négliger l'apport de la doctrine en la matière.

Dans la première partie de cette étude, est examinée l'application modifiée des dispositions en question de la loi sur la procédure civile dans le contentieux administratif, la modification étant due à la loi sur la procédure contentieuse administrative elle-même. Dans la seconde partie, c'est la modification résultant de la jurisprudence administrative qui fait l'objet de l'étude.

Dans la loi sur la procédure contentieuse administrative se trouvent des dispositions spéciales concernant la récusation des juges et leur inaptitude à siéger dans l'examen de l'affaire dont ils sont saisis, l'expertise, la constatation des preuves, la dénonciation de litige et les dépenses. Malgré le renvoi à la loi sur la procédure civile auquel procède l'article 31 de la loi sur la procédure contentieuse administrative, les dispositions spéciales concernant ces institutions procédurales empêche l'application pur et simple de la loi sur la procédure civile, le juge administratif devant appliquer d'abord les dispositions de la loi sur la procédure contentieuse administrative. D'où l'application modifiée de la loi sur la procédure civile en contentieux administratif.

Les institutions procédurales concernant la récusation et l'inhabilité des juges ont pour but de garantir l'impartialité des juges, au cas où des motifs sérieux rendraient leur impartialité douteuse dans le procès. La récusation et l'inhabilité des juges sont régies par les articles 28 à 36 de la loi sur la procédure civile. En raison de l'article de renvoi de la loi sur la procédure contentieuse administrative, ces articles de la loi sur la procédure civile doivent être appliqués aussi en contentieux administratif.

Cependant, il est nécessaire de prendre en considération que la récusation et l'inhabilité des juges font, en partie, l'objet des articles de la loi sur la procédure contentieuse administrative. Cette dernière montre, notamment, comment les allégations des parties sur la récusation des juges ou sur leur inhabilité sont emmenées devant la juridiction compétente et quelle est la juridiction compétente pour statuer sur ces allégations. Par conséquent, pour toute question concernant l'examen des demandes de récusation et d'inhabilité des juges et la juridiction compétente pour traiter ces demandes seront appliquées les dispositions en cause de la loi sur la procédure contentieuse administrative, et non celles de la loi sur la procédure civile.

Ainsi, la loi sur la procédure contentieuse administrative pose des nouvelles règles en ce qui concerne la récusation et l'inhabilité des juges en raison de l'organisation originale des juridictions administrative. Ces règles législatives conduisent à l'application –fût-ce en partie- modifiée des dispositions de la loi sur la procédure civile en contentieux administratif.

L'expertise est régie par les articles 275 à 286 de la loi sur la procédure civile. L'expert est une personne compétente, qui aide le juge lorsqu'il doit être renseigné sur des questions dont la solution exige des connaissances spéciales ou techniques. Les règles posées par la loi sur la procédure civile concernant l'expertise doivent être

normalement appliquées en contentieux administratif, puisque l'article 31 de la loi sur la procédure contentieuse administrative y fait référence.

Mais les règles posées par la loi sur la procédure contentieuse administrative font que les dispositions concernant l'expertise de la loi sur la procédure civile sont appliquées d'une manière modifiées en contentieux administratif.

La première raison de cette modification est l'article 31 de la loi sur la procédure contentieuse administrative. Selon cet article contrairement à ce qui se passe en matière civile, l'expert est nommé par le juge lui-même.

Deuxièmement, en vertu de l'article 2 de la loi sur la procédure contentieuse administrative, les juridictions administratives ne peuvent pas prendre des décisions susceptibles de supprimer le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Cette disposition empêche dans certains cas le recours à l'expertise.

Enfin, le principe de procédure écrite, posé en matière administrative par l'article 1^{er} de la loi sur la procédure contentieuse administrative conduit à ce que les règles et procédures sur l'expertise de la loi sur la procédure civile s'y appliquent différemment par rapport à la procédure civile.

La constatation des preuves, quant à elle, peut être évoquée lors d'un procès déjà pendant ou dans un procès éventuel et n'est admise que pour les moyens de preuves qui sont exposés à se perdre ou à devenir d'un emploi beaucoup plus difficile, s'il n'en est fait usage immédiatement. Pour ce faire, le juge peut procéder à la visite des lieux, à l'expertise et voir au témoignage. La constatation des preuves est régit par les articles 368 à 374 de la loi sur la procédure civile.

Selon la loi sur la procédure civile il est possible de demander la constatation des preuves avant tout procès. En revanche, selon l'article 58 de la loi sur la procédure contentieuse administrative, il n'est possible de demander la constatation des preuves devant les juridictions administratives que lors d'un procès déjà pendant devant ces mêmes juridictions. Alors, en contentieux administratif, c'est seulement après avoir intenté un recours devant une juridiction administrative que l'on peut demander la constatation des preuves.

En vertu des dispositions de la loi sur la procédure civile, le juge peut procéder à l'audition des témoins pour la constatation des preuves. Mais le principe de procédure écrite qui règne en matière de contentieux administratif, empêche l'audition des témoins dans les procès administratifs quand bien même que cela serait pour la constatation des preuves. En d'autres termes, cette spécificité du contentieux administratif, résultant de la loi sur la procédure contentieuse administrative conduit à l'application modifiée des dispositions concernées de la loi sur la procédure civile en matière administrative.

La dénonciation de litige est régie par les articles 49 à 52 de la loi sur la procédure civile. Selon ces dispositions, si l'un des parties estime avoir, en cas de perte du procès, un droit de recours contre un tiers, ou une action en garantie ou en dommages-intérêts, elle peut lui dénoncer le litige en l'invitant, soit à se joindre à elle comme tiers intervenant, soit à suivre lui-même le procès en vertu de sa procuration.

Le juge civil ne peut donc procéder d'office à la dénonciation de litige. En revanche, en vertu de l'article 31 de la loi sur la procédure contentieuse administrative le juge

administratif est dans l'obligation de le faire d'office. En raison de cet article, les dispositions de la loi sur la procédure civile, concernant la dénonciation de litige ne peuvent être appliquées en matière administrative que d'une manière modifiée.

Enfin, les frais et les dépens, constituent le dernier cas en ce qui concerne l'application modifiée des dispositions de la loi sur la procédure civile, en raison d'une disposition législative expresse. D'une manière générale, les frais comprennent les émoluments et les débours et les dépens, le remboursement de certains actes de procédure et éventuellement une participation aux honoraires de son mandataire. Tout cela est régi par les articles 413 à 426 de la loi sur la procédure civile.

La loi sur la procédure contentieuse administrative contient des dispositions sur les frais et dépens. Par exemple, la loi montre les actes à accomplir par le juge administratif si la partie qui en est requise ne fait pas l'avance des frais et des dépens ou ne le fait pas suffisamment. Pareillement on y trouve des dispositions concernant les frais de déplacement, des indemnités et le per diem, générés par des actes des procédures comme la visite des lieux, la constatation des preuves, l'expertise. Enfin une disposition de la loi en cause pose le principe selon lequel les frais de notification sont avancés par la partie intéressée. Tout ceci veut dire que ces dispositions de la loi sur la procédure contentieuse administrative empêcheront l'application des dispositions de la loi sur la procédure civile en contradiction avec ces premières.

Comme il a été déjà précisé, à l'origine de l'application modifiée de la loi sur la procédure civile en contentieux administratif se trouve, parfois, la jurisprudence.

La première institution procédurale appliquée en contentieux administratif de manière modifiée en raison de la jurisprudence est la capacité d'ester en justice.

Cela dit, cette application modifiée concernant la capacité d'ester en justice est parfois le résultat de la loi sur la procédure contentieuse administrative elle-même, même si ce texte a besoin d'être détaillé par la jurisprudence. A titre d'exemple on peut citer l'article 2 de la loi sur la procédure contentieuse administrative en tant qu'il exige que le requérant justifie un intérêt à agir pour saisir le juge d'un recours pour excès de pouvoir. Vu son contenu établi par la jurisprudence, cette exigence est propre au contentieux administratif. A part cela, des dispositions de la loi sur la procédure contentieuse administrative montrent comment le juge procédera si, au cours du procès, il se produit pour cause de décès ou pour toute autre raison, une modification dans la personnalité ou la qualité des parties.

En principe, seules les personnes physiques et les personnes morales ont la capacité d'ester en justice. On peut donc en déduire que les entités publiques n'ayant pas la personnalité morale ne peuvent ester en justice. Or, il n'en est rien. En effet, une décision d'unification de la jurisprudence rendue par le Conseil d'Etat, a permis à ces entités publiques d'agir en justice notamment en ce qui concerne les décisions qu'elles ont prises dans l'exercice de leurs fonctions. Ceci est une différence remarquable entre le contentieux administratif et la procédure judiciaire privée, étant entendu que cette jurisprudence écarte en contentieux administratif certaines règles concernant la capacité d'ester en justice, posées par la loi sur la procédure civile.

Comme il a été souligné plus haut, en contentieux administratif, la loi sur la procédure contentieuse administrative exigent à coté de la condition tenant à la capacité d'ester en justice une autre condition : le recours n'est recevable que si le

requérant a un intérêt donnant qualité à agir. Ni la définition ni le contenu de cette notion n'est donné par la loi. Et c'est la jurisprudence qui intervient pour remplir ce vide et cette intervention jurisprudentielle fait que les dispositions concernées de la loi sur la procédure civile ne s'appliquent pas identiquement en contentieux administratif.

L'application modifiée de la loi sur la procédure civile du fait de la jurisprudence est observée aisément pour certaines institutions procédurales. Pour d'autres, cette observation a besoin d'être confirmé.

Il est en effet facile de montrer comment les dispositions de la loi sur la procédure civile concernant le désistement et l'acquiescement sont appliquées de manière modifiée en contentieux administratif.

Le désistement et l'acquiescement sont régis par les articles 91 à 95 de la loi sur la procédure civile. Le désistement est l'acte par lequel une partie abandonne ses conclusions. L'acquiescement, quant à lui, est l'acte par lequel une partie se soumet aux conclusions de l'autre.

Sur ces deux institutions procédurales le Conseil d'Etat a une approche originale, qui prend en compte les spécificités des recours juridictionnels en matière administrative : les recours de plein contentieux se ressemblent beaucoup aux actions de droit civil. De ce fait, les dispositions de la loi sur la procédure civile portant sur le désistement peuvent être appliquées sans difficultés dans les contentieux de l'indemnisation autrement dit dans les recours de plein contentieux.

En revanche, il n'est pas possible d'affirmer la même chose à propos du recours pour excès de pouvoir. Selon le Conseil d'Etat, l'objectif principal du recours pour excès de pouvoir est le contrôle de légalité des actes administratifs. En partant de ce constat, le Conseil d'Etat considère qu'en matière de l'excès de pouvoir, les requérants ne peuvent se désister qu'à certaines conditions.

La haute juridiction distingue entre le recours pour excès de pouvoir ayant trait à un intérêt (ou un droit) personnel et celui qui intéresse l'intérêt public. Selon le Conseil d'Etat, si dans le premier cas les parties peuvent se désister, dans le second cas le désistement est impossible.

L'acquiescement aussi, est influencé par les spécificités du droit administratif. En contentieux administratif, les actes administratifs sont annulés de manière rétroactive. L'acte annulé par le juge est sensé n'avoir jamais existé. Par conséquent, pour que l'acquiescement de l'administration produise ses effets, il faudra que l'administration procède au retrait de l'acte administratif attaqué.

La demande reconventionnelle fait partie de ces institutions procédurales, régie par la loi sur la procédure civile, mais appliquées en contentieux administratif de manière modifiée. Cela dit cette modification n'est pas aussi perceptible qu'en matière de désistement et d'acquiescement.

On entend par la demande reconventionnelle la possibilité pour le défendeur de présenter, au cours du procès, une demande par laquelle il prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire. La demande reconventionnelle est régie par les articles 203 à 208 de la loi sur la procédure civile.

Il est à souligner avant tout que les décisions juridictionnelles concernant la demande reconventionnelle n'est pas nombreuses. Dans l'une de ces rares décisions, le Conseil d'Etat constate d'abord que la loi sur la procédure contentieuse administrative ne contient aucune disposition sur la demande reconventionnelle devant le juge du premier degré et que seule disposition la concernant est relative au recours en cassation. En conséquence, il décide que la demande reconventionnelle n'est pas recevable devant le juge du premier degré.

Cela veut dire que, pour la demande reconventionnelle devant les juges du premier degré, l'application modifiée en contentieux administratif des dispositions de la loi sur la procédure civile est, en réalité, la non-application desdites dispositions.

Tout ceci montre encore une fois que, parfois en raison des dispositions législatives explicites et parfois du fait de la jurisprudence administrative, les dispositions de la loi sur la procédure civile auxquelles renvoi la loi sur la procédure contentieuse administrative ne peuvent être appliquées telles quelles en contentieux administratif.

Cette application modifiée en contentieux administratif de la loi sur la procédure civile résultant de la jurisprudence peut être expliquée par le fait que le droit administratif est un droit jurisprudentiel. Cela étant, l'article 138 de la Constitution dispose que les juges statuent conformément à la Constitution, à la loi et au droit et selon leur conviction intime. En raison de cette disposition constitutionnelle et en présence des dispositions législatives explicites de renvoi, il est permis de douter de la pertinence de la conduite du juge administratif qui consiste à ne pas appliquer les dispositions de la loi sur la procédure civile telles qu'elles sont rédigées.

Pour pouvoir dissiper ces incertitudes, il faudra que les modifications en question résultant de la jurisprudence fassent l'objet des textes législatifs. C'est sans doute, ce qu'exigerait le principe de sécurité juridique.

ABSTRACT

In the Turkish Law System, According to Code of The Organization and The Duties of The Court of Jurisdictional Disputes, the regulation of jurisprudence, can be classified as, military jurisdiction, administrative jurisdiction and ordinary court's jurisdiction.

The legal regulations of these jurisdictions and particularly proceedings of these jurisdictions was made by considering their peculiar features and they have been regulated by different codes.

Even if the proceedings of these jurisdictions are regulated by different codes, they possess a set of common principles and institutions. This case offers different options to the legislator in makings regulations for the proceedings of these jurisdictions. The legislator can regulate judicial procedures in completely separate codes, the legislator can also choose to make a reference to a code of judicial procedure by another code of judicial procedure.

Looking to the Turkish Law System, it is observed that, the legislator has sometimes chosen to make a reference to a code of judicial procedure by another code of judicial procedure, although separate legislations of these procedures.

Indeed, the legislator, with the Code no. 2577; Code of Administrative Procedure, has made detailed regulations relating to administrative procedure and with the same Code, has made a reference to Code of Civil Procedure.

Code of Administrative Procedure, with its 31th article has made a reference to Code of Civil Procedure. By this reference, Code of Administrative Procedure has accepted the application of Code of Civil Procedure, in the absence of the provision in cases; challenge of judge and recusation of judge, competence, intervention of a third party to the trial, impleader attorney, withdrawal and recognizance of the appeal, warranty, cross action, expert, detection (estimate), perpetuating testimony, litigation costs, legal aid and the actions against the behaviors of the parties which are damaging the composure and the disciplinary of the court.

Some of the aforementioned institutions regulations, which are taking part in Code of Civil Procedure, can be applied directly and seamlessly in administrative procedure. These institutions are: Attorney, legal aid, warranty, detection (estimate), intervention of a third party to the trial and the actions against the behaviors of the parties which are damaging the composure and the disciplinary of the court.

However, some of the rules -corresponding to the rest of these institutions-prescribed by Code of Civil Procedure are not applicable in administrative procedure despite the reference of the 31th article of Code of Administrative Procedure. Indeed, due to the fact that the administrative procedure has its own peculiar features, the

application of Code of Civil Procedure in administrative procedure is modified. This modification is sometimes exclusively resulted from Code of Administrative Procedure and sometimes essentially resulted from case law.

The purpose of this study is to analyse this modified application by taking into consideration the debates of the doctrine and especially by examining the decisions of Council of State. In the first part of the study, the modified application of Code of Civil Procedure's institutions -to whom a reference has been made by Code of Administrative Procedure- in the administrative procedure by reasons of Code of Administrative Procedure is viewed. In the second part of the study, the modified application of Code of Civil Procedure's institutions -to whom a reference has been made by Code of Administrative Procedure- in the administrative procedure by reasons of case law is examined.

Code of Administrative Procedure, has a set of regulations relating to; challenge of judge, recusation of judge, expert, perpetuating testimony, impleader and litigation costs. In administrative procedure, these regulations which are existing in Code of Administrative procedure, requires a modified application from the regulations of Code of Civil Procedure relating to these institutions, despite the reference which takes place in the 31th article of Code of Administrative Procedure.

The challenge of judge and the recusation of judge are organized to ensure the impartiality of the judge, in some cases such as when its supposed that a judge can not remain impartial or when there is a doubt in impartiality of a judge. The regulations relating to removal and recusation of a judge take part in the articles between 28 and 36 in Code of Civil Procedure. By reason of the reference which takes part in Code of Administrative Procedure, as a rule, the regulations of the articles between 28 and 36 of Code of Civil Procedure will be applied in administrative procedure.

However, Code of Administrative procedure has regulated which authority will decide about the demands concerned of challenge of judge and recusation of judge when these demands come to court. Therefore, in administrative procedure, the authorities who will decide about the demands concerned of removal of a judge and recusation of a judge will not be determined according to Code of Civil Procedure but will be determined according to Code of Administrative Procedure.

The regulations of Code of Administrative Procedure, which take into consideration the organization of administrative courts, makes a partially modified application compulsory in the cases of challenge of judge and recusation of judge.

The regulations related to expert takes part in the articles between 275 and 286 of Code of Civil Procedure. Expert is the person who the judges benefit when a specific and technical knowledge is required for a case and when the judges do not have this specific and technical knowledge. Expert is one of the institutions that Code of Administrative Procedure has made a reference to Code of Civil Procedure. As a rule, the regulations of Code of Civil Procedure related to expert will be applied in administrative procedure.

However, because of some regulations taking part in Code of Administrative Procedure, the regulation relating to expert in Code of Civil Procedure, will be modified when it is applied in administrative procedure.

The first article, which leads this modified application is the 31th article of Code of Administrative Procedure. According to regulation of this article, contrary to regulations of Code of Civil Procedure, in administrative procedure, the expert is chosen per se by court or judge.

Secondly, according to the regulation of the 2nd article of Code of Administrative Procedure, administrative courts can not deliver a judgment by restricting discretionary authority of a administration. This article, in some cases, blocks the application of expert in administrative procedure.

Eventually, in administrative procedure, the principle of in writing which we found the 1st article of Code of Administrative Procedure, requires the modified application of regulations of Code of Civil Procedure related to expert.

The institution of perpetuating testimony is for determining and protecting evidences in a continuing case, before it's turn or in a case which will be brought to suit, material facts necessary for proof of evidence which are in the danger of disappearance or which will be difficult to obtain. These evidences will be determined and protected by witness, expert, detection or by other sorts of evidences. Perpetuating testimony takes part in the articles between 368 and 374 of Code of Civil Procedure.

Code of Civil Procedure has a regulation which allows to make demands for perpetuating testimony before filing a suit from ordinary courts. On the other hand, according to the 58th article of Code of Administrative Procedure, after filing a suit in administrative courts, perpetuating testimony can only be demanded from these courts. The result of this article is, perpetuating testimony can be demanded from administrative courts only if a suit is filed.

According to Code of Civil Procedure, it is possible to make perpetuating testimony by witness. But, because of the principle of in writing in administrative procedure, hearing a witness or testimony of a witness do not take place in administrative procedure. Thus, the principle of in writing also causes the modified application of perpetuating testimony regulations of Code of Civil Procedure in administrative procedure.

Between the articles 49 and 52 of Code of Civil Procedure, the impleader institution is regulated. This is a procedure under which one of the parties brings in a third party typically when that party thinks that according to court's decision he will have a right of recourse against a third party or the third party will have a right of recourse against him. Impleader is a declaration of one of the parties in which this party wants from a third party to intervene or to take his place and continue to the case.

In ordinary court's jurisdiction, ordinary courts can not impleader per se. In the other hand, in administrative procedure, according to 31th article of Code of Administrative Procedure, impleader is made per se by the administrative courts. In consequence, this article requires a modified application from the regulations of Code of Civil Procedure related to this institution.

In administrative procedure, litigation costs are also required a modified application from the regulations of Code of Civil Procedure related to litigation costs. Litigation costs are the charges that must be paid from the beginning to the end of a

case. Litigation costs are regulated between the articles 413 and 426 of Code of Civil Procedure.

Code of Administrative Procedure has regulated the actions that the administrative court will take against a party who did not pay at all or paid some part or not completing the missing amount of the litigation costs that have to be paid in advance at the time of bringing the suit. Furthermore, the Code has regulations related to detection, expert examination, expenditure on transport, amends and daily wages. Besides, with the Code, it has been accepted that affairs of notification and the costs of notification have to be paid in advance. So, in administrative procedure, the regulations of Code of Civil Procedure will not be applied.

As it is mentioned before, in administrative procedure, in some cases, the source of the modified application of Code of Civil Procedure's regulations is case law.

In administrative procedure, competence is the first institution which has a modified application from the regulations of Code of Civil Procedure essentially because of case law.

However, the modified application in competence -that needs to be detailed by case law- is sometimes because of a legal provision. Indeed, for instance, as a principle in both administrative jurisdiction and ordinary court's jurisdiction, competence is capacity to sue and capacity to be a party. With Code of Administrative Procedure, to file an action for rescission the benefit clause is added to these two competences. The benefit clause is also named as subjective competence. Besides this regulation, the proceedings about a change in nature or personality of a party has been regulated in Code of Administrative Procedure.

On principle, only natural and juristic persons have competence. Because of this principle, it can be said that public organizations -which are not considered as juristic persons- do not have competence. However, Council of State, with a landmark decision, has accepted that the public organizations which are not considered as juristic persons has competence in the proceedings that they made in accordance with their powers and duties. This landmark decision has made an exception to application of Code of Civil Procedure's regulations relating to competence in administrative procedure.

As it is mentioned before, in administrative procedure, Code of Administrative Procedure adds the benefit clause to capacity to sue and capacity to be a party. However, the meaning of benefit is not described in the Code. In administrative procedure, this loophole is completed by case law.

In administrative procedure, the modified application of Code of Civil Procedure resulted from case law can be easily observed for some institutions. On the other hand, for some institutions the modified application resulted from case law has to be affirmed.

The modified application of Code of Civil Procedure regulations relating to withdrawal of the appeal and acceptance of the appeal can be easily displayed.

Withdrawal of the appeal and acceptance of the appeal are regulated between the articles 91 and 95 of Code of Civil Procedure. Withdrawal of the appeal, is the

abandonment of one of the parties from his prayer of process. Acceptation of the appeal is, the acceptance of one of the parties prayer of process from other party.

Council of State examined withdrawal of the appeal and acceptance of the appeal by taking into consideration the features of administrative cases. According to this examination, administrative action for damages is the case which resembles the most to the private law cases among all the sorts of administrative cases. Because of this similarity, in administrative procedure, withdrawal of the appeal will be applied seamlessly in administrative actions for damages.

However, it is not possible to say the same thing about the action for rescission. Council of State states that the main purpose of action of rescission is to control the compatibility of the deed of administration with law. From this statement, Council of State arrives at the conclusion that, in action of rescission, persons can abandon their rights, which are existing in the substantive law, in some particular situations.

On this head, Council of State makes a classification. Action of rescission can be classified as the cases against a violation of a individual benefit's or right's and cases in which public benefits takes a more important part compared to violation of a individual benefit or right. According to this classification, in the first sort of case withdrawal of the appeal is possible but in the second sort of case withdrawal of the appeal is not possible.

Acceptation of the appeal is also affected by the features of administrative law. In administrative procedure, the decisions of rescission have their effects retroactively. It abrogates the voided deed of administrations from the date that the deed was made. To have the effects of acceptance of the trial, in action of rescission, the defendant administration has to retract his deed.

In administrative procedure, also, cross action has a modified application from the regulations of Code of Civil Procedure, because of case law. But this modified application is not clear as it is in withdrawal an acceptance of the appeal.

In cross action, in a continuing case, the defendant brings a suit against the plaintiff, in the same court, in the same file. The articles between 203 and 208 of Code of Civil Procedure is regulating the cross action.

First of all, it must be expressed that in the subject of cross action, the administrative courts have very few decisions. One of these few decisions, Council of State has cited that in Code of Civil Procedure, there is not an article which enables cross action in first instance but there is an article which enables cross action in the stage of appeal and decided that, in administrative procedure in the courts of first instance cross action is not applicable.

This means that, Council of State does not accept the application of cross action in first instance. So the modified application of this institution in administrative procedure is dormant of it's application.

As it is seen, despite the reference to Code of Civil Procedure, which is made by Code of Administrative Procedure, some of these institutions which are subject matters of the reference, have a modified application in administrative procedure, sometimes because of the Code and sometimes because of case law.

Administration Law is a case law. This can be the explanation of the modified application in administrative procedure which is resulted from case law. However, in the 138th article of the Constitution it is cited that, the judges will decide according to Constitution, code and their conscience beliefs. This article can be the reason to get suspicious about the modified application, resulted from case law, of Code of Civil Procedure despite the clear regulation which takes part in Code of Administrative Procedure.

To prevent the doubts that can be arise because of the modified application resulted from case law, to have legal regulations about this modified application will be conformable to the principles of certainty and predictability of the law and legal stability.

ÖZET

Türk Hukuk Sisteminde, yargı düzenleri, Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunu'nun 1. maddesinden hareketle askerî yargı düzeni, idari yargı düzeni ve adli yargı düzeni olarak sınıflandırılabilir.

Bu yargı düzenleri ve özellikle yargılama usulleri söz konusu yargı düzenlerinin kendilerine özgü özellikleri göz önünde bulundurularak farklı kanunlarla düzenlenmişlerdir.

Yargılama usulleri farklı kanunlarla düzenlenmiş olsalar da, bir takım ortak ilke ve müesseselere sahiptirler. Bu durum, kanun koyucuya, yargılama usullerine ilişkin düzenlemeler yapmada farklı seçenekler sunmaktadır. Buna göre, kanun koyucu, yargılama usullerini, tamamen ayrı kanunlarla düzenleyebileceği gibi, bir yargılama usulü kanunu ile başka bir yargılama usulü kanununa atıf yapmayı da tercih edebilir.

Türk Hukuk Sistemine bakıldığında, kanun koyucunun ayrı yargılama usulü kanunları çıkarmasına rağmen, bazen bu kanunlar ile başka yargılama usulü kanunlarına atıf yapma yoluna gittiği görülmektedir.

Gerçekten de, kanun koyucu 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda idari yargıya ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer vermiş ve yine aynı kanunda, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na yollama yapmıştır.

İdari Yargılama Usulü Kanunu, 31. maddesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na yapmış olduğu atıf ile, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde, hakimin 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 Kanunu hükümlerinin uygulanacağı kuralını getirmiştir.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yer alan atıf konusu müesseselerden bazısına ilişkin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri, idari yargıda, doğrudan ve sorunsuz uygulanmaktadır. Bu müesseseler: Tarafların vekilleri, adli yardım, teminat, keşif, davaya müdahale ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükununu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemlerdir.

Ancak, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesi ile yollamada bulunulan ve hemen yukarıda belirtilen müesseselerin dışında kalan müesseselere ilişkin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri, idari yargıda aynen uygulama alanı bulamamaktadır. Gerçekten, idari yargının kendine özgü özellikleri, sözü geçen maddede sayılan müesseselere ilişkin Hukuk Usulü Muhakemeleri

Kanunu hükümlerinin bazen münhasıran İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yer alan hükümler nedeniyle, bazen de, esas olarak, içtihat nedeniyle farklılaşarak uygulanmasına neden olmaktadır.

Söz konusu çalışma, bu farklılaşarak uygulanmayı, doktrinindeki tartışmaları göz ardı etmeden ve özellikle Danıştay kararlarını inceleyerek ele almayı amaçlamaktadır. Çalışmanın birinci bölümünde, İdari Yargılama Usulü Kanunu'yla atıf yapılan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin, idari yargıda, kanun nedeniyle farklılaşarak uygulanması ele alınmıştır. Çalışmanın ikinci bölümünde ise, İdari Yargılama Usulü Kanunu ile atıf yapılan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu maddelerinin, idari yargıda, içtihat nedeniyle farklılaşarak uygulanması incelenmiştir.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda; hâkimin memnuiyeti, hâkimin reddi, bilirkişi, delillerin tespiti, davanın ihbarı ve yargılama giderleri müesseseleri ile ilgili olarak bir takım özel düzenlemeler yer almaktadır. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda bulunan bu düzenlemeler, söz konusu müesseselerinin İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinde yer alan atfa rağmen, idari yargıda, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan bu müesseselere ilişkin düzenlemelerden farklılaşarak uygulanmasını gerektirmektedir.

Hâkimin memnuiyeti ve hâkimin reddi müesseseleri, hâkimlerin tarafsız kalamayacağı varsayılan veya hâkimlerin tarafsızlığından kuşku duyulan kimi durumlarda, hâkimlerin tarafsızlığını sağlayabilmek için düzenlenmişlerdir. Hâkimin memnuiyeti ve hâkimin reddine ilişkin düzenlemeler Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 28. ve 36. maddeleri arasında yer almaktadır. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yer alan atıf dolayısıyla, kural olarak, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 28. ve 36. maddeleri arasında yer alan düzenlemeler idari yargıda da uygulanacaktır.

Ancak, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda hâkimin çekinmesi ve hâkimin reddi istemlerinin mahkeme gündemine gelmesi üzerine, bu istemlerin hangi mercilerce karara bağlanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla, idari yargıda, hâkimin çekinmesi ve hâkimin reddi taleplerinin hangi mercilerce inceleneceği, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre değil, İdari Yargılama Usulü Kanunu'na göre belirlenecektir.

İdari Yargılama Usulü Kanunu, idari yargı yerlerinin örgütlenmesini dikkate alarak getirdiği düzenlemelerle, hâkimin memnuiyet ve hâkimin reddi müesseseleri açısından, idari yargıda, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinden kısmen de olsa farklı bir uygulama yapılmasını zorunlu hale getirmiştir.

Bilirkişi müessesesi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 275. ve 286. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bilirkişi; hâkim tarafından bilinmeyen özel ve teknik bir bilgiyi gerektiren bir konu olduğunda, hâkimin bilgisi ve uzmanlığından faydalandığı kişidir. İdari Yargılama Usulü Kanunu ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapılmış müesseselerden biri olan bilirkişilik müessesesi, idari yargıda, kural olarak, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki konuya ilişkin düzenlemelere göre uygulama alanı bulacaktır.

Ancak, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yer alan bazı düzenlemeler nedeniyle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun bilirkişi müessesesine ilişkin hükümleri, idari yargıda farklılaşarak uygulama alanı bulmaktadır.

Bu farklılaşmaya neden olan ilk madde, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesidir. Maddede yer alan düzenlemeye göre; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan düzenlemenin aksine, bilirkişi, mahkeme veya hâkim tarafından re'sen seçilir.

İkinci olarak, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca, idari mahkemeler idarenin takdir yetkisini kısıtlayacak şekilde karar alamazlar. Bu madde, kimi durumlarda bilirkişiye başvurulmasını engellemektedir.

Nihayet, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 1. maddesinde yer alan, idari yargıya hâkim olan yazılılık ilkesi, bilirkişi müessesesinin idari yargıda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan düzenlemelerden farklı uygulanmasını gerektirmektedir.

Delillerin tespiti müessesesi; görülmekte olan bir davada, sırası gelmemiş veya açılacak olan bir davada, ispatı gerekli maddi olgulara ilişkin delillerden ortadan kalkma tehlikesi ya da temin edilmesinin çok güç olması ihtimali bulunanlarının, tanık, bilirkişi, keşif veya diğer delillerle tespit edilmesi ve korunması amacına hizmet eder. Delillerin tespiti Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 368. ile 374. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, dava açılmadan önce de adli yargı yerlerinden delil tespiti yapılmasını istemeyi mümkün kılan bir düzenleme içermektedir. Buna karşılık, İdari Yargılama Usulü Kanunu 58. maddesi ile, idari bir dava açıldıktan sonra delillerin tespitinin ancak idari yargı yerlerinden istenebileceği kuralı getirilmiştir. Bu maddeden, idari yargı yerlerinden delil tespitinin ancak idari dava açıldıktan sonra istenebileceği sonucu çıkmaktadır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre, delillerin tespiti tanık dinlenmesi yoluyla da yapılabilir. Ancak, yine idari yargıya hâkim olan yazılılık ilkesi nedeniyle, idari yargıda tanık dinlenmesi ya da tanık ifadesi alınması yöntemleri bulunmamaktadır. Yani, yazılılık ilkesi de delillerin tespitine ilişkin Hukuk Usulü Muhakemesi Kanunu hükümlerinin idari yargıda farklılaşarak uygulanmasına neden olmaktadır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 49. ile 52. maddeleri arasında düzenlenmiş olan davanın ihbarı, görülmekte olan bir davada, davanın taraflarından birinin yargılama sonunda verilecek hükme göre üçüncü kişiye karşı ya da üçüncü kişinin kendisine karşı rücu hakkı doğacağını düşünmesi durumunda, davaya katılmasını ya da kendi yerine geçerek davayı takip etmesini üçüncü kişiye bildirmesidir.

Adli yargıda, yargı yerleri davayı re'sen ihbar edemezler. Buna karşılık, idari yargıda, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesine göre, davanın ihbarı, idari yargı yerlerince re'sen yapılır. Dolayısıyla, bu madde, davanın ihbarına ilişkin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin, idari yargıda farklılaşarak uygulanmasını gerektirmektedir.

Nihayet, yargılama giderleri, idari yargıda, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenlemelerden kanun nedeniyle farklılaşarak uygulama alanı bulan son müessesedir. Yargılama giderleri; bir dava nedeniyle, davanın açılmasından sona

ermesine kadar ödenen ücretlerdir. Yargılama harç ve giderleri, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 413. ile 426. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

İdari yargılama Usulü Kanunu'nda, dava açılırken peşin olarak verilmesi gereken harç ve posta ücretlerinin hiç yatırılmaması, eksik yatırılması veya tamamlanmaması üzerine idari yargı yerinin yapacağı işlemler düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra, kanunda, keşif, bilirkişi incelemesi, delil tespiti nedeniyle meydana gelen yol giderleri, tazminat ve gündeliklerle ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Ayrıca, tebliğ işleri ve tebliğlere ait ücretlerin ilgililer tarafından peşin ödeneceği kurala bağlanmıştır. Dolayısıyla, idari yargıda bu konulara ilişkin olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanmayacaktır.

Daha önce de belirtildiği gibi, idari yargıda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun farklılaşarak uygulanmasının kaynağında bazı durumlarda içtihat bulunmaktadır.

İdari yargıda, esas itibariyle içtihat nedeniyle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenlemelerden farklılaşarak uygulama alanı bulan ilk müessese ehliyetidir.

Ancak, ehliyet konusundaki farklılaşarak uygulanma -içtihatla ayrıntılanmaya muhtaç olsa da- bazen kanun hükmünden kaynaklanmaktadır. Gerçekten, örneğin, prensip olarak hem idari hem adli yargıda ehliyet, taraf ehliyeti ve dava ehliyeti olarak karşımıza çıkmaktadır, ancak, İdari Yargılama Usulü Kanunu ile, bunların yanına, iptal davaları açısından subjektif ehliyet olarak da adlandırılan menfaat şartı eklenmektedir. Bu düzenlemenin yanı sıra, dava devam ederken tarafların niteliğinde ya da kişiliğinde değişme olması halinde yapılacak işlemler de İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda düzenlenmiştir.

Prensip olarak, sadece gerçek ve tüzel kişilerin taraf ve dava ehliyeti vardır. Bu prensipten hareketle, tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşlarının taraf ve dava ehliyetlerinin olmadığı söylenebilir. Ancak, Danıştay, bir içtihadı birleştirme kararı ile, tüzel kişilikleri olmayan kamu kuruluşlarının görev ve yetkileri çerçevesinde gerçekleştirdikleri işlemlerle ilgili olarak taraf ve dava ehliyetine sahip olabileceklerine karar vermiştir. Bu içtihadı birleştirme kararı taraf ve dava ehliyeti bakımından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ehliyete ilişkin hükümlerinin idari yargıda uygulanmasına bir istisna getirmiştir.

Daha öncede belirtildiği gibi, idari yargıda taraf ve dava ehliyetinin yanına İdari Yargılama Usulü Kanunu ile subjektif ehliyet yani menfaat ihlali eklenmektedir. Ancak, menfaat kavramının tanımı yapılmamıştır. İdari yargıda bu boşluk içtihatlarla doldurulmaktadır.

İdari yargıda, içtihat nedeniyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun farklılaşarak uygulanması bazı müesseseler bakımından açıkça gözlemlenebilmektedir. Ancak, bazı müesseseler bakımından içtihatla meydana gelen bu farklılaşarak uygulanmanın teyid edilmesi gerekmektedir.

Feragat ve kabul müesseselerine ilişkin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin, idari yargıda içtihat nedeniyle farklılaşarak uygulanmasını belirgin bir şekilde ortaya koymak mümkündür.

Feragat ve kabul müesseseleri, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 91. ile 95. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Feragat, iki taraftan birinin netice

talebinden vazgeçmesidir. Kabul ise, iki taraftan birinin diğerinin netice talebine muvafakat etmesidir.

Danıştay, kararlarında feragat ve kabul müesseselerin, idari davaların özelliklerini dikkate alarak değerlendirmiştir. Bu değerlendirmeye göre, tam yargı davaları, idari dava türleri arasında, yapı itibarıyla özel hukuk davalarına en fazla benzeyen dava türüdür. Bu nedenle, tam yargı davaları özel hukuk davalarına yaklaştığı ölçüde idari yargıda, tam yargı davaları açısından feragat müessesesi sorunsuz olarak uygulanabilmektedir.

Ancak, iptal davaları açısından aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Danıştay, iptal davalarındaki temel amacın hukuka uygunluk denetimi olduğu saptamasını yapmaktadır. Bu saptamadan hareketle, iptal davaları açısından, kişilerin, maddi hukuk alanındaki haklarından vazgeçmesinin sadece belli durumlarda mümkün olduğu sonucuna varmaktadır.

Danıştay, bu konuda iptal davalarını, bireysel bir menfaatin veya hakkın ihlali iddiası ile açılan iptal davaları ve kamu yararı ağır basan iptal davaları olarak sınıflandırmaktadır. Bu sınıflandırmaya göre, bireysel bir menfaat veya hakkın ihlali iddiası ile açılan iptal davalarından feragat mümkündür. Buna karşılık, kamu yararının ağır bastığı iptal davalarından feragat mümkün değildir.

Kabul müessesesi de, idare hukukunun özelliklerinden etkilenmektedir. İdari yargıda, iptal kararları geriye etkilidir ve iptal edilen işlemi yapıldığı tarihten itibaren tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırır. İptal davalarında, idarenin kabulünün sonuç doğurabilmesi için davalı idarenin dava konusu işlemi geri alması gerekmektedir.

Karşılık dava müessesesi de, idari yargıda içtihat nedeniyle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer verilen düzenlemelerden farklılaşarak uygulama alanı bulur. Ancak, bu farklılaşarak uygulanma feragat ve kabul müesseselerinde olduğu kadar belirgin değildir.

Karşılık dava, açılmış olan bir davada, davalı tarafın davacıya karşı aynı mahkemede, aynı dosyada dava açmasıdır. Karşılık dava Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 203. ile 208. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Öncelikle, belirtmek gerekir ki, karşılık dava konusunda idari yargı yerleri tarafından verilmiş çok az sayıda karar bulunmaktadır. Danıştay, bu nadir kararlarından birinde, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda ilk derece davalarında karşılık dava biçiminde bir dava düzenlenmediğini, ancak, kanunun temyiz aşamasında karşılık davayı mümkün kılan bir düzenleme içerdiğini belirtmiştir ve idari yargıda ilk derece davalarında karşılık dava açılmayacağına karar vermiştir.

Bunun anlamı ise, Danıştay'ın, ilk derece davalarında karşılık davayı kabul etmediğidir. Yani, karşılık dava açısından farklılaşarak uygulanma, ilk derece davaları açısından hiç uygulanmama olarak gerçekleşmektedir.

Görüldüğü üzere, İdari Yargılama Usulü Kanunu ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na yapılmış olan atfa rağmen, atıf konusu müesseselerden bazıları kanundan bazıları içtihattan kaynaklanan nedenlerle idari yargıda farklılaşarak uygulama alanı bulmaktadırlar.

İctihattan kaynaklanan farklılaşarak uygulanma, idare hukukunun içtihat hukuku olması ile açıklanabilir. Ancak, Anayasa'nın 138. maddesinde, hâkimlerin

Anayasaya, kanuna ve vicdani kanaatlerine göre hüküm vereceği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yer alan açık düzenlemeye rağmen, bazı hükümlerin içtihat nedeniyle idari yargıda farklılaşarak uygulanmasına kuşkuyla bakılmasına neden olabilmektedir.

Doğabilecek bu kuşkuların önüne geçilebilmesi için, içtihat nedeniyle oluşan farklılaşarak uygulanmaların yasal düzenleme ile belirlenmesi hukuk güvenliği ve hukuki istikrar ilkelerine de uygun olacaktır.

GİRİŞ

Toplumsal yaşam, esas olarak, barış ve düzenin hakim olduğu bir ortamın varlığına dayalıdır. Bu ise, bu yaşamın aktörlerinin uyum içinde olmasına bağlıdır. Ancak, bu yaşamın aktörleri her zaman uyum içinde olamayabilmekte ve kendilerini, zaman zaman, toplumsal ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların aktörleri konumunda bulabilmektedir. Toplumsal yaşamın devamı, bu uyuşmazlıkların tükenmez olmasına tahammül edemez; bu yüzden bunların mümkün olan çabuklukla çözülmesi önemlidir. Bu uyuşmazlıkların çözümünde çeşitli yöntemler mevcut olmakla birlikte, bu yöntemlerin en etkili ve yaygın olanının yargı yoluyla uyuşmazlıkların çözümü olduğu açıktır. Toplumsal uyuşmazlıkların çeşitliliği, beraberinde farklı hukuk dallarını; bu hukuk dallarının özellikleri de, yargı yerlerinin çeşitliliğini gündeme getirmiştir. Bu olguyu pek çok ülkede görmek mümkündür. Türkiye de bu ülkelerden biridir. Gerçekten, Türkiye’de uyuşmazlıkların yargı yoluyla çözümü, bu uyuşmazlıkların özellikleri dikkate alınarak, birden fazla yargı düzenine bırakılmıştır. Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunu’nun birinci maddesinin 1. fıkrasındaki “Uyuşmazlık Mahkemesi; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile görevlendirilmiş, adli, idari ve askeri yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözmeye yetkili ve bu kanunla kurulup görev yapan bağımsız bir yüksek mahkemedir.” ifadesinden hareketle bu yargı düzenlerini, askerî yargı düzeni, idarî yargı düzeni ve adlî yargı düzeni olarak üç başlık altında toplamak mümkündür¹.

Askeri yargı düzeni, “(...) asker kişilerin askerî olan suçları ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerî mahallerde veyahut askerlik hizmeti ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçları²”; “askerî olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin işlem ve eylemlerden doğan

¹ Türk yargı düzeni içerisinde Anayasa yargısını ve hatta seçim yargısını da kabul etmek mümkünse de, sadece taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünü esas alarak bir ayırım yapmayı tercih etmiş bulunuyoruz.

² Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu m.9. Ayrıca bkz. ANY. m. 156.

uyuşmazlıkları³” konu edinmiş ve böylece askeri ceza yargısı ve askeri idari yargı şeklinde iki kola ayrılmıştır.

Bir toplumda huzurun sağlanabilmesi için kişilerin haklarının sadece birbirlerine karşı değil ve fakat idarenin hukuka aykırı işlem ve eylemlerine karşı da korunması gereklidir. Bireyleri idarenin bu nitelikteki eylem ve işlemlerinden korumaya yarayan en etkili yöntem hiç şüphesiz yargı denetimidir⁴. İşte, idari yargının konusunu bu yargı denetimi oluşturur.

Adli yargı ise, askerî ve idari yargının alanı dışında kalan, ceza hukuku ve özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünü konu edinir ve dolayısıyla ceza yargısı ve medeni yargı biçiminde ikiye ayrılır.

Türk Hukuk Sisteminde tüm bu yargı düzenleri, özellikle yargılama usulleri bakımından, kendilerine özgü özellikleri göz önünde bulundurularak ayrı ayrı ve hatta ilgili uyuşmazlıkların özellikleri dikkate alınarak birden fazla kanunla düzenlenmişlerdir⁵. Gerçekten, askeri yargıda, Askeri Yargıtay Kanunu ile, Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu; adli yargıda Ceza Muhakemesi Kanunu ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, nihayet idari yargıda da İdari Yargılama Usulü Kanunu ayrı alanları düzenleyen ve bazen tamamıyla bazen belli bir kısmı itibariyle yargılama usulü ile ilgili kuralları içeren kanunlardır. Ancak, yargılama düzenlerinin ayrı kanunlara tâbi olması, bu farklı yargı düzenlerinin, özellikle yargılama usulü bakımından ortak ilke ve müesseselere sahip olmasına engel değildir.

Yargılama usullerinin ortak ilke ve müesseselere sahip olmaları, yargılama usulü kanunlarının düzenlenişi bakımından özellikle iki ihtimali gündeme getirir. Bunlardan ilki, yargılama usullerinin tamamen ayrı kanunlarla düzenlenmiş olma ihtimalidir. İkinci ihtimal ise, ayrı kanunların varlığına rağmen, belirli konuların uygulanmasında, bir yargılama usulü kanununun, başka bir yargılama usulü

³ Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu m.20. Ayrıca bkz. ANY. m.157.

⁴ “İdarenin tutum ve davranışlarını hukuka uygunluğunu sağlamak için, çeşitli denetim yollarına başvurulmaktadır. Bilindiği gibi bunlar, idari denetim, siyasal denetim, kamu oyu denetimi ve yargı denetimidir. Denetim yolları içinde idarenin hukuka uygunluğunu sağlamada en etkin ve en nesnel olanı kuşkusuz yargı denetimidir.” (GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, TAN Turgut, İdare Hukuku C.2, Turhan Kitapevi, 2. bası, Ankara 2006, no.1.)

⁵ Bunlardan “Adli yargı-idari yargı ayrımını gerektiren nedenlerin en önemlisi, idarî davaların kendine has özellikleri nedeniyle ayrı yargılama kurallara tabi tutulması zorunluluğudur” ÇIRAKMAN Erol, Hukuk Yargılama Usulünün İdari Yargıda Uygulanması, in. İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara 10-11-12 Haziran 1982, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, s.112.

kanununa yollamada bulunmasıdır. Nitekim, Türk Hukuk sisteminde, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu ile idari yargı için ayrıntılı düzenlemeler yapılmış, ancak aynı kanunun 31. maddesi ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapılmıştır⁶.

Hemen belirtelim ki, idari yargı açısından bu sistem ilk olarak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu ile benimsenmemiştir. Gerçekten de, 3546 sayılı Danıştay Kanunu'nda ve bu kanunu yürürlükten kaldıran 521 sayılı Danıştay Kanunu'nda da yer verilen atıflar, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan bazı düzenlemelerin idari yargıda uygulanmasını mümkün kılmaktaydı. “3546 sayılı Danıştay Kanununun 44. maddesinde, tebligat işleriyle hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, bilirkişi incelemesi, keşif, üçüncü şahısların davaya müdahalesi, adli müzaheret hallerinde ve duruşmanın icrası sırasında tarafların sükunu ve inzibatı bozacak hareketlerine karşı yapılacak muamelelerde⁷” Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun uygulanacağı hüküm altına alınmıştı. 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 88. maddesinde “Bu kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahsın davaya müdahalesi, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, adli müzaheret hallerinde ve duruşmanın icrası sırasında tarafların sükûnu ve inzibatı bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun umumî hükümleri”nin uygulanacağı düzenlemesi yer almaktaydı. Ayrıca sözü geçen kanunun, 97. maddesinde “Muhakemenin iadesinde, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun süreye ait hükümleri kıyas yolu ile uygulanır” düzenlemesine; 99. maddesinin 4. fıkrasında ise, “Muhakemenin iadesi ve karar düzeltme istekleri; kanunda yazılı sebeplere dayanmıyor ise isteğin reddine karar verilir ve Hukuk Muhakemeleri Kanununun bu husustaki hükümlerine göre para cezasına da hükmolunur” düzenlemesine yer verilmekteydi. Görüldüğü üzere, 521 sayılı kanun ile 3546 sayılı kanunda atıf yapılmış olan müesseseler

⁶ Eroğlu'ya göre, “idari faaliyetlerin yapıları gereği esnek olması yanında devletin temel fonksiyonlarında meydana gelen değişim sonucu kamu hizmetlerindeki artışlar, İdari Yargıda yargılama usullerinin önceden etraflı bir şekilde düzenlenmesini adeta imkansız kılmaktadır” ve bu durum idari yargıda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndan yaralanmayı zorunlu hale getirmektedir (EROĞLU Yaşar, Danıştay Kanunuyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa Atıf Yapılmayan Hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin Danıştayda Uygulanışı, DD, S. 8, s. 24).

⁷ GÜNDAY Metin, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usullü, Danıştay Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara 2003, s.80.

çoğaltılmıştır. Kanun koyucu 521 sayılı Kanun ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıf yapılmasını “Danıştayın yargılama usulleri tasarıda yer almıştır. Ancak bu konuda sadece idarî kazanın özelliğinin gerektirdiği kurallar tesbit edilmiştir. Bunlar dışında kalan hususlarda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundan faydalanmak mümkün olduğundan tasarıda bunların tekrarlanmasının fuzuli olacağı düşünülmüş ve (...) adı geçen kanuna atıf yapmakla yetinilmiştir. Ancak (...) [3546 sayılı] Danıştay Kanununda (madde 44) yapılan atıf ihtiyacı tamamen karşılayamadığından, tasarının bu maddesinde daha geniş bir atıf yapılmak yoluna gidilmiştir⁸” şeklinde gerekçelendirmiştir.

Nihayet, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 31. maddesiyle “Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hakimin 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 Kanunu hükümleri uygulanır. Ancak, davanın ihbarı ve bilirkişi seçimi Danıştay, mahkeme veya hakim tarafından re’sen yapılır./ Bu Kanun ve yukarıdaki fıkra uyarınca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıfta bulunulan haller saklı kalmak üzere, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri uygulanır” düzenlemesi getirilmiştir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun idari yargıda uygulanması ile ilgili olarak sorulabilecek ilk soru, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 31. maddesinde atıf yapılmış müesseselere ilişkin hükümler dışında, idari yargıda konuya ilişkin boşluk bulunması halinde, bu boşluğun Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda yer alan hükümler ile doldurulup doldurulamayacağıdır. Doktrinde, kimi yazarlarca bu soru olumlu yanıtlandırılmıştır. Bu olumlu görüş uyarınca “[b]ir içtihat mahkemesi olan Danıştay’ın, yargılama yöntemi alanında karşılaştığı boşlukları hukukun genel ilkelerinden ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda yer alan hükümlerden yararlanarak doldurması doğaldır⁹”. Danıştay kararlarına baktığımız zaman, Yüksek Mahkemenin oldukça eski tarihli bir kararında “idarî kazada hâkimin adli esaslardan

⁸ GİRİTLİ İsmet/BİLGİN Pertev, Danıştay Kanunu, Kervan Yayınları, 1973, s.99.

⁹ GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e., no.508; EROĞLU, a.g.m., s.32.

ilham alması[nın] umumen kabul edilmiş” olduğu belirtilmiştir¹⁰. Ancak, Danıştay’ın bu karardan sonraki uygulamalarına baktığımız zaman, yukarıda belirtilmiş kararın aksi yönünde bir içtihadın oluştuğu görülmektedir. Gerçekten de, örneğin, Danıştay 5. Dairesi, 2006 tarihli bir kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda hüküm bulunmayan hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı durumların 2577 sayılı Kanun’un 31. maddesinde belirtilmiş olduğu ve belirtilen bu hususlar dışında kalan müesseselerin kanunda belirtilmemiş olduğu için uygulanamayacağına karar vermiştir¹¹. Yüksek Mahkemenin kararları doğrultusunda, İYUK’un 31. maddesinde yer alan atfın, HUMK’un tüm maddelerine değil, sadece 31. maddede yer verilmiş müesseselerine ilişkin kurallarına olduğu ortaya çıkmaktadır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin idari yargıda uygulanması ile ilgili olarak sorulabilecek ikinci soru da, İYUK’un 31. maddesinde yer verilmiş müesseselere ilişkin tüm HUMK hükümlerinin idari yargıda aynen uygulanıp uygulanamayacağıdır. İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 31. maddesinde yer verilmiş olan müesseselerden bir kısmına ilişkin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri idari yargıda doğrudan ve sorunsuzca uygulama alanı bulmaktadırlar. Bu müesseseler: Tarafların vekilleri, adli yardım ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sukûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler, teminat, keşif ve davaya müdahaledir. Gerçekten de, idari yargı yereri, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 31. maddesinde yer alan atıf nedeniyle, bu konularda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun uygulanacağını belirterek bu konulara ilişkin uyuşmazlıkları Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda yer alan kurallara göre çözümlenmektedirler. Örneğin, Danıştay 6. Dairesi, “2577 sayılı Yasanın 31.maddesi üçüncü şahısların davaya katılması halinde bu kanunda hüküm bulunmadığı takdirde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin

¹⁰ GÜNDAY, a.g.m., s.81.

¹¹ D.5.D., T.21.03.2006, E.2005/6556, K.2006/1354, DBB. (e.t. 16.08.2010); Danıştay 9. Dairesi de bir kararında “2577 sayılı Kanunun 31. maddesinde hangi hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa gidileceği[nin] tek tek sayıldığı”nı belirtmiştir. D.9.D., T.25.02.1992, E.1991/1860, K.1992/607, DD, S. 86, s. 500; aynı şekilde Danıştay 7. Dairesi bir kararında “2577 sayılı Kanunun 31 inci maddesinde, H.U.M. Kanununun uygulanacağı haller arasında, duruşmalar yer almamıştır. İdari Yargıdaki duruşmalara ilişkin esaslar 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda düzenlenmiş olup, taraf vekillerinin duruşmanın ertelenmesi isteminde öne sürdükleri erteleme sebeplerinin takdiri münhasıran mahkemeye aittir. Bu itibarla yükümlü şirket vekilinin, H.U.M. Kanunu uyarınca mahkemenin duruşmayı ertelemesi gerektiği yolundaki iddialarının hukuki dayanağı” olmadığı yönünde karar vermiştir. D.7.D., T.20.5.1992,E.1988/894, K.1992/1608, DD. S.86, s.400.

uygulanacağını hükme bağlamış olup Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 57.maddesinde de ‘Müdahil İltihak ettiği tarafla birlikte hareket eder’ hükmü yer almıştır. Dairemizin ... sayılı kararının yargılamanın yenilenmesi yoluyla yeniden incelenmesini isteyen ... davada davalı idarenin yanında davaya katılmış olduğundan ve davalı İstanbul Belediye Başkanlığının bu konuda bir isteği bulunmadığından yukarıda değinilen yasa hükümleri uyarınca yargılamanın yenilenmesi istemini¹², reddetmiştir.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz müesseseler dışında kalan müesseseler ise idari yargıda, idare hukuku ilkelerinin ve idari yargının özellikleri nedeniyle farklılaşarak uygulama alanı bulmaktadırlar. Çalışma konumuzu oluşturan bu farklılaşarak uygulanma, bazı müesseseler bakımından münhasıran kanundan kaynaklanmakta (I); bazı müesseseler bakımından ise esas olarak içtihattan kaynaklanmaktadır (II).

¹² D.6.D., T.30.09.1993, E.1983/1050, K.1983/2974, DBB (e.t. 10.08.2010); Tarafların vekilleri ile ilgili olarak bkz. DİDDGK, T.26.02.1999, E.1998/813, K.1999/322, DD, S.101, s.117; Adli yardım ile ilgili olarak bkz. D.10.D., T.18.04.2002, E.2002/1023, K.2002/1155, in. BAL Yakup/KARABULUT Mustafa/ŞAHİN Yahya, İdari Yargılama Usulü ile İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s.789; Keşif ile ilgili olarak bkz. D.10.D., T.27.01.1999, E.1996/668, K.1999/146, in. BAL/KARABULUT/ŞAHİN, a.g.e., s.784.

I. MÜNHASIRAN KANUNDAN KAYNAKLANAN FARKLILAŞMALAR

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun idari yargıda farklılaşarak uygulanmasının temelinde bazı durumlarda, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yer verilmiş hükümler, başka bir ifade ile İdari Yargılama Usulü Kanunu bulunmaktadır. Kanundan doğan bu farklılaşmalar, hâkimlerle ilgili olan müesseselerde, ispat hukuku ile ilgili müesseselerde, üçüncü kişilere ilişkin müessesede ve hüküm fıkrası ile ilgili müessesede karşımıza çıkmaktadır.

A. Hâkimlerle İlgili Olan Müesseseler: Hâkimin Davaya Bakmaktan Memnuiyeti ve Hâkimin Reddi

HUMK'a yapılmış olan atfa rağmen, hâkimlerle ilgili olarak, kanun nedeniyle idari yargıda farklılaşarak uygulama alanı bulan müesseseler, hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti (yasaklılığı) ve hâkimin reddi müesseseleridir.

1. Memnuiyet ve Red Sebepleri

Yasal düzenlemeler, hâkimin tarafsız kalamayacağı varsayılan ya da tarafsızlığından kuşku duyulan bazı hallerde hâkimlerin tarafsızlığını sağlayabilmek için hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi müesseselerini kabul etmiş; memnuiyet ve red sebeplerini ayrı ayrı göstermiştir.

a. Memnuiyet Sebepleri

Hangi hallerde hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olacağı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 28. maddesinde sınırlı (tahdidi) olarak belirtilmiştir¹³. Bu

¹³ KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 2001, C.I., s.81; MUŞUL Timuçin, Medeni Usul Hukuku, 2. baskı, Yetkin, Ankara 2009, s.58; ALANGOYA Yavuz/ YILDIRIM M. Kamil/ DEREN-YILDIRIM Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. baskı, Beta, İstanbul 2009, s.40; POSTACIOĞLU İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. bası, Sulhi Garan Matbaası Vârisleri

sınırlı sayma, İYUK m.31 hükmü uyarınca idari yargılama usulünde de geçerlidir. Danıştay 1. Dairesi bu hususu; “Açılan bir davada, hakimin taraflardan biri veya dava ile yakın ilgisinin bulunması halinde hakimin o davada tarafsız kalamayacağından endişe duyulur. Bu nedenle hakimin tarafsız kalamayacağı varsayılan veya tarafsızlığından kuşku duyulabilecek hallerde, hakimin kendi mahkemesinin yetki ve görevine giren belli bir davaya bakamayacağı kabul edilmiştir. Hakimin davaya bakmaktan çekinmesi, hakimin tarafsız kalamayacağı varsayılan ve kanun tarafından sayma yoluyla gösterilen hallerdir¹⁴” şeklinde ifade etmiştir. Memnuiyet hallerinin varlığı halinde hâkim taraflar talep etmeseler bile kendiliğinden çekinmek zorundadır (HUMK m.28/I).

Kanun bu halleri dört başlık altında toplamıştır:

(a) Hakim, kendisine ait olan veyahut doğrudan doğruya veya dolayısıyla alakadar olduğu davalara bakamaz (HUMK m.28/b.1). Kendisine ait olan dava ile kastedilen, hâkimin davacı ya da davalı sıfatını taşıdığı davalardır. Bu kural uyarınca, örneğin, “İdari yargıç, lojman tahsisi için yapmış olduğu başvuruyu reddeden yetkili makamın buna dair kararının iptali istemiyle açmış olduğu davanın görüm ve çözümünde, ilk derece yargıcı olarak görev yapamayacağı gibi; bu dava hakkında başka idari yargıçlar tarafından verilen karara karşı yapılan kanun yolu başvurularının görüşüldüğü kurulda da, görev alamaz¹⁵”.

Hâkimin bir dava ile doğrudan veya dolayısıyla ilgisi dava sonunda verilecek olan hükmün kendisine tesir etmesi ile ortaya çıkar. “Kendi binası ile birlikte çok sayıda binanın manzarasına engel olabilecek bir başka bina için verilen inşaat ruhsatının iptali istemiyle, diğer binanın maliklerinin; konutunun da bulunduğu adanın emlak vergisine esas metre kare asgari birim değerlerinin tespitine ilişkin takdir komisyonu kararının iptali istemiyle dava hakkı olanların (...) açmış oldukları

Koll. ŞTİ, İstanbul 1975, s.78; ÖNEN Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara 1979, s.89; BİLGE Necip/ ÖNEN Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s.212; BİLGE Necip, Medeni Yargılama Hukuku, 2. Bası, Sevinç Matbaası, 1967, s.95; PEKCANITEZ Hakan/ ATALAY Oğuz/ ÖZEKES Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 8. bası, Yetkin, Ankara 2009, s.149; KARAFAKİH İsmail Hakkı, Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1952, s.31; ÜSTÜNDAĞ Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, 4. bası, Beta, İstanbul 1989, s.119.

¹⁴ D.1.D., T.08.02.2008, E.2008/126, K.2008/181, www.kazanci.com. (e.t. 21.03.2010)

¹⁵ CANDAN Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 3. Baskı, Adalet, Ankara 2009, s.705.

idari davalar¹⁶ idari yargıcı doğrudan etkileyebilecek davalara örnek olarak verilmektedir.

Danıştay 5. Dairesine göre de; “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesinin yollamada bulunduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 28. maddesinin 1. bendinde, hâkimin kendisine ait olan veyahut doğrudan doğruya veya dolayısıyla ilgili olduğu davalarda davaya bakmaktan çekinebileceği hükme bağlanmış olup, konut tahsisine ilgili bu uyuşmazlıkta verilecek karar davacıyla aynı koşullarda bulunan hâkimlerin durumunu da ilgilendirmekte olduğundan (...) İdare Mahkemesi ve (...) Bölge İdare Mahkemesince davaya bakmaktan çekinilmesi yolunda verilen kararlar usule uygun¹⁷ olarak verilmiştir.

(b) Hâkimin, aralarında evlilik bağı kalkmış olsa bile, karısının davasında ve neseben veya sebeben usul fûrûunun veya üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) neseben veya kendisiyle sıhriyet bağı kuran evlilik ortadan kalkmış olsa bile, ikinci dereceye kadar (bu derece dahil) sebeben civar hısımlarının veya aralarında evlatlık bağı bulunanların davasına bakması yasaktır (HUMK m.28/b.2). Öncelikli olarak belirtmek gerekir ki, her ne kadar bentte “karısının” ifadesi kullanılmakta ise de, kadınlar da hâkim olabildiğinden bu ifadenin eşi olarak anlaşılması gerekmektedir¹⁸. Bentte yazılı olanların davasından anlaşılması gereken bu kişilerin davacı ya da davalı olarak yer aldıkları davalardır. İdari yargıda, ilk derecede idari sözleşmelerden doğan davalar dışında bu kişiler davalı olarak yer alamaz. Çünkü, idari yargının özellikleri nedeniyle ilk derecede idari sözleşmelerden doğan davalar dışında davalı her zaman idaredir. Ancak bu kişilerin davalı taraf olmasalar bile dava sonucundan etkilenme ihtimallerinin bulunduğu davalarda, davanın hâkimle dolayısıyla bir ilgisi olduğu kabul edilerek bu durum HUMK m.29/b.6 uyarınca bir red sebebi oluşturabilir¹⁹.

Doktrinde yer alan bir görüşe göre, hâkimin hısmı olan gerçek kişinin veya evlatlığının ortağı ya da yönetim kurulu üyesi olduğu bir tüzel kişinin taraf olduğu davada, HUMK m.28/b.2 hükmü uygulanamaz; yani böyle bir davada hakim

¹⁶ CANDAN, a.g.e., s.705-706.

¹⁷ D.5.D., T.15.05.1990, E.1990/129, K.1990/998, Danıştay Bilgi Bankası (e.t.02.08.2010)

¹⁸ Bkz. KURU, C.I, s.81. Emeklilik ile ilgili eski bir yasa da yer alan memurun karısı ve çocukları biçimindeki ifadenin memurun eşi ve çocukları biçiminde anlaşılması gerektiği yolunda bir Fransız Danıştay kararı için bkz. CE, 17.05.1999, M. Le Briquoir, AJDA 1999, s.618, Conc. D. CHAUVAUX.

¹⁹ CANDAN, a.g.e., s.707.

çekinmek zorunda değildir, fakat böyle bir durumda hâkim HUMK m.29/b.6 hükmüne göre reddedilebilir²⁰. Buna karşılık Danıştay bir kararında tam tersi görüşü benimseyerek, Bakanlar Kurulu kararının iptali için açılmış olan davada bir bakanın kardeşi olan Danıştay üyesinin (m.28/b.2'ye göre) davaya bakmasının yasak olmadığına ve m.29/b.6'ya göre de reddedilemeyeceğine hükmetmiştir²¹.

Tarafların vekili ya da avukatı ile hâkim arasında bu bent kapsamında olabilecek bir yakınlık HUMK'da hakimin memnuiyeti sebepleri arasında sayılmamıştır. Danıştay 9. Dairesi'ne göre de, "...hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi sebeplerinin davada taraf olanlar ile hâkim arasındaki hadiselerle münhasır kalacağı ve bunun taraflar dışında avukata teşmil edilemeyeceği şüphesizdir²²". Ancak, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 13. maddesi; "Bir hakim veya Cumhuriyet Savcısının eşi, sebep veya nesep itibariyle usul ve furuundan veya ikinci dereceye kadar (bu derece dahil) hısımlarından olan avukat, o hakim veya Cumhuriyet Savcısının baktığı dava ve işlerde avukatlık edemez" düzenlemesini getirmiştir. Bu düzenlemeye göre hâkim ile avukat arasında sözü edilen madde kapsamında bir yakınlık bulunması, avukatın, sözü geçen hâkimin görevli olduğu mahkemede dava takip etmesini engelleyecektir. Ancak, bu durum, hâkimin davadan çekinmesini gerektirmeyecektir.

(c) Hâkim, iki taraftan birinin, diğerinin vekili, vasisi veya kayyımı sıfatıyla hareket ettiği davalara da bakamaz (HUMK m.28/b.3). Vasisi olduğu kişi adına vesayet makamından izin alarak görev yaptığı mahkemede dava açan idari yargı hâkiminin durumu bu çekinme sebebine örnek olarak gösterilebilir.

(d) Hâkimin, dava sırasında yönetim kurulu üyesi bulunduğu derneğe, belediyeye veya diğer tüzel bir kişiye ait davaya bakması ise HUMK m.28/b.4 hükmü ile yasaklanmıştır. Doktrinde bazı yazarlar, Anayasa'nın 140/5. maddesinde yer alan "hâkimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, resmi ve özel hiçbir görev alamazlar" düzenlemesinden hareket ederek HUMK m.28/b.4'ün uygulama imkânı olmadığını savunmuşlardır²³. Ancak, hâkimlerin alabilecekleri görevler ve

²⁰ KURU, C.I, s.82.

²¹ DDK, T.30.04.1976, E.1976/97, in., KURU, C:I, s.82.

²² D.9.D, T.18.06.1970, E.1970/28, DD, S.2, s.259.

²³ Bkz. PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, a.g.e., s.151; ANSAY Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. baskı, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara 1960, s.51; KURU, C.I, s.84; ÖNEN, a.g.e., s.90;

koşulları özel kanununda gösterilmiştir. “Örneğin; idari yargıcın, bir konut yapı kooperatifinin yönetim kurulunda görev alması olanaklı olabilir. Böyle bir durumda; söz konusu kooperatifin davacısı olarak yer aldığı bir idari davaya, bu idari yargıç tarafından bakılması, fıkra kapsamına girmektedir²⁴”. Örnekleri çoğaltmak mümkün²⁵ olmakla beraber, sırf yukarıda verilmiş olan örnek göz önüne alındığında bile HUMK m.28/b.4’ün uygulama alanı olmadığı ifadesi kanaatimizce yumuşatılmalıdır²⁶. Burada, belirtelim ki, kanun, yönetim kurulu üyelerinin yönetim ve temsil yetkileri ile ilgilenmemiş, bir tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olmayı yasak için yeterli görmüştür.

HUMK’un 28. maddesinde yer alan ve sınırlı sayıda gösterilen hâkimin çekinme sebepleri bunlardan ibarettir. Yukarıda da belirtildiği gibi bu sebepler ve bu sebeplerin sınırlılığı İYUK m.31’de yapılmış yollama nedeniyle ve bu konudaki Danıştay içtihadı uyarınca idari yargı hâkimleri bakımından da geçerlidir.

b. Red Sebepleri

Hâkimin reddi sebepleri Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 29. maddesinde düzenlenmiştir. Hâkimin davaya bakmaktan çekinmesi sebeplerinin aksine, hâkimin reddi sebepleri sınırlı sayıda değildir. Kanun koyucu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 29. maddesinin 6. bendi ile genel bir red sebebi düzenleyerek 29. maddenin ilk beş bendinde yer verilmiş sebeplerden farklı durumların da red sebebi olarak değerlendirilebilmesine olanak tanımıştır²⁷. Şu halde, HUMK m.29’un ilk beş bendinin, altıncı bentte düzenlenmiş olan genel sebebin somutlaştırılmış örnekleri olduğu söylenebilir²⁸.

KURU Baki/ ARSLAN Ramazan/ YILMAZ Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 20. baskı, Yetkin, Ankara 2009, s.108; KARAFAKİH, a.g.e., s.32.

²⁴ CANDAN, a.g.e., s.707.

²⁵ Bilindiği gibi, ülkemizde yargı mensuplarını, dolayısıyla hakimleri bünyesinde barındıran tüzel kişiler ve bu tüzel kişilerde yönetim kurulu üyesi olan hakimler vardır.

²⁶ Nitekim Bilge ve Önen, bu hususu “Anayasanın 134. maddesi hâkimlerin kanunda belirtilenlerden başka genel veya özel hiçbir görev alamayacaklarını belirttiğine göre, usulün bu hükmünün pratik bir değeri hemen hemen yok gibidir” şeklinde daha yumuşak bir ifade ile dile getirmişlerdir (BİLGE/ÖNEN, a.g.e., s.213).

²⁷ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, a.g.e., s.43.

²⁸ Bkz.; POSTACIOĞLU, a.g.e., s.80; BİLGE/ÖNEN, a.g.e., s.217; BERKİN M. Necmeddin, Medeni Usul Hukuku Esasları, Hamle Matbaası, İstanbul 1969, s.42; BİLGE, a.g.e., s.100; MUŞUL, a.g.e., s.59;

Aşağıda açıklanacak olan hâkimin reddi sebeplerinin birinin varlığı halinde, hâkim taraflardan biri tarafından reddedebileceği gibi, kendi kendini de reddedebilir (HUMK m.29/I).

(a) Maddede red sebebi olarak gösterilmiş ilk durum hâkimin, davada iki taraftan birine nasihat vermiş veya yol göstermiş olmasıdır (HUMK m.29/b.1). Hâkimin taraflardan birine zamanasını def'ini ya da derdestlik ilk itirazında bulunmasını hatırlatması bu bentte düzenlenmiş olan red sebebine örnek olarak gösterilebilir. Ancak, idari yargılama usulünün özellikleri ve idari yargıda hakimin sahip olduğu yetkiler, bu tür örnekleri bu yargı düzeni bakımından anlamsızlaştırmaktadır. Diğer taraftan belirtelim ki, hakimin her önerisi de red sebebi olarak görülemez. Gerçekten örneğin, hâkimin taraflara avukat tutmalarını söylemesi bu bent kapsamında değerlendirilemez²⁹.

(b) Hâkimin, davada iki taraftan biri veya üçüncü şahıs muvacehesinde kanunen icap etmeden reyini beyan etmiş olması başka bir red sebebi olarak düzenlenmiştir (HUMK m.29/b.2). Hâkimin dava dosyasındaki tarafların dilekçeleri üzerine bu dilekçelerde yer alan görüşleri benimseyip benimsemediği hakkında notlar yazması HUMK m.29/b.2'ye örnek olarak gösterilebilir. Ancak, vermiş olduğu hüküm temyiz edilen ve üst derece mahkemesince bozulan ve geri gönderilen hâkimin bu bozma kararını incelediği sırada daha önce reyini belli etmiş olduğu gerekçesi ile reddi istenemez³⁰. Aynı şekilde, bozma incelemesi sonucu hükmün bir üst makamın önüne tekrar gelmesi durumunda, üst derece mahkemesi bozma kararı ile o dava bakımından reylerini belli ettiği gerekçesi ile reddedilemez. Çünkü, “mahkeme kararı netice itibariyle bir hukuki sonucu belirteceğine göre, ihsası rey mahiyetinde telâkki edilmesi mahkemelerin görevlerini kapsayan usul kanunlarının açık hükümlerine aykırıdır³¹”. Yine, kısmi davayı karara bağlamış olan hâkim, dava konusu edilmemiş diğer kısım için açılan davada önceki kısmi davada oyunu belli ettiği gerekçesiyle reddedilemez.

Maddeye göre hâkimin kanunen gerektiği için oyunu beyan etmiş olması (karar vermiş) olması hali bir red sebebi olarak değerlendirilemez. Nitekim Danıştay

²⁹ Bkz. BİLGE/ ÖNEN, a.g.e., s.215; ANSAY, a.g.e., s.51; BİLGE, a.g.e., s.98.

³⁰ “Bozmadan sonra hâkimin bozmaya uyması, Yargıtayın 2. temyiz incelemesi, karar düzeltme incelemesi sırasında « daha önce rey beyan edilmiş olduğu » gerekçesiyle ret isteminde bulunulamaz. 3.HD. 18.3.1969/1417-1250 (in, BİLGE/ ÖNEN, a.g.e., s.216, dn.10.)

³¹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.105.

23.12.2005 tarihli kararında; “Danıştay dava dairesinde görülmekte olan davada ayrışık oy kullanan üyenin, gerekçesini açıklaması kanunen gerekli olduğundan, salt bu nedene dayanılarak, soyut iddialarla, üyenin reddinin istenemeyeceğine³²” hükmetmiştir. Bu nedenle, örneğin “İhtiyati tedbir, ihtiyati haciz, delil tespiti veya adli yardım kararı vermiş veya bu taleplerin reddine karar vermiş olan hâkim, böyle bir karar vermiş olması nedeniyle reddedilemez³³.” İdari yargı açısından da bu örnekleri çoğaltmak mümkündür; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 14. maddesi uyarınca yapılan ilk inceleme sonucu dilekçenin reddedilmesi sonucunda süresinde yeniden dava açılması halinde bu ilk derece red kararı bir hâkimin reddi sebebi olarak kabul edilemez. Çünkü, burada hâkim kanun gereği bir inceleme yaparak karar vermiştir. Yürütmenin durdurulması kararı veren hâkimin de sırf yürütmenin durdurulması yönünde karar verdiği için reddedilememesi gerekir. Bilindiği üzere, yürütmenin durdurulması kararları gerekçeli olarak verilmek zorundadır³⁴. Yürütmenin durdurulması kararlarının gerekçeli yazılması kanundan doğan bir zorunluluk olduğu için, gerekçeli kararda hâkimin oyunu belli ettiği ileri sürülerek reddi istenemez³⁵.

Doktrinde, idari yargı açısından sık karşılaşılan bir durum olan, idarenin işlem tesis etmeden önce yapacakları işlemin doğruluğu konusunda görüş almak için veyahut davacı tarafın açacağı davanın ne gibi sonuçları olacağını öğrenmek için idari yargı hâkimleriyle görüşmeleri sonucunda hâkimlerin söylediklerinin hâkimin reddi sebebi olup olamayacağı değerlendirilmiştir. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca, hâkimin bu görüşmeler sonucu söyledikleri, içeriğine göre HUMK m.29/b.1 kapsamında ya da HUMK m.29/b.2 kapsamında değerlendirilebilir³⁶. Ancak, burada, bu tür görüşmelerin ve bu görüşmelerin içeriklerinin ispatının zor olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır.

³² DVDDK, T.23.12.2005, E.2005/2158, in, CANDAN, a.g.e., s.709, dn., 959.

³³ KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.106; BİLGE, a.g.e., s.99.

³⁴ 2577 sayılı Kanun m.27/b.2; “ Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilirler.”

³⁵ ASLAN, bir başka yazara(M. OYTAN’a) da atıf yaparak, yürütmenin durdurulması kararlarının gerekçeli olmasının yargıcın düşüncesini önceden açıklaması olmadığını belirtmektedir (ASLAN Zehreddin, İdari Yargı’da Yürütmenin Durdurulması, Alfa, İstanbul 1994, s. 46).

³⁶ KARAVELİOĞLU Celal, KARAVELİOĞLU Cemil Erdem, Açıklama ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu, 7. baskı, Karavelioğlu Hukuk Yayınevi, Ankara 2009, s.1024.

(c) Hâkimin, davada tanık, bilirkişi, hakem veya hâkim sıfatıyla dinlenmiş veya hareket etmiş olması HUMK m.29'da red sebebi olarak hüküm altına alınmıştır (HUMK m.29/b.3). Bilindiği üzere idari yargılama usulünde tanık dinlenmesi, bu kanunla HUMK'un tanıklıkla ilgili düzenlemelerine atıf yapılmadığından, söz konusu değildir. Doktrinde de kimi yazarlar tanık delilinin idari yargının bünyesine uymadığı için uygulanmadığını³⁷, kimi yazarlar da tanık delilinin yazılılık ilkesine aykırı olduğu için idari yargıda uygulanamayacağını belirtmişlerdir³⁸. Doktrinde, idari yargıda hakemle çözüm yönteminin kabul edilmediği belirtilmektedir³⁹. Bununla birlikte, Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun'un 1. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, "Özel kanun uyarınca hakeme başvurulmasının zorunlu olduğu hallerde, eğer hakemlik görevi hakim tarafından yerine getirilmiş ise bu merci, davanın konusuna göre, (...) adli veya idari yargı mercilerinden sayılır" yönündeki düzenleme böyle bir ihtimali dikkate almış görünmektedir.

Doktrinde, bir idari yargıcın özel işi nedeniyle bir idarede bulunduğu sırada, iki memurun tartışmasına tanık olması ve bu iki memur hakkında açılan disiplin soruşturmasında tanık olarak dinlenmesi ve soruşturma sonucunda disiplin cezası verilmesi yönünde işlem yapılması halinde bu işlemin iptali için tanık olarak dinlenen hâkimin görev aldığı mahkemede dava açılması hali HUMK m.29/b.3'e örnek olarak gösterilmiştir⁴⁰. Kanaatimizce bu örneği HUMK m.29/b.3 kapsamında değerlendirmek mümkün değildir. Çünkü, maddede yer verilmiş red sebebinin oluşabilmesi için hâkimin davada tanık sıfatıyla hareket etmiş olması aranmıştır. Söz konusu örnekte ise, hâkim bir soruşturmada tanık sıfatıyla dinlenmiştir. Dolayısıyla bu, HUMK m.29/b.3 kapsamında değil ve fakat HUMK m.29/b.6 kapsamında bir red sebebi örneği olabilir.

Buna karşılık, örneğin Danıştay'da görülen bir davada bilirkişilik yapmış olan biri, Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa, m. 155/3⁴¹ uyarınca Danıştay üyesi olarak atanır ve davanın görüldüğü dairenin üyesi olarak göreve başlarsa, bu durum, bu davada bir red sebebi olacaktır.

³⁷ GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e., no.709; GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitapevi, 22. bası, Ankara 2005, no.562.

³⁸ CANDAN, a.g.e., s.709.

³⁹ CANDAN, a.g.e., s.709.

⁴⁰ KARAVELİOĞLU/KARAVELİOĞLU, a.g.e., s.1023.

⁴¹ "Danıştay üyelerinin (...) dörtte biri, nitelikleri kanunda belirtilen görevliler arasından Cumhurbaşkanı tarafından seçilir"

Aynı şekilde, daha önce başka bir davada karar veren veya karara katılan hâkimin bir süre sonra aynı konuda bir başka mahkemede karar verecek konumda olması da, red sebebi olacaktır. Örneğin, bir davayı karara bağlayan hâkimin, daha sonra bir üst mahkemeye hâkim olarak atanması üzerine, daha önce bakmış olduğu davanın kanun yolu incelemesi için önüne gelmesi halinde bu hâkim reddedilebilir. Örneği somutlaştıracak olursak; bir davayı karara bağladıktan sonra bölge idare mahkemesi üyeliğine atanan hâkim, ilk derece hâkimi olarak vermiş olduğu bu karara karşı bölge idare mahkemesine itiraz edilmesi durumunda ya da bu hâkimin Danıştay üyeliğine atanması ve ilk derece hâkimi olarak katılmış olduğu bir kararın temyiz veyahut karar düzeltme incelemesi sırasında önüne gelmesi durumunda, artık bu hâkim için HUMK m.29/b.3 kapsamında bir red sebebi oluşur. Belirtelim ki, bu red sebebi HUMK m.29/b.3'ten ziyade İYUK'ta ve hatta Danıştay Kanunu'nda yer alan düzenlemelerden kaynaklanmaktadır. Gerçekten de, bu konuda, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 3. maddesinin 3. fıkrası ile, İYUK'un 45. maddesinin 6. fıkrası hükümlerinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. 2576 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 3. fıkrasına göre "(...) Mahkeme başkanlarının kanuni sebeplerle yokluğunda, başkanlığa en kıdemli üye vekalet eder, aynı sebeplerle üye noksanlığı ise, bölgedeki idare ve vergi mahkemesi hâkimlerinden kıdem sırasına göre tamamlanır (...)" İYUK m.45/6'ya göre ise "tek hâkimli mahkemede hüküm veren hâkim, aynı davanın itiraz yoluyla bölge idare mahkemesince incelenmesinde bulunamaz." Buna göre, 2576 sayılı Kanun'un 7. maddesi uyarınca tek hakimle çözümlenecek bir davada karar veren veya İYUK m.45'te sayılan konularda karar veren heyete katılan hâkimin üye noksanlığı nedeniyle Bölge İdare Mahkemesinde görevlendirilmesi ve tek hâkim ya da mahkeme üyesi sıfatıyla vermiş olduğu kararın itiraz yoluyla bu Bölge İdare Mahkemesi önüne gelmesi olanağı mevcuttur. Ancak, İYUK'un 45/6. maddesi böyle bir ihtimalde, bu durumda olan bir hâkimin Bölge İdare Mahkemesi heyetinde yer almasına izin vermemektedir. Aynı şekilde Danıştay Kanunu'nun 17. maddesinin 3. fıkrasına göre; "(...) İdare ve vergi dava dairelerinin ilk derece mahkemesi olarak verdikleri kararların temyiz ve itiraz yoluyla incelenmesinde, bu dairelerin başkan ve üyeleri kurul toplantısına katılamazlar. Aynı şekilde, iki dava dairesinin birlikte yapacakları toplantıda verilen kararların

incelenmesinde, kurul bu iki dava dairesinin dışındaki dava dairelerinin asıl ve yedek üyelerinin katılımıyla toplanır⁴².

Buna karşılık görevsizlik veya yetkisizlik kararı verdikten sonra görevli veya yetkili mahkemeye tayin edilen hâkimin daha önce görevsizlik veya yetkisizlik nedeni ile reddetmiş olduğu dava önüne geldiğinde artık bu hâkimin daha önce aynı dava için hâkim sıfatıyla hareket ettiği gerekçesiyle reddi istenemez⁴³. Çünkü gerek görevsizlik kararı gerek yetkisizlik kararı verirken hâkim davanın esası hakkında bir incelemede bulunmamıştır.

(d) Davanın, hâkimin dördüncü dereceye kadar (bu derece dahil) civar hısımlarına ait olması halinde de hâkim reddedilebilir (HUMK m.29/b.4).

(e) Dava sırasında hâkim ile taraflardan biri arasında bir dava veya düşmanlık bulunması da HUMK'un 29. maddesi uyarınca bir red sebebidir (HUMK m.29/b.5). Maddede dava sırasında dendiği için davadan önce taraflardan biri ile hâkim arasında karara bağlanmış bir dava varsa ve bu dava kesinleşmiş ise artık bu dava hâkimin reddi sebebi sayılamaz. Uygulamada, dava taraflarından biri bu hükümden faydalanmak için, hâkim aleyhine dava açabilir. Böyle bir durumda, davanın hâkimin reddi sebebi için açılmış olma ihtimali göz önünde bulundurularak bir değerlendirme yapılması ve davanın bu bentte yer verilmiş red sebebinin sağlaması için açılmış olduğunun tespit edilmesi durumunda artık red sebebinin gerçekleşmemiş kabul edilmesi gerekir⁴⁴.

(f) HUMK'un 29. maddesinin son bendinde, genel olarak hâkimin tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektiren önemli sebeplerin bulunması hâkimin reddi sebepleri arasında sayılmıştır (HUMK m.29/b.6). Bu bent ile genel bir red sebebi düzenlenmiştir. Bu hüküm çerçevesinde değerlendirilebilecek bir red

⁴² Doktrinde, bu düzenlemelerden İYUK m.54/6 hükmünün, idari yargılama usulü için ek bir çekinme sebebi olduğu da ileri sürülmektedir. (Bkz. KARAVELİOĞLU/KARAVELİOĞLU, a.g.e., s.1022.) Böyle durumlarda, hâkimin kanuni düzenlemeler nedeniyle, Bölge İdare Mahkemelerinde veya Danıştay'da karara katılmaması gerektiği ve bunun yolunun da çekinme olduğu söylenebilir de, yine kanundaki açık düzenleme (HUMK m.29) nedeniyle hâkimin kendi kendisini reddi yoluyla aynı sonuca ulaşılması mümkündür. Çekinme sebeplerinin sınırlılığı ve HUMK m.29/b.3 hükmü karşısında bunun bir red sebebi olduğu sonucuna varmak gerekmektedir. Nitekim, bu örnek doktrinde de bir red sebebi örneği olarak gösterilmektedir. (Bkz. CANDAN, a.g.e., s.1024)

⁴³ Bkz. BİLGE/ÖNEN, a.g.e., s.126; KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.106; BİLGE, a.g.e., s.99; KURU, C.I, s.91.

⁴⁴ KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.107; POSTACIOĞLU, a.g.e., s.81; BİLGE/ÖNEN, a.g.e., s.217; KURU, C.I, s.94.

sebebinin olup olmadığı red talebini inceleyen hâkim tarafından her olayın özelliğine göre takdir edilir. Hâkimin dava taraflarından birinin nişanlısı olması, hâkimin dava taraflarından biri olan derneğin üyesi olması, hâkimin dava taraflarından birinin borçlusu ya da alacaklısı olması bu hükme örnek olarak gösterilebilir.

2. Çekinme ve Red Usulü

a. Çekinme ve Reddin Mahkeme Gündemine Gelmesi

Çekinme ve red mahkeme gündemine iki şekilde gelebilmektedir: Ya hâkim çekinme veya red sebeplerinin varlığını belirleyip konuya ilişkin kuralları uygulamaya sokmakta ya da davanın taraflarından biri veya tümünün bu yönlerde talepte bulunması konuyu mahkeme gündemine getirmektedir. HUMK'un 29 vd. maddelerinde hâkimin bizzat kendisini reddi ile tarafların red talepleri ve bu taleplerin nasıl yapılacağı ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Buna karşılık, aynı ayrıntılı düzenlemeye hâkimin davaya bakmaktan çekinmesi konusunda rastlanmamaktadır. Bununla birlikte, 28. maddenin 1. fıkrasının ikinci cümlesinde hakimin “talep edilmese bile bizzat istinkafa mecbur” olduğu şeklindeki hüküm, bir yandan, hakimin talep olmadan da çekinmek zorunda olduğunu; diğer yandan da, tarafların hakimlerin çekinmesi istemiyle mahkemeye dilekçe verebileceklerini göstermektedir.

Doktrinde, taraflarca her zaman ileri sürülme ve re'sen nazara alınma gibi hususlar dışında çekinme sebeplerinin ileri sürülmesinde ve incelenmesinde red hakkındaki hükümlerin kıyasen ve uyduğu oranda uygulanacağı kabul edilmektedir⁴⁵. Nitekim, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 57. maddesinde hâkimin reddi ile ilgili çeşitli olasılıkları dikkate alan bazı düzenlemelere yapıldıktan sonra, maddenin son fıkrasında “Davaya bakmaktan çekinme halinde diğer bir hâkimin görevlendirilmesi ile mahkemenin noksan üyesinin tamamlanması veya görevli mahkemenin belirlenmesinde yukarıdaki hükümler uygulanır.” düzenlemesine yer verilerek, çekinme halinde noksan üyenin tamamlanması veya görevli mahkemenin belirlenmesi bakımından hâkimin reddini düzenleyen hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir⁴⁶.

⁴⁵ BİLGE/ÖNEN, a.g.e., s.214.

⁴⁶ Danıştay 5. Dairesi ise, hakimin kendiliğinden çekinmesi halinde verilen merci kararlarının temyizi ile ilgili olarak “hakimi çekinmeye davet söz konusu olduğunda, HUMK'nun 34. maddesinin son fıkrası uyarınca bu durum hakimin reddi olarak kabul edildiğinden, böyle bir durumda hakimin reddine ilişkin hükümlerin uygulanması olanaklı iken, hakimin çekinmesi halinde hakimin reddine

Hâkim, HUMK m.29’da düzenlenmiş red sebeplerine dayanılarak taraflarca reddedilebileceği gibi, maddede yer alan sebeplerden birine dayanarak kendini de reddedebilir. Taraf vekilinin, hâkimin reddi isteminde bulunabilmesi için bu konuda açıkça yetkilendirilmiş olması gerekir (HUMK m.33/1).

Hâkimin reddi istemi dilekçe ile yapılır (HUMK m.34/2). İdari yargıda, hâkimin reddi istemli dilekçe İYUK m.4’te gösterilmiş yerlere verilmelidir. Red istemli dilekçede, bu istemin dayandırıldığı durum, olay ve delillerin açıkça gösterilmesi, ayrıca varsa belgelerin eklenmesi gereklidir (HUMK m.34/2). Red isteğinden vazgeçilmesi geçerli değildir (HUMK m.34/3)⁴⁷.

HUMK m.34/1’de yer alan düzenlemeye göre, hâkimin reddi sebebini bilen tarafın red isteğini en geç ilk oturumda, red sebebini davaya bakıldığı sırada öğrenmiş olması halinde en geç ondan sonraki ilk oturumda yeni bir işlem yapılmadan bildirmesi gereklidir. Söz konusu düzenlemede ayrıca belirtilen bu sürede yapılmayan red istemlerinin dinlenmeyeceği hüküm altına alınmıştır. İdari yargılama usulünde duruşma yapılması istisnai bir durum olduğu için bu süreler idari yargı açısından uygulanamaz. Kanaatimizce, idari yargıda hâkimin reddi bu sebebin öğrenilmesinden hemen sonra yapılmalıdır. Doktrinde, idari yargıda hâkimin reddi isteminin davanın karara bağlanmasına kadar her zaman yapılabileceği savunulmuştur⁴⁸.

Mahkemeye verilmiş olan hâkimin reddine ilişkin dilekçe davanın karşı tarafına tebliğ edilir. Karşı taraf bu dilekçeye beş gün içinde cevap verebilir. Bu cevap alındıktan sonra ya da beş günlük sürenin cevap verilmeksizin geçmesi halinde, yazı işleri müdürü, red istemli dilekçeyi varsa eklerini ve karşı tarafın cevabını dosya ile birlikte reddi istenen hâkime verir. Hâkim beş gün içerisinde dosyayı inceleyerek istemin yerindeliği hakkında görüşünü yazılı olarak bildirir ve dosyayı yetkili merciine gönderilmek üzere yazı işleri müdürüne verir (HUMK m.34/4).

ilişkin hükümlerin uygulanacağına dair mevzuatta bir hüküm bulunmamaktadır.” saptamasını yapmaktadır (D.5.D., 05.12.2006, E.2006/5533, K.2006/5950, DD, S. 115, s.185.).

⁴⁷ Bununla birlikte, doktrinde, hâkimin reddi isteminden feragatin mümkün olduğu savunulmuştur. Bkz. ÖZDEŞ Orhan, Hâkimin Reddi İsteminde Bulunmaya Yetkili Olanlar, Reddi Hâkim İsteminden Feragat ve Hâkimin Reddi Kararlarının Düzeltmesi, DD, S.5, s.34.

⁴⁸ CANDAN, a.g.e., s.711.

Hakkında red talebi bulunan hâkim, bu talep hakkında karar verilene kadar söz konusu davaya bakamaz. Ancak, yürütmenin durdurulması gibi gecikmesinde zarar umulan iş ve davalara bakabilir. Hakkında daha önce yapılmış olan red talebi reddedilen hâkimin aynı durum ve olaylara dayanılarak tekrar reddi halinde, bu durum hâkimin davaya bakmasına engel teşkil etmez (HUMK m.36/2).

b. Çekinme ve Reddin Karara Bağlanması

Hâkimin⁴⁹ davadan çekinmesi ve reddi konusunda İYUK'un 56 ve 57. maddelerinde ayrıntılı denilebilecek düzenlemelere yer verilmiştir. Ancak, bu düzenlemeler çekinme ve reddin karara bağlanmasını⁵⁰ tüm yönleriyle ele almış değildir. Dolayısıyla, sorun, bu düzenlemeler yanında, bunlarla çelişmeyen ve İYUK, m. 31 ile yollama yapılmış olan konuyla ilgili HUMK hükümleri çerçevesinde çözüme kavuşturulacaktır.

Bu çerçevede, her şeyden önce belirtilmelidir ki, hâkimin çekinmesini gerektiren sebeplerden birinin bulunması halinde, hâkim taraflarca talep edilmemiş olsa bile, davaya bakmaktan çekinmek zorundadır. Ancak, HUMK'un 30. maddesinde yer verilmiş olan düzenleme uyarınca “davaya bakmaktan memnu bulunan hâkim ancak iki tarafı teşkil edenlerin cümlesinin sarih ve tahriri muvafakatleri ile muhakemede hazır bulunabilir (...)”. Yani, davaya bakması yasak olan hâkim, tarafların (davacının ve davalının) açık ve yazılı muvafakatleri ile davaya bakabilir⁵¹. Ancak, tarafların bu yönde muvafakatlerinin bulunması hâkimin davaya bakmasını da gerektirmez. Daha açık şekilde ifade edecek olursak, tarafların bu yönde bir muvafakati olmasına rağmen hâkim davaya bakmaktan çekinebilir. Doktrinde de, madde metninde yer alan “muhakemede hazır bulunabilir” ifadesinin bu konuda hâkime seçme hakkı bıraktığı, tarafların bu yöndeki anlaşmalarının hâkime davaya bakma zorunluluğu yüklemeyeceği ifade edilmiştir⁵².

⁴⁹ HUMK'un 37. maddesinde zabıt katibinin de hâkimin reddine ilişkin sebeplere dayanılarak reddedilebileceği, bu ret istemi hakkında zabıt katibinin görev yaptığı mahkemenin karar vereceği ve bu istem hakkında mahkemece verilen kararın kesin olduğu hüküm altına alınmıştır. Ancak, idari yargıda zabıt tutulmadığı dolayısıyla da zabıt katibi bulunmadığı için HUMK'un bu hükmü idari yargıda uygulama alanı bulamayacaktır.

⁵⁰ Hâkimin çekinmesine ilişkin kararlar harçtan muaftır (Harçlar Kanunu m.13/b).

⁵¹ “Bu muvafakat dava açıldıktan sonra verilebilir. Tarafların dava açılmadan önce davaya bakması yasak olan bir hâkimin davaya bakmasına muvafakat etmelerine ilişkin sözleşme geçersizdir” (KURU, C.I, s.85, dn.27).

⁵² BİLGE/ÖNEN, a.g.e., s.214; Bu halde tarafların muvafakatlerinin hâkimin davaya bakmasını gerektirmeyeceği yönünde bkz. POSTACIOĞLU, a.g.e., s.79; ÜSTÜNDAĞ, a.g.e., s.120. Davaya

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda çekinme ve reddin mahkeme önüne geldikten sonra hangi makam tarafından incelenip karara bağlanacağı Danıştay ve diğer idari mahkemeler bakımından ayrı ayrı ele alınarak gösterilmiştir.

Buna göre, idare mahkemelerinin, vergi mahkemelerinin ve bölge idare mahkemelerinin tek hâkimle görülen davalarda red istemi, reddedilen hâkimin katılmadığı idare veya vergi mahkemesince incelenir (İYUK m.57/1). Bölge idare mahkemelerinin idare mahkemelerinin ve vergi mahkemelerinin başkan veya üyeleri hakkında yapılan red talepleri, ilgili başkan veya üyenin katılmadığı bölge idare mahkemesi, idare mahkemesi ve vergi mahkemesince incelenir (İYUK m.57/2). İdare ve vergi mahkemelerinde birden çok başkan ve hâkim için red talebinde bulunulmuş ise, bu red talebi mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesince incelenir. Bölge idare mahkemelerinde birden fazla başkan ve hâkim için red talebinde bulunulmuş ise red istemi Danıştay tarafından incelenir (İYUK m.57/3). Red istemi kabul edilirse işin esası red istemini inceleyen mahkeme veya Danıştay tarafından karara bağlanır (İYUK m.57/4). Davaya bakmaktan çekinme halinde başka bir hâkim görevlendirilerek noksan üye tamamlanır ya da yukarıdaki kurallar uygulanarak görevli mahkeme belirlenir (İYUK m.57/5).

Davaya bakmakta olan Danıştay dairesi başkan ve üyelerinin⁵³ çekinme ve reddi halinde, bu başkan ve üyeler hariç tutularak, o daire kurulu tamamlanır ve çekinme ya da red istemi incelenir. Çekinme veya red istemi kabul edilirse, işin esası hakkında bu istemi inceleyen kurul tarafından karar verilir (İYUK m.56/1). Bu hükmün uygulanabilmesi için çekinen ya da reddedilen hâkim sayısı en fazla iki olmalıdır. Çünkü çekilen ya da reddedilen başkan veya hâkim sayısının ikiden fazla olması halinde yapılacak inceleme hakkında özel bir düzenleme bulunmaktadır. Bu

bakmaktan yasak olan hâkimin, tarafların açık ve yazılı muvafakatleri olmamasına rağmen davayı görmeye devam etmesi halinde, çekinme sebebinin doğduğu andan itibaren hâkimin yapmış olduğu bütün işlemler bir üst mahkemenin kararı ile iptal edilebilir. Bu hâkimin vermiş olduğu hüküm ve kararlar ise, her halükarda iptal olunur. Ayrıca, bu durumda, hâkim muhakeme masraflarına da mahkûm edilebilir (HUMK m.30. Doktrinde, yargılama giderlerinden hâkimlerin sorumlu olması meselesinin, hâkimlerin sorumluluğu hakkında açılacak yeni bir dava ile ele alınabileceği belirtilmiştir: BİLGE/ÖNEN, a.g.e., s.215; ANSAY, a.g.e., s.51.; KURU, C.I, s.86). Maddede hâkim tarafından yapılan işlemlerin mutlak olarak iptal edilmesi öngörülmemiştir. Doktrinde de belirtildiği üzere bunun sebebi, doğru olan işlemlerin tekrar yapılarak zaman kaybedilmesinin ve gereksiz masraf yapılmasının önüne geçilmek istenmesidir (PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, a.g.e., s.152). Anayasanın 141. maddesinin son fıkrasına göre de “Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.”

⁵³ Danıştay tetkik hâkimleri ve savcılarını sebeplerini bildirmek koşuluyla davadan çekinebilirler ayrıca taraflarca da reddedilmeleri mümkündür. Danıştay tetkik hâkimi ve savcılarını hakkındaki çekinme ve ret istemleri davaya bakmakla görevli dairece incelenerek karara bağlanır (İYUK m.56/5).

düzenlemeye göre, çekinen veya reddedilen hâkim sayısı ikiden fazla ise bu hâkimlerin çekinme ya da red istemleri idari dava dairesi başkan ve üyeleri için, İdari Dava Daireleri Kurulunda; vergi dava dairesi başkan ve üyeleri hakkında çekinme veya red istemi Vergi Dava Daireleri Kurulunda incelenir. Çekinme veya red istemini inceleyen kurula çekinen ya da reddedilen başkan ve üyeler katılamaz. Kurulun üye noksanı diğer dava dairelerinden tamamlanır. 5183 sayılı Kanunla birlikte Danıştay'da birden fazla başkan veya hâkimin reddi ya da çekinmesi taleplerini inceleyecek kurul oluşumu ve yapısı değiştiğinden, doktrinde de belirtildiği üzere, kurul üye noksanının diğer dairelerden tamamlanacağı yönündeki hükmün uygulama alanı kalmamıştır⁵⁴.

Red sebebinin muhtemel görülmesi red talebinin kabulü için yeterlidir (HUMK m.34/6). Hâkimin reddi istemi zamanında yapılmamışsa, red sebebi veya inandırıcı kanıt gösterilmemişse ya da red isteminin davayı uzatmak amacıyla yapıldığı açıkça anlaşılıyorsa red isteminin kabul edilmeyerek geri çevrilmesine karar verilir (HUMK m.35). Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda red isteminin geri çevrileceği hallerde, bu istemin reddedilen hâkim tarafından, toplu mahkemelerde müzakereye katılarak, tek hakimli mahkemelerde de reddedilen hakimin kendisi tarafından geri çevrilmesine karar verileceği hüküm altına alınmıştır (HUMK m.35/2). Ancak bu hüküm, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda hâkimin reddi istemi hakkında karar verecek olan merci belirtilmiş olduğu için (İYUK m.56-57) idari yargıda uygulanamaz⁵⁵. Red istemi yerinde görülmezse reddedilen hâkim davaya bakmaya veya kurula katılmaya devam eder. HUMK m.36'da yer verilmiş düzenleme uyarınca red talebinin, kötüniyetle yapıldığının anlaşılması ve esas yönünden kabul edilmemesi hâlinde, talepte bulunanların her birine mahkemece idarî para cezası verilir (HUMK m.36/4). Ayrıca, hâkim hakkında aynı davada aynı tarafça tekrar ileri sürülen red talebinin reddi hâlinde verilecek olan idarî para cezası, daha önce verilen idarî para cezasının iki katından az olamaz (HUMK m.36/5).

Çekinme veya red isteminin kabul edilmesi halinde, bu istemleri inceleyen kurul işin esası hakkında da karar verir. (İYUK m.56/2). İdari Dava Daireleri Kurulu ve Vergi Dava Daireleri Kurulu Başkan ve üyelerinden bir kısmının davaya bakmaktan çekinmesi veya reddi halinde noksan üyelikler diğer dava dairelerinden

⁵⁴ CANDAN, a.g.e., s.712.

⁵⁵ Bkz. CANDAN, a.g.e., s.714.

tamamlanır (İYUK m.56/3). İdari ve Vergi Dava Daireleri Kurullarının toplanmasına engel olacak sayıda red ya da çekinme isteminde bulunulması İYUK'un 56. maddesinin 4. fıkrasında yasaklanmıştır.

Doktrinde, hâkimin davaya bakmaktan çekinmesine ilişkin kararların uygulamada kesin kararlar olarak nitelendirildiği ve bu kararlara karşı kanun yoluna gidilemeyeceğinin kabul edildiği belirtildikten sonra; aslında çekinme kararlarının yetkisizlik ve görevsizlik kararları gibi nihai kararlar olduğu bu sebeple de bu kararlara karşı kanun yoluna gidilebilmesi gerektiği savunulmuştur. Bu görüş uyarınca, bu kararların kanun yoluna tâbi olması halinde, HUMK'un 28. maddesinde sınırlı sayıda belirtilmiş olan çekinme sebeplerine uyulup uyulmadığı üst mahkemece denetlenebilir ve böylece çekinme serbestisinin de önüne geçilmiş olur⁵⁶.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 35. maddesinin son fıkrasında hâkimin reddi ile ilgili verilmiş merci kararlarına karşı istinaf ve temyiz yoluna ancak hükümlerle birlikte başvurulabileceği hüküm altına alınmış, 36/A maddesi ile de bu başvurunun nasıl yapılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre; ilk derece mahkemesinin hâkimin reddi istemini red kararına karşı istinaf yoluna, bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinin başkan ve üyeleri hakkındaki kararlarına karşı da temyiz yoluna ancak hükümlerle birlikte başvurulabilir. Esas hüküm bakımından kanun yolları açık olmayan dava ve işlerde (HUMK m.427/2-3) hâkimin reddi talebinin reddi kararı kesindir. Ancak, esas hüküm bakımından kanun yolu açık bulunan davalarda hâkimin reddi talebinin reddine ilişkin karara karşı tefhim yoluna ya da bu kararın tebliğinden itibaren yedi gün içinde kanun yoluna başvurulabilir.

Danıştay'ın bu konudaki kararlarında tutarlılık olduğunu söylemek zordur. Gerçekten, Danıştay'ın çeşitli kararlarında İYUK'un 31. maddesinde hâkimin reddi müessesesi ile ilgili olarak HUMK'a yapılmış atfın hâkimin reddi sebepleri, red istemin şekli ve karara bağlanması ile ilgili kurallarına yapılmış olduğu belirtilmiştir⁵⁷. Doktrinde de, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun hâkimin reddi kararlarına ilişkin kanun yolları ile ilgili düzenlemelerinin idari yargıda uygulanamayacağı ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, İdari Yargılama Usulü

⁵⁶ KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.104; KURU, C.I, s.85; "Kanımızca, istinkafa ilişkin karar nihai nitelikte olduğundan ayrıca temyiz edilebilmelidir" (BİLGE/ÖNEN, a.g.e., s.214).

⁵⁷ D.7.D., T.15.04.2004, E.2004/586, K.2004/1003, DKD, S.6., s.195; D.7.D., T.07.04.2004, E.2004/431, K.2004/863, DBB (e.t. 20.03.2010).

Kanunu'nun 31. maddesinin ilk fıkrasında yer alan hâkimin reddi müessesesine ilişkin atıf dava aşamasıyla ilgilidir. İYUK'un 31. maddesinde temyiz hakkı ile ilgili olarak ya da HUMK'un kanun yolları ile ilgili hükümlerine bir gönderme yapılmadığından hâkimin reddi kararlarına karşı başvuru yolları açısından İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun hükümleri uygulanmalıdır⁵⁸.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 46. maddesine göre ise, idare mahkemelerinin, vergi mahkemelerinin ve Danıştay dava dairelerinin nihai kararları, başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa bile Danıştay'da, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde nihai kararın tebliğinden itibaren 30 gün içinde temyiz edilebilir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 1985 tarihli bir kararına göre, “nihai karar niteliği (...), idari yargı mercilerinin sadece uyuşmazlığın esasını çözen kararlarına hasredilemez. Davayı uyuşmazlığın esasına girmeksizin herhangi bir şekilde sonuca bağlayan (görev, ehliyet, süre, dilekçe yönünden red veya “karar verilmesine yer yok” denilerek alınan kararlar gibi...) veya dava ortasında ortaya çıkan bir olayı sonuçlandırmak için (bir hâkimin reddi isteminin karara bağlanması gibi...) verilen bir idari yargı yerinin bir daha kanun yolları dışında ele alamayacağı ve değiştiremeyeceği kararlardır⁵⁹”. Görüldüğü üzere Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu hâkimin reddi istemini kabul eden ya da reddeden kararları nihai kararlar olarak değerlendirmiştir. Bunun yukarıda anılan 46. madde çerçevesinde mantıklı sonucu ise, hakim reddi istemi üzerine verilen kararların temyiz edilebileceğidir.

Nitekim, Danıştay 10. Dairesi de 1986 yılında verdiği bir kararda “reddi hakim isteklerinin reddi veya kabulü halinde bu kararların temyizi yolunu kapayan bir hük[mün] 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda yer almadığı”nı belirterek, “2577 sayılı Yasanın 31. maddesinde belirtilen anlamda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı hallerden birinin de reddi hakim istekleri üzerine verilen kararların temyizi konusu olduğu”nu hüküm altına almış ve bu yönde bir temyiz başvurusunu inceleyerek “davanın İdare Mahkemesinde bakılmasına devam

⁵⁸ CANDAN, a.g.e., s.715.

⁵⁹ İDDGK. T.22.02.1985, E.1985/3, K.1985/6, DD, S.60-61, s.154

olunması gerektiğinden dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine” karar vermiştir.⁶⁰.

Danıştay 8. Dairesi’nin 1994 yılında verdiği bir karara göre ise, İYUK m 31 ile “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilgili hükümlerine gönderme yapılmıştır. Gönderme yapılan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 35. maddesinde ise hakimin reddi isteminin reddine ilişkin kararlar aleyhine ancak hükümle birlikte temyiz yoluna başvurulabileceği kuralı yer almıştır.

Yukarıda yer alan tüm bu yasa kuralları uyarınca, davacı tarafından açılan iptal davası hakkında nihai karar verilmeden, hakimin reddi talebini reddeden Bölge İdare Mahkemesi kararının bozulması isteminde bulunulan temyiz isteminin incelenmeksizin reddi gerekir⁶¹”.

Danıştay’ın daha sonraki tarihli bazı kararlarına bakıldığında ise, hâkimin reddi istemlerine ilişkin kararların ne tek başına, ne de HUMK hükümleri uyarınca esas kararla birlikte temyiz edilebileceğinin hüküm altına alındığı görülmektedir. Örneğin, Danıştay 7. Dairesi’ne göre “Temyiz, hukuki uyuşmazlığı sona erdiren ilk derece mahkemesi kararlarına karşı öngörülen olağan kanun yollarından biridir. Hukuki uyuşmazlığı sona erdirmeyen, diğer bir deyişle, nihai olmayan ve bu nedenle, ancak, davanın esası hakkında verilen ve yargılamayı sona erdiren kararlar birlikte temyiz edilebilir nitelikte olan reddi hakim talebi hakkında verilen kararın, müstakilen temyiz başvurusuna konu edilmesine yasal olanak bulunmamaktadır.

Her ne kadar, 2577 sayılı Kanunun yukarıda yer verilen 31’inci maddesiyle göndermede bulunulan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda, reddi hakim talebi hakkında verilen kararların temyiz edilebileceği hüküm altına alınmış ise de; söz konusu gönderme, anılan Kanunun, reddi hakim sebepleri, buna ilişkin istemin şekli ve karara bağlanması ile ilgili kurallarına yapılmış olduğundan; ilk derece yargı yerlerinin nihai kararları için öngörülen ve bu kararların hukuka uygunluğunun

⁶⁰ D.10.D., 23.10.1986, E.1986/1923, K.1986/1848, in. ASLAN Zehreddin/BERK Kahraman, İdare Hukuku ve İdari Yargıya İlişkin Temel Kanunlar, Alfa, 3. basım, İstanbul, s. 489.

⁶¹ D.8.D., E.1994/4669, K.1994/2404, DBB (e.t. 20.03.2010). Danıştay 5. Dairesi’ne göre de “2577 sayılı Kanunun 45. maddesinin 5. fıkrası uyarınca bölge idare mahkemesi kararlarının kesin olduğu belirtilmiş olmakla birlikte, hakimin reddi istemleri hakkında verilmiş olan kararların 2577 sayılı Kanunun 45. maddesi kapsamında itiraz üzerine verilmiş kararlar olmayıp, 57/3. maddesi uyarınca verilmiş kararlardan olması karşısında ve aynı Kanunun 31. maddesi ile göndermede bulunulan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 36/A maddesi uyarınca; esas hükmü bakımından temyiz yolu açık bulunan dava ve işlerde hakimin reddi istemleri hakkındaki merci kararlarının temyiz edilebileceği açıktır.” (D.5.D., 05.12.2006, E.2006/5533, K.2006/5950, DD, S. 115, s.185.)

denetlenmesini sağlayan temyiz başvurusunu da kapsamalı değildir. Öte yandan, 2577 sayılı Kanunda, temyiz aşaması ile ilgili olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılmış bir gönderme de yoktur. Bu bakımdan; reddi hakim talebi hakkında (...) Bölge İdare Mahkemesince verilen kararın bozulması istemiyle yapılan temyiz başvurusunun incelenme olanağı bulunmamaktadır⁶²”.

Son olarak belirtelim ki, davaya bakması yasak olan hâkim tarafından verilmiş olan hükmün doğrudan kesin olması veya süresinde kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşmiş olması ya da süresinde kanun yoluna başvurulmuş olmasına rağmen bu durumun fark edilmemesi nedeniyle kesinleşmesi halinde, bu hükmün iptali için yargılamanın yenilenmesi (iadesi) yoluna başvurulabilir (HUMK m.445/9). Bu husus İYUK’un 53. maddesinin 1. fıkrasının (g) bendinde de yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla davaya bakması yasak olan hâkim tarafından davanın sonuçlandırılması halinde, bu hüküm kesinleşirse, bu durum yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak değerlendirilecektir. Bu gerekçe ile yargılamanın yenilenmesi talep edildiği takdirde, söz konusu talep hakkında esas hakkında karar vermiş mahkeme karar verir (İYUK m.53/2). Bilindiği gibi yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurma süreye tabidir (HUMK m.447/I, İYUK, m. 53/3). Bu süreler geçirildikten sonra davaya bakması yasak olan hâkimin vermiş olduğu hükmün iptali istemiyle yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulamaz.

Görüldüğu üzere, İYUK m.31’de yapılan yollama ile hâkimin çekinmesi ve reddi müesseseleri açısından, idari yargıda, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda konuya ilişkin hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Buna karşılık, İYUK’un 56. ve 57. maddelerinde yer verilmiş düzenlemeler, konuya ilişkin olarak HUMK hükümlerinin uygulanmasına kanunen istisna getirmiştir.

Bu kanuni istisnalar, idari yargı yerlerinin örgütlenmesini dikkate alan ve özellikle de, hâkimin davaya bakmaktan yasaklılığı ve hâkimin reddi konusunda, bölge idare mahkemelerini yetkilendiren ve bu açıdan idari yargıda gerçekten gerekli olduğu söylenebilecek düzenlemeler olarak ortaya çıkmaktadır.

⁶² D.7.D., T.15.04.2004, E.2004/586, K.2004/1003, DKD, S. 6., s.195. Ayrıca bkz. D.7.D., T.07.04.2004, E.2004/431, K.2004/863, DBB (e.t. 20.03.2010).

B. İspat Hukuku ile İlgili Müesseseler

Bilirkişi ve delillerin tespiti müesseseleri, HUMK'a yollama yapılmış olmasına karşın, İYUK'ta yer alan bazı hükümler nedeniyle, idari yargıda HUMK hükümlerinden farklılaşarak uygulama alanı bulan ispat hukukuna ilişkin müesseselerdir.

1. Bilirkişi

Ekonomik ve toplumsal gelişmelerin doğal bir sonucu olarak, bazı uyuşmazlıkların, hâkim tarafından sırf hukuki bilgilere dayanarak çözülmesi mümkün olmamaktadır. Hâkimin bu tarz uyuşmazlıkları çözebilmesi için hukuk bilgisinin yanında özel veya teknik bilgiye de ihtiyacı vardır. Bu ihtiyacı gidermek üzere ortaya çıkan bilirkişilik müessesesi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun tek fıkradan ibaret olan 275. maddesinin birinci cümlesinde, "Mahkeme, çözümünü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir." şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden hareketle, bilirkişi; hâkim tarafından bilinmeyen özel ve teknik bir bilgi gerektiren bir konu olduğunda, hâkimin, bilgisi ve uzmanlığından faydalandığı kişi olarak tanımlanabilir⁶³. Burada belirtmek gerekir ki, bilirkişi tanık değildir. Bilirkişi, kendisine sorulan olay ile ilgili olarak görüşünü bildirirken, tanık o olayın nasıl meydana geldiğini anlatır. Bilirkişilik ve tanıklık müessesesinin tek ortak noktası ikisinin de takdiri delil olmalarıdır. Doktrinde bir kişinin hem bilirkişi, hem de tanık olabileceği belirtilmektedir⁶⁴.

Dava tarafları özel ve teknik bilgi gerektiren konularda, mahkemenin bilirkişi tayin etmesini beklemek veya kendileri mahkemeden bilirkişi atanmasını talep etmek yerine, konunun uzmanı olan kişilerden uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak görüş alabilirler. Yargı yeri tarafından tayin edilmeyen, tarafların talebi ile uyuşmazlık konusu ile ilgili görüşünü açıklayan kişilere özel bilirkişi, bu kişilerin düzenledikleri

⁶³ Tanımlar için bkz.; KÖROĞLU Hasan, Türk Mahkemelerinde Bilirkişilik ve Bilirkişilik Kurumları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001, s.31; KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.III, 6. baskı, Beta, İstanbul 2001, s.2621 vd.; PEKCANITEZ/ATALYA/ÖZEKES, a.g.e., s.464; KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.451; BİLGE/ÖNEN, a.g.e., s.652; ÖNEN, a.g.e., s.222; ANSAY, a.g.e., s.275; KARAFAKİH, a.g.e., s.211; BİLGE, a.g.e., s.475; CANDAN, a.g.e., s.775; ÜSTÜNDAĞ, a.g.e., s.608-609.

⁶⁴ PEKCANITEZ/ATALYA/ÖZEKES, a.g.e., s.465.

raporlara da özel bilirkişi raporu denilmektedir⁶⁵. Elbette, dava taraflarının temin etmiş oldukları bu uzman kişiler ve görüşleri HUMK'un 275. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan bilirkişilik müessesesi ve bilirkişi raporu çerçevesinde değerlendirilemez. Kanaatimizce, bu görüşler, ancak tarafların iddia veya savunmalarının parçası olabilir. Doktrinde, Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesinin son fıkrasında hâkimin karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanacağına hüküm altına alındığı ve tarafların uzman kişilerden uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak aldıkları görüşlerin bu madde kapsamında değerlendirilebileceği belirtilmiştir⁶⁶. Danıştay 7. Dairesi ise, 09.12.2004 tarihli bir kararında; davalı tarafından yaptırılan inceleme sonucu hazırlatılan raporun taraflarca yaptırılan bilirkişi incelemesi niteliği taşıdığını, dava konusu uyuşmazlığın çözülmesi için mahkemece belirlenecek bilirkişi ya da bilirkişi heyetine yaptırılacak inceleme sonucunda düzenlenecek rapor değerlendirilerek karar verilmesi gerektiğini ve taraflarca yaptırılmış olan bilirkişi incelemesinin davaya esas alınarak karar verilmesinin hukuka aykırı olduğunu hüküm altına almıştır. Yüksek Mahkemeye göre, mahkeme kararlarının topluma ve taraflara güven verebilmesi bakımından, uyuşmazlığın çözümü için kullanılacak bilirkişi raporlarının kanunların belirlemiş olduğu usullere göre, hâkimlerce seçilmiş, dava tarafları ile ilgisi olmayan tarafsız bilirkişilerce hazırlanması gerekir. Taraflarca yaptırılan bilirkişi inceleme sonucu ortaya çıkan raporların uyuşmazlığın çözümünde esas alınması hem toplumun yargıya duyacağı güveni sarsar hem de yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağı yönündeki Anayasal ilkeye aykırıdır⁶⁷.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinde yer alan atıf uyarınca bilirkişi müessesesi ile ilgili olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, idari yargıda, idari yargının özelliklerine ters düşmediği oranda ve sözü geçen 2577 sayılı Kanun'da yer alan konuya ilişkin hükümler saklı kalmak üzere uygulama alanı bulacaktır.

⁶⁵ PEKCANITEZ/ATALYA/ÖZEKES, a.g.e., s.474.

⁶⁶ PEKCANITEZ/ATALYA/ÖZEKES, a.g.e., s.465.

⁶⁷ D.7.D., T.09.12.2004, E.2003/2888, K.2004/3296, DBB. (e.t. 23.03.2010).

a. Bilirkişiyeye Başvurulabilecek Haller, Bilirkişilik Yapabilecek Kişiler, Bilirkişi Seçimi ve Sayısı

Modern hukukta hakime yardımcı olan kişi olarak kabul edilen bilirkişiyeye⁶⁸ her durumda başvurulamaz. Nitekim, bu husus HUMK'un tek fıkralık 275. maddesinin ikinci cümlesinde; "Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez." şeklinde ifade edilmiştir. Bu çerçevede, hukuki düzenlemelerin artması nedeniyle hâkimlerin belirli konularda uzmanlaşmış hukukçuları bilirkişi tayin etmesi mümkün olmamalıdır. Çünkü, hâkimler uyuşmazlığın çözümü için gerekli olan hukuki bilgileri edinmek zorundadırlar. Aynı şekilde, bir kanun hükmünün nasıl uygulanacağı hususunda da bilirkişiyeye başvurulamaz, çünkü; hâkim hükmün nasıl uygulanacağını mesleği gereği bilmek durumundadır. Nitekim, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 01.10.1993 tarihli kararında bu hususu; "Hâkim; kanıtların değerlendirilmesi, olguların belirlenmesi ve hukuki nitelendirme gibi tamamıyla kendisine ait yargılama çalışmasını bilirkişilere bırakamaz"⁶⁹ şeklinde ifade etmiştir. Danıştay 3. Dairesi'ne göre de, bir "davada bilirkişiyeye başvurulabilmesi, uyuşmazlığın özel ve teknik bilgi gerektiren bir yönünün bulunmasına bağlıdır. Yorumu ve çözümü hakime ait bulunan konularda bilirkişiyeye başvurulması, bilirkişilik müessesesinin açıklanan amaç ve tanımına uygun düşmeyeceği gibi usul ekonomisi olarak adlandırılan davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılacağı yolundaki Anayasa hükmüne de aykırılık teşkil eder"⁷⁰. Danıştay 7. Dairesi ise, "Davada ortaya çıkan hukuksal sorunların, davaya bakan idari yargı yerince çözümlenmesi (...) Yargılama Hukukunun temel kuralıdır. Bu bakımdan; yalnızca teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren konularda bilgi ve açıklamaya ihtiyaç duyulan durumlarda bilirkişiyeye başvurulması, davadaki hukuksal sorunların çözümünün bilirkişinin vereceği teknik bilgi ve açıklamaların

⁶⁸ KÖROĞLU, a.g.e., s.31; ARSLAN Ramazan, Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay'ın Etkisi, Yargıtay Dergisi, Özel Sayı Ocak-Ekim 1989, C.15, S:1-4, s.157,164; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, a.g.e., s.466; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, a.g.e., s.358; Buna karşılık Aşçıoğlu, hâkimin bilirkişi raporlarıyla bağlı olmadığı kuralından hareket ederek bu değerlendirmenin hatalı olduğunu belirtmiştir. Yazara göre bilirkişinin niteliği HUMK'un sistematigi içinde değerlendirilmelidir. Bilirkişi müessesesi HUMK'ta takdiri deliller başlığı altında düzenlenmiştir bu nedenle de bilirkişi hâkimin değerlendireceği kanıt niteliğindedir. Bilirkişi hâkimin yardımcısı olarak nitelendirilecek ise bu yargı etkisinden soyutlanmalı ve dar anlamda yorumlanmalıdır (AŞÇIOĞLU Çetin, Yargılama Çalışmalarında Bilirkişi Sorunu ve (Hukuk Davalarında) Nitelendirmede Bilirkişinin Görevi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.1992, S.3, s.350).

⁶⁹ Y.4.HD., T.01.10.1993, E.1992/1511, K.1993/11352 (in.KARAVELİOĞLU/KARAVELİOĞLU, a.g.e., s.1064).

⁷⁰ D.3.D., T.25.06.2007, E.2006/2624, T.2007/2106, www.kazanci.com (e.t. 04.01.2010); Aynı yönde bkz. D.3.D., T.27.09.2005, E.2004/2011, K.2005/2014, www.kazanci.com (e.t. 04.01.2010).

ışığında idari yargı yerince gerçekleştirilmesi, anılan müessesenin ve Yargılama Hukukunun niteliği gereğidir⁷¹” saptamasını yapmaktadır. Bu çerçevede, örneğin; Danıştay 11. Dairesi, defter ve belgelerin incelemeye ibraz edilmemesi nedeniyle katma değer vergisi indirimleri kabul edilmemek suretiyle yapılan tarhiyattan doğan bir uyumsuzlukta, bir vergi yükümlüsünün defter ve belgeleri üzerinde yapılacak incelemenin özel bir bilgiyi veya muhasebe ile ilgili teknik konuları içermediği, bu yüzden de söz konusu incelemenin mahkemece yapılması gerektiği kararını vermiştir⁷².

Görüldüğü gibi, hem kanunda, hem doktrinde, hem de yargı kararlarında bilirkişiye özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyulan hallerde başvurulabileceğine vurgu yapılmaktadır. Burada söz konusu olan da, “maddi mes’elelerin takdirinde⁷³” özel ve teknik bilgidir. Danıştay’a göre “bir davada hukuksal sorunların davaya bakan idari yargı yerince çözüme kavuşturulması, Yargılama Hukukunun temel kuralıdır. Bununla birlikte; kimi zaman, hukuki çözüme ulaşılması, *maddi olayın* teknik yönünün açıklığa kavuşturulmasına bağlı olabilmektedir. Bu ise, hakim meslek bilgisini aşan, teknik bilgi ve uzmanlık isteyen bir uğraş niteliğindedir⁷⁴”. Fransız İdari Yargılama Hukuku’nda bu husus, “bilirkişi sadece maddi olaylar için atanabilir” biçiminde ifade edilmektedir⁷⁵. Şu halde, HUMK’ta da açıkça ifade edildiği gibi, hukuki niteleme gerektiren konularda bilirkişi dinlenemez. Burada, maddi olay ve hukuki konu ayrımının ölçütünün ne olduğu hususu önem kazanmaktadır. Bu aslında, ilk bakışta sanıldığı gibi tersine, yapılması her zaman kolay bir ayrım değildir⁷⁶. Bu çerçevede, örneğin Danıştay 7. Dairesi, bir asliye hukuk mahkemesinin, çocukların, anneleri tarafından kendilerine bağışlanan arsa üzerinde, kendi maddi olanakları ile birer kat inşa ettirdikleri ve halen oturmakta oldukları dairelerin kendileri tarafından yaptırıldığı hususunun tespitine ilişkin

⁷¹ D.7.D., T.18.03.2004, E.2000/7995, K.2004/702, DBB. (e.t.23.03.2010). Ayrıca bkz.; D.5.D., T.14.6.1985, E.1985/435, K.1985/1920 (in. KARAVELİOĞLU/KARAVELİOĞLU, a.g.e., s.1064); D.3.D., T.25.6.2007, E.2006/2624, K.2007/2106, www.kazanci.com (e.t. 04.01.2010)

⁷² D.11.D., T.17.11.1998, E.1998/1405, K.1998/3954, DD, S.100, s.546.

⁷³ POSTACIOĞLU, a.g.e., s. 652. Kuru/Arslan/Yılmaz da bu hususu “hakim, dava ile ilgili bir husus (vakia) hakkında (kendisinin bilmediği) özel ve teknik bilginin gerekli olduğu hallerde bilirkişiye başvurur” şeklinde ifade etmektedir. (KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s. 452.)

⁷⁴ D.7.D., T.16.12.2002, E.2000/6481, K.2002/4147, DBB. (e.t.03.08.2010)

⁷⁵ BÜLBÜL Erdoğan, Fransız İdari Yargılama Hukukunda İvedi Yargılama Usulleri Reformu, Danıştay 134. Yıl Sempozyumu, Ankara 10-11 Mayıs 2002, s. 82.

⁷⁶ Fransız doktrininde bunun tam ölçütünün kim tarafından bilindiğinin sorgulanabileceği ifade edilmektedir (COPPER-ROYER J., obs. sur CE, 17.12.1956, M.R.L. (c)./ Dlle Dubreuil, AJDA 1957, II, s. 52). Hatta bazen yargıçlar bile bir nitelemenin hukuki bir konuya mı yoksa maddi bir olaya mı ilişkin olduğu konusunda görüş birliği içinde olamamaktadır. Bir örnek için bkz., UM (Hukuk Bölümü), T.13.06.1988, K.1988/15, R.G. 26.01.1988, s.22.

kararını değerlendirirken, “Mahkemelerce *maddi vakıaların tespitine* ilişkin olarak verilen kararlar aksi sabit olmadıkça hukuki geçerliliğini muhafaza edeceğinden⁷⁷” demek suretiyle, sözü geçen mahkeme tarafından tespiti yapılan hususun maddi bir olgu olduğuna hükmetmiştir. Aynı şekilde, bir yapının yıkılacak derecede tehlike arz edip etmediği, başka bir deyişle, maili inhidam olup olmadığı bilirkişi tarafından maddi olguya yönelik olarak yapılabilecek bir tespit olarak kabul edilmiştir⁷⁸. Buna karşılık, imar planının imar mevzuatına, şehircilik ilkeleri ve kamu yararına uygun olup olmadığının belirlenmesi hukuki bir soruna ilişkin olarak değerlendirilmiş ve böyle bir belirlemenin bilirkişi incelemesi yoluyla yapılmasında hukuki isabet görülmemiştir⁷⁹. Fransız Danıştay da, bir idari sözleşmenin feshi üzerine, bilirkişiye, âkit özel şirket için bu fesihden kaynaklanan çeşitli zararların miktarının belirlenmesi görevinin verilmesini, bilirkişiye bir hukuki sorunla ilgili bir görev verilmesi olarak değerlendirmemiştir⁸⁰. Fransız Danıştay, konuyla ilgili çalışmalarda sıkça referans verilen başka bir kararında ise, kamu sağlığına ilişkin mevzuata göre, kimyasal bir ürünün tıbbi olup olmadığının belirlenmesinin hukuki bir nitelendirme gerektirdiğini, bu nedenle de bu hususun tespiti için bilirkişiye başvurulamayacağını hüküm altına almıştır⁸¹.

Uygulamada, Yargıtay HUMK’un yukarıda anılan 275. maddesinin birinci cümlesinde yer alan “Mahkeme, çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir” ifadesini çok katı şekilde yorumlayarak özel veya teknik bilgi gerektiren her durumda bilirkişiye başvurulması gerektiğine hükmetmektedir⁸². Doktrinde bu durum eleştirilmiştir⁸³.

⁷⁷ D.7.D., T.15.12.1985, E. 1984/1880, K. 1985/2894, DD, S. 62-63, s. 296.

⁷⁸ D.6.D., T.13.04.1988, E. 1988/274, K. 1988/466, DD, S. 72-73, s. 359. Bir başka örnek için, bkz. D.3.D., T.27.5.1986, E. 1986/241, K. 1986/1402, DD, S. 64-65, s. 100: “Bir imzanın sahteliği ile ilgili iddiaların doğru olup olmadığının saptanması da teknik bilgiyi gerektiren bir husus olduğundan, mahkemece bu konuda bilirkişiye başvurulmadan kendi gözlemleri ile karar verilmesinde isabet görülmemiştir.”

⁷⁹ D.6.D., T.2.11.1994, E.1994/1387, K. 1994/3872, DD, S. 90, s. 692.

⁸⁰ CE T.16.12.1996, Sté. Stan, CHABANOL Daniel, La pratique du contentieux administratif, 4. bası, Litec, Paris 2002, no268.

⁸¹ CE, T.24.05.1978, Dame Camplan, Recueil Dalloz 1978, IR, s.362, obs, DELVOLVE Pierre, RDP 1979, s.310. Bu konuda Fransız Danıştay tarafından verilen çeşitli kararlar için bkz. BÜLBÜL, a.g.m., s.82-83.

⁸² Yargıtay’ın, çözümü özel bilgi gerektiren konularda, bilirkişiye ihtiyaç olup olmadığına hâkimin karar vereceğini yönünde kararları da mevcuttur. Örneğin; Y.4.HD., 1982 tarihli bir kararında; “(...) Hâkim özel ve teknik bilgisinin yetmediği hallerde bilirkişinin kendisine yardımcı olmasını ister. O halde, hâkim önce kendi özel ve teknik bilgisinin o davada yeterli olup olmadığını takdir edecek; ayrıca davanın karara bağlanabilmesi için gerçekten özel ve teknik bilginin gerekli olup olmadığını inceleyecek ve sonunda davanın gerektirdiği ve fakat kendisinin bu özel ve teknik bilgiye sahip olmadığı kanısına varırsa, işte o zaman bilirkişiye başvurmak zorunda kalacaktır...” yönünde hüküm vermiştir (Y.4.HD., T.08.12.1982, 10559/11360, naklen, ARSLAN, a.g.m., s.162).

Eleştirel görüşe göre, öncelikle hâkim davanın sonuçlanabilmesi için özel veya teknik bilgiye ihtiyaç olup olmadığını daha sonra kendi özel ve teknik bilgisinin davayı sonuçlandırmak için yeterli olup olmadığı takdir etmelidir⁸⁴. Danıştay ise, çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda bilirkişiye başvurulmasının zorunlu olduğunu kabul etmiş, ancak bu zorunluluğu hemen her durumda bilirkişi incelemesine başvurulması şeklinde geniş yorumlamayarak, öncelikle hâkimin uyuşmazlığın çözümü için özel veya teknik bir bilgiye gerek olup olmadığını belirlemesi gerektiğini, ayrıca hukuki ve genel bilginin yeterli olduğu hallerde bilirkişi incelemesine başvurulamayacağını hüküm altına almıştır⁸⁵. Dolayısıyla diyebiliriz ki, Danıştay bilirkişi incelemesi yapılmasını uyuşmazlık konusunun çözümü için özel veya teknik bilgi gerekli olduğunda ve bu özel veya teknik bilginin sadece hâkimlik mesleğinin gerektirdiği bilgilere ya da genel hayat bilgisine sahip olmak ile elde edilemeyeceği hallerde kabul etmiştir⁸⁶.

Bu konu açısından göz önünde bulundurulması gereken başka bir husus da, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20. maddesi ile hâkimlere re'sen araştırma yetkisi verilmiş olduğudur. Buna göre, "İdari yargı yerleri (...) 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 yönelebilirler⁸⁷". İdari yargı hâkimlerinin, bu yetkilerine dayanarak uyuşmazlığın çözümü için gerekli teknik veya özel bilgiye sahip olan kişi ya da kurumlardan bu özel veya teknik bilgiyi alabiliyorsa, bilirkişi

⁸³ Postacıoğlu, bilirkişi raporunun takdiri bir delil olması ve bilirkişiye müracaatın hâkimin takdirine bırakılmış bir husus olmasına karşın, bu takdir hakkının, çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişi görüşünün alınmasından sonra kullanılmasının kanunun düzenleniş şekline daha uygun olduğunu belirterek yerleşmiş uygulamanın eleştirilmesinin pek doğru olmadığını ifade etmiştir. (POSTACIOĞLU, a.g.e., s.652-653.) Ayrıca bkz. ÖNEN, a.g.e., s.223; BİLGE, a.g.e., s.475.

⁸⁴ KÖROĞLU, a.g.e., s.35.; KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.452.; KURU, C.III, s.2632; Bilge ve Önen de, bilirkişiye başvurunun kanunca zorunlu kılınmadığı durumlarda, hâkime bilirkişiye başvurma konusunda takdir hakkı verilmesinin daha doğru olacağını dile getirmişlerdir (BİLGE/ÖNEN, a.g.e., s.539).

⁸⁵ D.6.D., T.02.11.1994, E.1994/1387, K.1994/3872, DD, S.90, s.692.

⁸⁶ "... bu yazıların küçüklerin ahlaki, zihinsel ve ruhsal bakımdan dengeli gelişmeleri açısından olumsuz etki yaratıp yaratmayacağını belirlemek sadece hakimlik mesleğinin gerektirdiği bilgi ile mümkün olmadığından uyuşmazlığın çözümünde konunun uzmanı bilirkişilerden de yararlanılması gerekmektedir. Bu durumda çözümü özel ve teknik bilgiden de yararlanmayı gerektiren uyuşmazlıkta bilirkişi incelemesi yaptırılmadan verilen temyiz konu mahkememe kararında hukuki isabet görülmemiştir" (D.10.D., E.1997/3006, K.1999/6659, in. BAL/ KARABULUT /ŞAHİN, a.g.e., s.783.).

⁸⁷ D.3.D., T.21.11.90, E. 1990/2057, K. 1990/3199, DD, S. 82-83, s. 223.

incelemesine başvuramaları gerekir. Zaten, aksi takdirde yargılama masrafları gereksiz yere artacak ve yargılama süresi uzayacaktır⁸⁸.

Diğer taraftan İYUK m. 2/2’de yer alan “(...) İdari 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 kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler” hükmü bazı hallerde, bilirkişiye başvurulmasını engelleyebilecektir. Özellikle, özel yetenek sınav sonuçlarına karşı açılan davalarda durum böyledir. Gerçekten, Danıştay tarafından da belirtildiği gibi, “bu sınavlarda verilen yanıtlar ve ortaya konan çalışmalarda matematiksel bir kesinlik söz konusu değildir./ Yeteneğin değerlendirildiği özel yetenek sınavlarında bir soru-yanıt anahtarı olmadığı gibi, böyle bir şeyin bulunmasına da olanak yoktur./ Esasen sanatta herkes için geçerli değerlendirme yapılamayacağı da açıktır./ Öğrenci alacak yüksek öğretim kurumunun eğitim biçiminden ve özelliğinden doğan böyle bir sınav için bilirkişi incelemesi yapılması söz konusu olamaz./ Öte yandan, özel yetenek gerektiren dallara öğrenci alımında idarenin takdir yetkisinin bulunduğunu kabul etmek gerekir.⁸⁹”

Aynı şekilde, bilirkişi incelemesi yaptırılması ile uyuşmazlığın çözümü için gereken teknik veya özel bilginin elde edilmesi amaçlandığından⁹⁰, uyuşmazlığın çözümü için gerekli teknik veya özel bilgi dava dosyasında yer alan belgelerden elde edilebiliyorsa bilirkişi incelemesi yaptırılmasına gerek yoktur. Ancak, kanun koyucu bazı hallerde bilirkişiye gidilmesini zorunlu kılmıştır. Örneğin; Kamulaştırma Kanunu’na göre, kamulaştırılacak taşınmazın bedeli aynı kanununun 15. maddesi uyarınca oluşturulacak bilirkişi kurulu tarafından tespit edilir⁹¹.

Bilirkişiye, dava konusu uyuşmazlığın çözümü için teknik veya özel bilgiye gerek olduğuna kanaat getirirse re’sen hâkim tarafından başvurulabileceği gibi, dava taraflarının savunma ya da iddialarını ispatlamak için bilirkişi incelemesi talep etmesi ve bu talebin hâkim tarafından kabul edilmesi halinde de başvurulabilir.

⁸⁸ Bkz. CANDAN, a.g.e., s.778-779.

⁸⁹ D.8.D. T.13.11.1996, E.1994/7743, K.1996/3110, DD, S.93, s.435. Danıştay, bu davada resim dalında girilen sınav için bilirkişi incelemesi yapılmasının söz konusu olamayacağını belirterek bu yöndeki istemin kabulünün olanaklı görülmediğine karar vermiştir.

⁹⁰ Bkz. D.7.D, T.09.05.1996, E.1994/6125, K.1996/1773, (in. KARAVELİOĞLU/ KARAVELİOĞLU, a.g.e., s.1062).

⁹¹ Kanunda bilirkişiye başvurunun zorunlu olduğu diğer örnekler için bkz. KURU/ARSLAN/ YILMAZ, a.g.e., s.452.

Kural olarak, konusunda uzman olmak koşuluya herkes bilirkişi olabilir. Buna göre, ilk olarak, “[ö]zel veya teknik bilgiyi gerektiren durumlarda sağlıklı bir sonuca varılabilmesi, yasa gereği, görüşüne başvurulması zorunlu bilirkişinin, o konuda yeterli bilgiye sahip uzman kişi olmasına bağlıdır⁹²”. Bilirkişinin uyuşmazlık konusu hakkında özel veya teknik bilgiye sahip olup olmadığını hâkim, üst mahkemenin denetiminde, bizzat takdir eder⁹³. Bu çerçevede Danıştay 6. Dairesi’nce, örneğin; “sit tescil kaydının kaldırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, bilirkişi incelemesinin konunun uzmanı olmayan üç mimara yaptırılması nedeniyle bu bilirkişilerce düzenlenen bilirkişi raporuna istinaden karar verilmesinde isabet görülmemiştir⁹⁴”. Aynı şekilde, bilgisayar programcılığı veya mühendisliği ile ilgili teknik bilgi gerektiren bir konuda, bilirkişi olarak bir elektrik-elektronik fakültesinden öğretim üyesi seçilmesi, Danıştay tarafından “bilirkişi seçiminde hata” olarak değerlendirilmiştir⁹⁵. Bununla birlikte, bir konu için kanun tarafından belirlenmiş bilirkişiler olabilir. Başka bir anlatımla, bir kişinin belirli bir konu ile ilgili olarak özel veya teknik bilgiye sahip olduğu kanun koyucu tarafından belirlenmiş olabilir. Bu durumlarda resmi bilirkişilerden söz edilmektedir. Örneğin, 2659 sayılı Kanun’un⁹⁶ 1. maddesine göre; Adalet Bakanlığı’na bağlı olan Adli Tıp Kurumu, adalet işlerinde bilirkişi olarak görev yapmak üzere kurulmuştur. Böyle bir durumda hâkim bilirkişiyi kanun tarafından belirlemiş kişiler arasından seçmelidir. İkinci olarak, gerçek kişiler gibi, tüzel kişiler de bilirkişi olarak görevlendirilebilir. Gerçekten, örneğin 5000 sayılı Kanun’un⁹⁷ 1. maddesinde tüzel kişiliğe sahip olduğu belirtilen Türk Patent Enstitüsü aynı kanunun 3. maddesinin b bendine göre mahkemelerde bilirkişilik yapar. Nihayet, bazı kanunlarla belli kişilerin bilirkişilik

⁹² Y.4.HD., T.08.12.1987, 9105/9008 (in. KÖROĞLU, a.g.e., s.199.)

⁹³ KURU/ARSLAN/YILMAZ’a göre, “İstinabe yolu ile bilirkişi incelemesi yaptırılması halinde, bilirkişinin hangi uzmanlık alanından seçileceğine istinabe eden hâkim karar verir” (KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.455). Bununla birlikte Danıştay 6. Dairesi bir kararında aynen şu ifadelerle yer vermiştir: “temyize konu kararın Asliye Hukuk Mahkemesi aracılığıyla yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen rapora dayalı olarak verildiği, sözkonusu keşfin ise delillerin tesbitine yönelik olmayıp uyuşmazlığın esasının çözümünü sağlayıcı teknik ve bilimsel donelerin elde edilmesine yönelik bir inceleme olduğu açıktır. İdari Yargılama Usulü Kanununda keşif ve bilirkişi incelemesinin mahalli mahkemeler aracılığıyla yaptırılabilmesine ilişkin bir hüküm yer almadığı gibi, yukarıda yazılı 31.madde ile gönderme yapılan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda da bu tarz incelemeyi olanaklı kılan bir hükme yer verilmemiştir./ Her ne kadar, sözü edilen keşif ve bilirkişi incelemesi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun istinabeye ilişkin maddelerine dayanılarak gerçekleştirilmiş ise de, kurum olarak istinabenin böyle bir incelemeyi kapsamı ve olanaklı kılması düşünülemez.” (D.6.D., T.24.10.1991, E. 1990/7429, K. 1991/1027, DD, S. 84-85, s.432.)

⁹⁴ D.6.D., T.16.01.1989, E.1988/3005, K.1989/27, DD, S.76-77, s.451.

⁹⁵ D.7.D., T.06.05.1999, E. 1998/804, K. 1999/1935, DD, S. 102, s.454.

⁹⁶ Adli Tıp Kurumu Kanunu R.G. 20.04.1982, S.1760.

⁹⁷ Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, R.G. 19.11.2003, S.25249.

yapması da engellenebilmektedir. Örneğin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun⁹⁸ 53. maddesine göre Kamu İhale Kurumu başkan ve üyeleri ve Kurum personeli bilirkişilik yapamazlar.

Bilirkişilik yapmak kural olarak zorunlu değildir. Ancak, resmi bilirkişiler, bilirkişilik yapmakla yükümlüdürler. Resmi bilirkişilerin yanı sıra, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 278/I. maddesine göre; bilirkişi olarak görüşüne başvurulmuş konuyu bilmeksizin sanatını icra etmesi kabil olmayan ve alenen sanatını icra eden kimseler, o konu hakkında bilirkişiliği kabul etmek zorundadır. Hekimler, mühendisler ve muhasebeciler bu kişilere örnek olarak gösterilebilirler⁹⁹. Bilirkişilik yapmaları zorunlu olan bu kişiler ancak tanıklıktan çekinme sebeplerine dayanarak bilirkişilik yapmaktan çekilebilirler (HUMK m.278/II)¹⁰⁰.

Bilirkişi sayısı en fazla üç olabilir (HUMK m.276/III). Doktrinde, bilirkişi sayısının üçten fazla örneğin dört veya beş kişi olmasının sadece bu yönüyle hükmün bozulmasını gerektirmediği, oybirliği ile doğru görüş bildirmeleri halinde üçten fazla kişinin bilirkişi olarak tayini sonucu etkileyen usuli bir hata olmadığından tek başına bir bozma nedeni olarak değerlendirilmemesi gerektiği belirtilmektedir¹⁰¹. Bununla birlikte Danıştay, bilirkişilerin oybirliği ya da oyçokluğu ile görüş bildirip bildirmediğine hiçbir vurgu yapmadığı bir kararında, böyle bir durumu bozma sebebi olarak değerlendirmiştir. Gerçekten Danıştay'a göre "2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesinin yollamada bulunduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 273. maddesinde, yalnız bir kişinin bilirkişi olarak seçilebileceği üçten çok bilirkişi seçilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Dosyanın

⁹⁸ Kamu İhale Kanunu R.G. 04.01.2002, S.24648.

⁹⁹ Bkz. GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, DİNÇER Güven, İdari Yargılama Usulü Kanun-Açıklama-İçtihat, Turhan kitapevi, 2. bası, Ankara 2001, s. 774.

¹⁰⁰ Tanıklıktan çekinme Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 245. ve 246. maddelerinde düzenlenmiştir. 245. maddede tarafların yakınlıkları ve meslek sırrı saklamak nedeniyle tanıklıktan çekinmeyi düzenlemiştir. Maddede yer alan düzenlemeye göre İki taraftan birinin nişanlısı (b.1); aralarında evlilik bağı kalkmış olsa bile iki taraftan birinin karı veya kocası (b.2); iki taraftan birinin neseben veya sebeben usul ve furuu yahut üçüncü dereceye kadar neseben veya kendisiyle sıhriyet hasıl olan evlilik bağı kalkmış olsa bile ikinci dereceye kadar sebeben civar hısımları ve aralarında evlatlık ilişkisi bulunanlar (b.3) tanıklıktan çekinebilir. Söz konusu maddede, memuriyet ve sanat ve meslekleri itibarıyla bir kimsenin sırrını bilenlere de tanıklıktan çekinme hakkı getirmiştir (b.4). Fakat bu kişiler sırrını bildikleri kişi muvafakat ederse tanıklıktan çekinemezler. 246. maddede ise menfaat nedeniyle tanıklıktan çekinme düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, tanıklık, tanığa ya da 245. maddenin 1., 2. ve 3. bendinde yer alan hısımlarından birine doğrudan mâli bir zarar verecek nitelikte ise (b.1); tanıklık, tanığın ya da 245. maddenin 1., 2. ve 3. bendinde yer alan hısımlarından birinin şeref ve haysiyetlerini ihlal ederse veya haklarında ceza kovuşturması yapılmasını gerektirirse (b.2); tanığa göre gizlenmesi gerekli olan ve tanıklık sanatına ait sırların açıklanması sonucunu doğuruyorsa (b.3) tanıklıktan çekinilebilir.

¹⁰¹ KURU, C.III, s.2696 vd. ; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, a.g.e., s.468.

incelenmesinden mahkeme kararına dayanak alınan bilirkişi raporunun mahkeme tarafından seçilen altı bilirkişi tarafından hazırlandığı anlaşılmaktadır. Bu durumda yukarıda içeriği yazılı Yasa hükmüne aykırı bir şekilde oluşturulan bilirkişi kurulu raporuna dayanılarak verilen kararda isabet bulunmamıştır¹⁰² ve kararın bu nedenle bozulması gerekmektedir. Bilirkişi sayısının çift olması da mümkündür¹⁰³. Uygulamada da bunun örnekleri görülmektedir. Bilirkişilerin aynı yönde görüş bildirme zorunlulukları yoktur, bu nedenle iki kişilik bilirkişi heyetinde her iki bilirkişinin de farklı yönde karar vermesi durumunda üçüncü bir bilirkişi incelemesi yapılması gerekebilecektir. Bu durum, zaman kaybına ve yeni masrafa yol açabilecektir. İşte bu durumun önüne geçilebilmesi bakımından bilirkişi sayısının tek sayı olarak belirlenmesinin daha isabetli bir tercih olacağı düşünülebilir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 276. maddesinin ilk fıkrasında; "Taraflar bilirkişi seçimi konusunda anlaşamazlarsa bilirkişi hâkim tarafından seçilir." düzenlemesi getirilmiştir. Madde metninden anlaşıldığı üzere bilirkişiyi kural olarak taraflar seçer, ancak tarafların bilirkişi seçiminde anlaşamamaları halinde hâkim devreye girerek bilirkişi seçimini yapar¹⁰⁴. Ancak, İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesinin birinci fıkrasına, 5.4.1990 tarihinde, 3622 sayılı kanunla eklenen ve 10.06.1994 tarihinde 4001 sayılı kanunla değiştirilen cümleye göre; İdari Yargıda bilirkişi seçimi Danıştay, mahkeme veya hâkim tarafından re'sen yapılır. "2577 sayılı Kanunun 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 bulunmaktadır¹⁰⁵". Başka bir anlatımla "İdari Yargı'da, bilirkişi, taraflarca değil, davaya bakan idari yargı yerince (hakim veya naip üye tarafından) re'sen seçilir¹⁰⁶".

¹⁰² D.6.D., T.08.03.2006., E.2005/6184, K.2006/909, DBB. (e.t. 23.03.2010)

¹⁰³ Bilirkişi sayısının iki olarak belirlenebileceği yönünde bkz.; KURU, C.III, s.2698; POSTACIOĞLU, a.g.e., s.654; BİLGE, a.g.e., s.478; ANSAY, a.g.e., s.279; BİLGE/ÖNEN, a.g.e., s.542; CANDAN, a.g.e., s.784. Ayrıca bkz. HGK, T.04.11.1981., 201/714 (in. KÖROĞLU, a.g.e., s.207). Buna karşın Karafakih ise bilirkişi sayısının bir veya üç olabileceğini belirtmiş örneğin bilirkişi sayısının iki olmasının kanunun ifadesine aykırı olacağını belirtmiştir. (KARAFAKİH, a.g.e., s.214)

¹⁰⁴ "Tarafların bilirkişi seçimi konusunda anlaşamadıkları beyanları üzerine anlaşılmadan, mahkeme bilirkişiyi resen seçmesi bozma sebebidir. Bu şekilde seçilmiş bilirkişilere tarafların itiraz etmemesi usule aykırılığı ortadan kaldırmaz ve bilirkişi seçimini geçerli hâle getirmez." (POSTACIOĞLU, a.g.e., s.654.)

¹⁰⁵ D.6.D., T.24.10.1991, E. 1990/7429, K. 1991/1027, DD, S. 84-85, s.432.

¹⁰⁶ CANDAN, a.g.e., s.784.

b. Bilirkişi İncelemesi, Bilirkişi Raporu, Bilirkişi Raporuna İtiraz ve Bilirkişi Raporunun Hukuki Değeri

Bilirkişiye başvuracak hâkim, dava taraflarını dinledikten sonra bilirkişiye sorulacak olan soruları belirler (HUMK m.279/c.1). Soruların belirlenmesinden sonra bilirkişi dinlenir. Bilirkişi yaptığı inceleme sırasında tarafları sorgulayabilir. Ancak taraflardan birinin, bilirkişi tarafından sorgulandığı sırada diğer tarafın da hazır bulunması gerekir, bu gereklilik hâkim tarafından bilirkişiye önceden hatırlatılır (HUMK m.279/c.2). Bilirkişi incelemesi için ayrıca keşif ya da başka hazırlayıcı nitelikte bir ön işlem yapmak gerekirse, tarafların bu ön işlem ya da işlemler sırasında hazır bulunmaya hakkı vardır (HUMK m.280)¹⁰⁷. Bilirkişinin beyan ettiği oy ve görüş hemen tutanağa geçirilir (HUMK m.281/I). Bilirkişi sayısı birden fazla ise bu kişiler aralarında görüşürler, görüşmeleri sonucu bildirdikleri oy ve görüşler tutanağa geçirilir (HUMK m.281/II). Ancak, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasına göre "Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanır ve inceleme evrak üzerinde yapılır". Buna göre, idari yargıda esas itibariyle yazılılık ilkesi uygulanmaktadır. "Yazılı yargılama usulü, bu kanuna göre verilen bütün yargısal görevlerle ilgili temel bir kuraldır. Bu sebepten dava dosyalarının ilk derecede yapılan incelenmesinde olsun, itiraz veya temyiz yoluyla yapılan incelemelerde olsun, yazılı yargılama usulü uygulanır. Diğer taraftan ilk inceleme, ilk derecede inceleme, itiraz, temyiz, karar düzeltilmesi ve yargılamanın yenilenmesinde, görev ve yetki uyuşmazlıklarında, merci tayininde ve bağlantı konularında, ayırım yapılmaksızın yazılı yargılama usulü uygulanır"¹⁰⁸. şu halde, yazılılık ilkesi gereğince idari yargıda bilirkişi, görüşünü yazılı olarak bildirmelidir. Bu nedenle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 281. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları idari yargıda uygulanamaz.

HUMK'un 281. maddesinin 3. fıkrasıyla; "işin niteliğine göre bilirkişilerin oy ve görüşlerini yazılı olarak bildirmeleri gerekiyorsa, hakim, raporun kaç nüsha olacağını ve verileceği süreyi belli eder. Bu süre işin niteliğine göre üç ayı geçemez. Raporun, tarafların ad ve soyadlarını, bilirkişinin çözümleri ile görevlendirildiği hususları, inceleme konusu yapılan maddi vakıaları, gerekçeyi, sonucu, bilirkişiler

¹⁰⁷ "Bilirkişi incelemesi tamamen nazari ve bilimsel bir nitelik taşıdığı takdirde, tarafların ve hâkimin inceleme sırasında hazır bulunmalarına lüzum yoktur." (BİLGE, a.g.e., s.482.)

¹⁰⁸ GÖZÜBÜYÜK/DİNÇER, a.g.e., s.3.

arasında anlaşmazlık varsa bunun sebebini düzenlendiği günü ve bilirkişilerin imzalarını taşıması gerekir. Azınlıkta kalan bilirkişi ayrı bir rapor verebilir.” düzenlemesi getirilmiştir. Yazılılık ilkesi gereğince, İdari Yargıda, işin niteliğine göre bir ayırım yapılmaksızın bilirkişi raporu yazılı olarak verileceğinden, maddede yer verilmiş hususların tamamı her bilirkişi raporu için aranacaktır. Ayrıca, maddeye göre bilirkişilerin birden fazla olması halinde bilirkişi incelemesini birlikte yapmaları gerekmektedir. Başka bir ifade ile “bilirkişilerin konuyu bir arada değerlendirmeden ayrı ayrı rapor düzenlemeleri mümkün değildir¹⁰⁹”. Bilirkişi, düzenlediği raporu mahkeme kalemine verir. Mahkeme yazı işleri müdürü, raporun verildiği tarihi rapor üzerine şerh eder ve raporun birer kopyasını yargılamadan önce taraflara tebliğ eder (HUMK m.282). “HUMK’a göre bilirkişi, raporunu mahkemeye verdikten sonra artık bu rapor üzerinde bir tasarrufta bulunma hakkı yoktur. Kanaatını belirten bilirkişi herhangi bir sebeple bilirkişilikten çekilemez. Bundan sonraki takdir ve delillerin tetkiki mahkemeye aittir. Bilirkişi raporunu imza ettikten sonra, bu konunun çalışma alanına girmediği yolundaki beyanı ile bilirkişilikten istinkaf edemez. Bilirkişi raporu hukuki değerini muhafaza eder¹¹⁰”.

Hâkim, bilirkişi raporunda eksik ya da belirsiz olduğunu düşündüğü hususların tamamlanması ya da açıklanması için, bilirkişiye yeni sorular sorabilir. Doktrinde bu durum bilirkişiden ek görüş istenmesi olarak adlandırılmıştır¹¹¹. Ayrıca, taraflar da, bilirkişi raporunda eksik ya da belirsiz olduğunu düşündükleri hususlarla ilgili olarak, raporun kendilerine tebliğ tarihinden bir hafta içinde, bilirkişiden izahat alınmasını hâkimden isteyebilirler (HUMK m.283/I). Bu yüzden, söz konusu bir haftalık süre geçmeden mahkemece işin esası hakkında bir karar verilmemesi gerekir. Nitekim, Danıştay da çeşitli kararlarında, bir haftalık itiraz süresi dolmadan karar verilmesini bozma nedeni olarak kabul etmiştir¹¹².

Yargıtay ve doktrin bir haftalık bu itiraz süresinin geçirilmesi halinde bilirkişi raporunun kesinleşip kesinleşmediği hakkında farklı sonuçlara ulaşmaktadır. Yargıtay, bir haftalık bu sürenin geçirilmesinin bilirkişi raporunu kesinleştirmeyeceğini, hüküm verilinceye kadar tarafların bilirkişi raporuna itiraz edebilecekleri görüşünü benimsemiştir. Yargıtay’a göre bu bir haftalık süre tarafların

¹⁰⁹ D.6.D., T.20.5.2003, E.2003/260, K.2003/3174, www.kazanci.com (e.t. 07.01.2010).

¹¹⁰ DDDK, T.09.06.1967, E.1962/594, K.1967/624 (in. GÖZÜBÜYÜK/DİNÇER, a.g.e., s.775).

¹¹¹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.457.

¹¹² D.3.D., T.27.02.1990, E.1989/418, K.1990/656; D.7.D., T.26.11.1985, E.1985/1784, K.1985/2827 (in. CANDAN,a.g.e., s.787, dn.1081).

raporda noksan ve müphem gördükleri yönler hakkında bilirkişilerden açıklama istemeleri bakımından öngörülmüştür; tarafların bu açıdan bir itiraz ileri sürmemeleri raporun kesinleşmesi sonucunu doğurmaz. Bu nedenle gerçeğe ulaşılabilmesi için taraflar hüküm verilinceye kadar rapora itiraz haklarını kullanabilirler¹¹³. Buna karşılık bizim de katıldığımız görüşe göre; HUMK m.283'te düzenlenmiş olan bir haftalık bu süre itiraz için konulmuş kesin bir süredir ve bu nedenle hak düşürücü süredir. Bunun sonucu olarak, taraflar bilirkişi raporunun kendilerine tebliğinden itibaren bir hafta içinde bu rapora itiraz etmezlerse, bilirkişi raporu taraflar bakımından kesinleşir¹¹⁴. Elbette bilirkişi raporunun taraflar bakımından kesinleşmesi, mahkeme bakımından da kesinleştiği anlamına gelmez. Daha açık bir ifade ile, mahkeme, hüküm verilene kadar bilirkişiden açıklayıcı ya da tamamlayıcı bilgi isteyebilir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 283. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında yer verilmiş düzenlemelerden¹¹⁵ bilirkişiden istenecek tamamlayıcı ya da açıklayıcı bilginin yazılı olmasının gerekmediği sonucu ortaya çıksa da, idari yargıya hâkim olan yazılılık ilkesi gereğince, bilirkişinin vereceği açıklayıcı ya da tamamlayıcı bilgilerin de yazılı olması gerekir. Elbette bilirkişinin vermiş olduğu ek rapor, ilk raporundaki sonuçtan farklı ise, ek raporda bunun nedeni de açıklanmalıdır.

Kanunda aynı konuya ilişkin kaç kez bilirkişiye başvurulabileceğine dair bir sınırlama getirilmemiştir. Bu nedenle taraflar bilirkişi raporuna itiraz etmenin yanında yeni bir inceleme yapılmasını da talep edebilirler. Ayrıca hâkim de HUMK'un 284. maddesi uyarınca yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırabilir¹¹⁶. Örneğin, Danıştay 6. Dairesi, 1985 tarihli bir kararında; "birbirine kesinlikle aykırı teknik gerekçeler içeren ve farklı saptamalarda bulunan bilirkişi raporlarından birinin tercih nedenlerinin, konunun uzmanı bilirkişilere yeniden yaptırılacak inceleme sonucunda belirlenmesi gerektiği"¹¹⁷ni belirtmiştir. Bu karar vesilesi ile ayrıca

¹¹³ HGK 26.12.1986, E.1984/5-794, K.1986/164, www.kazanci.com.tr (e.t. 23.03.2010); Y.15.HD., T.21.12/1989, E.1989/1806, K.1989/5336, www.kazanci.com.tr (e.t. 23.03.2010).

¹¹⁴ KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.458; KURU, C.III, s.2745-2751; ÖNEN, a.g.e., s.228; BİLGE/ÖNEN, a.g.e., s.548.

¹¹⁵ HUMK m.283/II; Hâkim mütemmim izahat vermeleri zımında ehli-vukufu tayin edeceği celseye davet ile şifâhen istima edebilir. HUMK m.283/III; Ehli-vukufun şifâhen verecekleri izahat hulasa veçhile zapta kaydedilerek ziri kendilerine imza ettirilir.

¹¹⁶ BİLGE, a.g.e., s.484; Karafâkih ise, üçten fazla bilirkişi incelemesi yaptırılmayacağı görüşündedir (KARAFÂKİH, a.g.e., s.220).

¹¹⁷ D.6.D., T.13.11.1985, E.1985/726, K.1985/1324 (in. CANDAN, a.g.e., s.787, dn.1083).

belirtmek gerekir ki Danıştay, çelişkili iki bilirkişi raporunun önüne gelmesi halinde üçüncü bilirkişi incelemesi yaptırma yoluna gitmektedir¹¹⁸.

Bilirkişi raporu hâkimi bağlamaz (HUMK m.286). Yani, hâkim, bilirkişi raporunu serbestçe takdir eder¹¹⁹. Gerçekten de Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda "takdiri deliller" başlığı altında düzenlenmiş olan bilirkişilik müessesesinin hâkimce serbestçe değerlendirilemeyeceğini kabul etmek bu müessesenin takdiri delil olma niteliğini kaybederek kanuni delil niteliğine bürünmesine sebep olur¹²⁰. Ancak, Yargıtay uygulamasına baktığımızda, Yargıtay'ın HUMK'un 286. maddesinde yer alan hükmü oldukça dar şekilde yorumladığını görüyoruz. Yargıtay'a göre bu hüküm; hâkimin bilirkişi raporunu yeterli görmemesi halinde yeniden bilirkişi incelemesi yaptırması şeklinde anlaşılmalıdır. Doktrinde bu husus hâkimin takdir yetkisini kısıtladığı ve hâkimi bilirkişi raporu ile hüküm arasında bir aracı durumuna soktuğu gerekçesiyle eleştirilmiştir¹²¹. Kanaatimizce, hâkim, bilirkişiye başvurma kararı alarak, ilk önce, dava konusu uyuşmazlığın çözümü için özel veya teknik bilginin gerekli olduğunu; ikinci olarak da, kendi özel veya teknik bilgisinin uyuşmazlığın çözümü için yeterli olmadığını belirlemiş ve kabul etmiş olmaktadır. Dolayısıyla, bu saptamaları yapmış olan hâkimin, bilirkişi raporunu tamamen göz ardı ederek bir karara varması, kararın güvenilirliğini sorgulanır hale getirebilecektir. Nitekim, Danıştay'a göre de, "(...) bilirkişiye başvurmakla, uyuşmazlığın özel ve teknik niteliği hakkında bilgisinin yetersizliğini açığa vurmuş bulunan hâkimin, bilirkişi incelemesi sonunda düzenlenen rapordaki

¹¹⁸ "(...) uyuşmazlık konusu firının gerek imar mevzuatı ve gerekse işyeri açma ve çalışma ruhsatını düzenleyen mevzuat açısından durumu hakkında birbirine tümüyle aykırı saptamalar içeren bilirkişi raporları ortaya çıkmış olup, anılan farklı bilirkişi raporları arasındaki çelişkinin yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırılarak giderilmesi zorunludur (...)" (D.8.D., T.20.05.2004, E.2003/5602, K.2004/2417, DBB, e.t.23.03.2010).

¹¹⁹ HUMK'un 286. maddesi ile getirilmiş olan düzenleme esasen HUMK m. 240'ta yer verilmiş olan, "Bu kanunun tayin ettiği haller müstesna olmak üzere hâkim ikame olunan delilleri serbestçe takdir eder." düzenlemesinin tekrarı niteliğindedir. (Bkz.; KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.458; KURU, C.III, s.2769)

¹²⁰ BELGESAY Mustafa Reşit, Ehlivukuf Mütaleasının İlmî Değeri ve Kanuni İspat Kuvveti, İÜHFİM, İstanbul 1944, C.10, S.3-4, s.544.

¹²¹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.460; KURU, C.III, s.2779 vd.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, a.g.e., s.472; ÜSTÜNDAĞ, a.g.e., s.618. Karşı görüş için bkz.; ÖNEN, a.g.e., s.229; KARAFAKİH, a.g.e., s.220; BİLGE/ÖNEN, a.g.e., s.550; BİLGE, a.g.e., s.485; KÖROĞLU, a.g.e., s.46. Karşı görüşü savunan yazarlar, hâkimin yeterli özel veya teknik bilgiye sahip olmadığı için bilirkişiye başvurduğunu bu nedenle yeterli teknik veya özel bilgisinin olmadığı bir konuda takdir hakkının bilirkişi raporunun doğruluğu ya da yanlışlığı açısından değil ve fakat bilirkişi raporunun yetersiz bulunup bulunmadığı, eğer yetersiz olursa açıklayıcı veya tamamlayıcı bilgi istemek yahut yeni bilirkişi incelemesi yaptırmak açısından bulunduğunu dile getirmişlerdir. Yargıtay'ın bu yöndeki bazı kararları: Y.2.HD., T.11.09.1975, 6984/6497; Y.7.HD., T.12.03.1985, 4688/2851 (in. KÖROĞLU, a.g.e., s.46).

eksikliklerin ek bir raporla bilirkişiye açıklattırılması veya yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırarak uyuşmazlığın söz konusu nitelikleri hakkında yeterli bilginin sağlanması yoluna gitmek yerine, herhangi bir açıklama yapmaksızın bilirkişi raporunu bir yana bırakarak dava hakkında karar vermesi, (...) ulaşılan yargısal çözümün güvenilirliğini tartışmalı hale getirebilecek nitelikte (...) usulî aykırılıktır¹²²”. Ancak, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 240. maddesi ile hâkimlere verilmiş olan delilleri serbestçe takdir etme yetkisi hâkime, gerekçesini göstermek şartıyla, bilirkişi raporundan edinmiş olduğu teknik veya özel bilgiye göre, raporun ulaştığı sonuçtan farklı bir sonuca ulaşma imkanı tanımaktadır. Nitekim, Danıştay’ın da görüşümüzü destekler kararlarına rastlamak mümkündür. Örneğin, Danıştay 9. Dairesi, 11.02.1998 tarihli kararında; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun hâkime hem bilirkişi incelemesine başvurmanın gerekli olup olmadığını belirleme yetkisi verdiğini hem de, bilirkişiye başvurulduğu takdirde bu rapordan edineceği bilgilere göre, bilirkişi raporunda yer alan sonucun aksi yönünde karar verme yetkisi tanıdığını belirtmiştir. Ayrıca, sözü geçen kararda, hâkimin, bilirkişi raporunu değerlendirerek, raporun aksi yönünde karar verebilmesinin, hâkimin kendini bilirkişi yerine koyduğu anlamına gelmeyeceği hususu da vurgulanmıştır¹²³. Elbette hâkimin bilirkişi raporunun aksi yönünde karar vermesi halinde bunun nedenlerini ortaya koyması gerekmektedir¹²⁴.

c. Bilirkişinin Tarafsızlığı, Sorumluluğu ve Bilirkişi Ücreti

Bilirkişilerin de hâkimler gibi tarafsız olmaları gerekmektedir. Bilirkişilerin tarafsızlıklarının sağlanması için Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda iki yol öngörülmüştür. Bunlardan ilki, bilirkişiye yemin verdirilmesidir. HUMK’un 276/IV. maddesinde yer alan düzenlemeye göre; hâkim, bilirkişiye, bildirdiği ya da bildireceği görüşün tarafsız olduğuna ya da olacağına dair yemin verdirebilir¹²⁵.

Bilirkişilerin tarafsızlığını sağlamaya yönelik ikinci yol ise, bilirkişinin reddidir. Bilirkişinin reddi müessesesi HUMK’un 277. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, bilirkişinin reddi sebepleri, hâkimlerin reddi sebepleriyle aynıdır.

¹²² D.7.D., T.21.10.1999, E.1999/868, K.1999/3418, DBB (e.t. 04.08.2010).

¹²³ D.9.D., T.11.02.1998, E.1997/3926, K.198/452 www.kazanci.com (e.t. 07.01.2010); Hâkimin bilirkişi raporunun aksi yönünde karar verebileceği yönünde ayrıca bkz. D.7.D., T.29.04.1993, E.1989/3864, K.1993/1992, DBB (e.t. 23.03.2010).

¹²⁴ D.3.D., T.05.06.1991, E.1989/2916, K.1991/2026, DBB (e.t. 23.03.2010).

¹²⁵ HUMK m.276/IV; “Hâkim lüzum görürse ehli-vukufu beyan ettikleri veya edecekleri rey ve mütalaanın bitarafane olduğuna veya olacağına dair tahlif edebilir.”

Yani, bilirkişi HUMK m.29'da düzenlenmiş sebeplerden birinin varlığı halinde reddedilebilir¹²⁶. Bilirkişi red talebinin, bilirkişi seçiminin öğrenildiği tarihten itibaren üç gün içinde yapılması gerekir (HUMK m.277/II). Red sebebinin bilirkişi tayininden daha sonra öğrenilmesi halinde de, bu sebebin öğrenildiği tarihten itibaren üç gün içinde bilirkişinin reddedilmesi mümkün olmalıdır¹²⁷. Doktrinde yer alan bir görüşe göre, red talebinin şekli ile ilgili bir düzenleme bulunmadığından sözlü red talebi geçerli kabul edilmelidir¹²⁸; diğer bir görüş ise, bilirkişinin hâkimler hakkındaki red sebeplerine dayanarak reddedilebileceği ve hâkimlerin reddi talebinin de dilekçe ile yapılması gerektiğinden (HUMK m.33/I) hareketle bilirkişinin reddi talebinin de dilekçe ile yapılması gereklidir¹²⁹. Adli yargı açısından hangi görüş kabul edilirse edilsin, idari yargıda “yazılılık ilkesi” benimsendiği için, red talebinin yazılı şekilde yapılması gerekir. Red talebi, hâkim tarafından hadise¹³⁰ şeklinde incelenir. Danıştay 6. Dairesi 1985 tarihli bir kararında, bilirkişinin reddi istemi incelenmeksizin bilirkişi incelemesi yapılamayacağına hükmetmiştir¹³¹. Red talebi kabul edilirse yeni bir bilirkişi atanır. Ayrıca, maddede red sebebinden dolayı yemin teklif olunamayacağı belirtilmiştir.

Kanununda resen seçilen bilirkişilerin taraflara bildirilmesi gerektiğini belirten bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat, tarafların, bilirkişinin reddi sebeplerinin bulunup bulunmadığını araştırabilmeleri için bilirkişi seçiminin taraflara bildirilmesi gerekir. Aynı şekilde, taraflara bildirilmiş olan bilirkişilerin, daha sonra değiştirilmeleri durumunda, bu yeni bilirkişilerin de taraflara bildirilmesi gerekir¹³².

Mahkemece bilirkişi olarak seçilmiş olan kişiler, bilirkişilikten çekinme halleri dışında, mahkemeye gelerek görevlerini yerine getirmek zorundadırlar. Aksi halde,

¹²⁶ Doktrinde bazı yazarlar, kanunda bilirkişilerin sadece hâkimlere ilişkin red sebeplerine dayanılarak reddedilebileceğine hükmedilmiş olsa da hâkimin memnuiyeti nedenlerinden birinin bilirkişiler için söz konusu olması halinde de bilirkişilerin reddedilebilmesi gerektiğini savunmuşlardır. (Bkz. ÖNEN, a.g.e., s.226, dn.28).

¹²⁷ Bkz.; ÖNEN, a.g.e., s.226; ANSAY, a.g.e., s.283; BİLGE/ÖNEN, a.g.e., s.545; BİLGE, a.g.e., s.481. Buna karşılık Kuru, kanunun ifadesinin mutlak olduğunu bu nedenle red sebebinin bilirkişinin seçiminin öğrenilmesinden itibaren üç gün geçtikten sonra öğrenilmesi ya da daha sonraki bir tarihte bir red sebebi ortaya çıkması halinde bilirkişinin reddedilemeyeceğini ancak bu durumda bilirkişi raporuna itiraz edilebileceği ve yeni bir bilirkişi tayini istenebileceğini belirtmiştir (KURU, C.III, s.2720 vd).

¹²⁸ KARAFAKİH, a.g.e., s.219.

¹²⁹ KURU, C.III, s.2721.

¹³⁰ Hadise müessesesi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 222. ve 225. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

¹³¹ D.6.D., T.21.01.1985, E.1984/976, K.1985/110, DBB (e.t. 23.03.2010).

¹³² CANDAN, a.g.e., s.784.

HUMK m. 278/III'te yer verilmiş olan düzenleme gereği, tanıklar hakkındaki hükümler uyarınca para cezasına ve yargılama giderlerine mahkum edilebilirler.

Bilirkişilik kurumunun uyuşmazlıkların çözümü için taşıdığı önem göz önüne alındığında bilirkişilerin, görevlerini gerektiği gibi özen içerisinde yerine getirmemesi kimi zaman hukuki kimi zaman ise cezai sorumluluklarını gündeme getirir. Bilirkişilerin kasten gerçeğe aykırı rapor düzenlemeleri Türk Ceza Kanunu'nun 276. maddesinde bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu durum, aynı zamanda, hem HUMK'un 445/b.5 hem de İYUK m.53/1-d maddeleri uyarınca yargılamanın yenilenmesi sebebidir. Bilirkişilerin hukuki sorumlulukları hakkında hukukumuzda bir düzenleme bulunmamaktadır, bu konuda doktrinde farklı görüşler bulunduğu; fakat, hakim olan görüşe göre, bilirkişinin hukuki sorumluluğunun Borçlar Kanunu'nun 41. maddesinde düzenlenmiş olan haksız fiil sorumluluğuna dayandırıldığı belirtilmiştir¹³³.

Bilirkişi raporunun verilen süre içerisinde teslim edilmemesi durumunda bilirkişi görevini yapmaktan kaçınmış sayılmalı, HUMK'un 271 ve 278. maddelerine göre para cezasına ve oturum giderlerine mahkum edilmelidir. Bunun yanı sıra, doktrinde yer alan bir görüş uyarınca haklı nedenlerin varlığı ve bilirkişinin talebi halinde, rapor teslim süresi uzatılmalıdır. Ancak haklı neden bulunmaması halinde gecikmeden dolayı uğranılan zarar da bilirkişiye yüklenmelidir¹³⁴.

Mahkemeye sunulan bilirkişi raporunun maddî olgu ve fiilî gerçeklerle bağdaşmadığı yönünde kuvvetli emare ve şüphelerin bulunduğu kanaatine ulaşıldığı takdirde, bu bilirkişiler hakkında diğer kanunlardaki hukukî ve cezaî sorumluluklar saklı kalmak şartıyla 19.4.1990 tarihli ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu hükümleri uyarınca işlem yapılmak üzere dava dosyasının tasdikli bir örneği yetkili Cumhuriyet savcılığına gönderilir (HUMK m.286/II).

Bilirkişiye gördüğü hizmet karşılığı bir ücret verilir (HUMK m.423/2). Bu ücretinin miktarı hâkim tarafından belirlenir (HUMK m.285). Bilirkişi ücreti, bilirkişinin yaptığı inceleme için harcadığı emek göz önüne alınarak tayin

¹³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. TANRIVER Süha, Bilirkişinin Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.2005, S.56, s.141 vd. Ayrıca bkz. KURU, c.III, s.2797 vd., PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, a.g.e., s.473.

¹³⁴ Bkz. CANDAN, a.g.e., s.786.

edilmelidir¹³⁵. Hâkimin re'sen bilirkişiye başvurulmasına karar vermesi durumunda, hâkim bilirkişi giderlerinin taraflardan birince ya da taraflarca birlikte ödenmesine karar verir. Bilirkişi ücreti, taraf ya da taraflarca, hâkim tarafından belirtilen süre içinde ödenmezse, hâkim, bilirkişi giderlerinin, ileride haksız çıkan taraftan alınması koşuluyla, Devlet Hazinesinden ödenmesine karar verebilir (HUMK m.415)¹³⁶. Bilirkişi incelemesinin yapılmasını taraflardan birinin istemiş olması ve bu isteğin kabul edilmesi ihtimalinde ise, bilirkişi giderlerinin, inceleme isteminde bulunan tarafça karşılanması gerekir. Hâkim, tarafın bilirkişi ücretini mahkeme veznesine yatırması için bir süre verir. Bu süre içinde bilirkişi ücreti yatırılmazsa hâkim tarafa ikinci bir süre verir. Verilen bu ikinci süre kesindir (HUMK m.163). Taraf bu kesin süre içinde de bilirkişi giderlerini mahkeme veznesine yatırmazsa bilirkişi incelemesi talebinden vazgeçmiş sayılır (HUMK m.414)¹³⁷. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan bu hükümlere karşın, Danıştay uygulamasına baktığımızda bilirkişi ücret ve giderlerinin ödenmemesi durumunda farklı kararlar verildiğini görüyoruz. Danıştay'ın, bilirkişi ücretinin belirlenen süre içinde yatırılmaması halinde ileride icap edenlerden alınmak şartıyla Devlet Hazinesinden ödenmesi¹³⁸; bilirkişi incelemesi yapılmasına idari yargı yerince re'sen karar verilmesi durumunda bilirkişi ücretinin ileride haksız çıkan taraftan alınmak üzere Devlet Hazinesinden ödenmesi¹³⁹; ücretin belirlenen süre içerisinde yatırılmamasının bu istemden vazgeçildiği anlamına geldiği¹⁴⁰; ücretin belirtilen sürede yatırılmaması halinde davanın reddedilmesi gerektiği¹⁴¹; ücretin yatırılması için belirlenen sürenin kesin

¹³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz.; KÖROĞLU, a.g.e., s.47.

¹³⁶ HGK. T.01.03.1961, 95/37; "Bilirkişi ücreti ve davetiye masraflarını hangi masraflarını hangi tarafın ödeyeceğini yargıç takdir eder. Bu incelemeye taraflardan biri istemişse o taraf verecektir. Yargıcın kendiliğinden bilirkişi incelemesine karar verdiği hallerde masraf yaptırılmazsa, incelemenin yapılması da mutlaka zaruri ise sonradan haksız çıkandan alınmak üzere hazinece ödenmesine karar verilir" (in.KÖROĞLU, a.g.e., s.47).

¹³⁷ Böyle bir durumda "dosyada mevcut diğer delillere göre karar verilemiyorsa ve bilirkişi incelemesinin yapılmasını isteyen taraf davacı ise, iddiasını ispat edemediği için, davanın reddi gerekecektir" (KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.454).

¹³⁸ Danıştay bazı kararlarında HUMK m.415'te yer alan düzenlemeden hareket ederek ve bilirkişi ücretinin süresinde yatırılmamış olması halinin davayı ret sebebi oluşturmayacağına hükmetmiştir. Örneğin bkz., D.4.D., T.30.05.1988, E.1986/2676, K.1988/2151; D.4.D., T. 23.01.1990, E.1987/3360, K.1990/238, DBB (e.t. 23.03.2010).

¹³⁹ D.8.D., T.02.04.2007, E.2006/6404, K.2007/1790, DBB (e.t. 23.03.2010).

¹⁴⁰ D.7.D., T.10.04.1986, E.1985/1737, K.1986/1117, DBB (e.t. 23.03.2010); D.9.D., T.18.04.1986 E.1984/264, K.1986/1563, DBB (e.t. 23.03.2010).

¹⁴¹ "Ortaokul 1. Sınıfta öğrenci olan davacının oğlunun 1980-1981 öğretim yılı güz dönemi sınavında Fen Bilgisi dersinden başarısız sayılması işleminin iptali istemiyle açılan bu davada; söz konusu derse ait sınav kağıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yapılabilmesi için gerekli bilirkişi ücreti yatırılmadığından ve böylece dava konusu yapılan sınav kağıdının değerlendirilmesinde hataya düşülüp, düşülmediğinin saptanmasına olanak bulunmadığından davanın reddine karar verildi" (D.8.D., T.05.07.1983, E.1982/1813, K.1983/1712, DBB, e.t. 23.03.2010). Aynı yönde bkz.; D.10.D., T.02.12.1992, E.1991/446, K.1992/4200, DBB (e.t. 23.03.2010).

süre olmadığı ve bu nedenle ek süre verilebileceği¹⁴²; ücretin yatırılmaması durumunda davayı reddetmeden önce, bu hususu ücreti ödemesi gereken tarafa hatırlatarak ikinci bir süre verilmesi gerektiği¹⁴³ yönünde kararları bulunmaktadır.

Sonuç olarak, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yer verilmiş olan bir takım düzenlemeler, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun bilirkişiye ilişkin düzenlemelerinin idari yargıda, kısmen de olsa, farklılaşarak uygulanması sonucunu doğurmaktadır. İdari Yargılama Usulü Kanun'unda yer verilmiş ve bilirkişilik müessesesinin, idari yargıda, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanun'unda düzenlendiği şekliinden farklılaşarak uygulanmasına gerektiren ilk düzenleme, İYUK'un 31. maddesindeki bilirkişinin mahkeme veya hâkim tarafından re'sen seçileceği kuralıdır. İkinci olarak, İYUK'un 2. maddesinin 2. fıkrasında yer alan idari mahkemelerin, idarenin takdir yetkisini kısıtlayacak şekilde karar almasını yasaklayan kural ve son olarak İYUK'un 1. maddesinin 2. fıkrasında yer verilmiş olan, idari yargıya hâkim olan yazılılık ilkesi bilirkişilik müessesesinin, idari yargıda, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlendiği halinden farklılaşarak uygulanmasını gerektiren İYUK düzenlemeleridir.

2. Delillerin Tespiti

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 368. ve 369. maddelerinden hareketle, delillerin tespiti; görülmekte olan bir davada sırası gelmemiş veya açılacak olan bir davada, ispatı gerekli maddi olgulara ilişkin delillerden ortadan kalkma tehlikesi ya da temin edilmesinin çok güç olması ihtimali bulunanlarının, tanık, bilirkişi, keşif veya diğer delillerle tespit edilmesi ve korunması amacına hizmet eden müessese olarak tanımlanabilir.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İdari Davalarda Delillerin Tespiti" başlıklı 58. maddesinde delil tespitine ilişkin düzenlemelere yet verilmiştir. İYUK'un 31. maddesinde yer verilmiş atıf dolayısıyla, idari yargıda, delillerin tespiti müessesesi ile ilgili olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun konuya ilişkin hükümleri, sözü geçen 58. maddenin içeriği ile uyduğu ölçüde, uygulama alanı bulacaktır.

¹⁴² D.10.D., T.21.06.1995, E.1994/4241, K.1994/3340, DBB. (e.t. 23.03.2010).

¹⁴³ D.6.D., T.17.04.2003, E.2002/1809, K.2003/2292, DBB. (e.t. 23.03.2010).

Delillerin tespiti, deliller hakkında bir ihtiyati tedbirdir¹⁴⁴. İhtiyati tedbirde esas olan, dava konusu mal ya da hakkın güvence altına alınabilmesi için o mal ya da hakka tedbir konulmasıdır. Delillerin tespitinde esas olan da, uyuşmazlığın çözümüne yardımcı olacak delillerin kaybolmasının önüne geçmek için tedbir almaktır. Delillerin tespiti, açılmış ya da açılacak olan davaya bağlı bir işlemdir. Bu husus, HUMK'un 374. maddesinde; "delillerin tespiti için ifa ve tanzim edilmiş bilumum muamelât ve evrak esas dava dosyasının merbutu addolunur" şeklinde hüküm altına alınmıştır. Delillerin tespitinin açılmış veya açılması olası bir davaya bağlı olmasının çeşitli sonuçları vardır. Bir kere, buradan hareketle delillerin tespitinin tek başına ayrı bir dava konusu yapılamayacağını söyleyebiliriz. Başka bir deyişle, delillerin tespiti bağımsız bir dava türü değildir.

Bu yüzden, delillerin tespitini, ayrı bir dava olan tespit davasından ayırmak gerekmektedir. Gerçekten, tespit davaları, "bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığının tespiti için açılan davalardır¹⁴⁵". Dolayısıyla, tespit davalarının konusunu hukuki ilişkiler oluşturur. Buna karşılık, delil tespitinin konusu maddi vakıalardır.

İkinci olarak, delillerin tespiti için yapılmış ve düzenlenmiş bütün işlem ve belgelerin dava dosyasının merbutu sayılması nedeniyle delillerin tespiti kesin hüküm teşkil etmez ve zamanaşımını kesmez¹⁴⁶.

Bunların yanı sıra, delil tespiti yolu ile tespit edilen delillerin dava esas dosyasının merbutu sayılmasının başka bir sonucu da, taraflardan her birinin, yani hem delil tespiti isteminde bulunmuş hem de delil tespiti isteminde bulunmamış tarafın, bu delillere dayanabilecek olmasıdır. Delil tespiti yaptırmamış olan tarafın tespit edilen delillere dayanması halinde, hiç şüphesiz, delil tespitini yaptıran tarafın artık yaptırmış olduğu delil tespitinin aksini iddia ve ispat edememesi gerekir¹⁴⁷.

Nihayet, delil tespitinin açılmış ya da açılacak bir dava ile ilgisinin bulunması ve bu davalar bakımından yararlılık arz etmesi gerekir. Bu husus, öncelikle dava

¹⁴⁴ KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.627; MUŞUL, a.g.e., s.232; ÖNEN, a.g.e., s.211; KURU Baki Hukuk Muhakemeleri Usulü, Beta, 6. baskı, İstanbul 2001, C.IV, s.4427; DOĞANAY İsmail, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Tespiti Delâile Dair Hükümleri Üzerinde Bir İnceleme, Adalet Dergisi, Yıl: 45, S.7, 1954, s.890.

¹⁴⁵ OĞUZMAN Kemal M., BARLAS Nami, Medeni Hukuk, 10. bası, Beta, İstanbul 2003, s.202.

¹⁴⁶ BERKİN, a.g.e., s.123; KURU, C.IV, s.4441.

¹⁴⁷ KURU, C.IV, s.4465.

açılmadan önce yapılan delil tespiti istemlerinde sorun yaratabilecektir. Belirtelim ki, bu konudaki Fransız Danıştay kararları ilginç ve nettir. Buna göre, örneğin, hiçbir dava ile ilgisi bulunmayan delillerin tespiti istemi reddedilmektedir¹⁴⁸. Aynı şekilde, delillerin tespitinin ilgili olduğu olası davanın, örneğin ilgilinin menfaatinin bulunmaması nedeniyle reddedileceği açıksa, tespit talebi reddedilmektedir¹⁴⁹.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 369. maddesi, delil tespiti yoluna ancak önceden tespit edilmemesi halinde yok olacağı ya da gösterilmesi çok zor olacağı tahmin edilen deliller için gidilebileceğini hüküm altına alarak, delil tespiti isteminde bulunulabilmesi için istemde bulunan tarafın hukuki yararının olmasını aramıştır¹⁵⁰. Ancak, yine aynı madde "Kanunu Medeni Hükümü mahfuz kalmak şartıyla" ifadesine yer vermiştir. Dolayısıyla, özel bir kanun hükmü ile delil tespitinin istenebileceğinin hüküm altına alındığı durumlarda, delillerin tespitinde hukuki yarar şartı aranmaz.

a. Delillerin Tespitinin Talep Edilebileceği Zaman ve Delillerin Tespitinin Talep Edilebileceği Yargı Yeri

Delillerin tespiti ancak bir yargı yerinden talep edilebilir. 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun "tespit işleri" başlığını taşıyan 61. maddesinde; "Noterler bir şeyin veya bir yerin hal ve şeklini, kıymetini, ilgili şahısların kimlik ve ifadelerini tespit ederler ve davet edildiklerinde piyango ve özel kuruluşların kur'a, seçim ve toplantılarında hazır bulunarak durumu belgelendirirler." düzenlemesine yer verilmiştir. Bu noter işlemleri, Yine Noterlik Kanunu'nun 83. maddesi ile aksi ispat edilene kadar geçerli olarak kabul edilmiştir. Doktrinde, noterlerce yapılan bu tespit işlemlerinin, mahkemelerce yapılan delil tespitiyle ilgisi olmamakla beraber, noterler tarafından yapılan bu tespitlerin mahkemelerde kuvvetli delil olabileceği, dolayısıyla da yargı organlarının işlerinin kolaylaşacağı¹⁵¹ ve noterlerce yapılmış bulunan tespite rağmen mahkemeden delil tespiti isteminde bulunulabileceği¹⁵² belirtmiştir. Danıştay 8. Dairesi ise, soruna noterlerin belli konularda tespit yapıp yapamayacağı açısından

¹⁴⁸ CAA de NANCY, T.04.05.1994, Electricité de France, Rec. s.810.

¹⁴⁹ CAA de NANTES, T.04.10.1995, M. Et Mme Leveque, n 95NT00088.

¹⁵⁰ KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.628; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, a.g.e., s.668-669; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, a.g.e., s.337; BELGESAY Mustafa Reşit, Teorik ve Pratik Adliye Hukuku (Üçüncü Kitap: Muhakeme Usulü), Suhulet Basımevi, İstanbul 1945, s.13; KURU, C.IV, s.4431.

¹⁵¹ KURU, C.IV, s.4478.

¹⁵² PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, a.g.e., s.669.

yaklaştığı bir kararında, Noterlik Kanunu'nun noterlere tespit yetkisi veren düzenlemelerini de inceleyerek, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 368. maddesi anlamında delil tespiti yapılması yetkisinin ve görevinin yine Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 370. maddesi uyarınca mahkemelere verildiğini, bu nedenle, HUMK'un 368. maddesi anlamında yapılacak delil tespiti işlemlerinin noterlerce yapılmasının mümkün olmadığını hüküm altına almıştır¹⁵³. Fransız yargı yerleri ise, konuyla ilgili olarak noter tarafından yapılmış tespitlerin bir de mahkemelerden istenemeyeceğini¹⁵⁴ ya da noterlerce de tespiti yapılacak maddi olayların tespitinin yargı yerinden istenmesinin mümkün olmadığını¹⁵⁵ yönünde kararlar vermektedirler.

Delil tespiti dava sırasında veya dava açılmadan önce istenebilir. Davanın açılmasından önce delil tespiti yok olacak ya da gösterilmesi çok güç olacak deliller için istenebilir. Örneğin, bir trafik kazası sonucunda aracı hasar gören kişiden, aracını davada hasar tespiti yapılmasına sıra gelene kadar hasarlı şekilde bekletmesi istenemez. Ancak, bu kişinin otomobilini davadan önce tamir ettirmesi halinde, dava sırasında aracın hasar tespitini yapmak güç hatta imkansız hale gelebilir. İşte delil tespiti yolu ile bu olumsuzluğun önüne geçilebilir¹⁵⁶. Aracın hasarı kazadan sonra tespit edilerek, ve fakat dava açılmadan önce olası davada delillerin değerlendirilmesi safhasında, delil olarak değerlendirilir. Ancak, yukarıda da belirtildiği gibi, dava açılmadan önce delil tespiti talebinde bulunulması halinde, talep dilekçesinde ileride açılacak davanın belirtilmesi gerekir. Aksi halde, istenen delillerin tespitinde hukuki yarar olmadığı gerekçesiyle delil tespit talebi reddedilmelidir¹⁵⁷.

Kanun koyucu, tarafa dava açmadan önce, dava konusu için yetkili ve görevli mahkemeden başka bir mahkemeye başvurarak delil tespiti yapılmasını talep etme imkanı tanıyarak, onun herhangi bir gecikme nedeniyle uğrayacağı zararı önlemeye

¹⁵³ D.8.D., T.21.12.2005, E.2004/4293, K.2005/5312; “(...) Noterlik Kanununun noterlerce yapılan tespit işlerinin düzenlendiği, 61. maddesinde, Noterlerin, sadece maddede sayılan hususlarda tesbit yetkisi bulunduğu görülmektedir. Yapılması yasayla başka bir makam, merci veya şahsa verilmiş olan hukuki işlemleri düzenlemek noterlerin görevleri dışında kalmaktadır. İnternet yayınlarının tespiti işi de Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 368.maddesi anlamında delil tespiti niteliğinde olup, bu yetki ve görev aynı Kanunun 370.maddesi gereğince mahkemelere verildiğinden, bu tür tespit işlerinin noterlerce yapılması olanaklı değildir (...)” (DBB, e.t. 25.03.2010).

¹⁵⁴ CAA de NANTES, T.24.09.1992, M. Robic, n° 92NT00621.

¹⁵⁵ CE, 26.7.1982, S.A. « *Sous-traitants associés de l'électronique* », Rec. s. 312, DA 1982, n° 351.

¹⁵⁶ KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.627.

¹⁵⁷ Bkz. KURU, C.IV, s.4431.

çalışmıştır¹⁵⁸. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, dava açılmadan önceki aşamada yapılabilecek delil tespiti talepleri için, görevli ve yetkili mahkeme bakımından bir sınırlama getirmemiştir¹⁵⁹. Kanun koyucu, dava açılmadan önce delil tespiti için en çabuk ve en az giderle tespiti yapabilecek olan mahkemeye başvurulabileceğini hüküm altına almıştır.

Doktrinde kimi yazarlarca HUMK'un delil tespiti müessesesi ile ilgili hükümlerinin görevli mahkemeyi belirten bir kural getirmediği görüşü benimsenmiştir. Söz konusu görüşü benimseyen yazarlar HUMK'un 370. maddesinde sadece salahiyattar mahkeme deyiminin kullanıldığı noktasından hareket etmekte ve HUMK'un ilk bölümünde görev ve yetki konuları ayrı ayrı düzenlenmiş olduğu, HUMK'un 370. maddesinde yer verilmiş olan salahiyattar mahkeme ifadesinin hem yetkili hem de görevli mahkeme anlamında kabul edilmesinin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun kendi sistemi içerisinde bir çelişki oluşturacağını belirtmektedirler¹⁶⁰. Dolayısıyla yazarlara göre HUMK m. 370 sadece yetki konusunda bir düzenleme getirmektedir ve delil tespitinde görevli mahkeme genel görev kurallarına göre belirlenmelidir. Yani delil tespitinin dava açılmadan önce talep edilmesi durumunda görevli mahkeme, uyuşmazlık konusunun değerine göre sulh, asliye, ticaret, iş mahkemeleri veya uyuşmazlığın niteliğine göre kurulmuş uzman mahkemeler olabilecektir¹⁶¹.

Dava sırasında delil tespiti ise, ancak kendine inceleme sırası gelmemiş deliller için istenebilir. Örneğin, daha sonraki celselerde tanık olarak dinlenecek kişinin ağır hasta olması ve öleceğinden korkulması durumunda, bu kişi henüz sırası gelmeden delillerin tespiti yolu ile mahkeme tarafından dinlenebilir ve tanığın vermiş olduğu bu ifade delillerin incelenmesi aşamasında delil olarak değerlendirilir¹⁶².

Kanun koyucu, dava açıldıktan sonra yapılabilecek delil tespit isteminin davaya bakan mahkemeden istenebileceğini hüküm altına almıştır (HUMK m.370). Başka bir ifade ile dava açıldıktan sonra delil tespiti istemi açısından davaya bakmakta olan mahkeme yetkili ve görevli hale gelmektedir.

¹⁵⁸ DOĞANAY, a.g.m., s.894.

¹⁵⁹ POSTACIOĞLU, a.g.e., s.497; KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.628; KURU, C.IV, s.4433; MUŞUL, a.g.e., s.232

¹⁶⁰ GÜNAY Mehmet/ GÜNAY Meryem, Delil Tespiti, Adalet Dergisi, Y.100, S.34, s.176, dn.11.

¹⁶¹ GÜNAY/GÜNAY, a.g.e., s.176.

¹⁶² KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.627.

Davanın açılmasından sonra delil tespiti için münhasıran davanın görüldüğü mahkeme görevli ve yetkili hale geldiği için, davaya bakan mahkemeden başka bir mahkeme o davayla ilgili olarak delillerin tespit edilmesine karar veremez, delil tespiti yapamaz; yapması halinde bu delil tespiti hükme esas alınamaz¹⁶³.

İdari davalarda delillerin tespiti başlığını taşıyan İdari Yargılama Usulü Kanununun 58. maddesinde, dava açıldıktan sonra delillerin tespiti hususu düzenlenmiştir. Maddenin getirmiş olduğu düzenlemeye göre; “Taraflar, idari dava açtıktan sonra bu davalara ilişkin delillerin tespitini ancak davaya bakan Danıştay, idare ve vergi mahkemelerinden isteyebilirler” (İYUK m.58/I). Söz konusu hüküm uyarınca, idari bir davanın açılmasından sonra, maddede belirtilmiş olan yargı yerleri dışında örneğin, adli yargı yerlerinden, delil tespiti istenemez. Ancak, buna rağmen dava açıldıktan sonra bir adli yargı yerince yapılmış tespitler varsa, bunlar idari yargı yerince hükme esas alınmaz. Nitekim, Danıştay da bir kararında “Bu düzenleme uyarınca, idari dava açıldıktan sonra, delillerin tespiti ancak davaya bakan idari yargı yerinden istenebileceğinden uyuşmazlık konusu olayda, 2003 yılı için yapılan re’sen tarhiyata karşı açılan davada, Sulh Hukuk Mahkemesince yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu yapılan tespitlerin davanın çözümüne esas alınması olanaklı değildir¹⁶⁴” sonucuna varmıştır. Belirtelim ki, maddede idari dava açılmadan önce delil tespitinin hangi yargı yerinden istenebileceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, idari dava açılmadan önce, idari yargı yerlerinden de delillerin tespiti isteminde bulunmak mümkün mü sorusu sorulabilir. 2575 sayılı Danıştay Kanununda ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri, ve Vergi mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunda, idari yargı yerlerine, idari bir davadan bağımsız olarak istenecek delil tespiti hakkında karar verme hususunda görev ve yetki verilmemiştir¹⁶⁵. Danıştay’a göre de, “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrasında idari dava türleri, iptal, tam yargı, genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar olarak sayılmış olup tespit davası şeklinde bir dava türüne idari yargıda yer verilmemiştir. (...) Davacının (...) atanmasının yapılmaması yolunda davalı idarece bir işlem tesis edilmesi ve bu işleme

¹⁶³ KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.629; MUŞUL, a.g.e., s.232; KURU, C.IV, s.4435.

¹⁶⁴ D.4.D., T.30.11.2006, E.2006/2239, K.2006/2470, www.kazanci.com (e.t. 25.03.2010); aynı yönde bkz. D.3.D., T.25.03.2003, E.2001/2566, K.2003/994, www.kazanci.com (e.t. 12.01.2010)

¹⁶⁵ Bkz. CANDAN, a.g.e., s.774.

karşı iptal davası açılması halinde incelenebilecek nitelik taşımaktadır (...) ¹⁶⁶. Dolayısıyla, maddeden anlaşılması gereken, idari dava açılmadan önce, idari yargı düzeni dışındaki yargı yerlerinden, örneğin adli yargı yerlerinden, delil tespiti yapılmasının istenilebileceği, buna karşılık, bir idari dava açılmadan idari yargı yerinden delil tespiti yapılmasının istenemeyeceğidir. O halde, İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesi ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na yapılmış olan atıf uyarınca, idari bir dava açılmadan önce, delillerin tespiti, HUMK m.370'e uygun olarak en çabuk ve en az giderle tespiti yapabilecek olan adli yargı yerinden istenir. Ancak, bir idari dava açıldıktan sonra, delillerin tespiti artık sadece HUMK hükümlerine göre değil, HUMK'un İYUK'un 58. maddesiyle bağdaşan hükümlerine göre yapılacaktır. Belirtelim ki, doktrinde, ileride açılacak bir davada kullanılmak istenen delillerin, eğer şartları var ise, idari yargı yerlerinden de tespit edilebilmesinin mümkün olması gerektiği görüşü de ileri sürülmüş ¹⁶⁷ ve aksi yöndeki uygulamanın HUMK'un 370. maddesi ile bağdaşmadığı belirtilmiştir ¹⁶⁸.

b. Delillerin Tespitinin Usulü

Delil tespiti, ispat olunacak vakıa ile tanıklara ve bilirkişiye sorulacak soruları içeren üç nüsha dilekçe ile mahkemeden talep edilir (HUMK m.371/c.1). Delil tespit istemli dilekçelerden biri mahkemede kalır, biri karşı tarafa, üçüncü dilekçe de varsa bilirkişiye tebliğ edilir ¹⁶⁹. Delillerin tespiti istemli dilekçenin, mahkemece kabule şayan bulunabilmesi için, gerekli açıklama ve bilgileri içermesinin ¹⁷⁰ yanında, tespiti istenen delillerle ilgili olarak yapılacak giderlerin (örneğin, bilirkişi ücreti) talepte bulunan tarafça mahkeme veznesine yatırılması gerekir. Mahkemenin vereceği süre içerisinde masrafların ödenmemesi halinde, delil tespiti talebinden vazgeçilmiş sayılır (HUMK m.414).

Delil tespiti istemli dilekçe kabule şayan görülürse delillerin tespiti için bir gün tayin edilir (HUMK m.371/c.2) ve mahkemenin vermiş olduğu delil tespit kararı karşı tarafa tebliğ edilir (HUMK m.372/I. c.1). Tebligatı alan taraf, mahkemeye delil

¹⁶⁶ D.5.D, T.03.02.1988, E.1987/2383, K.1988/408, DD, S.73, s.317.

¹⁶⁷ GÜNDAY, a.g.m., s.86. Doktrinde Kuru da, idare ve vergi mahkemelerini idari dava açılmadan önce delil tespitinin istenebileceği yargı yerleri çerçevesinde değerlendirmektedir (KURU, C.IV, s.4435); aynı yönde bkz. GÜNAY/GÜNAY, a.g.m., s.176.

¹⁶⁸ GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e., no.715.

¹⁶⁹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.629; MUŞUL, a.g.e., s.233; KURU, C.IV, s.4440; DOĞANAY, a.g.m., s.896.

¹⁷⁰ MUŞUL, a.g.e., s.233; Ayrıca bkz. DOĞANAY, a.g.m., s.895.

tespiti ile ilgili sorularını yöneltebilir ve delil tespiti sırasında hazır bulunma yetkisine de sahiptir (HUMK m.372/I. c.2). Delil tespitinde bulunan tarafın haklarını korumak için zorunlu görülen ya da acele etmeyi gerektiren hallerde, diğer tarafa tebligat yapılmadan da mahkemece delil tespiti yapılabilir (HUMK m.372/I. c.3). Bu durumda, mahkeme, delil tespiti nedeniyle düzenleyeceği delil tespit tutanağını derhal diğer tarafa tebliğ etmek zorundadır (HUMK m.372/II). Bu zorunluluğa uyulmaması halinde, delil tespit tutanağı, açılmış veya açılacak davada kullanılamaz¹⁷¹; Yargıtay bunu bir bozma sebebi olarak kabul etmektedir¹⁷². Bir zorunluluk hali bulunmamasına rağmen diğer tarafa tebligat yapılmadan delil tespiti yapılması, bu taraf açısından savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelir¹⁷³.

Delil tespiti kararı nihai karar olmadığı için tek başına temyiz edilemez, ancak delil tespiti kararına karşı, delil tespiti şartlarının bulunmadığı gerekçesiyle itiraz edilebilir. Bu itiraz, delil tespitini yapmış olan mahkemeye yapılır (HUMK m.373). Yargıtay çeşitli kararlarında itiraz değerlendirilmeden hüküm verilmesini bozma sebebi olarak kabul etmiştir¹⁷⁴.

Delil tespiti talebi mahkemece, şartları bulunmadığı gerekçesiyle, kabule şayan bulunmayarak red de edilebilir. Delil tespit talebinin reddedilmesi halinde, talebi reddedilen, delil tespiti şartlarının daha sonradan gerçekleştiğini ileri sürerek yeni bir delil tespiti talebinde bulunabilir.

İYUK'ta delillerin tespitiyle ilgili bir madde bulunmasına rağmen, bu maddede yukarıdaki gibi usule ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmediğinden HUMK'da düzenlenen usul kuralları, esas itibarıyla, idari yargıda da uygulanacaktır.

İdari yargı yerlerinden delillerin tespiti istemi ancak davanın açılmasından sonra istenebileceğinden, delillerin tespiti istemi ya dava dilekçesinde ya da daha sonraki bir tarihte ayrı bir dilekçe ile istenir. Davaya bakan idari yargı yeri, delillerin tespiti istemlerini ivedilikle inceleyerek karara bağlar (İYUK m.58/3). İdari yargı yeri, delil tespiti istemini uygun görürse, üyelerinden birini bu işle görevlendirebilir

¹⁷¹ MUŞUL, a.g.e., s.235; POSTACIOĞLU, a.g.e., s.498; KURU, C.IV, s.4448.

¹⁷² Y.13.HD., 04.02.1992, 98/847 (in. ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, a.g.e., s.377, dn.105b).

¹⁷³ HGK. T.16.09.1992, 417/470 (in. ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, a.g.e., s.377, dn.105a).

¹⁷⁴ Y.13.HD., T.13.05.1991 2870/5343; Y.4.HD., T.07.12.1993, 92/12356-14195 (in. ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, a.g.e., s.378, dn105c).

ya da tespitin mahalli idari veya adli yargı yerlerince yaptırılmasına da karar verebilir (İYUK m.58/2). Bu maddeden çıkan sonuca göre, idari yargıda dava açıldıktan sonra adli yargı yerlerinden delillerin tespiti istenemez, fakat, davaya bakan idari yargı yeri delillerin tespitinin adli yargı yerince yaptırılmasına karar verebilir.

Doktrinde bu hükmün davaya bakan idari yargı yerinin yargı çevresinde yapılabilecek tespitler açısından uygulanamayacağı görüşüne yer verilmiştir¹⁷⁵. Danıştay bu madde çerçevesinde verdiği kararlardan birinde, “İdari Yargılama Usulü Kanununda, mahalli, idari ve adli mercilere yaptırılacak incelemenin delillerin tesbitine yönelik bir inceleme olması gerektiği yolunda düzenlemeye yer verilmekte, delillerin tesbitinin kapsamı ise Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda ifadesini bulmaktadır.” saptamasını yaparak, bir mahalli asliye hukuk mahkemesi aracılığıyla yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen rapora dayalı olarak bir idare mahkemesi tarafından verilen kararı,” sözkonusu keşfin delillerin tesbitine yönelik olmayıp uyuşmazlığın esasına çözümü sağlayıcı teknik ve bilimsel donelerin elde edilmesine yönelik bir inceleme olduğu” ve “İdari Yargılama Usulü Kanununda keşif ve bilirkişi incelemesinin mahalli mahkemeler aracılığıyla yaptırılabilmesine ilişkin bir hüküm yer almadığı gibi, [İYUK, m. 31] ile gönderme yapılan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda da bu tarz incelemeyi olanaklı kılan bir hükme yer verilmemiş” olduğu gerekçesiyle bozmuştur¹⁷⁶. Bir başka kararında ise, Yüksek Mahkeme, “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 bulunma¹⁷⁷” dığına hükmetmiştir.

Bu madde çerçevesinde, çeşitli Danıştay kararlarında da belirtildiği üzere dikkat edilmesi gereken husus idari yargı yerlerinin adli yargı yerlerine yaptırabileceği incelemenin uyuşmazlığın “esasına çözümü sağlayıcı teknik ve bilimsel donelerin elde edilmesine yönelik bir inceleme” olmaması yani sadece delillerin tespitine yönelik olması gerektiğidir. Danıştay, idari yargı yerlerinin İYUK m.58/2 hükmüne dayanarak mahalli adli yargı yerlerine keşif ve bilirkişi incelemesi

¹⁷⁵ CANDAN, a.g.e., s.775.

¹⁷⁶ D.6.D., T.08.05.1991, E.1990/7429, K.1991/1027 DD, S.84-85, s.432.

¹⁷⁷ D.6.D., T.09.03.1995, E.1994/3089, K.1995/925, DD, S.91, s.601.

yaptırmalarını ve incelemeleri uyuşmalığın çözümü için esas almalarını bozma sebebi olarak kabul etmiştir.

HUMK'a göre, delillerin tespiti tanık dinlenmesi suretiyle de yapılabilir (HUMK m.368) ise de, idari yargılama usulüne hâkim olan yazılılık ilkesi gereğince, idari yargıda, medeni usul hukukundan farklı olarak, tanık ifadesine başvurulamayacağı kabul edilmektedir. Bu husus Danıştay'ın çeşitli kararlarında da ifade edilmiştir.

Danıştay kararlarında, bir yandan idari yargıda yazılı yargılama yapma zorunluluğu ve bu çerçevede tanık dinlenmesi ya da ifade alınması şeklinde bir yöntemin bulunmadığına vurgu yapılmakta¹⁷⁸ tanık ifadesinin idari yargıda delil tespitinde kullanamayacağının başka bir gerekçesi olarak, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun duruşma ve duruşmaya ilişkin esasları düzenleyen 17. ve 18. maddelerinde tarafların dinleneceğinin hükme bağlandığını fakat tanık ifadesine ilişkin bir hüküm yer almadığını ayrıca sözü geçen kanunun 31. maddesinde tanık ifadesine ilişkin hükümlere yollama yapılmadığına dikkat çekmektedir¹⁷⁹. Şu halde, idari yargılama usulüne hâkim olan yazılılık ilkesi, delil tespiti yoluyla da olsa, tanık dinlenmesine engel olacaktır¹⁸⁰.

Sonuç olarak, idari yargıda delillerin tespiti, İYUK'ta yer verilmiş 58. madde düzenlemesi ve idari yargılama usulüne hâkim olan yazılılık ilkesi gereğince, İYUK'un 31. maddesi ile konuya ilişkin olarak HUMK'a atıfta bulunulmuş olmasına rağmen, HUMK'ta yer verilmiş düzenlemelerden kısmen de olsa farklılaşarak uygulama alanı bulacaktır.

¹⁷⁸ D.8.D., T.25.02.2004, E.2003/3369, K.2004/917, DKD, S.5, s.231.

¹⁷⁹ Bkz. D.3.D., T.24.12.1986, E.1986/1201, K.1986/2706, D.3.D., T.25.12.1990, E.1989/3460, K.1990/3569 (in. KARAVELİOĞLU/KARAVELİOĞLU, s.1090).

¹⁸⁰ Ancak doktrinde Çağlayan, tanık delilinin idari yargı açısından zaten mümkün olduğunu ve idari yargıda tanık deliline ihtiyaç duyulduğu belirtmiştir. Yazara göre, her ne kadar idari yargılama usulünde yazılılık ilkesi kabul edilmiş olsa da bu ilkenin mutlak olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü, İdari Yargılama Usulü Kanunu 17. maddesinde duruşma müessesesini düzenlemiş ve böylece hem esasa ilişkin yargılamada hem de itiraz ve temyiz aşamalarında tarafların sözlü olarak dinlenilmesine izin verilmiştir. İşte bu nedenle tarafların sözlü olarak dinlenmesinin kabul edildiği bir sistemde uyuşmazlık konusu ile ilgili bilgisi olan üçüncü kişilerin de dinlenebilmesi gerekir. Ayrıca İYUK'un 20. maddesinde mahkemelerin bakmakta oldukları davada her çeşit incelemeyi kendiliğinden yapacakları düzenlemesinden hareketle resen araştırma ilkesinin tanık beyanına başvurmayı da içerdiğinin söylenebileceğini belirtmiştir. (ÇAĞLAYAN Ramazan, İdari Yargılama Usulünde Tanık Delilinin Yeri, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2003, C.11, S.3-4, s.202-203).

C. Kanunda Belirtilen Diğer Müesseseler

İdari yargıda HUMK'ta yer verilmiş düzenlemelerden farklılaşarak uygulama alanı bulacak müesseseler -İYUK'ta bunlara ilişkin olarak bazı hükümlere yer verildiği için- üçüncü kişileri ilgilendiren davanın ihbarı ve hüküm fıkrasını ilgilendiren yargılama giderleridir.

1. Üçüncü Kişilerle İlgili Olan Müessese: Davanın İhbarı

Davanın ihbarı, görülmekte olan bir davada, davanın taraflarından birinin yargılama sonunda verilecek hükme göre üçüncü kişiye karşı ya da üçüncü kişinin kendisine karşı rücu hakkı doğacağını düşünmesi durumunda, davaya katılmasını ya da kendi yerine geçerek davayı takip etmesini üçüncü kişiye bildirmesidir¹⁸¹. Tanımdan, davanın ihbarı müessesesinin taraflar için bir zorunluluk olmadığı çıkarılabilirse de, davanın ihbarının zorunluluk olarak düzenlendiği kanun maddelerine de rastlamak mümkündür. Örneğin, vedia sözleşmelerinde, bırakılan şey hakkında bir dava açılması halinde, kendisine bırakılan, davayı derhal bırakana haber vermek zorundadır (BK. m.470 c.2).

Doktrinde, davanın ihbarı müessesesinin usul hukuku bakımından ve maddi hukuk bakımından olmak üzere iki amacı olduğu belirtilmiştir. Müessesenin usul hukuku bakımından amacı, kendisine ihbarda bulunulan üçüncü kişinin, davayı ihbar eden tarafa yardım etmesinin sağlanmasıdır; maddi hukuk bakımından amacı ise, davayı ihbar etmiş olan tarafın davayı kaybetmesi halinde üçüncü kişiye karşı açacağı rücu davasında ya da üçüncü kişinin kendisine karşı açacağı tazminat davasında hakkını daha güvenli olarak ileri sürmesidir¹⁸².

İdari yargıda maddi hukuk bakımından davanın ihbarı müessesesi ile ulaşılmak istenen amacı adli yargıdaki netlikte görmek güçtür. Dolayısıyla, idari yargıda

¹⁸¹ “Bilindiği gibi, ihbar (davanın ihbarı); dava sonunda verilecek hüküm konusunda kendisine rücu edilecek veya herhangi bir şekilde hakkı halele uğraması muhtemel kişiye, dilerse gelip davaya katılmasını (fer'i müdahale) dilerse ihbar edenin yerine geçip onun temsilcisi olarak davayı takip etmesi suretiyle davaya ittila eylemesi ve savunmada herhangi bir ihmâl ile bu yüzden zarara uğradığını ileri sürmesini önleme amacı ile kabul edilmiş bir müessesedir” (Y.4.HD., T.20.01.1977, 12395/568, in. KURU, C.IV, s.3516).

¹⁸² KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, a.g.e., s.539; KURU, C.IV, s.3515-3516. Ayrıca bkz.; BİLGE, a.g.e., s.239; BERKİN, a.g.e., s.155; ÖNEN, a.g.e., s.78-79; ANSAY, a.g.e., s.137; POSTACIOĞLU, a.g.e., s.316.; BİLGE/ÖNEN, a.g.e., s.271; ATALI, a.g.e., s.43; ayrıca bkz.; ÜSTÜNDAĞ, a.g.e., s.324; KONURALP Haluk, Davanın İhbar Edildiği Kimsenin İhbar Edeni Temsil Etmesi, Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Olgaç Matbaası, Ankara 1988, s.554; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, a.g.e., s.216.

davanın ihbarının amacı, daha çok, üçüncü kişiden (ihbarda bulunulan kişiden), ihbarda bulunan tarafa hukuki yardımda bulunarak davanın kazanılmasına yardım etmesinin istenmesi olarak ortaya çıkmaktadır.

Danıştay'a göre de "İYUK m.31 ve HUMK m.49-52 hükümlerinin "birlikte incelenmesinden de anlaşılacağı üzere, davanın ihbarı ile ihbarda bulunan taraf ihbarda bulunulandan görülmekte olan bir davada, davaya katılarak kendisine hukuki yardımda bulunmasını ve ortak hukuki çıkarları ilgilendiren davanın kazanılması için kendisiyle birlikte çaba sarf edilmesini istemektedir"¹⁸³.

a. Davanın İhbarı Usulü

Davanın ihbarı, ancak açılmış bulunan bir davada söz konusu olabilir. Davanın açılmasından önce veya davanın karara bağlanmasından sonra davanın ihbarı yoluna başvurulamaz.

İhbar davanın her aşamasında yapılabilir (HUMK m.49/II, c.1). Bu hükmün yargılama bitinceye kadar davanın ihbarı mümkündür şeklinde anlaşılması gerekir¹⁸⁴. Dolayısıyla kanun yolu incelemesi sırasında davanın ihbarı mümkün değildir¹⁸⁵. Fakat, kanun yolu incelemesi sonucunda hükmün bozulması halinde, tahkikat ve yargılama yeniden yapılacağı için bu aşamada davanın ihbarı mümkündür. Gerçekten, Danıştay da, temyiz incelemesi sonucunda bozma kararı vererek, yeniden karar verilmek üzere dava dosyasını kararı veren idare mahkemesine gönderdiği bir kararında, temiz aşamasında davacı tarafından, temyize cevap dilekçesinde, davanın ihbar edilmesi istenildiğinden, mahkemece bu hususun değerlendirilmesinden sonra karar verileceğinde kuşkuya yer olmadığını hüküm altına almıştır¹⁸⁶.

¹⁸³ D.5.D., T.17.11.1993, E.1991/501, K.1993/4530, DD, S.89, s.297.

¹⁸⁴ KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.541; PEKCANITEZ/ATATLAY/ÖZEKES, a.g.e., s.216; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, a.g.e., s.159; KURU, C.IV, s.3521; ATALI, a.g.e., s.88. Ayrıca Atalı, istinaf aşamasında davanın ihbarının mümkün olup olmadığını düzenleyen bir hüküm bulunmadığını bu durumda HUMK m.426/R'de yer alan bölge adliye mahkemeleri tarafından re'sen göz önünde tutulacaklar dışında ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar dinlenemez, yeni delillere dayanılmaz hükmü karşısında bu aşamada davanın ihbar edilerek üçüncü kişiden feri müdahil olarak dava katılmasının talep edilmesinin mümkün olmayacağı bunun yanı sıra üçüncü kişinin temsileci olarak katılması halinde ise ihbarda bulunana yapacağı katkının çok sınırlı olacağından hareketle istinaf aşamasında davanın ihbar edilmesinin uygun olmadığını belirtmiştir (ATALI, a.g.e., s.89).

¹⁸⁵ KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.541; BİLGE, a.g.e., s.240; BİLGE/ÖNEN, a.g.e., s.272; KARAVELİOĞLU/KARAVELİOĞLU, a.g.e., s.1036.

¹⁸⁶ D.10. D., T.14.05.2004, E.2001/4221, K.2004/4850, DKD, S.6, s.251.

Medeni Usul Hukuku'nda yapılan ve yukarıda ver verilen tanımdan hareketle davanın, davaya fer'i müdahil olarak katılabilecek kişilere ihbar edilebileceğini¹⁸⁷ ve adli yargıda mahkemelerin, tarafların istemi olmadan yani kendiliğinden davayı ihbar edemeyeceğini söyleyebiliriz¹⁸⁸. Buna karşılık, idari yargıda, İdari Yargılama Usulü Kanun'unun 31. maddesinin birinci fıkrasına 5.4.1990 tarihinde, 3622 sayılı kanunla eklenen ve 10.06.1994 tarihinde 4001 sayılı kanunla değiştirilen cümlede yer verilmiş olan; davanın ihbarı, Danıştay mahkeme veya hâkim tarafından re'sen yapılır düzenlemesinden açıkça anlaşıldığı üzere, idari yargıda mahkemeler ve hâkim davayı kendiliğinden ihbar eder. Ancak, bu hüküm tarafların idari yargı yerinden davanın ihbarı isteminde bulunmasına bir engel teşkil etmemektedir. Doktrinde de belirtildiği üzere, bu hükmün amacı davanın ihbar edilmesi mümkün olmasına karşın, tarafların ihbarda bulunmadığı hallerde idari yargı yerlerine kendiliğinden hareket etme imkânını tanımaktır¹⁸⁹. Nitekim, Danıştay'a göre de, "Usul Hukukunda bir dava sonucunda verilecek hükmün üçüncü kişinin hukuki durumunu doğrudan veya dolaylı olarak etkileyecek olması hallerinde söz konusu üçüncü kişinin davaya katılmasında hukuki yararın bulunduğu kuşkusuzdur. Bu durumda olan biri kendiliğinden davaya katılma isteminde bulunabileceği gibi davanın ihbarı suretiyle de bu sağlanabilir. Nitekim, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. (...) maddesinde bu gibi durumlarda davanın ihbarının mahkemece re'sen yapılacağı hükme bağlanmıştır¹⁹⁰".

"Taraflardan biri, üçüncü kişilerin davaya katılmalarını gerekli görüyorsa, bunu sağlamak üzere, dava sonuçlanmadan, davaya bakan idari yargı yerine vereceği bir

¹⁸⁷ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, a.g.e., s.158; ATALI Murat, Medeni Usul Hukukunda Davanın İhbarı, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s.75.

¹⁸⁸ "Bir taraftan iddia olmadığı ve usulü dairesinde müdahale talebi bulunmadığı halde üçüncü şahsın re'sen mahkemeye ithal olunması kanuna muhaliftir" (HGK., T.18.12.1940, 3/144; naklen, KURU, C.IV, s.3523).

¹⁸⁹ CANDAN, a.g.e., s.739.

¹⁹⁰ D.11.D., T.12.07.2005, E.2005/1023, K.2005/4242, DBB (e.t. 26.03.2010). Karar metninden çıkardığımız bölümde, İYUK'un 31. maddesi "ile yollamada bulunulan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 49. maddesinde" ifadesi kullanılmakta ise de, HUMK'un 49. maddesinde böyle bir açıklık bulunmamaktadır. Bu nedenle, kararın yukarıda anlattığımız şekilde okunup anlaşılması daha isabetli olacaktır. Danıştay 11. Dairesi bu kararda "Olayda, davacının kiracı olduğu, "hasarsız" tespit işleminin iptal edilerek idare mahkemesince verilen karar doğrultusunda dava konusu taşınmazın "ağır hasarlı" olarak tespit edilmesi durumunda, 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun'un 13. maddesi uyarınca bu nitelikteki bir taşınmazın yıktırılmasının gündeme gelebilecek olması ve böyle bir sonucun kiracıdan daha çok ev sahibini etkileyecek olması nedeniyle davanın konut malikine de ihbar edilerek davaya katılımının sağlanması suretiyle oluşturulacak dosyaya göre karar verilmesi gerektiği açıktır." sonucuna varmış ve "ilk derece mahkemesince ev sahibinin davaya katılımı sağlanmadan verilen kararın usul ve yasa hükümlerine aykırı olduğu gerekçesiyle bozulmasına karar vermiştir".

dilekçe ile davanın bu kişi veya kişilere ihbarını isteyebilir. Veya, idari yargı yerini araya koymadan, doğrudan, üçüncü kişi veya kişilere ihbarda bulunabilir¹⁹¹”. Davanın ihbarı ardarda gelebilir. Daha açık bir anlatımla, dava kendisine ihbar edilen kişi, davayı rücu hakkı olan kişiye ihbar edebilir (HUMK m.52 c.1). Ardarda ihbarın söz konusu olduğu durumlarda, hâkim ancak ihbar için zorunlu olan süreyi verir ve süre talep edenlerden, bu süre nedeniyle davanın gecikmesi nedeniyle diğer tarafın zararını karşılamak için teminat isteyebilir (HUMK m.52 c.3). “Uygulamada; davanın ihbarı, idari yargı yerince verilen bir ara kararı ile yapılmaktadır. Ara kararında, davanın tarafları, konusu ve hukuki sebepleri hakkında bilgiler verilir. Ayrıca, davaya katılması için üçüncü kişiye süre tanınır¹⁹²”.

Davanın ihbarı usulü şekle bağlı değildir. Daha açık bir ifade ile davanın ihbarı, davayı görmekte olan mahkeme vasıtası ile yapılabileceği gibi¹⁹³, mahkeme dışında örneğin noter vasıtası ile de yapılabilir¹⁹⁴. Doktrinde, davanın ihbarının talep üzerine mahkeme vasıtası ile yapılması halinde, mahkemenin ihbar istemini inceleyerek, bu istemin hukuken uygun olup olmadığı, başka bir ifadeyle, ihbar talebinin kabulü ya da reddi yönünde bir karar vermesine gerek bulunmadığı; ihbarın üçüncü kişiye bildirmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁹⁵. Danıştay 5. Dairesi de, 17.11.1993 tarihli kararında bu hususu; “ taraflardan birinin yöntemine uygun biçimde düzenleyeceği dilekçe ile davanın ihbarını istemesi halinde davaya bakmakta olan mahkemeye düşen görev bu konudaki dilekçeyi doğrudan doğruya davanın ihbar edileceği kişi ya da kuruluşlara göndermekten ibaret olup; bu konuda ayrıca bir karar alması gerekmediği gibi ihbar isteminin hukuken haklı olup olmadığını inceleyip bu istemin kabulü ya da reddi yolunda bir karar vermesi anılan yasa hükümleri [İYUK m.31, HUMK m.49-52] karşısında olanaklı ve uygun değildir¹⁹⁶” şeklinde belirtmiştir.

¹⁹¹ CANDAN, a.g.e., s.740.

¹⁹² CANDAN, a.g.e., s.740.

¹⁹³ Ancak, Danıştay 11. Dairesi 1979 tarihli bir kararında, Danıştayda açılan davalarda tarafların, doğrudan Danıştaya verecekleri dilekçe ile, davanın üçüncü kişileri ihbarını isteme olanaklarının bulunmadığını fakat tarafların üçüncü kişiye davayı duyurabileceklerini ve üçüncü kişinin bu duyuru üzerine eğer isterse Danıştayda davaya katılma isteminde bulunabileceğini hüküm altına almıştır (D.11.D., T.02.04.1979, E.1978/1972, in. KURU, C.IV, s.3525). 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinde yapılmış açık gönderme karşısında 11. Dairenin vermiş olduğu karara katılmıyoruz.

¹⁹⁴ POSTACIOĞLU, a.g.e., s.317; GÖZÜBÜYÜK/DİNÇER, a.g.e., s.752.

¹⁹⁵ KURU, C.IV, s.3520.

¹⁹⁶ D.5.D., T.17.11.1993, E.1991/501, K.1993/4530, DD, S.89, s.297.

Buna karşın idari yargı doktrininde¹⁹⁷ ve bazı Danıştay kararlarında idari yargı yerlerinin davanın ihbarı için gösterilmiş olan sebepleri araştırıp gerçekleştiği kanaatine ulaşmadan ihbarda bulunamayacağı görüşü dile getirilmiştir. Bu bağlamda Danıştay 10. Dairesi, 26.09.2002 tarihli kararında, İYUK'un 31. Maddesinde "4001 sayılı Yasa ile değişiklikten önce Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile yapılan atıf nedeniyle bu yasanın 49-52. maddelerine göre davanın ihbarı taraflardan birinin isteğine bağlı kılınmış iken, maddede 4001 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle ihbarın mahkeme kanalıyla re'sen yapılması esası getirilmiştir. Ancak, maddenin düzenleniş biçimi karşısında; Danıştay, mahkeme veya hâkimin resen ihbara gerek görmediği, buna karşılık taraflardan birinin yöntemine uygun biçimde vereceği dilekçe ile davanın ihbarını istediği takdirde davaya bakmakta olan mahkemenin bu istemi değerlendirmesi ve uygun görüp kabulü halinde buna ilişkin yasal prosedürü işletmek suretiyle buna göre bir karar vermesi, istemi uygun görmesi halinde ise, bu hususu esas hakkında vereceği kararda belirtmesi¹⁹⁸" gerektiği sonucuna varmıştır. Bu doğrultuda, Danıştay 6. Dairesi de, örneğin, birinci derecede korunması gerekli eski eser yapı bitişiğindeki parselde verilmiş olan inşaat ruhsatının iptali istemiyle açılmış olan davada, söz konusu davada talep edilmiş olan yürütmenin durdurulması istemlerinin karara bağlanabilmesi için, mahkemece ara kararlarla iki kez Kültür ve Turizm Bakanlığında, inşaat ruhsatı verilen alanda bulunan eski eserlerle ve bunların koruma alanıyla ilgili açıklama istendiği dolayısıyla Kültür ve Turizm Bakanlığın dava ile ilgili yeterince bilgi sahibi olduğu gerekçesiyle sözü geçen bakanlığa yapılmak üzere istenen davanın ihbarı istemini reddetmiştir¹⁹⁹. Bir başka kararında da Danıştay, bir belediye encümenince, durdurma emrine karşın yapının inşaatına devam edilmesi nedeniyle mal sahibine verilen para cezasına karşı açılan davada, davanın müteahhitlere ihbarı istemini, İYUK m.31 ve HUMK 49 ve devamı maddeleri uyarınca yerinde görmeyerek reddetmiştir²⁰⁰.

İhbarda bulunmayan (karşı) taraf, davanın ihbarına itiraz edemez. Zira davanın ihbarı üçüncü kişiye yapılan bir duyurudur²⁰¹.

¹⁹⁷ CANDAN, a.g.e., s.740; D.10.D., T.26.09.2002, E.2000/5976, K.2002/3348 (in. BAL/KARABULUT/ŞAHİN, a.g.e., s.791 vd.).

¹⁹⁸ D.10.D., T.26.09.2002, E.2000/5976, K.2002/3348 (in. BAL/KARABULUT/ŞAHİN, a.g.e., s.791)

¹⁹⁹ D.6.D., T.25.10.1983, E.1981/740, K.1983/3285, DBB (e.t. 06.08.2010)

²⁰⁰ D.6.D., T.30.09.1983, E.1982/1295, K.1983/2959, DBB (e.t. 06.08.2010)

²⁰¹ KURU, C.IV, s.3520.

b. Davanın İhbarının Sonuçları

Dava kendisine ihbar edilen üçüncü kişi üç farklı şekilde hareket edebilir.

İlk olarak dava kendisine ihbar edilen kişi, davaya müdahale edebilir. Bunun için, davanın ihbarına muhatap olan kişinin müdahale isteminde bulunması ve bu istemin mahkeme tarafında kabul edilmesi gerekir. Üçüncü kişinin davaya müdahalesi HUMK m.53-57 hükümlerine uygun olarak gerçekleşir. Kendisine ihbarda bulunulan üçüncü kişi, özellikle davacının ikametgâhı esas alınarak konulan bir yetki kuralı söz konusu olduğunda (İYUK m.36/1-c), davanın görülmekte olduğu yargı çevresi dışında ikamet ettiği gerekçesiyle, mahkemenin yetkisiz olduğunu ileri süremez²⁰².

İkinci olarak, dava kendisine ihbar edilen kişi, davayı ihbar eden tarafın yerine geçerek davayı takip edebilir. Bu durum avukatla temsil zorunluluğunun istisnasıdır²⁰³. Ancak bu seçeneğin gerçekleşebilmesi için daha önce değinildiği üzere davayı ihbar eden tarafın bu yönde bir talebinin olması gerekir. Kendisine dava ihbar edilen ve temsilci olması istenen üçüncü kişinin ihbar eden adına davayı takip etmeyi kabul etmesi halinde sahip olacağı temsil yetkisi iradi temsil niteliğinde olup²⁰⁴ hiç kuşkusuz HUMK m.59 ve devamı maddelerinde düzenlenen davaya vekalet yetkisidir²⁰⁵. Buradaki temsilin iradi temsil olduğu göz önüne alındığı zaman bu “yetkinin sınırları, kapsamı, sona ermesi gibi durumlar kanunda açıklık bulunmayan hallerde, taraflar arasındaki ilişkinin özellikleri göz önüne alınarak,

²⁰² Bkz. ANSAY, a.g.e., s.140.

²⁰³ 1136 sayılı Avukatlık Kanununun Yalnız Avukatların Yapabileceği İşler başlığını taşıyan 35. maddesine göre; “Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir(I) Baroda yazılı avukatlar birinci fıkradakiler dışında kalan resmi dairelerdeki bütün işleri de takip edebilirler(II). Dava açmaya yeteneği olan herkes kendi davasına ait evrakı düzenleyebilir, davasını bizzat açabilir ve işini takip edebilir. Ancak, Türk Ticaret Kanununun 272 nci maddesinde ön görülen esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketler ile üye sayısı yüz veya daha fazla olan yapı kooperatifleri sözleşmeli bir avukat bulundurmamak zorundadır. Bu fıkra hükmüne aykırı davranan kuruluşlara Cumhuriyet savcısı tarafından sözleşmeli avukat tayin etmedikleri her ay için, sanayi sektöründe çalışan onaltı yaşından büyük işçiler için suç tarihinde yürürlükte bulunan, asgarî ücretin iki aylık brüt tutarı kadar idarî para cezası verilir(III). Hukuk ve Ceza Muhakemeleri Usulleri kanunları ile diğer kanun hükümleri saklıdır(IV)”. Bkz. KURU, C.IV, s.3530; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-ALANGOYA, a.g.e., s.159; KONURALP, a.g.m., s.558-559.

²⁰⁴ KARAFAKİH, a.g.e., s.132; ÖNEN, a.g.e., s.80; POSTACIOĞLU, a.g.e., s.318; DİNÇ M. İlhan, CANDAN Turgut, İdari Yargılama Usulünde Davanın İhbarı (Duyurulması), Danıştay Dergisi Y.22, S.84-85, a.g.m., s.4; KONURALP, a.g.m., s.560.

²⁰⁵ Aynı yönde bkz.; KURU, C.IV, s.3530; ATALI, s.117.

genel hükümlere göre değerlendirilmelidir²⁰⁶”. Burada üçüncü kişinin sahip olduğu temsil yetkisi her işlemi yapabileceği anlamına gelmez. Temsilci tarafından yapılabilmesi için özel temsil yetkisi aranan işlemler için, örneğin; kabul ve feragat, üçüncü kişinin bu işlemleri yapabilmesi için özel temsil yetkisine sahip olması gerekir²⁰⁷. Ancak doktrinde, davayı kendi adına takip etmesi için, davanın üçüncü kişiye ihbar edilmesinin idari yargı açısından mümkün olmaması gerektiği savunulmuştur²⁰⁸.

Davanın ihbarı üzerine hem üçüncü kişinin davaya müdahale etmesi hem de taraf adına davayı takip etmesi halinde, üçüncü (ihbarda bulunulan) kişi davanın tarafı haline gelmez, bunun doğal sonucu olarak hüküm ihbarda bulunan tarafa yönelik olarak verilir²⁰⁹. Ancak, davanın konusunu teşkil eden ve rücu hakkı doğuran fiil ve hadise hakkında verilecek hüküm, ihbarda bulunulan kişiye (üçüncü kişiye) karşı da kesin hüküm teşkil eder. Şöyle ki, üçüncü kişi artık verilen bu hüküm dolayısıyla kendine karşı açılan, örneğin, bir tazminat davasında onun doğru olmadığı iddiasında bulunamaz²¹⁰.

Dava kendisine ihbar edilen kişi son olarak hiçbir şey yapmamayı tercih edebilir. Yani ne davaya müdahale eder, ne de davayı ihbar eden tarafın temsilcisi olarak davayı takip eder. Bu durumda davayı ihbar eden kimse davayı takip etmekle yükümlüdür (HUMK m.51 c.1). Diğer bir deyişle, davanın ihbarı, ihbar eden taraf açısından davayı takip yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz²¹¹.

Davayı ihbar eden taraf, ihbar tarihinden itibaren, davayı ihbar ettiği üçüncü kişiye karşı sadece hilesinden veya ağır kusurundan dolayı sorumludur (HUMK m.51 c.2)²¹². Başka bir deyişle, üçüncü kişi, davayı ihbar edenin aleyhine verilmiş olan

²⁰⁶ KONURALP, a.g.m., s.566.

²⁰⁷ BERKİN, s.156; BİLGE, s.242; BİLGE/ÖNEN, s.274; KONURALP, s.562. Kabul ve feragat müesseselerinin idari yargıdaki yeri aşağıda başka bir başlık altında detaylı olarak incelenecektir.

²⁰⁸ CANDAN, a.g.e., s.740; GÜNDAY, a.g.m., s.84; DİNÇ/CANDAN, a.g.m., s.6.

²⁰⁹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.543; MUŞUL, a.g.e., s.133; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, a.g.e., s.159; BİLGE/ÖNEN, a.g.e., s.274; BERKİN, a.g.e., s.156; POSTACIOĞLU, a.g.e., s.318; BİLGE, s.241; ÖNEN, a.g.e., s.79. KARAFAKİH, a.g.e., s.132.; “...Oysa, HUMK.nun 49-52. maddelerine göre dava ihbar olunan gerçek veya tüzel kişi, dâvada taraf sıfatını kazanamaz. Karar ise yalnız taraflar hakkında verilir” (Y.21.HD., T.06.03.2003, E.2003/1181, K.2003/1707, in. ATALI, a.g.e., s.44 dn.11).

²¹⁰ BELGESAY, a.g.e., s.66.

²¹¹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.543.; KURU, C.IV, s.3533.

²¹² “(...)dâvacı taşıyıcı sıfatı ile kendi aleyhine açılan dâvada dâvalı otobüs sâhiplerine HUMK 49 ve müteakip maddeleri gereğince ihbarda bulunmamıştır, ihbar edip etmemek kendisine ait bir sorun ise de bunun sonucundan doğan sorumluluğa katlanmak zorundadır. Aynı Kanunun 51. maddesi

hükümün, ihbar edenin hilesi ya da ağır kusuru sonucu olduğunu ispat edemezse, bu hüküm onun için de sonuç doğuracaktır. Daha açık bir anlatımla, davayı ihbar eden tarafın durumu, davayı kaybetmesi halinde üçüncü kişinin kendisine karşı açacağı rücu davasında, üçüncü kişinin durumuna göre daha kuvvetlidir. Kendisine dava ihbar edilmiş olan üçüncü kişi, davaya müdahale etmemiş veya ihbar eden tarafı davada temsil etmemiş ise, yani ihbara rağmen hiçbir şey yapmamayı seçmiş ise, artık davayı ihbar eden tarafı davayı kaybettiği için sorumlu tutamaz. Çünkü ihbarı alan üçüncü kişi, ihbarda bulunana yardım etmemiş, davayı kazanmasına yardımcı olacak delilleri, iddia ve savunmaları ileri sürmemiştir²¹³. Kural olarak davanın ihbarı, üçüncü (dava kedisine ihbar edilen) kişiye karşı zamanaşımını kesmez. Borçlar Kanunu'nun 133. maddesinde zamanaşımını kesen sebepler düzenlenmiştir ve davanın ihbarı müessesesine bu sebepler arasında yer verilmemiştir²¹⁴.

Doktrinde, idari yargılama usulünde ihbar müessesine yer verilmesi ve bu müesseseye Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun uygulanmasının yerindeliği eleştirilmiştir. Bizim de katıldığımız bu eleştirel görüşün temelinde idari yargılama usulü ve medeni yargılama usulü arasındaki farklar yer almaktadır. Gerçekten de, idari yargıya hâkim olan re'sen araştırma ilkesi gereği, hâkim davanın sonucunu etkileyecek her türlü bilgi ve belgeyi temin ederek değerlendirebilir. Medeni yargının aksine idari yargıda hâkim tarafların iddia ve savunmaları ile bağlı değildir. Bu durum göz önüne alındığında resen araştırma ilkesiyle esasen yukarıda belirttiğimiz idari yargıda ihbar müessesesi ile ulaşılmak istenen amaç sağlanabilmektedir.

Öte yandan, iptal davalarında idarenin, rücu hakkı olduğunu söyleyerek üçüncü kişiye ihbarda bulunması esas olarak idari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinin hukuka uygunluğunun denetlendiği söz konusu davada, bu dava türünün amacına uygun değildir. "İdari yargı yerlerinde kural olarak kişilere karşı, davalı idare ile birlikte de olsa dava açılmaz ve yürütülemez. Keza idare davanın ihbarı yönteminden yararlanarak, davada kendi yerine kaim olmak üzere ve kendini temsilen başka kişiyi ikame edemez"²¹⁵. İptal davalarında, davacı olan taraf

gereğince ihbar [yapılmadığı] takdirde bu sorumluluk hile ve ağır kusurdan değil bütün kusur hâllerinden sorumlu olur" (Y.11.HD., T.09.05.1974 992/1598, in. ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, a.g.e., s.160 dn.37).

²¹³ KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.544; BELGESAY, a.g.e., s.67; BERKİN, a.g.e., s.156-157; KURU, C.IV, a.g.e., s.3534.

²¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. ATALI, a.g.e., s.134 vd. Ancak, Ticaret Kanununun 662. maddesinde yer alan düzenlemeye göre kambiyo senetlerine ilişkin davalarda ihbar ile zamanaşımı kesilir (TK m.662).

²¹⁵ DİNÇ/CANDAN, a.g.e., s.7.

açısından ihbar müessesesini değerlendirecek olursak, tarafın üçüncü bir kişiye yerine geçerek davayı takip etmesini istemesi düşünülemez. Aksi takdirde, temsil, ehliyet, dava süreleri, cevap süreleri ve bu sürelere ilişkin kurallar ihbarda bulunulan üçüncü kişi açısından uygulanamaz.

Tam yargı davalarında ne davalı idare ne de davacı taraf üçüncü bir kişinin kendi yerine geçerek davayı takip etmesini isteyemez. Tam yargı davalarında ihbar ancak üçüncü kişinin fer'i müdahil olarak davaya katılmasına yönelik olarak yapılabilir.

Tüm bunları göz önünde bulduğumuzda, idari yargıda davanın ihbarının, üçüncü kişinin fer'i müdahil olarak davaya katılmasını sağlamaya yönelik, ihbar eden taraf açısından, doktrinde belirtildiği üzere, moral verici bir destek olarak yer alabileceği kabul edilebilir²¹⁶. Ancak böyle bir kabul halinde dahi, müessese bakımından HUMK'a yollama yapmak yerine, İdari yargının bünyesine uygun olan bir düzenlemenin İdari Yargılama Usulü Kanununda yer alması yerinde olur²¹⁷.

Şu halde, asıl olarak, İYUK m.31'de yer alan davanın ihbarının, Danıştay, mahkemeler ve hâkim tarafından re'sen yapılacağı yönündeki kural ve tâli olarak İYUK m.20'de yer alan re'sen araştırma ilkesi ile İYUK m.2'de gösterilen idari dava türlerinin özellikleri HUMK'un davanın ihbarına yönelik hükümlerinin idari yargıda farklılaşarak uygulanması sonucunu doğurmaktadır.

2. Hüküm Fıkrası ile İlgili Olan Müessese: Yargılama Giderleri

Modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi bizim hukuk sistemimizde de, kişiler haklarını kendileri zor kullanarak değil, devletin yargı organları aracılığıyla elde ederler. Bu açıdan bakıldığında kişilerin haklarının zarara uğramasını engellemeye çalışan veya haklarını elde etmelerine yardım eden yargılama, bir kamu hizmeti²¹⁸ olarak değerlendirilebilir.

²¹⁶ DİNÇ/CANDAN, a.g.m., s.8

²¹⁷ Bkz. DİNÇ/CANDAN, a.g.m., s.8; GÜNDAY, a.g.m., s.84.

²¹⁸ Kamu hizmeti kavramının değişen ve gelişen toplumsal koşullara paralel olarak değişmesi ve gelişmesi nedeniyle nelerin kamu hizmeti kavramının kapsamında yer aldığı sayılmak yerine mahkeme içtihatlarında ve doktrinde kapsayıcı nitelikte tanımlar verilmesi yoluna gidilmiştir. "Kamu hizmetleri, devlet ve kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetimleri altında genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı sağlamak için yapılan ve topluma sunulan devamlı ve düzenli çalışmalardır" (Any. Mhk. T.21.10.1992, E.1992/13, K.1992/50, RG. 3006.1993, S.21623).

İdare Hukuku doktrinde, kamu hizmetlerinin özellikleri başlığı altında yapılan çalışmalarda kimi yazarlar bedelsizliği klasik kamu hizmetinin bir özelliği olarak nitelendirirken²¹⁹ kimi yazarlar bedelsizliği kamu hizmetini özellikleri arasında saymamışlardır²²⁰. Bazı çalışmalarda ise, kamu hizmetinden yararlananlar için kamu hizmetinin bedelsizliği biçiminde genel bir ilke yoktur düşüncesi dile getirilmektedir²²¹ ve hatta bu düşünceye çeşitli yargı kararlarında da rastlanmaktadır²²². Bilindiği üzere, kamu hizmetini yerine getirmek için yürütülen faaliyetler bir takım giderlere yol açar. Her ne kadar Anayasa'nın 73. maddesinin 1. fıkrasında "herkes kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlüdür" hükmüne yer verilmiş ise de, yargılama gibi doğrudan alınan hizmetlerin karşılığında yapılan harcamaların hizmeti alan kişi yerine vergi yoluyla tüm vatandaşlara yükletilmesi kolayca savunulamaz²²³.

Yargılama giderlerinin, ödenmesinin gerekli olup olmadığı hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Üç ana başlık altında toplanan bu görüşlerden ilki yargılama giderlerinin mutlak olarak ödenmesi gerektiğini kabul etmiştir. Görüşün temelinde iki neden vardır; ilki, devletin yargılama faaliyetleriyle yaptığı giderlerin tamamının hazine tarafından karşılanması yerine, bu hizmetten faydalananların da belirli bir miktar ödeyerek Devlet hazinesine katkıda bulunmalarının sağlanmasıdır. İkinci olarak, yargılama nedeniyle ücret ödenmesiyle gereksiz yere açılacak davaları engellemek mümkün olabilecek ve tarafların ücretsiz olması nedeniyle sürekli yargı yoluna başvurusu yerine uyuşmazlığı uzlaşma yoluna giderek çözümlenmeleri yönünde teşvik edecektir. Bu görüşün tam zıttı olan ikinci görüş, yargılama giderlerinin ödenmesinin gerekli olmadığını ileri sürmüştür. Söz konusu görüşe göre, yargılama giderlerinin alınması genel vergi ödeme yükümlülüğünün bulunmadığı dönemlerde benimsenmiş bir uygulamadır. Ancak, günümüz toplumlarında genel vergi ödeme yükümlülüğü yer aldığı için, bir de bu yükümlülüğe ek olarak, yargılama giderlerinin ödenmesi düşünülemez; ayrıca yargılama giderleri ödenmesi zorunluluğu yerine, başka bir takım yaptırımlar getirilerek gereksiz yere dava

²¹⁹ YAYLA Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta, İstanbul 2009, a.g.e., s.79 dn.156, s.82.

²²⁰ GİRİTLİ İsmet/PERTEV Bilgen/AKGÜNER Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2001, s.782 vd.

²²¹ Bkz. örneğin, TRUCHET Didier, Droit Administratif, PUF, Thémis Droit, 2008, s.349.

²²² Bkz. örneğin, Any. Mhk., T.19.04.1988, E.1987/16, K.1988/8, RG. 23.08.1988, S.19908; "Klasik idare hukukunun bedelsiz-meccanî olmasını ilk koşul saydığı kamu hizmeti kavramı, giderek değişiklik görmüş, günümüzde karşılık olarak yararlananlardan ödeme güçleri oranında bir ücret alınması uygulaması yaygınlaşmıştır."

²²³ Bkz. YAYLA, a.g.e., s.79.

açılmasının önüne geçilebilir. Fakat bu görüş tüm yargılama giderleri açısından kabul görmemektedir. Söz gelimi avukatlık ücretinin bile Devlet hazinesinden ödenmesi Devlet açısından büyük bir yük olacaktır. Yukarıda açıklamaya çalıştığımız iki görüşün bir araya gelerek harmanlandığı ve günümüzde de kabul gören üçüncü görüş ise, yargılama giderlerinin ödenmesi gerektiğini, ancak ödenecek olan ücretinin makul bir seviyede tutulması gerektiğini savunmaktadır²²⁴. Bugün yargılama hizmetinin karşılığı olarak ve davanın görülmesi ve sonuçlanması için yargılama taraf veya taraflarından makul olduğu varsayılan bir ücret alınmaktadır. Gerçekten de, belirli ölçülerde ödenmesi kabul edilen yargılama giderlerinin makul bir seviyede olması, yani temel hak ve özgürlük olarak kabul edilen ve Anayasamızın 36. maddesinin 1. fıkrasıyla da güvence altına alınmış olan kişilerin hak arama özgürlüklerini kısıtlayacak ölçüde yüksek olmaması gerekir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yargılama giderlerine ilişkin çeşitli düzenlemeler vardır. Kanunun "dilekçeler üzerine uygulanacak işlem" başlığını taşıyan 6. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında dava açılırken peşin olarak ödenmesi gereken harç ve posta ücretlerinin hiç verilmemesi ya da eksik verilmesi halinde bu harç ve ücretin tamamlanmaması üzerine davanın açıldığı idari yargı yerlerince yapılacak işlemler ve eksik harç ya da posta ücretinin tamamlanmamasının sonuçları gösterilmekte; aynı hususları temyiz dilekçesi bakımından 48. maddenin 6. bendinde hüküm altına alınmakta ve nihayet, bu kurallar 45. maddenin 3. fıkrası ile itiraz kanun yoluna teşmil edilmektedir. Diğer taraftan, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 59. maddesinde keşif, bilirkişi incelemesi veya delil tespiti vesilesiyle meydana gelen yol giderleri, tazminat ve gündelikler düzenlenmekte; 60. maddede ise, tebliğ işleri ve tebliğlere ait ücretlerin ilgililer tarafından peşin olarak ödeneceği kurala bağlanmış bulunmaktadır. Ancak, söz konusu kanunun 31. maddesiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na yapılmış olan atıf nedeniyle idari davalarda İYUK m.6, m.45/3, m.48, m.59 ve m.60'ta düzenlenmiş haller dışında kalan yargılama giderlerinin ne olduğu ve bu giderlerin davanın hangi tarafına yükletileceği Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca belirlenecektir.

²²⁴ Bu görüşlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. YILMAZ Ejder, Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti, Ankara Barosu Dergisi, Y.1984, S.2, s.204 vd.

a. Yargılama Giderlerinin Kapsamı

Bir dava nedeniyle, davanın açılmasından sona ermesine kadar ödenen ücretler yargılama giderleri olarak adlandırılır. Yargılama gideri olarak kabul edilen masraflar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 423. maddesinde gösterilmiştir. Maddeye göre yargılama giderleri olarak sayılan hususları şunlardır: 1-Tarife gereğince mahkeme kalemi aracılığıyla yapılan masraflarla duruşma, keşif ve haciz masrafları; 2- Tanıkların seyahat ve ikamet masrafları ile yevmiyesi ve bilirkişi ücret ve masrafları; 3- İlam harçları; 4-Resmi dairelerden istenen belgelerin asıl ve suretlerinin tasdik ve pul harçları; 5- Mahkemede bizzat hazır bulunanların buldukları günlere ait seyahat ve ikamet masrafları; 6- Davanın önemine göre kanun gereği tespit edilen vekalet ücreti.

Görüldüğü gibi, hukukumuzda yargılama giderleri kavramı geniş olarak algılanmakta ve yargı harçları da bu kavram içerisinde değerlendirilmektedir. Yargılama giderlerinin yargı harçları dışında kalan kısmı, başka bir ifade biçimi ile, dar anlamda yargılama giderleri, bilirkişi ve keşif gibi "dava için gerekli bulunan bir iş veya hizmetin gerektirdiği gider"dir²²⁵. Yargı harçları ise, harca konu olan işlemleri yapan mahkeme veya daire tarafından makbuz karşılığında alınan ücretlerdir (492 sayılı H.K. m.25, 26)²²⁶.

Harçlar ile ilgili düzenlemeler, esas olarak, 02.07.1964 gün ve 429 sayılı Harçlar Kanunu'nda ve bu kanuna bağlı olarak çıkarılan tarifelerde yer almaktadır. Yargı harçları söz konusu kanunun birinci kısmında düzenlenmiş olup, bu kısımda mükellefiyet, istisna ve muafiyet, harç alma ölçüleri ve nispetleri, harcın ödenmesine ilişkin hükümlere yer verilmiştir²²⁷. Bu kanuna bağlı olarak çıkarılan 1 sayılı

²²⁵ KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.764.

²²⁶ 07.12.1964 gün ve 3/5 sayılı İBK'de harçlar genel olarak tanımlanmıştır. Kararda; "harç özel ve tüzel kişilerin, özel çıkarlarına ilişkin olarak kamu kuruluşlarının hizmetlerinden yararlanmaları karşılığında yaptıkları ödemeleridir (in. KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.761 dn.2). Kararda yapılmış olan tanımda kullanılmış olan <özel ve tüzel kişi> nitelemesinde hukuken isabet bulunmadığını düşünüyoruz. Zira, hukukumuzda kişiler gerçek ve tüzel kişiler olarak sınıflandırılmakta; tüzel kişiler de, özel hukuk tüzel kişisi ve kamu hukuku tüzel kişisi olmak üzere ikili bir ayrıma tâbi tutulmaktadır. Bu yüzden kararda, bu ifadeyle, "gerçek ve tüzel kişiler" in kastedildiğini kabul etmek gereklidir.

²²⁷ R.G., T.17.07.1964, S.11756. H.K. m.2/I; "Yargı işlemlerinden bu kanuna bağlı (1) sayılı tarifede yazılı olanları, yargı harçlarına tabidir." H.K. m.5; "Bölge İdare Mahkemeleri ile Danıştay'da açılacak davalardan (1) sayılı tarife gereğince harç alınır. Ancak, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ile bunlara bağlı zam ve cezalarla ilgili olup Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay'ın görevi içinde bulunan işlemler (3) sayılı tarifeye göre harca tâbidir".

tarifeyle de yargı işlemlerinden alınacak olan harç türleri ile harç miktar ve oranları düzenlenmiştir.

İdari yargının özelliklerinden dolayı, HUMK'un yukarıda değinilmiş olan 423. maddesinde yer alan giderlerin tamamının idari yargıda uygulama alanı bulması söz konusu olamayacaktır. Ayrıca, maddede idari yargı yerlerine özgü olan ve İYUK m.27'de düzenlenmiş bulunan yürütmenin durdurulmasına ilişkin bir harca yer verilmemiştir. Bu belirleme doğrultusunda İdari Yargılama Usulü Kanunu'nu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nu ve Harçlar Kanunu birlikte değerlendirerek, idari yargıda yargılama gideri olarak karşımıza çıkabilecek masrafları şu şekilde sıralamak mümkündür; "a- Başvurma, karar ve yürütmenin durdurulması harçları. b- Posta giderleri. c-Resmi dairelerden istenilen belgenin asıl ve suretlerinin tasdik harçları. d- Keşif giderleri. e- Bilirkişi ücret ve giderleri. f- Duruşmaya katılanların, buldukları günlere ait seyahat ve ikamet giderleri. g- Duruşma erteleme harcı. h- Davanın önemine göre yasa gereği takdir olunacak vekalet ücretleri"²²⁸.

Posta giderleri bir yana bırakıldığında, uygulamada en sık karşılaşılan yargılama giderleri -nitelikleri gereği- başvuru harçları ile karar ve ilam harçlarıdır²²⁹.

İdari yargıda *başvuru harçları*; dava açılmak istendiğinde (buna itiraz ve temyiz başvuruları da dahildir²³⁰), davaya müdahale talebinde bulunanın müdahale için ve lehine müdahalede bulunduğu tarafla beraber kanun yollarından birine başvurması halinde; delil tespiti isteminde bulunulması ve yargılamanın yenilenmesi talebi yapılması hallerinde ödenmesi gereken harçlardır. Ancak, idari yargıda başvuru harcına tâbi olmayan işlemler de vardır; dilekçelerin İYUK m.3'e uygun olmamaları sebebiyle reddedilmesi halinde, yeni dilekçeler için; İYUK m.43 uyarınca verilen kararlar ile belirlenen görevli ve yetkili mahkemeye yeniden dava açılması halinde; İYUK m.26/1 ve İYUK m.26/3 uyarınca işlemde kaldırılan dosyaların yeniden işleme konulması halinde; açıklama veya yanlışlıkların

²²⁸ CANDAN, a.g.e., s.763.

²²⁹ Bunların yanında celse harçları ile suret harçlarından söz etmek de mümkündür. *Celse harcı*, Harçlar Kanunu'nun 12. maddesine göre; tarafların isteği üzerine veya daha önce yapılması mümkün olan bir işlemin yapılmaması nedeniyle celsenin ertelenmesi nedeniyle alınan harçtır. Nihayet, idari yargıda *suret harçları*, ilamın her sayfasının sureti ya da tasdikli fotokopisi; diğer evrak ve sayfaların suret ve tasdikli fotokopisi, avukatlar tarafından tasdik edilen vekaletname suret ve fotokopileri için alınan harçlardır (1 sayılı tarife D/I/a,b,c).

²³⁰ Candan ayrıca Danıştay'ın 6. Dairesi dışındaki dairelerinin uygulamasının bu yönde olduğunu belirtmiştir (CANDAN, a.g.e., s.286).

düzeltilmesi, kararın düzeltilmesi, yargılamanın yenilenmesi, bağlantının tespiti ve merci tayini istemlerinde bulunulması halinde; idari yargının görevine giren bir uyuşmazlık hakkında diğer yargı düzenlerindeki mahkemelerce verilen görevsizlik kararı üzerine idari yargı yerinde yeniden dava açılması halinde başvuru harcı alınmaz²³¹.

Karar ve ilam harcı ise, değer ölçüsüne göre nispi ve muamele türü ve niteliğine göre maktu olmak üzere iki çeşittir. Harçlar Kanunu'na bağlı 1 sayılı tarifede yer alan nispi harçlarla ilgili düzenlemeye baktığımız zaman idari yargıda söz konusu olabilecek nispi harçların (a) ve (e) fıkralarında düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Bu düzenlemelere göre, konusu belli bir değerle ilgili bulunan davalarda esas hakkında karar verilmesi halinde, hüküm altına alınan anlaşmazlık konusu değer üzerinden binde 59,4 oranında nispi harç alınır ve bu nispetler Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay'ın tasdik veya işin esasını hüküm altına aldığı kararları için de aynen uygulanır. Harçlar Kanunu'nun 10. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca, konusu belli bir değere ilişkin olan kararlara ilişkin yargılamanın yenilenmesi isteğinin kabul edilmesi durumunda da karar ve ilam harcının nispi olarak ödenmesi gerekir. Harçlar Kanunu'nun "hükümün bozulması" başlığını taşıyan 8. maddesine göre, konusu belli bir değere ilişkin olan ilk derece mahkemesi kararların temyiz mercii (idari yargı açısından Danıştay) tarafından bozulup ilk derece mahkemesine geri gönderilmesi durumunda nispi harca hükmedilmez. Bu durumda, ilk derece mahkemesinde verilecek olan karar için yeni bir karar ve ilam harcı ödenir. Ancak, hükümün bozulmasından önce alınmış olan nispi harç, sonraki hükümden alınacak harçtan mahsup edilir. Harçlar Kanunu'na göre nispi karar ve ilam harçlarını dörtte biri peşin, kalan kısmı kararın verilmesinden itibaren iki ay içerisinde ödenmelidir²³². Bilindiği üzere tam yargı davalarının konusu belirli bir değerle ilgilidir. Dolayısıyla, bu davalar nispi karar ve ilam harcına tâbidir. İYUK'un 3. maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendine göre tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu miktarın dilekçede gösterilmesi gerekir; gösterilmemesi halinde, dilekçe İYUK'un 15. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendine göre reddedilmelidir. Harçlar Kanunu'nda da dava konusu değerini

²³¹ CANDAN, a.g.e., s.288.

²³² Harçlar Kanunu'nun 28. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinin "Karar ve İlâm Harcı ödenmedikçe ilgiliye ilam verilmez" biçimindeki ikinci cümlesi Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nin 14.01.2010 tarihli kararı ile iptal edilmiştir (E.2009/27, K.2010/9, RG. 17.04.2010, S.27524).

mümkünse bu değer in dava dilekçesinde gösterilmesi gerektiği, gösterilmemişse davacıya tespit ettirileceği davacının tespitten kaçınması halinde dilekçenin işleme konmayacağı hüküm altına alınmıştır (H.K. m.16/3). Ancak, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 29.12.1983 gün ve E.1983/1, K.1983/10 sayılı kararıyla²³³ kamu görevlilerine ait mevzuattan doğan uyuşmazlıklarda, idari işlemin neden olduğu zararın tazmini talebiyle açılan tam yargı davaları bakımından, zararın miktar olarak tespiti mümkün değilse, dava dilekçesinde uyuşmazlık konusu miktar gösterilmeden de dava açılabilmesi hükme bağlanmıştır. Bu kararla İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 3. maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendine içtihatla bir istisna getirilmiş olmaktadır. Bu istisnaya göre nispi esas üzerinden alınması gereken tam yargı davası karar ve ilam harcı, maktu esas üzerinden alınır.

Harçlar Kanunu'na bağlı olan 1 sayılı tarifeye göre idari yargıda maktu harca tâbi yargı işlemleri; iptal davalarının reddine veya dava konusu işlemin iptaline ilişkin kararlar, tam yargı davalarının reddine ilişkin kararlar, davanın idari yargı'nın görevine girmemesi sebebiyle görevden reddine ilişkin kararlar, dilekçenin İYUK m.5'e aykırılığı sebebiyle reddine ilişkin kararlar, davanın ehliyetli şahsın avukat olmayan vekili tarafından açılması sebebiyle dilekçenin reddine ilişkin kararlar, yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlar, delil tespitine ilişkin kararlar ve yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulü üzerine görülecek davalardır. Maktu harca tabi olan kararlar için 1 sayılı tarifede belirlenmiş maktu karar ve ilam harcı alınır. Yargı kararı olmalarına karşın karar ve ilam harcından muaf olan idari yargı kararları da vardır. Bunlar; ara kararlar, dilekçelerin İYUK m.3'e aykırılık nedeniyle reddedilmesi kararı, İYUK m.26/1 ve İYUK m.26/3 uyarınca işlem den kaldırma kararları ve davanın açılmamış sayılmasına ilişkin kararlar, İYUK m.26/2'ye göre dilekçenin iptaline ilişkin kararlar, İYUK m.29 uyarınca duruşmanın reddi veya kabulüne ilişkin kararlar, İYUK m.30 uyarınca yanlışlıkların düzeltilmesi isteminin reddine veya kabulüne ilişkin kararlar, İYUK m.38 ve İYUK m.39 uyarınca verilen bağlantının tespitine ilişkin kararlar ve Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay'ın merci tayini kararları, İYUK m.49'a göre temyizden incelenen kararın bozularak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine ilişkin kararlar, İYUK m.51 uyarınca kanun yolunda bozma kararlarıdır²³⁴.

²³³ DİBK, T.29.12.1983, E.1981/1, K.1983/10, RG. 20.06.1984, S.18437; DD, S.54-55, s.129.

²³⁴ CANDAN, a.g.e., s.299. Diğer taraftan, Harçlar Kanunu'nun 13. maddesinde harca tâbi olmayan işlemler düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre idari yargıda harçtan muaf tutulan işlemler; değeri

b. Yargılama Giderlerinin Tarafllara Yükletilmesi

Harçlar Kanunu'nun 11. maddesinde yargılama harçlarının mükellefleri belirlenmiştir. Madde düzenlemesine göre, yargılama harçlarının mükellefi harca tâbi işlemin yapılmasını isteyen taraftır. Ancak, harca tâbi işlemin her hangi bir istek olmaksızın yargı yerince re'sen yapılması halinde bu işlemlere ait harçlar, aksine hüküm yoksa, lehine işlem yapılan taraftan alınır (H.K. m.126).

Mevzuatta, harcın türüne göre çeşitli ve ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Başvuru harçlarının işlem yapılmadan önce İYUK'un 4. maddesinde belirtilmiş olan yerlere ödenmesi gerekir. Bu harçların hiç verilmemesi ya da eksik verilmesi halinde yapılacak işlemler İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 6. ve 48. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre; herhangi bir sebeple harcı veya posta ücreti verilmeden ya da eksik harç veya posta ücreti ile dava açılmış olması halinde, daire başkanı veya görevlendireceği tetkik hâkimi, mahkeme başkanı veya hâkim tarafından ilgiliye otuz gün içerisinde harcın ve posta ücretinin verilmesi veya tamamlanması hususunu ilgiliye tebliğ eder. Bu tebligata rağmen ilgili harç veya posta ücretini yatırmaz veyahut tamamlamazsa daha önce yapılmış olan bildirim aynı şekilde tekrar yapılır. Bu ikinci bildirimde rağmen harç ve posta ücreti tebliğde bildirilmiş 30 günlük süre içinde ödenmez ya da tamamlanmazsa yargı yeri, davanın açılmamış sayılmasına karar verir ve bu husus davacıya tebliğ eder (İYUK m.6/4). Dava açıldıktan sonra posta ücretinin, örneğin tarifede bir değişiklik yapılması nedeniyle artmasından dolayı tebliğ işlemlerinin yapılmasını engelleyecek kadar azalması halinde noksanlığın davacı tarafından tamamlanması gerekir. Posta ücretinde dava açıldıktan sonra bu şekilde bir azalma olması halinde daire başkanı veya görevlendireceği tetkik hâkimi, mahkeme başkanı veya hâkim bu durumu davacıya tebliğ eder ve 30 gün içerisinde bu eksikliğin tamamlanmasını ister. Bu bildirimde rağmen eksiklik tamamlanmazsa bildirim aynı şekilde tekrar tebliğ edilir. Bu ikinci bildirimde rağmen posta ücreti tebliğde belirtilen 30 günlük süre içerisinde tamamlanmazsa, yargı yeri dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verir. Davacı, dosyanın işlemde kaldırılma kararının kendisine tebliğini izleyen üç ay içerisinde

kanunda yazılı miktarı geçmeyen tam yargı davaları (H.K. m.13/a), hâkimin reddi talebinin kabulü ve hâkimin çekinmesine ilişkin kararlar (H.K. m.13/b), yetkili makamların isteyecekleri ilam ve sair evrak suretleri (H.K. m.13/h), ve son olarak genel bütçeye dahil bütün idarelerin Harçlar Kanunu'nun 1. ve 3. tarifelerine giren bütün işlemleridir (H.K. m.13/j).

posta ücretindeki eksikliği tamamlayarak dosyanın yeniden işleme konulmasını isteyebilir. Dosyanın bu üç aylık süre içinde yeniden işleme konulmasının istenmemesi halinde davanın açılmamış sayılmasına karar verilir ve bu durum davacıya tebliğ edilir (İYUK m.6/5)²³⁵. Temyiz dilekçesi verilirken gerekli harç ve giderlerin ödenmemesi halinde, kararı veren mahkeme veya Danıştay daire başkanı başvuru sahibine bu eksiklikleri 15 gün içinde tamamlanmasını, tamamlanmaması halinde temyiz isteminden vazgeçmiş sayılacağını tebliğ eder (İYUK m.48/6)²³⁶. Aynı usul, İYUK m.45/5 yoluyla, itiraz başvurularında, bölge idare mahkemesi başkanı tarafından uygulanır.

Tarafların isteği üzerine celse ertelenmişse taraflardan veya daha önce yapılması mümkün olan bir işlemin yapılmamasından dolayı celse ertelenmiş ise ertelenmeye sebep olan taraftan celse harcı alınır. Ancak celsenin ertelenmesine mahkemece re'sen karar verilmesi durumunda celse harcı alınmaz²³⁷. Celsenin ertelenmesine vekil sebep olmuş ise celse harcı vekilden alınır. Celse harcının miktarı idari yargı yerleri için Harçlar Kanunu'na bağlı 1 sayılı tarifede belirtilen bedelden az olmamak üzere binde 1,98 olarak belirlenmiştir. Ancak bu nisbi harcın alınabilmesi, davanın belirli bir değerle ilgili olması koşuluna bağlıdır. Bu nedenle doktrinde, idari yargı açısından bu harcın ancak tam yargı davası için söz konusu olacağı belirtilmektedir²³⁸. Tam yargı davası dışında kalan idari davalarda; yani bir

²³⁵ “Kanunen alınması zorunlu olan 28,70 YTL. tutarındaki harç pulunun eksik yatırılmış olduğu ve tebligat işlemlerinin yapılabilmesi için gerekli olan posta pulu ücretinde de 50,00 YTL. tutarında eksiklik bulunduğu dava dosyasının incelenmesinden tespit edilmiş olup, bu noksanlığın, kararın tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde tamamlanmasına ilişkin Dairemizin 23.12.2005 günlü yazısı, davacıya 29.12.2005 tarihinde tebliğ edildiği halde harç ve posta pulu noksanlığının süresinde tamamlanmamış olduğu, 02.03.2006 tarihinde yeniden tebliğ edilen Dairemizin 24.02.2006 günlü yazısı ile harç ve posta pulu noksanlığının tamamlanmasına ilişkin bildirim tekrarlandığı, ancak 30 gün içerisinde belirtilen noksanlığın davacı tarafından tamamlanmaması sebebiyle Dairemizin 08.05.2006 günlü, E:2005/3646 sayılı kararıyla dava dosyasının işlemde kaldırıldığı ve davacıya 13.06.2006 tarihinde tebliğ edildiği halde, bugüne kadar davacı tarafından gerekli noksanlıklar tamamlanarak dava dosyasının yeniden işleme konulmasının istenilmediği anlaşıldığından, 2577 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 4001 sayılı Kanun ile değişik 5. bendi uyarınca davanın açılmamış sayılmasına ve kararın bir örneğinin davacıya tebliğine, 30.10.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” D.2.D., T.30.10.2006, E.2006/3185, K.2006/2961, DBB (e.t. 27.03.2010).

²³⁶ “Dosyanın incelenmesinden ise, temyiz dilekçesi verilirken noksan ödenen 4800. lira harç ve 6000. lira posta ücretinin tamamlanması Mahkeme Başkanının yazısı ile temyiz edene bildirilmişse de verilen süre içinde bu noksanlığın tamamlanmadığı anlaşılmış olup, bu durumda kararı veren Mahkeme tarafından kararın temyiz edilmemiş sayılmasına karar verilmesi gerekmektedir.” D.6.D., T.22.06.1987, E.1987/520, K.1987/657, DBB (e.t. 27.03.2010).

²³⁷ CANDAN, a.g.e., s.300.

²³⁸ CANDAN, s.300. Bununla birlikte belirtelim ki, 2576 sayılı Kanun'un 7. maddesinde tek hâkimle çözülecek davalar belirlenirken tam yargı davalarının yanında, “konusu belli parayı içeren idari işlemlere karşı açılan iptal davaları”ndan söz edilmektedir. Danıştay Vergi Dava Daireleri (Genel) Kurulu bir kararında “(...)Danıştay Yedinci Dairesi, vergi kapsamı dışında bırakılan yuvarlak ağaçların satışı nedeniyle tahsil edilen istihsal vergisinin geri verilemeyeceği yolundaki işlemi iptal

değerle ilgisi olmadığı için maktu harca tâbi olacak davalarda ise, celse harcının asgari tutar üzerinden alınması gerekir. H.K.'nin 12. maddesinin 3. fıkrasında müteakip iki celsede, celse harcının ödenmemesi halinde bir misli fazlasıyla alınacağı hükme bağlanmıştır. Ancak, kanunda bu yönde açık bir ifade bulunmamasına karşılık doktrinde ve mahkeme kararlarında belirtildiği üzere, idari yargıda duruşma istisnai olarak ve bir kere yapılabildiği için bu hükmün uygulanması kanımızca mümkün değildir. Hatta, doktrinde idari yargıda hükmedilen celse harcının ödenmemesi halinde bu durumun duruşma isteğinden vazgeçildiği şeklinde yorumlanması gerektiği belirtilmiştir²³⁹. Uygulamada, “celse harcı ile ilgili bölümde Danıştay sayılmadığından, bazı daireler “Dördüncü, Yedinci, Dokuzuncu ve Onuncu Daireler”, talik edilen celseler için harç almamaktadır²⁴⁰”.

“İlamın her sayfasının suret veya tasdikli fotokopisinin alınması ve diğer evrak sayfalarının suret veya tasdikli fotokopisinin alınması halinde suret harcı sureti isteyen tarafa aittir. Avukatlar tarafından tasdik edilen vekaletname suret ve tasdikli fotokopilerinin suret harcı ise avukatlara aittir²⁴¹”.

Prensip olarak, dar anlamda yargılama giderleri davada haksız çıkan yani davayı kaybeden tarafa yükletilir (HUMK m.417/I c.1). Bu genel prensibin doğal sonucu, yargılama giderlerini peşin olarak ödemiş olan tarafın haklı çıkması halinde, yargılama giderlerinin davanın karşı tarafına yükletilmesidir (HUMK m.416). Davanın her iki tarafının da kısmen haklı çıkması durumunda, yargılama giderleri taraflar arasında paylaşılır; taraflardan her birinin söz konusu yargılama giderlerinin ne kadarını yükleneceği yargı yeri tarafından takdir edilir (HUMK m.417/I c.2). Davayı kaybeden tarafın birden fazla olması halinde, yargılama giderleri, kaybedenler arasında, bu kişilerin davadaki ilgilerine göre, taksim edilir ya da bu kişilerin müteselsilen sorumlu olmalarına karar verilebilir (HUMK m.419). Fer'i müdahale giderlerinin hangi tarafa yükletileceği Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 420. maddesinde düzenlenmiştir. Davaya müdahale edilmiş olması

etmiştir. İptal davalarının özelliği gereği ve dava bir alacak davası olmadığından yargı yerince verilen kararda, faiz isteminin iptal kararı sonucuna göre geri verilmesi gereken miktarın hüküm altına alınmasına olanak bulunmamaktadır./ Yukarıda belirtilen nedenlerle alacak davası olarak nitelenemeyecek bu davanın kabulü nedeniyle davacı lehine maktu avukatlık ücretine hükmedilmesinde de yasaya aykırılık görülmemiştir.” (DVDGK., T.17.05.1996, E.1995/74, K.1996/234, in. ASLAN/BERK, a.g.e., s.395).

²³⁹ CANDAN, a.g.e., s.300.

²⁴⁰ CANDAN, a.g.e., s.300.

²⁴¹ CANDAN, a.g.e., s.301.

halinde davayı lehine müdahale eden taraf kazanırsa müdahale giderleri kaybeden tarafa yükletilir. Katılan kişiye (müdahile) yargılama giderleri ancak, lehine katıldığı tarafın davayı kaybetmesi halinde yükletilebilir. Bu halde müdahale eden kişi müdahale masraflarını karşılamak zorundadır (HUMK m.420 c.1,2).

Davanın feragat veya kabul sebebiyle sona erdiği durumlarda, yargılama giderleri feragat veya kabul eden tarafa yükletilmelidir (HUMK m.94/I). Danıştay çeşitli kararlarında bu hususu dile getirmiştir. Örneğin, 8. Daire, 20.04.2004 tarihli bir kararında, dava konusu olayda, davalı idarenin sulh veya kabul beyanı olmadığını, buna karşılık, davacı tarafın feragat ettiğinin açıkça belli olduğunu bu nedenle yargılama giderlerinin feragat eden davacı tarafa yükletilmesi gerektiğine hükmetmiştir²⁴². Aynı şekilde, devamsızlık nedeni ile sınava alınmama işlemine karşı açılan bir davada, davanın, davanın kabulü ile sonuçlanmadığı, davacının sonradan sınava girerek başarılı olması üzerine konusuz kaldığından esas hakkında karara yer olmadığı biçiminde karara bağlandığı bir durumda yargılama giderlerinin davalıdan alınması hukuka uygun bulunmamıştır²⁴³. Feragat veya kabul, istemin bir kısmı hakkında ise, yargılama giderleri bu husus göz önünde tutularak belirlenir (HUMK m.94/son)²⁴⁴. Ancak, davalı hal ve hareketleri ile aleyhine dava açılmasına sebebiyet vermemiş ise ve ilk celsede davacının iddialarını kabul etmiş ise yargılama giderleri davalıya yükletilemez (HUMK m.94/II).

Prensip yargılama giderlerinin davayı kaybeden tarafça ödenmesi olsa da davayı kazanan taraf eğer davayı bilerek ve isteyerek (bililtizam) uzatmışsa; gereksiz masraf yapmışsa; karara etkili olan belgeler elinde bulunmasına rağmen zamanında ibraz etmezse yargılama giderlerine mahkum edilebilir (HUMK m.418). Ayrıca, hüküm katılanın yanında yer aldığı taraf lehine sonuçlanmış olsa bile, eğer

²⁴² D.8.D., T.20.04.2004, E.2003/4771, K.2004/1882, www.kazanci.com (e.t. 16.02.2010) Danıştay 4. Dairesi de, dava açıldıktan sonra uzlaşmaya varılan bir davada “yargılama giderleri peşin olarak davacı tarafından ödenmek suretiyle açılan dava sonucunda, davacının haklı çıktığı yolunda mahkemece verilmiş bir karar bulunmadığı gibi, Vergi Usul Kanunu’nda öngörülen idari usul çerçevesinde yapılan uzlaşma neticesinde dava konusunun ortadan kalkmış olmasını da davacının yargılama sonucunda davacının yargılama sonucunda haklı çıktığı biçiminde nitelendirmeye olanak bulunmamaktadır./ Bu itibarla davacı üzerinde bırakılması gereken yargılama giderlerinin davalıya yükletilmesinin usul ve kanuna uygun olmadığı” kararını vermiştir. (D.4.D., T.12.10.1990, E.1988/642, K.1990/2739, DD, S.82-83, s.357).

²⁴³ D.8.D., T.12.06.1989, E.1988/376, K.1989/525, DBB (e.t. 07.08.2010).

²⁴⁴ Kaçakçılık cezasının dava açıldıktan sonra davalı vergi dairesi tarafından düzeltilmesi davanın kısmen kabulü olup, “davayı kabul eden taraf mahkum olmuş gibi yargılama giderlerini ödemek zorunda bulunduğu” reddedilen davada, yargılama giderlerinin tamamına mahkum edilmesi mümkün değildir. (D.3.D., T.25.04.1985, E.1985/269, K.1985/1320, DBB, e.t. 07.08.2010).

müdahaleyi bu tarafın hal ve hareketleri gerektirmiş ise müdahale giderlerinin tamamı veya bir kısmı dava lehine sonuçlanmış tarafa yükletilebilir (HUMK m.420).

Taraflar, idari yargı yerinden masraf gerektiren bir istekte bulunursa, bu işlemlerin gerektirdiği masrafları ödemeye ve bu masrafları mahkeme veznesine yatırmaya mecburdur. İdari yargı yerinin belirleyeceği süre içerisinde, istekte bulunan taraf masrafları mahkeme veznesine yatırmazsa bu isteğinden vazgeçmiş sayılır (HUMK m.414). Ancak, masraf gerektiren işlemin yapılmasına idari yargı yeri re'sen karar vermişse (örneğin; *bilirkişi incelemesi*, keşif) bu işlemin masrafı duruma göre taraflardan birinden ya da her iki taraftan istenebilir. Bu durumda, idari yargı yerinin belirleyeceği süre içerisinde masrafın mahkeme veznesine yatırılmaması halinde, idari yargı yeri ileride icap edenlerden (davayı kaybeden taraftan) alınmak koşuluyla, Devlet hazinesinden ödenmesine karar verebilir (HUMK m.415). Danıştay'ın bu maddeyle ilgili içtihadına bakıldığında; masraf gerektiren işlemin yapılmasına re'sen karar verildiği durumlarda, masraf taraflardan birinden ya da her iki taraftan da istenmiş fakat taraf veya taraflarca ödenmemişse, ileride davada haksız çıkan taraftan tahsil edilmek üzere masrafın Devlet hazinesinden ödenmesine karar verilmesi zorunluluğu olduğu yönünde kararlarının bulunduğu görülmektedir²⁴⁵.

Davayı kaybeden taraf, karşı tarafın kendini avukatla temsil etmiş olması halinde, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine²⁴⁶ göre belirlenecek miktarda vekalet ücreti ödemeye mahkum edilir. Tarifede belirtilmiş olan avukatlık ücretleri, kesin hüküm elde edilinceye kadar olan dava, iş ve işlemlerin karşılığıdır (Av.As.Üc.T. m.2/I). Danıştay'da temyizden, Bölge İdare Mahkemelerinde ise itiraz üzerine görülen işlerin duruşmalı olması ise, ayrı avukatlık ücreti gerektirmektedir (Av.As.Üc.T. m.2/II). Tarifede yazılı olan miktarlardan daha azına ve bu miktarlardan üç katından daha fazlasına hükmedilemeyecek olan avukatlık ücreti belirlenirken avukatın emeği, çabası, işin önemi, niteliği ve davanın süresi göz önünde tutulur (Av.As.Üc.T. m.3/I). Bu nedenle, örneğin, Danıştay vekilin dava dilekçesine vermesini, gerekli hukuki yardımın yapılmamış ve dolayısıyla avukatlık ücretine hak kazanılmamış olması olarak değerlendirmektedir²⁴⁷. Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin son fıkrası

²⁴⁵ D.8.D., T.02.04.2007, E.2006/6404, K.2007/1790, www.kazanci.com (e.t.16.02.2010); D.7.D., T.10.04.1986, E.1985/1737, K.1986/1117, DBB (e.t. 07.08.2010).

²⁴⁶ R.G., T. 24.12.2009, S.27442.

²⁴⁷ D.6.D., T.15.09.1989, E.1988/336, K.1989/1129, DBB (e.t. 07.08.2010).

uyarınca, dava sonunda kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yükletilecek vekalet ücretini avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas veya mahsup edilemeyeceği gibi, haciz konusu da yapılamaz.

Yargılama giderleri hakkında hüküm verilebilmesi için dava taraflarının bu yönde bir istemde bulunmalarına gerek yoktur²⁴⁸.

Son olarak belirtelim ki, Danıştay harcı yatırılan ve fakat yargılama sırasında başvurulmayan bir işlem olması halinde, bu harcın, başka işlemler için gereken fakat eksik kalan harçların tamamlanmasında kullanılması gerektiğini kabul etmektedir. Gerçekten Danıştay İdari Dava Daireleri (Genel) Kurulu'na göre, "yürütmenin durdurulması istemi hakkında herhangi bir karar verilmeksizin uyuşmazlığın esası hakkında bir karar verilmesi veya eksik harcın yürütmenin durdurulması istemi nedeniyle yatırılması gereken harca tekabül ettiğinin kabulüyle, anılan harcın tamamlanması yoluna gidilmesi gerekirken, 2577 sayılı Yasanın değişik 6. maddesinin 4. fıkrasının uygulanarak davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesinde hukuka uygunluk bulunma[ma]ktadır²⁴⁹".

Görüldüğü gibi, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nu bazı hükümlerinin Harçlar Kanunu hükümleriyle birlikte değerlendirilmesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yargılama giderleri ile ilgili hükümlerinin, idari yargıda farklılaşarak uygulanması sonucunu doğurmaktadır. Bunun somut görünümü ise, idari yargıda bir yandan, yargılama giderlerinin kapsamının adli yargıya göre daha geniş olması ve diğer yandan, idari yargıya özgü düzenlemeler nedeniyle, adli yargıda görülmeyen istisnaların bulunmasıdır. Ayrıca, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda harçların eksik yatırılması veya hiç yatırılmaması halinde yapılacak işlemlerin özel olarak düzenlenmiş olması, idari yargıda, yargılama giderlerine ilişkin HUMK hükümlerinin farklılaşarak uygulanması sonucunu doğurmaktadır.

²⁴⁸ Y.9.HD., T.22.01.2009, E.2007/29858, K.2009/757; D.4.D., T.25.03.1988, E.1986/2256, K.1988/1209; D.5.D., T.08.02.2006, E.2005/5598, K.2006/404, www.kazanci.com (e.t.16.02.2010)

²⁴⁹ DİDDGK, T.15.03.1999, E.1997/372, K.1999/369 DD, S.101, s.114.

II. ESAS İTİBARIYLA İÇTİHATTAN KAYNAKLANAN FARKLILAŞMALAR

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun idari yargıda farklılaşarak uygulanmasının kaynağında belli durumlarda içtihat vardır. Ancak, davanın taraflarına ilişkin müesseselerden olan ehliyet konusunda bazı farklılaşmalar bazen yasaya, bazen içtihada dayanmakta bazen de farklılaşmalar -bir anlamda- içtihat ve yasa işbirliği sonucunda ortaya çıkmaktadır. Başka bir deyişle, farklılaşma yasanın katılmasına karşın, esas olarak içtihattan kaynaklanmaktadır. Yasanın, HUMK'un idari yargıda farklılaşarak uygulanmasındaki bu etkisini, adı geçen yargı düzeninde farklılaşarak uygulanan ve bu bölümde incelenen diğer müesseselerde gözlemlemek mümkün değildir. Gerçekten, davalardaki özel durumlara ilişkin müesseseler başlığı altında toplanabilecek feragat, kabul ve karşılık dava konularında farklılaşmanın nedeni, idari yargının özelliklerinin içtihat tarafından saptanıp, dikkate alınmasıdır.

A. Taraflara İlişkin Müessese: Ehliyet

Açılan bir idari davanın esastan görülmeye başlanabilmesi için gerekli koşullardan biri de davanın ehliyetli kişi tarafından açılmış olmasıdır (İYUK m.14/3/b). Bu bir dava şartıdır ve teknik olarak taraf ehliyeti kapsamında değerlendirilir. Bu şart davanın açılabilmesi için değil, esastan görülmeye başlanabilmesi için gereklidir. Dava şartlarının eksikliği mahkemece re'sen dikkate alınır²⁵⁰. İYUK m.14/1-c uyarınca da dava dilekçeleri ehliyet yönünden tetkik hâkimi, mahkeme başkanı veya bir üye tarafından ilk incelemeye tâbi tutulur. Dava şartlarının eksikliği, taraflarca da ileri sürülebilir²⁵¹.

²⁵⁰ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, a.g.e., s.272; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, a.g.e., s.196; BİLGE/ÖNEN, a.g.e., s.413; BİLGE, a.g.e., s.365; ANSAY, a.g.e., s.202.; UMAR, a.g.m., s.600. Doktrinde, dava şartlarının HUMK'da açıkça düzenlenmediği fakat ilk itirazlar bölümünde, "hâkimin re'sen nazarı dikkate alması kanunen iktiza eden hususlar" saklı tutulduğu ve burada kastedilen hususların dava şartları olduğu belirtilmiştir (ÖNEN, a.g.e., s.148; KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.276).

²⁵¹ MUŞUL, a.g.e., s.99; BİLGE/ÖNEN, a.g.e., s.413; BİLGE, a.g.e., s.365.

Dava şartlarından biri olan ehliyetin yokluğu halinde mahkeme davayı esasa girmeden, ehliyetsizlik nedeniyle reddeder (İYUK m.15/1-b). Mahkeme tarafından verilen bu red kararı esasa ilişkin olmadığı için kesin hüküm teşkil etmez, dolayısıyla ehliyetsizliğin giderilmesi durumunda aynı taraflar arasında aynı konu ve aynı sebebe dayanarak yeni bir dava açılabilir.

Medeni usul hukukunda ehliyet; taraf ehliyeti ve dava ehliyeti olarak karşımıza çıkar. İdari yargıda da prensip aynı olmakla beraber, iptal davası açabilmek için taraf ehliyeti ve dava ehliyetine, doktrinde ve Danıştay kararlarında subjektif ehliyet olarak da adlandırılan, menfaat şartı eklenmektedir (İYUK m.2/1/a). Başka bir deyişle, idari yargıda iptal davası açabilmek için kişinin dava ehliyetine sahip olmasının (objektif ehliyet) yanında, iptal ettirmek istediği işlemin menfaatini ihlal ediyor olması gerekir. İptal davası açılabilmesi için bir menfaat ihlalinin gerekliliği İYUK m.2/1-a'da ve Danıştay kararlarında açıkça belirtilmiş²⁵² ancak, menfaat kavramının içi içtihat tarafından doldurulmuştur.

Diğer taraftan, dava devam ederken tarafların kişilik veya niteliğinde değişiklik meydana gelmesi halinde yapılacak işlemler İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu ise, bu düzenlemelerle örtüşen HUMK düzenlemelerinin idari yargıda uygulanmayacağı anlamına gelmektedir. İYUK m.26 uyarınca; “Dava esnasında ölüm veya herhangi bir sebeple tarafların kişilik veya niteliğinde değişiklik olursa, davayı takip hakkı kendisine geçen başvurmasına kadar; gerçek kişilerden olan tarafın ölümü halinde, idarenin mirasçılar aleyhine takibi yenilemesine kadar dosyanın işlemde kaldırılmasına ilgili mahkemece karar verilir. Dört ay içinde yenileme dilekçesi verilmemiş ise, varsa yürütmenin durdurulması kararı kendiliğinden hükümsüz kalır./ Yalnız öleni ilgilendiren davalara ait dilekçeler iptal edilir.”

Maddede, gerçek kişiler bakımından ölüm; tüzel kişiler bakımından ise, tüzel kişiliğin basitçe sona ermesi veya yetkiler ya da teşkilatla ilgili değişiklikler nedeniyle dava konusuyla ilgisinin kalmaması ile ilgili düzenlemeler yapılmış olduğunu söylemek mümkündür.

²⁵² D.5.D., T.26.01.1995, E.1994/2507, K.1995/0; DVDDK, T.17.11.2000, E.2000/181, K.2000/363, www.kazanci.com.tr (e.t.30.07.2010) Aynı şekilde, İYUK m.2/1-b tam yargı davalarını, kişisel hakları ihlal edilenler tarafından açılan davalar olarak tanımlamaktadır.

Buna göre, sadece öleni ilgilendiren davalara ilişkin dilekçeler iptal edilecektir. Bu nedenle, örneğin, 2022 sayılı yasaya göre yaşlılık aylığı başlanmasına ilişkin dava, sadece davacının şahsını ilgilendirdiğinden, dilekçenin iptaline karar verilmesi gerekir²⁵³. Ancak, örneğin, dava sürerken ölen bir kamu görevlisinin kendisine bir derece verilmesi isteminin reddine ilişkin işlemin iptali ve bu işlem nedeniyle doğan zararın tazmini istemiyle açtığı dava, davacının mirasçılarını da ilgilendirdiğinden, sadece öleni ilgilendirmemektedir²⁵⁴. Bu tür davalara, mirasçıların davayı takip ettiklerini bildirerek devam etmeleri mümkündür. Hatta, Danıştay'a göre, ilk derece mahkemesi kararının verilmesinden önce, davacının ölmesine rağmen, durumun bilinmemesi nedeniyle karar verilen hallerde, temyiz aşamasında mirasçıların, davanın devamı yönünde irade beyan ederek, davayı takip ettiklerini bildirmesi halinde temyiz incelemesine devam edilmesi gerekmektedir²⁵⁵.

Tüzel kişiler bakımından ise, hem davacı hem de davalı konumunda olanların nitelik değiştirmesi mümkündür. Gerçekten, dava sırasında dava konusu taşınmazın, davacı şirket tarafından bir başka şirkete satılması halinde, talep üzerine, devralan şirketin davacı olarak kabulü ile davanın esası hakkında karar verilmesi gerekecektir²⁵⁶. Aynı şekilde, "idarenin devamlılığı ilkesi karşısında belediye sınırları içinde olan bir taşınmazın yeni kurulan bir belediyenin sınırları içine alınması sonucu imar yönünden artık bu belediyenin denetimine tabi olması, aynı taşınmaz üzerindeki imar mevzuatına aykırı inşaat nedeniyle önceki idarece tesis edilen işlemin geçerliliğini kaybettiği anlamına gelmeyeceğinden idare mahkemesince husumet [yeni kurulan] Belediye Başkanlığına yöneltilmek suretiyle esas hakkında karar verilmesi²⁵⁷" gerekir. Danıştay bir başka kararında da, Maliye ve Gümrük Bakanlığının, dava sırasında yapılan değişiklik ile, gümrük işleri ile ilgili teşkilat ve görevlerinin Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığına devredilmesi üzerine, bu sonucun idare tarafından verilen savunma ile dosyayı tekemmül ettirerek işin esasını incelemeye devam etmiştir²⁵⁸.

²⁵³ D.10.D., 10.03.1982, E. 1982/1466, K. 1982/364, DBB (e.t.11.08.2010).

²⁵⁴ D.12.D., T.14.05.1997, E.1995/6327, K.1997/1072,DD, S.94, s.70.

²⁵⁵ DİDDGK., T.03.06.1994, E.1994/25, K.1994/296, DD, S.90, s.129.

²⁵⁶ D.6.D., T.24.12.1986, E. 1986/1114, K. 1986/1197, DBB. (e.t. 11.08.2010)

²⁵⁷ D.6.D., T.12.12.1990, E.1990/966, K.1990/2580, DD, S.82-83, s.500.

²⁵⁸ D.10.D., T.06.10.1994, E.1993/2261, K.1994/4639, DD, S.90, s.1040. Buna karşılık, davacı kuruluşa tüzel kişilik kazandıran kanun hükmünde kararnamenin Anayasa Mahkemesi'nce iptali üzerine, davacının tüzel kişiliği de ortadan kalkacağından, artık davanın takibine imkan bulunmamaktadır (D.10.D., T.15.08.1995, E.1995/3656, K.1995/3567, in. BAL/KARABULUT/ŞAHİN, a.g.e., s.600).

İdari yargı yerleri tarafından yukarıdaki şekilde uygulanan bu düzenlemeler dışında kalan ehliyet müessesesi ile ilgili hususlar sözü geçen kanunun 31. maddesinde yer verilmiş atıf uyarınca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na tâbi olacaktır. Ancak, Danıştay içtihadı, idari yargının özellikleriyle bağdaştığı ölçüde uygulanacağını belirterek, HUMK'un bu hükümlerinin idari yargıda farklılaşarak uygulanacağını karar altına almıştır.

Hiç kuşkusuz bu içtihat yollama yapılan tüm HUMK maddelerini ilgilendirmemektedir. Bunlardan biri olan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 38. maddesi uyarınca ehliyet, Medeni Kanun hükümlerine göre belirlenir. Bu düzenlemeler, yargılama hukukunda karşımıza, yukarıda da belirtildiği gibi, taraf ehliyeti ve dava ehliyeti kavramlarını çıkarmaktadır.

1. Taraf Ehliyeti

Maddi hukuktaki hak ehliyetinin (MK. m.8) usul hukukunda büründüğü şekil olan taraf ehliyeti, kişilerin davada taraf olabilme yeteneğidir²⁵⁹. Başka bir ifade ile taraf ehliyeti; "bir usuli münasebetin süjesi olmak ehliyetidir²⁶⁰".

Hak ehliyeti kişiliğin kazanılması ile başlar. Buradan hareketle gerçek ve tüzel kişilerin hak ehliyeti olduğunu söyleyebiliriz. Hak ehliyetine, dolayısıyla taraf ehliyetine sahip olan kişiler davada taraf olabilirler.

Taraf ehliyetinin, her ne kadar, medeni hukukta yer alan hak ehliyetinin usul hukukundaki görünümünü olduğu kabul edilse de, bu ikisi arasında bir ayniyet yoktur. Çünkü hak ehliyetine sahip olan herkesin taraf ehliyetine sahip olduğunu söylemek mümkünse de, bazen hak ehliyeti olmayanların taraf ehliyetine sahip oldukları kabul edilmiştir²⁶¹.

a. Gerçek Kişilerin ve Tüzel Kişilerin Taraf Ehliyeti

Gerçek kişilerde taraf ehliyeti çocuğun sağ olarak doğması ile başlar. Bunun yanı sıra, sağ olarak doğması koşuluyla cenin de ana rahmine düştüğü andan başlayarak taraf ehliyetini elde eder. Taraf ehliyeti ölümle son bulur (MK.

²⁵⁹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.238; ÖNEN, a.g.e., s.62; BİLGE, a.g.e., s.196; UMAR Bilge, Medeni Usul Hukukunda Davanın Dinlenme Şartı Olarak Ehliyet, İÜHFİM, C.29 No.3-4, 1963, s.592.

²⁶⁰ UMAR, a.g.m., s.592. Aynı yönde bkz.; ANSAY, a.g.e., s.108; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, a.g.e., s.113.

²⁶¹ UMAR, a.g.m., s.593.

m.28). Kişilik, ölümle son bulduğu için, yani kişi ölümüyle birlikte taraf ehliyetini yitirdiği için ölmüş kişi adına dava açılmaz. Aynı nedenle ölmüş bir kişiye karşı dava açılması da mümkün değildir. Nitekim bu husus bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında; “Ölen bir kimse hakkında açılan davaya bakılmasına, davacı tarafın isteği üzerine mirasçılarının duruşmaya davalı olarak çağırılmalarına, yahut ıslah yolu ile, kendilerinin davalı sayılmasına mevzuatımız yer vermemiştir. Bu nedenlerle mirasçılar hakkında ayrı bir dava açılması zorunludur. Temel kural budur. Hak aramak durumunda bulunan davacının, davasını açarken davalı olarak gösterdiği kimsenin hayatta olup olmadığını özenle araştırması ödevdir²⁶²” şeklinde ifade edilmiştir. Ancak, doktrinde ölmüş bir kişiye karşı bilinçli olarak dava açılmayacağı, bu nedenle de açılmış olan böyle bir davada, davacıya HUMK m.80 uyarınca bu yanlışlığı düzeltme imkanı verilmesinin menfaatler dengesine ve usul ekonomisine daha uygun olacağı, bunun yanı sıra davacının davalının ölmüş olduğunu davayı açtıktan sonra öğrenmesi halinde davasını ıslah ederek mirasçılara karşı devam ettirebilmesinin gerektiği görüşü ileri sürülmüştür²⁶³.

Prensip, ölen bir kişiye karşı açılan davanın mirasçılara karşı devam ettirilemeyeceği olsa da, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu²⁶⁴ ile bu prensibe bir istisna getirilmiştir. Söz konusu kanunun 14. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, idarenin Kamulaştırma Kanununa göre tespit edilmiş taşınmaz malın malikine veya zilyedine karşı açılmış davalarda, dava esnasında taşınmaz malın gerçek malikinin başka bir şahıs olduğu anlaşılırsa bu durumda davaya gerçek malikle devam edilir. Ancak gerçek malikin daha önce öldüğü sabit olursa, davaya mirasçıları dahil edilerek devam edilir.

Tüzel kişiler ise, Medeni Kanun’un 47. maddesi uyarınca kanunun öngördüğü şekilde kurularak kişilik kazanırlar. Tüzel kişiler, cins, yaş ve hısımlık gibi yaradılışları gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler (MK m.48). Dolayısıyla medeni haklara sahip oldukları çerçevede taraf ehliyetine de sahiptirler. Kişiliklerinin ortadan kalkmasıyla da prensip olarak taraf ehliyetlerini yitirirler. Ancak bu halde, tasfiyeye ilişkin konularda taraf ehliyetleri devam eder. Taraf ehliyetine sahip olmak bakımından tüzel kişilerin özel hukuk tüzel kişisi veya kamu tüzel kişisi olmasının bir önemi yoktur. Anayasa’nın

²⁶² Naklen; KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.239.

²⁶³ KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.239 vd.

²⁶⁴ RG. 08.11.1983, S.18215.

123. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu tüzel kişileri de, özel hukuk tüzel kişileri gibi davada taraf ehliyetine sahiptirler.

b. Tüzel Kişiliği Bulunmayan Kamu Kuruluşlarının Taraf Ehliyeti

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalardan hareketle, sadece gerçek ve tüzel kişilerin taraf ehliyeti olduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla tüzel kişiliği bulunmayan toplulukların örneğin; adi ortaklıkların ve miras ortaklıklarının tüzel kişilikleri olmadığı için taraf ehliyetleri de yoktur²⁶⁵. Bu husus, prensip olarak, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na yapılan atıf ve Medeni Kanun'un ehliyet müessesesine ilişkin hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, idari yargı için de geçerlidir. Buradan hareketle, kendi görev ve yetki alanları çerçevesinde icrai kararlar alarak bu kararları uygulayan, fakat tüzel kişiliği olmayan bazı kamu kuruluşlarının²⁶⁶ taraf ehliyetinin olmadığı kabul edilmesi gerekir. Yani tüzel kişiliği olmayan bu tür kamu kuruluşlarının davacı veya davalı olamamaları gerekir. Ancak, Danıştay uygulamasına bakıldığında konuya ilişkin farklı yönde kararlar görülmektedir²⁶⁷. Bu yüzden, tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşlarının taraf ehliyeti olup olmadığı sorunu üzerinde durmak gerekir.

Bu sorunu tam yargı davaları ve iptal davaları açısından ele aldığımızda farklı sonuçlara ulaşmak mümkündür. Bilindiği üzere tam yargı davaları, bir idari işlem veya eylem nedeniyle kişisel hakları ihlal edilenler tarafından açılabilir (İYUK m.2/1/b). Temelinde bir hak ihlali olan bu davada, davalı tarafa borç yüklenmesi

²⁶⁵ Borçlar Kanunu'nun 520. vd. maddelerinde düzenlenmiş olan adi ortaklıklarda, kural elbirliğiyle mülkiyet olduğu için (BK m.530) adi ortaklık tarafından açılacak davaların bütün ortaklar tarafından birlikte açılması gerekir. Adi ortaklığa karşı açılacak davalarda ise ikili bir ayırım yapmak gerekir. Dava konusu para alacağı ise, ortaklar para borcundan mütesilsilen sorumludurlar (BK m.534). Müteselsil sorumluluğun (BK m.142) alacaklı borcu sorumluların birinden yani ortakların birinden isteyebilir. Dolayısıyla davanın bir ortağa yöneltilmesi mümkündür. Buna karşılık dava konusu para alacağı dışında bir şey ise, ortakların ortaklık üzerinde elbirliğiyle mülkiyeti olduğu için dava bütün ortaklara karşı açılmalıdır. Tüzel kişiliği dolayısıyla da taraf ehliyeti olmayan miras ortaklığının açacağı davalarda, miras ortaklığında elbirliğiyle mülkiyet söz konusu olduğu için tüm mirasçıların birlikte dava açması gerekir. Yine el birliğiyle mülkiyet gereği, tereke ile ilgili fakat konusu paradan başka bir şey olan davalarda davanın tüm mirasçılara karşı açılması gerekir. Buna karşılıklı, terekeyle ilgili ve konusu para olan bir davada, mirasçılar mürisin borçlarından mütesilsilen sorumlu oldukları için (MK m.641/I), dava bir mirasçıya karşı da açılabilir. Terekeye temsilci atanmış olması halinde (MK m.640/III) terekeye ilişkin davalarda ortaklığı temsil yetkisi bu temsilciye aittir. Yani terekeye ilişkin davalarda miras ortaklığı adına davayı bu temsilci açar ve terekeye karşı açılmış davalar bu temsilciye yöneltilir. Danıştay'ın konuya ilişkin örnek bazı kararları için bkz.; D.10.D., T.19.03.1996, E.1994/6268, K.1996/1558, DD, S.92, s.735; D.6.D., T.12.12.1990, E.1990/966, K.1990/2580; D.12.D., T.14.05.1997, E.1995/6327, K.1997/1072, DD, S.94, s.790.

²⁶⁶ GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e., no.556.

²⁶⁷ Örneğin, bkz; D.11.D., T.19.03.1973, E.1973/2350, K.1973/1789 (in. GÜNDAY, a.g.m., s.82).

(tazminat) söz konusu olabileceği için, tam yargı davalarında tüzel kişiliğe sahip olmayan bir kamu kuruluşunun davalı olması ve davanın aleyhine sonuçlanması halinde, özellikle ilamın yerine getirilmesi konusunda, bir takım güçlüklerle karşılaşılabilir. Bu nedenle tam yargı davalarında taraf olma ehliyetinin şartlarının hem davacı hem de davalı açısından tam olarak bulunması gerekir²⁶⁸. Buna karşılık, bilindiği gibi, iptal davalarında amaç; yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarını inceleyerek idari işlemin hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesidir. Dolayısıyla iptal davalarının amacı göz önünde tutulduğunda, taraf ehliyetinin bu davalar açısından tam olarak aranması ve uygulanması, iptal davalarıyla elde edilmek istenen amaca uygun değildir. Fransa’da idari yargı ve idari davalara ilişkin ilk sistematik çalışmalardan birinde, iptal davalarının idari işlemlere karşı açılmış davalar olduğu belirtilmiştir²⁶⁹. Türk doktrininde de, iptal davalarının, idari kararlara karşı açılmış nesnel nitelikte davalar olduğu için davalı tarafın belirtilmesinin söz konusu olmaması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür²⁷⁰. Danıştay da, pek çok kararında, aleyhine dava açılan idarenin tüzel kişiliği olup olmadığını aramak yerine, davanın idari işlemi gerçekleştirmiş olan makama karşı açılmasını yeterli görmüştür. Bu hususu Danıştay eski bir kararında “idari kazada husumetin behemehal hükmi şahsiyeti haiz olan bir kuruluşa yönlendirilmesi icap etmeyip; yetkisine müsteniden kesin ve lazimülcra işlemi tesis etmiş bulunan idari makam, ve merci ve müessesesinin davalı mevkiinde gösterilmesi” gerektiği yönünde karar vererek belirtmiştir²⁷¹.

Danıştay daha yakın bir tarihte verdiği İçtihadı Birleştirme Kararında “(...) idari yapı içinde belli yetki ve görevleri olan kamu idaresi kuruluşlarının tüzel kişilikleri olmasa da, faaliyetlerinden doğan anlaşmazlıklar için kendilerine taraf ve dava ehliyeti tanınmalıdır (...)”²⁷² gerekçesine yer vererek tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşlarının faaliyetleriyle ilgili işlemlerle, yani görev ve yetkileri çerçevesinde gerçekleştirdikleri işlemlerle ilgili olarak çıkan uyuşmazlıklarda taraf ehliyetini haiz olabileceklerine hükmetmiştir. Bu Danıştay kararları -özellikle de içtihadı birleştirme kararı- taraf ehliyeti açısından esas itibarıyla İYUK m.31’le

²⁶⁸ GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e., no.557.

²⁶⁹ LAFERIERE Edouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, C.2, Berger-Levrault, 2. bası, Paris 1896, s.561.

²⁷⁰ GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e., no.558.

²⁷¹ D.12.D., T.24.12.1969, E.1969/3727, K.1969/2425 (in. GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e., no.558).

²⁷² DİBGK, T.08.03.1979, E.1971/1, K.1979/1 RG. 06.02.1980, S.16892.

yollama yapılan HUMK maddelerinde ifadesini bulan ana kurula idari yargı bakımından bir istisna getirmiştir.

Burada, özellikle Danıştay İçtihadı Birleştirme kararındaki genel ifadeler karşısında şu sorunun sorulması gerekmektedir: İptal davalarında davalı açısından kabul edilen bu husus, acaba, davacı açısından da kabul edilebilir mi? Başka bir ifade ile, tüzel kişiliği olmayan bir kamu kuruluşu, aynı hiyerarşi içinde bulunmayan başka bir kamu kuruluşunun kararını iptal ettirmek için iptal davası yoluna başvurduğu takdirde, bu başvuru ehliyetsizlik nedeniyle reddedilmeyerek davanın esasına geçilebilecek midir? Doktrinde isabetli olarak kamu tüzel kişiliği bulunmayan bir kamu kuruluşunun davalı olabileceğini kabul edip davacı olabileceğini kabul etmemenin çelişkili bir durum yaratacağı belirtilmiş ve kamu tüzel kişiliği bulunmayan bir kamu kuruluşunun iptal davalarında davacı olabileceğinin kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur²⁷³. Söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararı da böyle bir yoruma açıktır.

2. Dava Ehliyeti

Dava ehliyeti maddi hukuktaki fiil ehliyetinin (MK m.9) usul hukukunda büründüğü şekildir ve kişilerin bir davayı, davacı ya da davalı olarak takip edebilme ve usul işlemlerini yapabilme yeteneğidir²⁷⁴. İdari yargıda dava ehliyetine sahip olabilmek için Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ve Medeni Kanun'un aradığı şartları taşımamanın yanında, idari dava türlerine göre aranan diğer şartlara sahip olmak gerekmektedir²⁷⁵. Bu nedenle idari yargıda dava ehliyetinin varlığından bahsedebilmek için Medeni Kanun'daki objektif şartların yanında İYUK'ta yer verilmiş subjektif şart olan hak veya menfaat ihlalinin de bulunması gerekir.

a. Dava Ehliyetinin Objektif Şartları

aa. Gerçek Kişiler Bakımından Dava Ehliyetinin Objektif Şartları

Medeni Kanun'un 10. maddesinde, ayırt etme gücüne sahip olan ve kısıtlı bulunmayan her ergin kişinin fiil ehliyetine sahip olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu

²⁷³ GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e., no.558.

²⁷⁴ KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.246; ÖNEN, a.g.e., s.63; BİLGE, a.g.e., s.198; ANSAY, a.g.e., s.109; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, a.g.e., s.116; UMAR, a.g.m., s.602. ÇELİKOL Hüseyin, İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet, Adalet Dergisi, Y.76, S.3, Mayıs-Haziran 1985, s.753.

²⁷⁵ ÇELİKOL a.g.m., s.752.

maddeye göre ayırt etme gücüne sahip olmak, ergin olmak ve kısıtlı olmamak fiil ehliyetinin, dolayısıyla dava ehliyetinin şartları olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayırt etme gücü başlığını taşıyan MK'nın 13. maddesine göre; “Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin ayırt etme gücü vardır”. Görüldüğü üzere maddede ayırt etme gücünün tanımı verilmemiş, hangi hallerde ayırt etme gücünün ortadan kalktığı belirtilmiştir. Bu maddeden hareketle, ayırt etme gücünü kişinin makul surette hareket etmesi, hareketlerinin sebep ve sonuçlarını anlayabilmesi olarak tanımlamak mümkündür²⁷⁶. Ergenlik ise kanunen bir yaşa gelme ya da ergin kılınma ile kazanılır. MK m.11’de yer alan düzenlemeye göre; on sekiz yaşının doldurulmasıyla ergenlik başlar ve evlenme de kişiyi ergin kılar. Medeni Kanun ayrıca on beş yaşını doldurmuş küçüğün, kendi isteği ve velisinin rızası ile mahkeme kararıyla ergin kılınabilmesine imkân tanımıştır (MK m.12). Nihayet, Medeni Kanunun 404 ile 408. maddeleri arasında kısıtlanmayı gerektiren sebeplere yer verilmiştir. Bu sebeplerden biri nedeniyle kısıtlanmış kişilerin fiil ehliyetleri, dolayısıyla dava ehliyetleri bulunmamaktadır.

Fiil ehliyeti bakımından gerçek kişiler, yukarıda belirtilmiş olan fiil ehliyetine sahip olma şartlarının hangilerine sahip olduklarına göre; tam ehliyetliler, tam ehliyetsizler, sınırlı ehliyetsizler ve sınırlı ehliyetliler olarak sınıflandırılırlar.

Tam ehliyetliler, ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan erginlerdir. Bu kişiler davalarını bizzat veya temsilcileri aracılığıyla açıp takip edebilirler (HUMK m.59). Buna göre, örneğin birden fazla mirasçının bulunduğu hallerde mirasçılardan bizzat dava açması gerekeceğinden, diğerlerini temsil yetkisi bulunmayan birinin, diğer mirasçılar adına dava açması mümkün değildir²⁷⁷.

Tam ehliyetsizler ise ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerdir (MK m.14). Kanunda gösterilen ayrık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan

²⁷⁶ Bkz. DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan, Türk Özel Hukuku C.II Kişiler Hukuku, Filiz Kitapevi, 6. bası, İstanbul 2002, s.54.

²⁷⁷ D.5.D., T.31.05.2000, E.2000/644, K.2000/643, in., ASLAN/BERK, a.g.e., s.310. belirtelim ki, Danıştay, idari işlemlerde muhatapın adının yanlış yazılmış olmasının, gerçek muhatap tarafından dava açılmasına engel olmadığına karar vermektedir: “Olayda Muzaffer Gün olan davacı adını yıkıma konu belediye encümen kararından maddi hata sonucu Müzeyyen Gün olarak yer aldığı açık olduğundan işin esasının incelenip karar verilmesi gerekirken, davanın ehliyet yönünden reddedilmesinde isabet görülmemiştir” . (D.6.D., T.11.06.1993, E.1993/1374, K.1993/2330, DBB. e.t. 08.08.2010).

kimsenin fiilleri hukukî sonuç doğurmaz (MK m.15). Bu kişiler, yasal temsilcileri aracılığıyla dava açarlar, kendilerine karşı açılmış davaları da yasal temsilcileri aracılığıyla takip ederler. Vesayet altındaki küçüğün veya kısıtlının kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukukî işlemlerde onu temsil etmekle yükümlü olan vasi ve kanunda aksine bir düzenleme olmadıkça vasi hakkındaki hükümlere tâbi olan belirli işleri görmek ya da malvarlığını yönetmek üzere atanan kayyımın (MK m.403), küçük ya da kısıtlı adına dava açabilmeleri için vesayet makamının (MK m.397/II'ye göre vesayet makamı sulh mahkemesidir) iznine ihtiyaçları vardır (MK m.462/8).

Sınırlı ehliyetsizler, ayırt etme gücüne sahip olan küçükler ve kısıtlılardır (MK m.16/I). Bu kişiler, kural olarak, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça borçlandırıcı (MK m.16/I) ve tasarrufi²⁷⁸ işlem yapamazlar. Bu bakımdan, sınırlı ehliyetsizler, kural olarak, davacı olma haklarını yasal temsilcileri aracılığıyla kullanırlar. Bunlardan, “küçüklerin kanuni temsilcileri velileridir. Böyle olmakla beraber [Medeni Kanun'da] gösterilen istisnai hallerde küçüklerin vasi aracılığıyla temsil edilmesi mümkündür. “(...) [E]vlilik süresince küçük, ana ve babanın velayeti altındadır. Ayrılık halinde bu hak çocuğun verildiği tarafa aittir. Kanuni temsilci sıfatıyla vasi, sulh hakiminden izin almadan küçük adına dava açamayacağı halde, veli için böyle bir şart söz konusu değildir²⁷⁹. Sınırlı ehliyetsiz, davalı olması halinde de, yasal temsilcisi tarafından temsil edilir. Sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisinin rızası olmadan dava açması halinde, mahkeme yasal temsilciye bu işlemi onaylaması için bir süre verebilir (MK m.451/II). Bu süre içinde yasal temsilcinin onayını vermemesi halinde ise davaya devam edilemez, bu durumda davanın ehliyet yönünden reddedilmesi gerekir. Örneğin, Danıştay 10. Dairesi bir kararında bu hususu, “hükümlüye vasi atanmasına ilişkin işlemleri başlatma yükümlülüğü hükmü icraya memur daireye verilmiş olup, vasi atanması görevi de Sulh Hukuk Mahkemesine ait bulunmaktadır. Bu durumda, Mahkemece davacının hükümlü olduğunun tespiti üzerine, öncelikle davacıya vasi tayin edilmesinin gerekip gerekmediğinin, vasi tayini gereken bir durum var ise vasi tayin edilip edilmediğinin araştırılması, vasi tayin edilmiş ise vasi tarafından icazet verilebilmesi ve davanın

²⁷⁸ DURAL/ÖĞÜZ, a.g.e., s.79.

²⁷⁹ Naklen; GÖZÜBÜYÜK/DİNÇER, a.g.e., s.583. Danıştay 11. Dairesi eski tarihli bir kararında “(...) öğrencinin okulda velisi durumunda bulunduğu anlaşılan ve bahsi geçen kanun hükmüne [Medeni Kanun] yargı yerlerinde onu temsile yetkisi bulunmayan ablası tarafından açılan davanın (...) ehliyet noksanından (...) reddine” karar vermiştir.D.11.D., T.02.03.1974, E:1974/1202, K.1974/378 (İN., ASLAN/BERK, a.g.e., s.311).

takip edilebilmesi için durumun vasiye bildirilmesi, vasi tayin edilmemiş ise, vasi atanması prosedürünün tamamlanmasına kadar 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 42. maddesi uyarınca yargılamanın durdurularak sonucun beklenilmesi, vasi atandıktan sonra da davacının açmış olduğu davaya icazet verip vermeyeceğini bildirmesi için ek süre verilmesi, icazet verilmesi halinde davaya kanuni temsilci tarafından devam edilmesi, icazet verilmemesi halinde davanın ehliyet yönünden reddedilmesi gerekmektedir²⁸⁰, şeklinde ifade etmiştir. Buna karşılık, sulh mahkemesinin bir meslek ya da sanatı tek başına yürütmesi için izin verdiği sınırlı ehliyetsiz bu meslek ya da sanatın gereği olan her türlü tasarrufu yasal temsilcisinin izni veya onayı olmadan yapabilir. Bu koşulda sınırlı ehliyetsizin fiil ehliyeti olduğu kabul edildiğinden, bu meslek veya sanatla ilgili olarak davacı veya davalı olabilir²⁸¹. Ancak doktrinde, MK'nın 462. maddesinin 8. bendinde, herhangi bir ayırım yapılmadan, dava açılmasının vesayet makamının iznine tâbi olduğu düzenlemesine yer verildiği, bu gerekçeyle de bu kişilerin ancak yasal temsilcileri aracılığıyla ve vesayet makamının iznini alarak dava açabilecekleri de savunulmaktadır²⁸².

Nihayet sınırlı ehliyetliler, kısıtlanmaları için yeterli neden bulunmayan, fakat korunmaları açısından fiil ehliyetlerinin sınırlandırılması gerekli görülen kişilerdir. Sınırlı ehliyetliler aslında fiil ehliyetine sahiptirler, ancak belirli işlemleri yasal danışmanlarının görüşünü alarak yapabilirler. Dava açma ve sulh olmak da bu işlemlerdendir (MK m.429). Buradan hareketle diyebiliriz ki, kendisine yasal danışman atanmış kişiler, yasal temsilcilerinin görüşünü alarak bizzat davacı olabilirler ve açtıkları bu davayı takip edebilirler.

²⁸⁰ Nitekim bu husus çeşitli Danıştay kararlarına da konu olmuştur. Örneğin, D.10.D., T.20.04.2005, E.2003/2567, K.2005/1980 DBB (e.t. 25.02.2010). Danıştay 8. Dairesi ise, kendisine vasi tayin edilmemiş bir hükümlünün vekili (avukatı) tarafından açılmış bir davayı, vasi tarafından açılmamış olması nedeniyle ehliyet yönünden reddeden bir idare mahkemesinin kararını temyizen incelerken, temyiz aşamasında vasi tayini yapıldığını, bu kişinin de aynı avukata vekalet verdiğini ve açılan ve bundan sonra açılacak davalarda bu avukata izin verdiğini saptayarak “davacının vekili durumunda bulunan avukat’nın açmış olduğu davaya ve işlemlere icazet vermiş olması, davacının yararına bir sonuç doğuracağından, davanın başından beri yapılan işlemlerin geçerli sayılması yasa hükümlerine uygun düşmektedir” gerekçesiyle, usul eksikliğinin sonradan giderildiğine ve bu nedenle davanın ehliyet yönünden reddedilemeyeceğine, bu yöndeki Yargıtay içtihatlarına da yollama yaparak, belirtmiştir (D.8.D., T.14.05.1997, E.1996/2250, K.1997/1639, DD, S.94, s.552). 2006 yılında verilen bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında ise, dava açıldıktan sonra, ehliyetsiz kişiye vasi tayin edilmesi üzerine, vasinin davayı takip ettiğini bildirmesinin, usulsüz açılan davaya sonradan sıhat kazandırmayacağını hüküm altına almıştır. (YHGK, T.12.04.2006, E.2006/1-161, K.2006/155, www.kazanci.com, e.t. 08.08.2010).

²⁸¹ Bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.247; ÖNEN, a.g.e., s.65.

²⁸² CANDAN, a.g.e., s.719.

Görüldüğü gibi, idari yargıda gerçek kişiler bakımından, dava açmanın objektif şartları HUMK düzenlemeleri çerçevesinde adli yargıdakine paralel bir şekilde değerlendirilmektedir. Danıştay'ın bir kararı bu paralelliği devamlılık unsuru içerecek şekilde ortaya koyması bakımından ilginçtir. Danıştay kararına konu olayda; bir askeri uçağın düşmesi üzerine ölen kişinin eşi, kendisi ve velayeten reşit olmayan çocukları adına adli yargıda tazminat davası açmıştır. Dava, Yargıtay aşamasından da geçtikten sonra yaklaşık üç yıllık bir sürenin sonunda görevsizlik nedeniyle reddedilmiştir. Bunun üzerine, ölenin eşi İYUK m.9 çerçevesinde aynı şekilde, yani kendisi ve velayeten çocukları adına idari yargıda bir tam yargı davası açmıştır. Ancak, çocuklardan biri, idari yargıda dava açıldığı tarihten yaklaşık bir yıl önce 18 yaşını doldurmuştur. Davalı idarenin, bu nedenle sözü geçen çocuk adına velayeten dava açılmayacağı iddiası üzerine Danıştay, idare mahkemesinde açılan davanın ilk olarak adli yargı yerinde açılan davanın devamı niteliğinde bulunduğunu, bu nedenle, davanın ilk olarak adli yargı yerinde açıldığı tarihte henüz 18 yaşını doldurmamayan kişi adına velayeten annesinin idari yargıda dava açmasında hukuka aykırılık bulunmadığını belirterek davalı idarenin iddiasını yerinde görmemiştir²⁸³.

bb. Özel Hukuk Tüzel Kişileri Bakımından Dava Ehliyetinin Objektif Şartları

Medeni Kanun'un 49. maddesine göre tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla fiil ehliyetine, dolayısıyla da, dava ehliyetine sahip olurlar. “Başka bir anlatımla, Medeni Kanunun tüzel kişiler yönünden düzenlenen 49. maddesinde öngörülen medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmayanların, dava açabilmesine ve davayı takip edebilmesine olanak bulunmamaktadır²⁸⁴”. Yani tüzel kişiler, “medeni hakları kullanma yeteneğini haiz oldukları oranda dava yeteneğine de sahiptirler²⁸⁵”.

Tüzel kişiler, kanuni temsilcileri olan (yetkili) organlarıyla irade açıklamasında bulunurlar (MK m.50); bu nedenle de, tüzel kişiler davaları yetkili organları aracılığıyla açarlar ve takip ederler (HUMK m.39/I; MK m.49). Tüzel kişilerin dava ehliyetini kullanmaya yetkili organı yani temsil organı, tüzel kişinin kuruluş sözleşmesinde, tüzüğünde veya özel kanununda belirlenmiştir.

²⁸³ D.10.D., E.1998/1718, K.1998/3480, DD, S.98, s.549.

²⁸⁴ D.10.D., T.26.12.2003, E.2000/6026, K.2003/5319, DKD., S.5, s.263.

²⁸⁵ ÖNEN, a.g.e., s.65.

Yukarıda da belirtildiği gibi, tüzel kişilerin “dava açma ehliyeti fiil ehliyetinin içeriğine dahil edilmiştir. Dolayısıyla dava ehliyeti, bir şahsın mahkemelerde davacı veya davalı sıfatıyla (...) usul hukukuna ait işlemleri bizzat yapabilme iktidarını ifade ettiğinden, dava açılması sırasında olduğu kadar dava sürecinde de ehliyetin yitirilip yitirilmediğinin yargı yerlerince göz önünde bulundurulacağında²⁸⁶” kuşku yoktur.

Özel hukuk tüzel kişileri dernekler, vakıflar, sendikalar, siyasi partiler ve şirketler gibi değişik isimler ve hukuki yapılarla karşımıza çıkmaktadır.

Kazanç paylaşma dışında, kanunlarda yasaklanmamış olan belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, en az yedi gerçek veya tüzel kişinin, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmeleri suretiyle oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kişi toplulukları olan dernekler (DK. m.2/a), yönetim kurulları tarafından temsil edilir (MK. m.85/I). Yönetim kurulu sahip olduğu bu temsil yetkisini, üyelerinden birine veya üçüncü bir kişiye verebilir (MK. m.85/II). Buna göre, idari yargıda bir dava söz konusu olduğunda, dava açıldığı tarihte yetkili olmaları kaydıyla, dernek yukarıda belirtilmiş kişi ya da kişilerce temsil edilir. Danıştay’a göre de “...Dava ehliyeti, dava açıldığı tarihte bulunması gereken ve davanın görülebilmesi için zorunlu bir usul hukuku koşuludur. İdari yargı yerlerinde bakılan davalarda tarafların sonradan değiştirilmeleri veya tarafların yerine bir başkasının ikame olması mümkün değildir. Davanın ıslahı müessesesi de idare hukukunda yer almamıştır./ Tüzel kişilerde temsili de buna göre değerlendirmek gerekir. Diğer bir deyişle tüzel kişiliği kim temsile yetkili bulunmakta ise ancak o kimsenin veya kimselerin dava açmaları ve davayı takip etmeleri mümkündür./ Dava tarihinde tüzel kişiliği temsile yetkisi olmayan kimse tarafından açılan davayı usulüne uygun açılmış bir dava olarak nitelemek olanaksızdır. (...) Yönetim kurulunun sonradan bir üyesine derneği temsil yetkisini vermesi halinde de, ancak o tarihten sonra o kimse yönetim kurulu yerine dava açabilecektir. Bu hallerde icazet, geçerli bir hukuksal kural olarak görülemez. Bu [nedenle], dava açma tarihinde davacının derneği temsil yetkisi bulunmadığından açılan (...) davanın ehliyet yönünden reddine²⁸⁷” karar verilmelidir. Yine Danıştay’a göre “gerek Dernekler Kanununda dernek şubelerine özel olarak derneğin görevlerini yerine getirme konusunda hak ve yetki tanınmaması, aksine dernek tüzüğüne göre

²⁸⁶ D.10.D., T.26.12.2003, E.2000/6026, K.2003/5319, DKD., S.5, s.263.

²⁸⁷ D.12.D., T.29.11.1979, E.1979/2433, K.1979/4514, DD, S.38-39, s.417.

genel kurul ve merkez tarafından verilen görevleri ifa edecek olmaları, ayrıca derneklerin merkez yönetim kurullarının Dernekler Kanunu, Medeni Kanun ve tüzük hükümleri uyarınca derneği temsile yetkili ve görevli zorunlu organ olması ve bu yetki ve görevini başka organlara devredememesi karşısında, davacı dernek şubesinin tek başına açmış olduğu davada ‘dava açma ehliyeti’nin bulunduğunu kabul etmeye hukuken imkan bulunmamaktadır²⁸⁸’.

Siyasi partiler, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu’nun 3. maddesine göre “milli iradenin oluşmasını sağlayarak demokratik bir Devlet ve toplum düzeni içinde ülkenin çağdaş medeniyet seviyesine ulaşması amacını güden ve ülke çapında faaliyet göstermek üzere teşkilatlanmış tüzel kişiliğe sahip kuruluşlardır”. “2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun 15. maddesinde, partiyi temsil yetkisinin genel başkana ait olduğu, kanunlardaki özel hükümlerin saklı kalması kaydıyla, parti adına dava açma ve davada husumet yetkisinin genel başkana veya ona izafeten bu yetkileri kullanmak üzere parti tüzüğünün göstereceği parti mercilerine ait” olduğu kurala bağlanmıştır. Bu nedenle, parti tüzüğünde, dava açma yetkisinin, örneğin, genel sekretere verilmesi halinde, parti adına, ilçe başkanlığını temsilen ilçe başkanının dava açmasına olanak bulunmamaktadır²⁸⁹.

Vakıflar, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır (MK m.101). Vakıflarla ilgili düzenlemeler, esas itibarıyla, 20.02.2008 gün ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunu’nda ve Medeni Kanun’un 101 vd. maddelerinde yer almaktadır. Vakıflar Kanunu’nda dört tür vakıf öngörülmüştür: mazbut vakıflar, mülhak vakıflar, cemaatlara ve esnafa mahsus vakıflar, yeni vakıflar. Vakıflar Kanunu’nun yönetim ve temsil başlığını taşıyan 6. maddesine göre; mazbut vakıflar, Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yönetilip ve temsil edilirken; mülhak vakıflar, Anayasaya aykırılık teşkil etmeyen vakfiye²⁹⁰ şartlarına göre Meclis tarafından atanacak yöneticiler eliyle yönetilir ve temsil edilir. Ayrıca, vakıf yöneticilerinin kendilerine yardımcı tayin etmeleri mümkündür. Maddeye göre, vakfiyedeki şartları taşıyamamaları nedeniyle kendilerine yöneticilik verilemeyenler bu şartları elde edinceye, küçükler ile kısıtlılar fiil ehliyetlerini kazanıncaya ve boş kalan yöneticilik

²⁸⁸ DİDDK, T.16.06.2005, E.2003/274, K.2005/2169, DBB (e.t. 08.08.2010).

²⁸⁹ DİDDK, T.11.04.2008, E.2007/2206, K.2008/1184, DD, S.119, s.71.

²⁹⁰ Vakıflar Kanunu’nun tanımlar başlığını taşıyan 3. maddesine göre vakfiye; mazbut, mülhak ve cemaat vakıflarının malvarlığını, vakıf şartlarını ve vakfedenin isteklerini içeren belgeleri ifade eder.

yenisine verilinceye kadar mülhak vakıfların işleri Vakıflar Genel Müdürlüğüne yürütülür. Maddede ayrıca cemaat vakıflarının yöneticilerinin mensuplarınca kendi aralarından seçileceği; esnaf vakıflarının, mülhak vakıfların tabi olduğu hükümlere tâbi olduğu, bu vakıfların esnafın seçtiği yönetim kurulu tarafından yönetileceği ve nihayet yeni vakıfların yönetim organının vakıf senedine göre oluşturulacağı hüküm altına alınmıştır. Vakıflar adına idari davaların bu açıklamalar ışığında tespit edilecek yetkili temsilci tarafından açılması ve takip edilmesi gereklidir.

05.05.1983 gün ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun "Tanımlar" başlığını taşıyan 2. maddesine göre, sendikalar; işçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için meydana getirdikleri tüzelkişiliğe sahip kuruluşlardır. Sendikalar, şube ve konfederasyon şeklinde örgütlenebilirler. Konfederasyon, sendika veya sendika şubesi yönetim kurulu tarafından temsil edilir. Yönetim kurulu, gerekli gördüğü hal ve konularda üyelerinden bir veya bir kaçına yetki verebilir veya ilgilileri görevlendirebilir (SK. m.16/b.1). Dolayısıyla idari dava açmaya ve takip etmeye yetkili kişiler bu hükümler göz önünde tutularak belirlenir.

Ticari şirketler; kolektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibarettir (TTK m.136). Ticaret şirketleri tüzel kişiliğe sahiptirler ve şirket sözleşmesinde yazılı olan işletme mevzuunun çevresi içinde kalmak şartıyla bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler (TTK m.137). Bu şirketler şirket sözleşmesinde yazılı olan işletme konusu çerçevesinde fiil ehliyetine sahip olduklarından aynı çerçevede dava ehliyetine de sahiptirler.

Ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanan kolektif şirket (TTK m.174), ticari bir işletmeyi bir ticaret unvanı altında işletmek amacıyla hakiki şahıslar arasında kurulan ve ortaklarından hiçbirisinin mesuliyeti şirket alacaklarına karşı sınırlandırılmamış olan ortaklıktır (TTK m.153). Ortaklardan her biri ayrı ayrı şirketi idare hak ve vazifesini haizdir. Ayrıca, Şirket sözleşmesiyle veya ortakların oyçokluğuyla idare işleri, ortaklardan birine veya birkaçına yahut hepsine verilebilir (TTK m.160). Kolektif şirket, tescil ve ilan edilen mukavelede aksine hüküm olmadıkça şirket işlerini idare hak ve vazifesini haiz olanlar tarafından temsil edilir.

Komandit şirketler, ticari bir işletmeyi bir ticaret unvanı altında işletmek amacıyla kurulan ve şirket alacaklılarına karşı ortaklardan bir veya bir kaçının

sorumluluğu sınırlandırılmamış (komandite ortaklar) ve diğer ortak veya ortakların sorumluluğu belirli bir sermaye ile sınırlandırılmış (komanditer ortaklar) olan ortaklıklarıdır (TTK m.243). Komandit şirketlerin temsili komandite ortaklara aittir ve bu temsil yetkisi kolektif şirketler hakkındaki hükümlere göre belirlenir (TTK m. 257).

Anonim şirket, bir unvana sahip, esas sermayesi muayyen ve paylara bölünmüş olan ve borçlarından dolayı yalnız mamelekiyle mesul bulunan şirkettir (TTK m. 269/I). Anonim şirketler yönetim kurulları tarafından temsil edilirler (TTK m.317). Ancak, şirket sözleşmesinde temsil yetkisinin yönetim kurulu üyeleri arasında paylaştırılmasına veya yönetim kurulu üyesi olmayan müdürlere bırakılmasına imkan tanınmış olması ve bu imkanın kullanılması halinde bu kişiler (TTK m. 319) anonim ortaklığı temsil yetkisine sahiptirler.

Limited şirketler, iki veya daha fazla tüzel ya da gerçek veya tüzel kişi tarafından, bir ticaret ünvanı altında kurulup, ortakların sorumluluklarını koymayı taahhüt ettikleri sermaye ile sınırlı ve esas sermayesi muayyen olan şirketlerdir (TTK m. 503). Şirket sözleşmesi ya da yönetim kurulu kararı ile şirketin temsili ortaklardan birine veya birkaçına bırakılmadığı takdirde, ortaklar hep birlikte müdür sıfatıyla şirketi temsile mezun ve mecburdurlar. Buna karşılık, şirketin kuruluşundan sonra ortak olarak katılan kişilerin, bu konuda bir genel kurul kararı olmadıkça şirketi temsil yetkileri yoktur (TTK m.540). Ayrıca, şirket sözleşmesi ya da genel kurul kararıyla, şirketin temsili, ortak olmayan kişilere de bırakılabilir. Bu kişilerin yetki ve sorumlulukları hakkında, ortak olan müdürlere ilişkin hükümler uygulanır (TTK m. 541).

Kooperatifler, tüzel kişiliğe sahip olan, ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıklardır (1162 S. KK. m.1). Kooperatifin temsiline ilişkin düzenlemeler kooperatif esas sözleşmesinde belirtilir (KK m.3-4). Esas sözleşmede yer verilmiş hükümler çerçevesinde kooperatifi, kooperatif yönetim kurulu temsil eder (KK. m.55). Kooperatif esas sözleşmesiyle, genel kurula veya yönetim kuruluna, kooperatifin temsilini kısmen veya tamamen kooperatif ortağı olmaları şart

olmayan bir veya birden fazla müdüre veya yönetim kurulu üyesine bırakma yetkisi verebilir (KK. m.58). Temsile yetkili şahıslar, kooperatif adına onun amacının gerektirdiği bütün işlemleri yapabilirler (KK. m.59).

Özel hukuk tüzel kişilerinin yukarıda özet olarak açıklanmaya çalışılan yetkili temsilcileri haricinde bir kişi tarafından temsil edilmesi halinde davanın ehliyet yönünden reddedilmesi gerekir²⁹¹. Ancak, İYUK m.15/1-d'de, aynı kanunun 14. maddesinin "3/c bendinde yazılı hallerde" dilekçelerin reddine karar verileceği hüküm altına alınmıştır. Danıştay, "Kanunun bu hükmünde yazılı 'avukat olmayan vekil' tanımlamasının, dava açma ehliyetini haiz gerçek ve tüzel kişilerin temsilcilerini de kapsadığı sonucuna" vararak örneğin, sadece anonim şirketin yönetsel işlerinin bir kısmını izlemekle görevlendirilen ve fakat, sunduğu yetki belgesinde, kendisine şirketi yargı yerleri önünde temsil yetkisi verilmemiş olan ithalat müdürü tarafından açılan bir davanın ehliyet yönünden reddedilemeyeceğine, yapılması gerekenin İYUK m.15/1-d hükmü uyarınca, otuz gün süre verilerek dilekçenin reddine karar vermek olduğuna hükmetmiştir²⁹². Yine Danıştay'a göre "şirket adına vekaletnameyi veren davacının sonradan yöneticilik ve ortaklıktan ayrılmış olması, şirketle avukat arasındaki vekalet ilişkisini ortadan kaldırmayacağından" avukat tarafından açılan davanın ehliyetten reddi mümkün değildir²⁹³.

cc. Kamu Tüzel Kişileri ve Tüzel Kişiliği Bulunmayan Kamu Kuruluşları Bakımından Dava Ehliyetinin Objektif Şartları

Özel hukuk tüzel kişileri gibi *kamu tüzel kişileri* de davada taraf olma ehliyetine sahiptirler. Kamu tüzel kişileri; Devlet, mahalli idareler, kamu kurumları ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından oluşur²⁹⁴. Kamu tüzel kişilerinin davacı olmaları durumunda, bu davayı açma ve takip yetkisi, esas itibariyle kuruluş kanunlarında, bazı hallerde de kuruluş statülerinde gösterilen hükümlere göre belirlenecektir. Çalışmamızda konuyu tüm kamu tüzel kişileri açısından incelemek mümkün olmadığı için, sadece bazı kamu tüzel kişileri örnek alınarak genel açıklamalar yapılacaktır.

²⁹¹ Örnek olarak bkz. D.3.D., T.10.02.98, E.1996/1097, K.1998/295, DD, S.97, s.240; Şirketi temsil yetkisi sona ermiş olan ortağın açtığı davanın ehliyet yönünden reddi gerekir.

²⁹² DVDDGK, T.19.01.1990, E.1989/140, K.1990/9, DD, S.80, s.140.

²⁹³ D.4.D., T.22.12.1995, E.1995/1916, K.1995/5770, DD, S.91, s.398.

²⁹⁴ Bkz. YAYLA, a.g.e., s.227 vd.

Her şeyden önce belirtilmelidir ki, 3533 sayılı Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediyelere veya Hususi İdarelere Aid Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yolu ile Halli Hakkında Kanun'un²⁹⁵ birinci maddesine göre, kamu kurum ve kuruluşları arasında özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklar tahkim yolu ile çözümlenir. Dolayısıyla, bu tür uyuşmazlıkların idari davaya konu edilmesi mümkün bulunmamaktadır.

Söz konusu kanun bu kurum ve kuruluşlar arasında kamu hukuku ile ilgili doğabilecek uyuşmazlıkların nasıl çözümleneceğini belirtmemiştir. Bununla birlikte, kamu kuruluşları arasında doğabilecek olan kamu hukuku uyuşmazlıklarının yargısal olmayan yollarla giderilmesini öngören bir başbakanlık tamimi mevcuttur²⁹⁶. Ancak, Anayasa'da da ifadesini bulan hak arama özgürlüğü (Any. m.36) karşısında bu tamimin belirtilen kurum ve kuruluşlar arasında dava açılmasını engellemesi mümkün değildir. Dolayısıyla, örneğin, bir idari işlem nedeniyle menfaati ihlal edilen kamu kurum veya kuruluşunun bu işlemi yapan idareye karşı iptal davası açması pekala mümkündür.

Burada, bu konuda ikili bir ayırım yapmak gerekir. Farklı kamu tüzel kişileri, sadece tüzel kişi olmaları nedeniyle, birbirlerinin işlemlerine karşı dava açabilirler. Nitekim, Danıştay da "Devletin tüzel kişiliğinden ayrı olarak, bağımsız tüzel kişilik sahibi olan kamu tüzel kişilerinin Devletin diğer organları ile aralarında çıkabilecek herhangi bir uyuşmazlık nedeniyle yargı mercilerine başvurabilmesi[nin] mümkün²⁹⁷" olduğunu açık bir şekilde belirtmektedir. Bu nedendir ki, örneğin, mahalli idareler idari vesayet makamlarının işlemlerine karşı dava açabilmektedirler. Hiç kuşku yoktur ki, bu ilke devlet dışındaki farklı kamu tüzel kişileri arasındaki uyuşmazlıklarda da geçerlidir. Buna karşılık, aynı kamu tüzel kişisi içinde yer alan idari birimlerin birbirlerinin işlemlerine karşı dava açmaları mümkün değildir. Her şeyden önce, hiyerarşi ilkesi böyle bir dava açılmasını engellemektedir. Çünkü bir yandan, "hiyerarşi ilişkisi 'üst'ün 'ast'a emir verme ve onu yönlendirme gücünü içerir; diğer yandan da, üstün bu "emir ve yönlendirmesine karşı, üstün kendisine başvuru dışında ast için yönetsel ya da yargısal hiçbir başvuru yolu yoktur²⁹⁸".

²⁹⁵ RG., T. 16/07/1938, S.3961.

²⁹⁶ 08.10.1940 günlü ve 6-1806-4682 sayılı Başbakanlık Tamimi (Bkz. ÇELİKOL, a.g.m., s.761).

²⁹⁷ DİDDGK, T.12.12.1997, E.1995/930 K.1997/703 (DD, S.96, s.55).

²⁹⁸ ÖZAY İl Han, Gün İşığında Yönetim, Filiz Kitapevi, İstanbul 2004, s.154-155.

Nitekim, Danıştay bir kararında, bir idare mahkemesinin, “ yasal düzenlemeler uyarınca kaymakamlık makamı ile İçişleri Bakanlığı arasında, ast-üst ilişkisinin varlığını tespit ettikten sonra, “İçişleri Bakanlığının astı konumunda bulunan Kaymakamlığın, üst tarafından çıkarılan, dava konusu edilen Yönetmeliğe karşı dava açma hakkı bulunma²⁹⁹” dığına hükmetmiştir. Başka bir kararında da, bir idare mahkemesinin, “aynı hiyerarşi içinde yer alan kuruluşlar ve idari makamların birbirlerinin kararlarına karşı idari yargıda iptal davası açamayacakları, hiyerarşik üstün emri altındaki kuruluşun kararını yargı yerine başvurmadan iptal edebilme ve değiştirme yetkisi bulunduğu, dolayısıyla iptal davası açmasına gerek olmadığı, hiyerarşik denetimin uygulandığı alt kuruluşun da hiyerarşik üstün yapmış olduğu denetime karşı dava açmasının mümkün olmadığı³⁰⁰” yönündeki kararını onamıştır.

Diğer taraftan Danıştay, aynı tüzel kişi - Devlet tüzel kişisi- içinde yer almalarına karşın, eşit kademede bulunan bakanlıkların da birbirlerine karşı dava açamayacaklarını karar altına almıştır. Danıştay’a göre “Hukuk sistemimizde Bakanlıklar, bir kamu idaresi tüzel kişisi olarak tanımlanan Devletin, kamu alanındaki iradesini işlem ve eylemleri ile ortaya koyan organlardır. Bakanlıklar Devletin organı sıfatıyla, Devletten ayrı ve bağımsız bir hukuksal varlığa ve tüzel kişiliğe sahip değillerdir. Bununla birlikte, Bakanlıkların kendi görev alanları ile ilgili konularda yetki uyuşmazlıklarına düşmeleri mümkündür. (...) [Ancak] aynı tüzel kişiliğin, yani Devletin, tamamlayıcı birer organı olan Bakanlıkların, ayrı birer taraf sıfatıyla, aralarındaki uyuşmazlıkları yargı yerleri önüne getirerek dava konusu yapmalarına olanak bulunmamaktadır. Aynı tüzel kişiliği temsil eden Bakanlıklar arasında yetki veya diğer nedenlerle ortaya çıkan uyuşmazlıkların, bu tüzel kişiliğin kendisi tarafından ve organlar arasında eşgüdümü sağlamak ve düzeltici önlemleri almakla yükümlü üst organca, yani Bakanlar Kurulu ve Başbakanca çözümlenmesi gereklidir³⁰¹”. Şu halde, aynı kamu tüzel kişi içerisinde yer alan idarelerin, hiyerarşik yapılanmada ister ast-üst ilişkisi içinde, isterse eşit kademede olsun, birbirlerinin işlemlerine karşı dava açmaları mümkün değildir.

²⁹⁹ D.10.D., T.13.5.1996, E. 1996/2572, K. 1996/2440, in. ERKUT Celal, SOYBAY Selçuk, Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar, Beta, 5. bası, İstanbul 2001, s.353.; BAL/KARABULUT/ŞAHİN, a.g.e., s.605. Aynı yönde daha eski tarihli bir karar için bkz. DDDK., T.04.03.1966, E.1966/162, K.1996/330, DKD., S.3, s.100-102, s.120.

³⁰⁰ D.10.D., T.09.02.1999, E.1996/5250, K.1999/479, in. BAL/KARABULUT/ŞAHİN, a.g.e., s.604.

³⁰¹ DİDDGK, T.12.12.1997, E.1995/930 K.1997/703, DD, S.96, s.55.

Ana kural gereği *tüzel kişiliği bulunmayan toplulukların* idari davalarda taraf olmaları ve bu topluluklar adına idari dava açılması ve bu davaların takip edilmesi mümkün değildir. Ancak, bir kamu kuruluşunun idari yargıda dava ehliyetine sahip olması için mutlaka tüzel kişiliğe sahip olması gerekmektedir. Örneğin devlet tüzel kişiliğinin asli ve bağımsız unsurları olan bakanlıklar tüzel kişilikleri bulunmamasına karşın idari yargı yerlerinde davacı ya da davalı olabilirler³⁰². Aynı şekilde, idarenin bütünlüğü anayasal ilkesi ve valinin ilde devletin ve hükümetin temsilcisi ve ayrı ayrı her bakanın mümessili sıfatını taşıması karşısında, davanın işlemi tesis eden bakanlık yerine valilik husumetiyle görülmesi mümkündür³⁰³. Ancak, bu örneklerde, bakanlık da, vali de Devlet tüzel kişiliğini temsil ettiklerinden, burada ana kurala bir istisna getirilmiş olmaz³⁰⁴.

Bunun yanı sıra, çalışmamızda taraf ehliyeti başlığı altında yer vermiş olduğumuz Danıştay'ın 08.03.1979 gün ve E.1971/1, K.1979/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre; idari yapı içinde belli yetki ve görevleri olan kamu kuruluşları, tüzel kişilikleri olmasa da, görev ve yetkileri çerçevesinde yaptıkları işlemlerle ilgili olarak çıkan uyuşmazlıklarda dava ehliyetine sahiptirler. Danıştay'a göre "Kamu hukuku yönünden soruna daha geniş bir açıdan bakmak gerekmektedir." Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na yapılan "gönderme, ehliyet yönünden idare hukukumuzun özellikleri ve gereksinimleri olmadığı ve uygulamada bunun gözetilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Gerçekten her gün Danıştay'da, - bakanlıklar dahil- tüzel kişilikleri olmayan, ancak kendilerine yasalarla ve diğer düzenlemelerle yetki ve görevler tanınan pek çok kamu idare ve merciine karşı iptal davaları açılmaktadır. Yapılan yargılamada, usul hukukunun tüm olanaklarından davacı, davalı ayrımı olmaksızın taraflar eşit koşullar içinde yararlanırlar. (...) Yinelemek gerekirse, tüzel kişiliği olmayan idari mercilerin davalı sıfatını kabul etmek; ancak davacı olamayacaklarını söylemek genel surette usul hukuku ve özellikle idare usul hukuku esaslarıyla bağdaştırılmaz. İdari yapı içinde belli yetki ve görevleri olan kamu idaresi kuruluşlarının tüzel kişilikleri olmasa da,

³⁰² ÇELİKOL, a.g.m., s.761.

³⁰³ D.5.D., T.23.01.1997, E.1994/5539, K.1997/128, DD, S.94, s.341.

³⁰⁴ Bazı kamu kurum ve kuruluşlarının davalı sıfatı hakkında bkz. GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e., s.906 vd.

faaliyetlerinden doğan anlaşmazlıklar için kendilerine taraf ve dava ehliyeti tanınmalıdır³⁰⁵”.

Bu içtihadı birleştirme kararı taraf ehliyeti açısından olduğu gibi, dava ehliyeti açısından da İYUK m.31’le yollama yapılan HUMK maddelerinde ifadesini bulan - tüzel kişiliği olmayan teşkilatların dava ehliyeti olmadığı yönündeki- ana kurala idari yargı bakımından bir istisna getirmiştir.

b. Dava Ehliyetinin Sübjektif Şartı: Menfaat İhlali

Yargı yerlerinde dava açabilmek için kural olarak, bir hakkın ihlal edilmiş olması gerekmektedir. Nitekim, idari yargıdaki tam yargı davalarının açılabilmesi için, İdari Yargılama Usulü Kanunu, 2/1-b maddesinde davacıların kişisel haklarının doğrudan muhtel olması şartını aramaktadır. Bu açıdan, medeni usul hukukuna göre bir farklılık bulunmamaktadır. Ancak, iptal davaları, İYUK m.2/1-a’da belirtildiği üzere, menfaatleri ihlal edilenler tarafından açabilir. Şu halde, “idari yargı yerlerinde davacı olunabilmesi, objektif ve sübjektif ehliyet şartının birlikte bulunmasına bağlı olup, iptal davası açabilmek için de sübjektif ehliyet şartı olarak menfaat ihlalinin söz konusu olması, dolayısıyla davacı ile işlem arasında makul ve ciddi bir ilişkinin bulunması yeterli iken, tam yargı davasının ancak, idari işlem ve eylemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılmasına olanak tanınmıştır (...)”³⁰⁶. “(...) Menfaat ihlali koşulu, iptal davalarının kabulü ve dinlenebilmesi için aranılan koşullardan biridir. Gerek doktrinde gerekse yargı içtihatlarında bu koşul, sübjektif ehliyet koşulu olarak kabul edilmekte³⁰⁷” dir. Menfaat ihlali, Danıştay İdari Dava Daireleri (Genel) Kurulu’nun 24.12.1982 tarihinde vermiş olduğu kararda da, iptal davalarının esasının görüşülebilmesi için gerekli bir ön koşul olarak kabul edilmiştir³⁰⁸. Dolayısıyla açılmış olan bir iptal davasında, iptali istenen işlem, bu istemde bulunanın bir menfaatini ihlal etmiyor ise, davanın işin esasına girilmeden ehliyetten reddi gerekmektedir.

Menfaat kavramı, medeni usul hukukundaki hukuki yarar kavramına benzemekte ise de, iki yargı düzeninin özellikleri karşısında bu iki kavram arasında

³⁰⁵ DİBGK, T.08.03.1979, E.1971/1, K.1979/1 RG. 06.02.1980, S.16892.

³⁰⁶ D.11.D., T.11.04.2005, E.2003/4345, K.2005/1819, www.kazanci.com (e.t. 28.03.2010).

³⁰⁷ D.13.D., T.15.11.2005, E.2005/8976, K.2005/5524, www.kazanci.com (e.t. 28.03.2010).

³⁰⁸ DİDDGK, T.24.12.1982, E.1982/350, K.1982/449, www.kazanci.com (e.t. 02.03.2010).

bir ayniyet bulunduğundan da söz edilemeyeceği ileri sürülebilir³⁰⁹. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda menfaat kavramına yer verilmiş olmakla birlikte, bu kavramın içeriğinin ne olduğu belirtilmemiştir. Bu belirleme, Danıştay içtihatlarıyla yapılmış olup, kavramın içeriği iptal davalarının herkes tarafından değil, ama mümkün olduğunca geniş bir kitle tarafından açılmasına imkan verecek şekilde doldurulmuştur. Danıştay İdari Dava Daireleri (Genel) Kurulu 02.02.1990 tarihinde vermiş olduğu kararında; menfaat ihlalinin hak ihlali şeklinde değerlendirilemeyeceğini, bu yönde yapılacak bir değerlendirmenin iptal davalarının objektif niteliğiyle bağdaşmayacağını hükme bağlamıştır³¹⁰. İdari Dava Daireleri (Genel) Kurulu 13.06.1997 tarihli bir başka kararında da, “iptal davaları ile idari işlemin hukuka uygun olup olmadığının saptanmasına, hukukun üstünlüğünün sağlanmasına, böylece de idarenin hukuka bağlılığının belirlenmesine, sonuçta hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilebilmesine olanak sağlandığı³¹¹” gerekçeleriyle bu davalarda söz konusu olan menfaat ilişkisinin dar yorumlanması gerektiği yönünde hüküm vermiştir. Başka bir deyişle, iptal davası açabilmek için, bir hakkın ihlal edilmiş olmasının gerekmemesi; sadece menfaat ihlali bulunmasının yeterli kabul edilmesi suretiyle, iptal davalarının açılması kolaylaşmıştır³¹².

İptal davalarında amaç, idari işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönleri itibariyle hukuka uygunluğunun denetimidir. Bu yönlerden biri veya birkaçı ile hukuka aykırı olan idari işlemin iptal edilmesiyle birlikte, işlemle bozulmuş olan hukuk düzeni yeniden sağlanır. Bu açıdan bakıldığında, herkesin kendisiyle ilgisi bulunmasa bile bir idari işlemin iptalini istemede menfaati olduğu söylenebilir. Ancak, yargısal denetim yapılması amacıyla, her idari işleme karşı herkes tarafından iptal davası açılmasının hiçbir şarta bağlanmadan kabul edilmesi, idari işlemlerde istikrarsızlığa neden olabileceği gibi, idarenin işleyişi bu yüzden olumsuz

³⁰⁹ Anayasa mahkemesine göre “Özel hukukta her menfaat korunmaz. Kamu hukukunda ise iptal davaları yoluyla her menfaatin korunması zorunludur.” Any. Mhk. T.21.09.1995, E.1995/27, K.1995/47, RG. 10.04.1996, S.22607.

³¹⁰ DİDDGK., T.02.02.1990, E.1989/430, K.1990/18. www.kazanci.com (e.t. 03.03.2010).

³¹¹ DİDDGK., T.13.06.1997, E.1997/195, K.1997/400, DD, S.95, s.81.; Aynı yönde bkz. DİDDGK., T. 26.05.2000, E.1999/390, K.2000/761, DD, S.104, s.52: “iptal davaları ile idari işlemlerin hukuka uygun olup olmadığının saptanmasına, hukukun üstünlüğünün sağlanmasına, böylece de idarenin hukuka bağlılığının belirlenmesine, sonuçta hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilebilmesine olanak sağlandığından bu davalarda menfaat ilişkisinin bu amaç doğrultusunda yorumlanması gerekmektedir”.

³¹² Bkz. GÖZÜBÜYÜK Şeref, Yönetim Hukuku, Turhan Kitapevi, 21. bası, Ankara 2004, no. 581.; GÖZÜBÜYÜK Şeref, Yönetim Hukuku, Turhan Kitapevi, 22. bası, Ankara 2005, no.187; GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e., no.273.

etkilenebilir³¹³. Anayasa Mahkemesi'ne göre de, “tam yargı davalarının aksine iptal davalarında davacı olabilmek için menfaat ihlalinin yeterli sayılması, idarenin hukuka uygun davranmasını sağlamak amacına yöneliktir. Her ne kadar bu amacın tam olarak gerçekleştirilebilmesi için menfaat ihlali koşulunun aranmaması düşünülebilirse de, bu durumda, idari işlemlerle ilgisi bulunmayan kişilerin dava açması sonucu idare devamlı dava tehdidi altında kalır ve böylece idarenin işleyişi olumsuz yönde etkilenir³¹⁴”. İşte oluşabilecek bu olumsuzlukların engellenebilmesi için dava konusu edilecek işlem ile dava açacak kişi arasında belli ölçüler içinde menfaat ilişkisi bulunması gerektiği kabul edilmiştir³¹⁵.

Danıştay kararlarında, menfaat ilişkisinin kurulup kurulmadığı her olayın özelliğine göre değerlendirilmekte ve menfaat ihlali, genel bir biçimde, dava konusu işlemle davacının durumunun etkilenmiş olması olarak algılanmaktadır. Danıştay menfaati bazen, davacı ile “dava konusu edilen işlem arasında kabul edilebilir ve tutarlı bir ilişki³¹⁶” olarak; bazen “davacının idari işlemle ciddi ve makul, maddi ve manevi bir ilişkisinin³¹⁷” bulunması olarak; bazen de, “idari işlemin ilgili kişinin (davacının) yararını olumsuz yönde etkilemiş olması³¹⁸” olarak tanımlamaktadır.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda bu konuda bir açıklık bulunmamakla birlikte, iptal davasına konu edilen işlemin davacının menfaatini ihlal ettiğinin kabul edilebilmesi için söz konusu menfaatin belirli özellikler taşıması gerekmektedir. Gerçekten, Danıştay'a göre de, “idari dava türlerinden iptal davalarının tanımı ve tanımı kapsamındaki sübjektif ehliyet koşulu konusunda mevzuat boşluğu var olmakla birlikte; iptal davasının içtihat ve doktrinde belirlenen hukuki nitelikleri göz önüne alındığında, idare hukuku alanında tek taraflı irade açıklamasıyla kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikte tesis edilen idari işlemlerin, ancak bu idari işlemlerle

³¹³ Bu husus Danıştay kararlarında da dile getirilmiştir. Örn. Bkz., D.6.D., T.10.12.2004, E.2003/3450, K.2004/6401, www.kazanci.com (e.t. 02.03.2010).

³¹⁴ Any. Mhk. T.21.09.1995, E.1995/27, K.1995/47, RG. 10.04.1996, S.22607.

³¹⁵ Bkz. DİDDGK, T.19.10.2001, E.2001/415, K.2001/737, www.kazanci.com (e.t. 02.03.2010); Aynı yönde bkz. D.10.D., T.21.05.1990, E.1990/1213, K.1990/1115, DBB. (e.t. 02.03.2010); D.5.D., T.26.01.1995, E. 1994/2507, K.1995/0, www.kazanci.com (e.t. 02.03.2010).

³¹⁶ D.12.D., T.24.12.1997, E.1996/611, K.1997/4255, DD, S.96, s.672.

³¹⁷ DİDDGK, T.13.06.1997, E.1997/195, K.1997/400, DD, S.95, s.81.

³¹⁸ D.8.D., T.15.06.1998, E.1998/397, K.1998/2243, DD, S.98, s.484.

meşru, kişisel ve güncel bir menfaat ilgisi kurulabilenler tarafından iptal davasına konu edilebileceğinin kabulü zorunludur³¹⁹”.

Sözü edilen kişisel, meşru ve güncel menfaatin varlığı davanın niteliğine ve özelliğine göre idari yargı yerince belirlenir.

Menfaatin meşru olması ile anlatılmak istenen, bu menfaatin hukuk düzeni tarafından korunuyor olmasıdır. Danıştay’a göre “meşru menfaatin varlığından söz edebilmek, hukuken ileri sürülebilir olmasına bağlıdır³²⁰”. Dolayısıyla hukuk düzeninin korumadığı menfaatlerin ihlal edilmesi halinde meşru menfaat ihlalden bahsedilemeyecektir. Örneğin, mülkiyeti Hazineye ait arazi üzerinde ruhsatsız yapısı bulunan bir kişinin, uyuşmazlık konusu taşınmazla bu ruhsatsız yapı dışında herhangi bir mülkiyet ilişkisi veya bağı bulunmadığından, söz konusu taşınmazla ilgili dava konusu işlemlerle hukuken korunması gerekli bir menfaat ilişkisi, başka bir deyişle, meşru bir menfaati yoktur³²¹. Aynı şekilde, liman işletmeciliği yapmasına olanak veren işlemler yargı kararı ile iptal edilmesine rağmen, kararların ilgili idarece uygulanmaması üzerine liman işletmecisi sıfatını taşımayı sürdüren kişinin, bu sığata dayalı olarak açtığı davada elde etmek istediği menfaat Danıştay tarafından meşru olmayan, dolayısıyla hukuken korunması gerekmeyen bir menfaat olarak değerlendirilmiştir³²². Fransız Danıştay’ı ise, öğrencilere bilinçli ve sistemli bir şekilde sınav kağıtlarıyla uyuşmayan notlar veren bir profesörün, bu durumun tespiti üzerine, öğrencilerin mağduriyetini gidermek üzere ek sınavlar yapılması yönündeki üniversite tarafından alınan karara karşı dava açmada meşru bir menfaati olmadığına karar vermiştir³²³.

İdari yargıda iptal davası açabilmek için “dava konusu yapılan idari işlemlerden dolayı davayı açanın dolaylı veya dolaysız *kişisel bir menfaatinin ihlal edilmiş olması* gerekir³²⁴”. Menfaatin kişisel olması demek ihlal edilen menfaatin kural olarak davacıya ait olması demektir. Diğer bir ifade ile, başkasına ait bir

³¹⁹ D.10.D., T.28.12.1998, E.1998/3993, K.1998/7250, www.kazanci.com, (e.t. 28.03.2010);D.8.D., T.07.12.1999, E.1999/2477, K.1999/7077, DD, S.103, s.792. Ayrıca bkz. D.13.D., T. 06.03.2009, E.2008/10609, K.2009/2685; D.5.D. T.19.12.2008, E.2008/5015, K.2008/6321, DBB. (e.t. 10.08.2010); D.6.D., T. 10.12.2004, E.2003/3450, K.2004/6401, www.kazanci.com (e.t 02.03.2010). D.10.D., T.28.12.1998, E.1998/3993, K.1998/7250. (www.kazanci.com, e.t. 28.03.2010).

³²⁰ D.10.D., T.13.11.2002, E.2002/1407, K.2002/4320, DKD., S.1, s.397.

³²¹ D.6.D., T.23.12.1998, E.1997/6901, K.1998/6773, DD, S.100, s.276.

³²² D.10.D., T.13.11.2002, E.2002/1407, K.2002/4320, DKD, S.1, s.397.

³²³ CE., T.22.09.1993, Université de Nancy 2, Rec. s.939.

³²⁴ D.5.D., T.06.06.1970, E.1969/4390, K.1970/3355, DD, S.2, s.175.

menfaat ihlali dolayısıyla bir idari işlemin iptalini istemek mümkün değildir. Bu nedenle, örneğin, Danıştay, bankaların kabul edecekleri mevduata ve açacakları kredilere uygulayacakları faiz oranlarıyla ilgili Bakanlar Kurulu kararına karşı bir kişinin, vatandaş sıfatıyla açtığı bir davada, “vatandaşlara, her idari işlem aleyhine salt vatandaş olma sıfatıyla iptal davası açabilme hakkı” tanınmadığını belirterek, davacının “vatandaşlık sıfatının ötesinde kişisel menfaatini açıkça ortaya koyama”dığına ve dolayısıyla davanın ehliyet yönünden reddedilmesi gerektiğine karar verilmiştir³²⁵. Buna karşılık, “davacıların yapımcısı ve müellifi oldukları imar planlarında değişiklikler yapılması, ayrıca plan müellifi olarak da görüşünün alınmamış olduğunun öne sürülmesi karşısında planlarda değişiklik yapılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada” kişisel menfaati bulunduğu karar vermiştir³²⁶. Fransız Danıştay’ı da, sadece genel olarak tüketici sıfatıyla dava açılması halinde kişisel menfaat koşulunun gerçekleşmediğine karar vermiştir³²⁷. Diğer taraftan belirtmek gerekmektedir ki, “bir menfaatin kişisel menfaat sayılabilmesi iptali istenilen işlemin doğrudan doğruya davacı hakkında alınmasını gerektirmemektedir. Çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması imar uygulamaları gibi kamu yararını ilgilendiren konularda dava açma ehliyetinin bu durum göz önünde bulundurularak geniş yorumlanmak suretiyle saptanacağı, Danıştay içtihatlarıyla kabul edilmiş bulunmaktadır³²⁸.

Menfaatin güncel olması, iptal konusu olan idari işlemin ihlal ettiği menfaatin davanın açıldığı anda var olması demektir. Dolayısıyla iptal davası açıldığı tarihte mevcut olmayan ancak ileride gerçekleşmesi olası bir menfaat ihlali nedeniyle iptal davası açmak mümkün değildir. Örneğin, Danıştay 7. Dairesi, henüz davacı hakkında bir işlem uygulanmadığından, Genel Tebliğin ileride uygulanacağından hareket ederek olası bir menfaat ihlaline dayanılarak iptal davası açılmayacağına karar vermiştir³²⁹. Danıştay, başka bir kararında da yine aynı yönde hüküm vererek,

³²⁵ DİDDGK., T.24.12.1982, E.1983/350, K.1982/449, DD, S.50-51, s.170.

³²⁶ D.6.D., T.14.01.2004, E.2003/5595, K.2004/179, DKD, S.4, s.179.

³²⁷ CE, 29.12.1995, Beucher, Rec. s.480

³²⁸ DİDDK, T.21.03.2007, E.2005/1582, K.2007/378, DBB (e.t.11.08.2010).

³²⁹ D.7.D., T.03.04.2002, E.2001/5012, K.2002/1381 (CANDAN, a.g.e., s.111, dn.164). Candan, Danıştay 4. Dairesinin 28.10.2003 tarihli başka bir kararına atıfta bulunarak, bu kararda bir tüzel kişinin kanuni temsilcisinin, tüzel kişi adına düzenlenen ödeme emrinin iptalini istemekte, ileride doğacak kişisel sorumluluğu nedeniyle menfaatinin bulunduğu kabul edildiğini belirtmiştir (CANDAN, a.g.e., s.108, dn.156). Ancak, söz konusu kararda “...dosya içeriğinden, uyuşmazlık konusu ödeme emirlerinin söz konusu şirketin kanuni temsilci sıfatıyla davacıya tebliğ edilmesi, davacının da anılan şirketin kanuni temsilcisi olduğunun açık olması ve ayrıca dava dilekçesinden dilekçede ileri sürülen iddiaların davacının kişisel sorumluluğuyla ilgili olmayıp şirket hakkında

“Gelecekte gerçekleşmesi olası işlemlere karşı, şimdiden yargı yoluyla bir karar vermek, gelecekteki olayları da hüküm yoluyla saptamayla sonuçlandıran bir durum doğurur ki, hukuken ve mantıken uygun görülemez. Hukuk terminolojisinde, davacı ile iptalini istediği yönetsel işlem arasındaki bağı, ilgiyi anlatan ve yarar, çıkar anlamına gelen menfaat, güncellik koşulunu içinde taşır saptamasını yapmıştır ve ileride ortaya çıkması olası bir menfaat ilişkisine dayanılarak dava açılması”nın olanaklı olmadığını belirtmiştir³³⁰. Bu açıdan, Fransız Danıştay’ının 1958 yılında verdiği bir karar ilginçtir. Bu karara göre, Fransa Touring Club bünyesindeki gezginler grubunun Parisli faal bir üyesinin, Paris’ten uzak bir belediyenin, belediye sınırları içerisinde kamp yapılmasına ilişkin düzenlemelerine karşı, bir gün buraya da gidebileceği iddiasıyla, dava açmada menfaati vardır³³¹.

Danıştay, menfaatin güncel olmasından anlaşılması gerekenin, menfaat ihlalinin davanın açıldığı anda mevcut olmasının yanı sıra, dava sonuçlanana kadar devam etmesi olduğunu belirtmiştir³³². Ancak, Danıştay uygulamasına bakıldığında, Danıştay 5. Dairesi’nin, zaman zaman, dava konusu işlemle davacının ilgisinin kalmasını, davanın esasının görülmemesini gerektiren bir sebep olarak kabul etmediği görülmektedir³³³. 13.02.2006 tarihli kararında bu hususa değinen Danıştay 5. Dairesi “[d]avacının idari işlemle ilişkisinin davanın sonuçlanmasına kadar devam etmesini zorunlu tutmak iptal davalarını sadece davacılar yönünden ortaya koyduğu sonuçlarla değerlendirmek ve bu davaların amacını ihlal etmek anlamını taşır. Bunun sonucu olarak dava görülmeden önce alınacak yeni idari kararlarla davacının iptali istenilen işlemle ilişkisini kesmek ve böylece hukuka aykırılığı ileri sürülen işlemi yargısal denetim dışında bırakmak yolu açılmış olur. Ayrıca idari yargılamada, yargılamanın işlemin tesis edildiği tarihten itibaren hüküm ifade etmesi nedeniyle işlemin hukuka uygun olup olmadığının tespiti yargılama giderlerine ve vekalet

olduğu anlaşıldığından davanın şirket adına açıldığı sonucuna varılmaktadır. Bu itibarla, mahkemece davacı tarafından şirket adına açılan davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır...” ifadelerine yer verilmiştir. Bu nedenle Candanın görüşüne katılma imkanı olmadığını düşünüyoruz (D.4.D., T.28.10.2003, E.2002/3910, K.2003/2593, DBB. e.t. 29.03.2010).

³³⁰ D.5.D., T.19.12.2008, E.2008/5015, K.2008/6321, DBB. (e.t. 10.08.2010); Ayrıca bkz. D.10.D., T.14.04.1997, E.1997/1372, K.1997/1314, DD, S.94, s.651: “Henüz öğrencilik statüsü sürmekte olan davacının mezun olmadığı okulunun da arasında bulunduğu bazı okullardan mezun olanların yapılacak sınavı başarmak şartıyla kıyı kaptanlığı yeterlilik belgesi alabileceği yolundaki düzenlemenin iptalini istemesinde, bu işlem ile arasından kişisel ve güncel bir menfaat ilgisi olmadığından dava açma ehliyeti de bulunmamaktadır”.

³³¹ CE Sect., 14.02.1958., Abisset, Rec., s.98, Concl. M. LONG.

³³² D.6.D., T.21.02.1989, E.1988/1816, K.1989/323, DBB (e.t. 29.03.2010).

³³³ Fransız Danıştay’ı da davanın açıldığı tarihte menfaatin bulunmasını yeterli görmekte, dava sırasında menfaat ilişkisinin ortadan kalmasının davanın reddini gerektirmediğini kabul etmektedir. Bkz. CHAPUS René, Droit du contentieux administratif, Montchrestien, 13. bası, 2008, no.564.

ücretine hükmedilmesi açısından da önem arz etmektedir. Bu nedenlerle dava açıldıktan sonra iptali istenen işlemle atanan kişinin başka yere atanması, bu atama nedeniyle davacının dava konusu işlemle menfaat ilişkisinin kalmadığından bahisle işin esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir³³⁴” diyerek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Doktrinde, Danıştay’ın bu uygulaması eleştirilmiş ve böyle bir durumda idari hâkimin davayı sona erdirmesi gerektiği savunulmuştur³³⁵.

Yargı yerleri tarafından meşru, güncel ve kişisel olması gerektiği belirtilen menfaat, gerçek kişinin veya tüzel kişinin menfaati olabileceği gibi, maddi ya da manevi nitelik de taşıyabilir. Danıştay’a göre, “ihlal edilen menfaatin her halde maddi veya ekonomik olması gerekme³³⁶”mektedir.

Gerçekten, menfaat, bir gerçek kişinin veya bir tüzelkişinin menfaati olabilir. Örneğin, üyelerinin ve temsil ettikleri kişilerin ortak çıkarlarını korumak ve dayanışmalarını sağlamak üzere kurulan özel hukuk tüzel kişileri olan derneklerin “doğrudan dernek tüzel kişiliğinin hak ve çıkarların ilgilendiren konularda iptal davası açabilecekleri kuşkusuz olup, üyelerinin kişisel ve özel yararlarını ilgilendiren konularda, üyeleri adına dava açmaları mümkün değildir³³⁷”. Bu çerçevede bir kamu tüzelkişisinin de menfaatinin ihlal edildiği gerekçesiyle dava açabileceği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, menfaatin kamusal nitelik taşıması da mümkündür. Bu konuda, klasik olarak verilebilecek örnek, kamu tüzelkişilerinin idari vesayet makamlarının işlemlerine karşı dava açmada menfaatlerinin bulunduğudur. Aynı şekilde, bir kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olan Türkiye Barolar Birliği’nin serbest meslek mensubu avukatların menfaatlerini doğrudan ilgilendiren, ayrıntılı kurallar koyarak onlara yeni yükümlülükler getiren bir düzenleyici işleme

³³⁴ D.5.D., T.13.02.2006, E.2005/1005, K.2006/455; aynı yönde bkz. D.5.D., T.16.06.1988, E.1986/1099, K.1988/1908, DBB. (e.t. 29.03.2010); D.5.D., T.19.11.1996, E.1993/5749, K.1996/3528, DD, S.93, s.267.

³³⁵ Candan’a göre, herhangi kişisel bir menfaati ihlal edilmeyen kişi tarafından açılan davalar nasıl ehliyetsizlik nedeniyle reddediliyorsa burada da farklı bir uygulamaya gidilmemelidir. İdarenin, davacının menfaatini ortadan kaldırmaya yönelik işlem tesis etmesi halinde ise bu işlem açısından da yargı yoluna gidilebileceğinden böyle bir durumda davacının ilk dava ile olan menfaat ilişkisi kesilmez. Burada davacının menfaat ilişkisi kesilene kadar devam eden dönem açısından maddi ve manevi kayıplarının olması davaya devam edilmesini gerektirir görüşü ileri sürülebilirse de bu tür kayıplar İYUK’un 12. maddesi uyarınca tam yargı davası açabilirler. Bu tam yargı davasında idari işlemin hukuka uygunluğu da denetleneyeceği için bozulan hukuk düzeni dolayısıyla da olsa onarılacaktır. (CANDAN, a.g.e., s.112 vd).

³³⁶ DİDDGK, T.02.02.1990, E.1989/430, K.1990/18, DBB (e.t. 11.08.2010).

³³⁷ D.8.D., T.03.02.1999, E. 1999/47, K. 1999/233, DD, S. 101, s. 639.

karşı dava açmada menfaati vardır³³⁸. Fransız Danıştay'ı da, örneğin; bir belediyenin, aynı kanton sınırları içindeki başka bir belediyeyi kanton merkezi olarak tayin eden işleme karşı iptal davası açabileceğini kabul etmektedir³³⁹.

Menfaat maddi bir menfaat olabileceği gibi, manevi bir menfaat de olabilir.

İlgililerin mali durumunu olumsuz etkileyen bir işlem ilgilisi tarafından iptal davasına konu edilebilir. Örneğin, Danıştay 4. Dairesi, “şirketin tasfiye edilerek ticaret sicilindeki kaydının silinmesi ve tüzel kişiliğinin sona ermesi nedeniyle dava konusu vergi borcunun şirket ortağı sorumlu tutularak kendisinden takibi 6183 sayılı Kanunun 35 inci maddesi uyarınca mümkün olacağından, menfaati bu nedenle ihlal edilen ortağın şirketin vergi borcundan dolayı dava açma hakkı” doğacağını kabul etmiştir³⁴⁰. Fransız Danıştay'ı da, idare ile bir özel şirket arasında yapılan ve yerleşim yerlerinden çöplerin toplanması kamu hizmetini konu alan bir idari sözleşmenin, grup halinde yaşanan yerler, restoranlar vs. için konteynır alma zorunluluğu getiren maddelerine karşı, bu kural nedeniyle menfaati etkilenen üçüncü kişiler tarafından iptal davası açılmasının mümkün olduğuna ve birden çok evin bulunduğu bir apartmandaki ev sahiplerinden birinin böyle bir kuralın iptalini istemede kişisel bir menfaatinin olduğuna karar vermiştir³⁴¹.

Danıştay'a göre, ihlal edilen menfaatin her halde maddi veya ekonomik nitelikte olması gerekmemektedir³⁴². Şu halde, menfaat tamamen manevi de olabilir. Örneğin, bir üniversite öğretim üyesinin görev yaptığı birimde yapılan görevlendirme işleminin, onun özellikle akademik, bilimsel ve ders saatleri yönünden menfaatini etkilediği³⁴³ kabul edilmiştir. Fransız Danıştay'ı ise, bir gazinin, gazilik kartının fiilen askeri operasyonlara katılmamış olanlara da verilmesine imkan veren bir düzenleyici işleme karşı dava açabileceğini³⁴⁴ veya bir beldede ikamet

³³⁸ VDDGK, T.26.2.1999, E.1998/19, K. 1999/139, DD, S. 101, s. 119. Ayrıca bkz., DİDDK, T. 07.04.2005, E. 2003/417, K. 2005/234: “hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmakla görevli bulunan Baronun, dava konusu Yönetmelik hükümleri ile Anayasanın eşitlik ilkesinin, kişinin dokunulmazlığı ilkesinin, özel hayatın gizliliği ilkesinin, kanunsuz suç ve ceza olmayacağı ilkesinin, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği ilkesinin ihlal edildiğini, öğrenim özgürlüğünün engellendiğini öne sürerek bakılan davayı açtığı göz önünde bulundurulduğunda, iptalini istediği Yönetmelik hükümleri ile menfaat ilgisinin bulunduğu” açıktır. (DBB, e.t. 12.08.2010).

³³⁹ CE, 18.12.1981, Commune de Vergeze, Rec. s.1109.

³⁴⁰ D.4.D., T.14.01.1998, E.1997/3219, K.1998/81, DD, S.97, s.292.

³⁴¹ CE Ass., 10.7.1996, M. Cayzele, Rec. s. 274.

³⁴² DİDDGK, T.02.02.1990, E. 1989/430, K.1990/18, DBB (e.t. 11.08.2010).

³⁴³ D.8.D., T.14.01.2005, E.2004/3976, K.2005/123, DBB (e.t. 11.08.2010).

³⁴⁴ CE Ass, 13.05.1949, Bougoin, Rec. s. 214.

edenlerin sokak isimlerinin değiştirilmesi işlemlerinin iptalini istemede menfaatlerinin olduğunu³⁴⁵ kabul etmiştir.

Bütün bu açıklamalar göstermektedir ki, ehliyet konusundaki HUMK hükümleri, idari yargıda, belli yönleri itibariyle farklılaşarak uygulanmaktadır. Bu farklılaşmanın karma nitelikte bir kaynağı olduğunu söylemek mümkündür. Gerçekten, bazen kanundaki açık hükümler farklılaşmanın sebebi iken, bazen kanundaki boşluk ve bu boşluğun içtihatla doldurulması, bazen de tamamen içtihadının kendi inisiyatifi bu farklılaşmanın sebebi olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sebepler arasında, içtihat baskın bir yer tutmaktadır; yani, farklılaşma esas itibariyle içtihattan kaynaklanmaktadır.

B. Davadaki Özel Durumlara İlişkin Müesseseler

Davadaki özel durumlar başlığı altında toplanan bazı HUMK müesseselerinin idari yargıda farklılaşarak uygulanması belirgin bir biçimde olmasına karşın bir takım farklılaşmaların teyide muhtaç olduğu görülmektedir.

1. Belirgin Farklılaşma: Feragat ve Kabul

Davayı sona erdiren taraf işlemlerinden olan feragat ve kabul müesseseleri, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinde yer verilmiş olan atıf dolayısıyla, idari yargıda, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun bu konularla ilgili düzenlemelerine göre (HUMK m.91-95) uygulama alanı bulacaktır.

Feragat müessesesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 91. maddesinde; "iki taraftan birinin neticei talebinden vazgeçmesi"; kabul müessesesi ise adı geçen kanunun 92. maddesinde; "iki taraftan birinin diğerinin neticei talebine muvafakat etmesidir"³⁴⁶ şeklinde tanımlanmışlardır.

Feragat müessesesinin konusu davacının ileri sürmüş olduğu neticei talebidir³⁴⁷. Dolayısıyla, feragat, davacının yapabileceği bir usul hukuku işlemi³⁴⁸

³⁴⁵ CE, 19.06.1974, Broutin, Rec. s.346.

³⁴⁶ "Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi, kabulde karşı tarafın istemine muvafakat edilmesi sözkonusudur. Vergi Mahkemesi kararında, davalı idarenin, karşı tarafın borçlarını ödediği yolundaki yazısı davanın kabulü olarak değerlendirilmişse de yukarıdaki tanım dikkate alındığında, bu ifadeyi karşı tarafın istemini kabul etmek olarak anlamak mümkün değildir" D.4.D., T.04.11.1997, E.1996/3981, K.1997/3982, DD, S.96, s.116.

³⁴⁷ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, a.g.e., s.503.

iken; konusu aynı olan kabul müessesesi ise, kanun maddesinde her ne kadar, iki taraf ifadesi kullanılmış olsa da, davalı tarafından yapılabilecek bir usul hukuku işlemidir³⁴⁹. Ancak, karşılık davanın söz konusu olduğu hallerde feragat ve kabul aynı tarafça yapılabilir³⁵⁰.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 79. maddesinde "Kanunen sarahat olmadıkça hiç kimse kendi lehine olan davayı ikameye veya hakkını talebe icbar olunamaz" düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre, kişilerin (kanuni zorunluluk olmadıkça) lehlerine bile olsa bir dava açma zorunlulukları olmadığı gibi, kendilerine karşı açılmış bir davayı takip yükümlülükleri de yoktur³⁵¹.

Ancak, kimi özel hukuk davalarında dahi feragatin mümkün olmadığı³⁵² ve HUMK'un 95. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilmiş düzenlemeye göre hükme bağlanması kanunen zorunlu olan hallerde kabulün sadece kabul eden açısından duruşmada hazır bulunma yükümlülüğünü ortadan kaldırmasına rağmen davayı sona erdirmediği³⁵³ göz önünde bulundurulduğunda³⁵⁴, idarenin işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetleme temel amacını güden idari yargıda, bu müesseselerin etkilerinin ve sınırlarının tartışılması olağan karşılanması gereken bir durum olarak ortaya çıkmaktadır.

³⁴⁸ "(...) hukukumuzda feragatin hem maddi hukuka hem de usûl hukukuna ilişkin özellikleri bünyesinde toplayan karma karakterli olduğu kabul edilmektedir. Ancak yapılış itibariyle usûl hukukundaki feragat ile maddi hukuktaki birbirinden farklıdır, zira maddi hukuka ilişkin feragat bir sözleşmedir, iki taraflıdır. Özel hukuka ilişkin feragatten farklı olarak usul hukukunda feragat tek taraflıdır, karşı tarafın iznine gerek yoktur." (PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, a.g.e., s.503-504).

³⁴⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, a.g.e., s.507; CANDAN, a.g.e., s.745.

³⁵⁰ CANDAN, a.g.e., s.744; KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.549; MUŞUL, a.g.e., s.173; POSTACIOĞLU, a.g.e., s.479; BİLGE/ÖNEN, a.g.e., s.350; YASİN Melikşah, İdari Yargılama Usulünde Davadan Feragat ve Davayı Kabul, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2004, C.8, S.3-4, s.150.

³⁵¹ KURU, C.IV, s.3544-3545; YASİN, a.g.m., s.151.

³⁵² Örneğin; hâkimlere karşı açılmış olan tazminat davalarında, ortaklığın giderilmesi davasında ortaklardan birinin davaya devam etmek istemesi halinde, davadan feragat sonuç doğurmaz. (PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, a.g.e., s.505); KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.548; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, a.g.e., s.427; ÖNEN Ergun, Feragat ve Kabul Kesin Hüküm Teşkil Etmez, ABD, 1976/1, s.27.

³⁵³ Örneğin; soybağı ile ilgili işlerde kabul davayı sona erdirmez. (PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, a.g.e., s.507). Ayrıca bkz., ÖNEN, a.g.m., s.28.

³⁵⁴ Doktrinde Bilge, kamu düzeni ile ilgili konularda feragatin geçerli olup olmadığının üzerinde düşünülebileceğini belirtmiştir. (BİLGE, a.g.e., s.309)

a. Yapılışı, Yapabilecek Kişiler ve Sonuçları

Dava açıldıktan sonra dava hakkında verilen hüküm kesinleşene kadar davadan feragat ve davayı kabul mümkündür³⁵⁵. Danıştay'ın süreklilik kazanmış kararlarına göre, -medeni usul hukukunda olduğu gibi³⁵⁶- idari yargıda da, feragat, tarafın bu yöndeki iradesinin yargılama sonuçlanana kadar yargı yerine ulaşması ile sonuç doğurur. Yüksek Mahkeme, bir kararında bu hususu; “feragat, davacının veya vekaletnamedeki açık yetkiye istinaden vekilinin tek taraflı irade beyanının yargılama sonuçlanıncaya kadar yargı yerine ulaşması ile tamamlanmakta olup, feragatin geçerliliği için yargı yerinin kararı veya davalının kabulü de gerekmediğinden, yargı yerinin bu konudaki yetkisinin feragat beyanının gerçek olup olmadığını ve Kanuna uygun yapıp yapılmadığını tespitten ibaret bulunması karşısında, kesin hükmün hukuki neticelerini doğuran feragatten rücu etmek de hukuken mümkün değildir³⁵⁷” şeklinde ifade etmiştir. Doktrinde, Danıştay'ın feragat müessesesi ile ilgili olarak sürdürmekte olduğu bu uygulamanın kabul müessesesi açısından da benimsenmesi gerektiği belirtilmektedir³⁵⁸.

Henüz dava açılmamışken yapılan feragat HUMK m.91 anlamında feragat değildir. Böyle bir durumda söz konusu olan esas haktan feragattir³⁵⁹. İdari yargıda, davadan feragatin ve kabulün sonuç doğurması için, öncelikle usulüne uygun olarak açılmış bir idari dava olmalıdır. İYUK'un 6. maddesinde belirtildiği üzere idari yargıda dava, Danıştay, idare mahkemesi ve vergi mahkemesi başkanlıklarına ve İYUK'un 4. maddesinde yazılı yerlere verilen dilekçelerin harç ve posta ücretleri alındıktan sonra mahkeme defterine kaydedilmeleri ile açılmış sayılır.

³⁵⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, a.g.e., s.,504,507; MUŞUL, a.g.e., s.175,180; KURU, C.IV, s.3562,3685; KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.545,550

³⁵⁶ “(...) [D]avadan feragatin tamamlanması için davacının feragat beyanının mahkemeye ulaşması yeterlidir; bu feragat beyanının ayrıca davalıya ulaşması (davalı tarafından da öğrenilmesi) feragatin tamamlanması için şart değildir” (KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.546); “Davayı kabul, davalının tek taraflı (açık) bir irade beyanı ile yapıldığı ve tamamlandığından, kabulün geçerliliği için, bunun davacı tarafından kabul edilmesine (davacının kabule rıza göstermesine) gerek yoktur” (KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.550). Ayrıca bkz. PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, a.g.e., s.504. Ancak, Candan, medeni usul hukukunda, feragat ve kabul sonuçlarını bu yöndeki irade beyanlarının karşı tarafa ulaşması ile doğuracağını savunmuştur (CANDAN, a.g.e., s.745). Bu görüşe göre, feragat ya da kabul ile ilgili olan irade beyanının mahkeme kayıtlarına girmiş olmasına rağmen, bu irade beyanları davanın karşı tarafına bildirilene ya da tebliğ edilene kadar geri alınabilir (CANDAN, a.g.e., s.745; BİLGE, a.g.e., s.311).

³⁵⁷ D.11.D., T.21.11.2007, E.2007/5999, K.2007/8585, www.kazanci.com (e.t. 15.07.2010)

³⁵⁸ CANDAN, a.g.e., s.745.

³⁵⁹ KURU, C.IV, s. 3562; KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.545.

Danıştay 11. Dairesi'nin bir kararında da belirtildiği gibi, “feragat talebinin geçerli olabilmesi için feragat dilekçesinin feragat edilen davanın görüldüğü mahkeme başkanlığına hitaben verilmesi gerekmektedir. Davacının davadan feragat ettiğine dair dilekçe, idareye verilmişse, davacının davasından feragat ettiğinin kabulüne olanak yoktur³⁶⁰”. Buna karşılık, Danıştay, bir kararında, davalıya hitaben yazılmış olan ve dava konusu uyuşmazlığı bitirme isteğinin açıkça anlaşıldığı bir dilekçe bulunduğunu belirleyerek, bu dilekçenin mahkemeye hitaben yazılmamasına karşın, davaya devam etme niyetinin olmadığı belirtilmiş olduğu için mahkemenin ara karar ile davacıya davasından vazgeçip vazgeçmediğini, vazgeçeceği takdirde bunu mahkemeye hitaben bir dilekçe ile yapması gerektiği sorulup bildirilerek gelecek olan cevaba göre karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir³⁶¹.

Burada, idari yargı yerinde bir dava görülmeye devam ederken, başka bir idari yargı yerine verilecek olan, feragat ya da kabul beyanını içeren dilekçenin hüküm ifade edip etmeyeceği sorusu akla gelebilir. İYUK, m.4'e göre, “Dilekçeler ve savunmalar ile davalara ilişkin her türlü evrak, Danıştay veya ait olduğu mahkeme başkanlıklarına veya bunlara gönderilmek üzere idare veya vergi mahkemesi başkanlıklarına, idare veya vergi mahkemesi bulunmayan yerlerde asliye hukuk hakimliklerine veya yabancı memleketlerde Türk konsolosluklarına verilebilir.” Uygulamada, idari yargı yerleri, diğer idari yargı yerlerinde görülen bir dava ile ilgili olarak kendilerine feragat ya da kabul dilekçesi verildiğinde, bu dilekçeleri İYUK m.4 kapsamında “davalara ilişkin her türlü evrak” olarak ve fakat bir kimlik fotokopisi eşliğinde kabul etmektedirler³⁶². Bunun sebebi, feragat ya da kabul edenin, gerçekten davacı ya da davalı olduğunun belirlenmesidir.

İtiraz, temyiz ve karar düzeltme aşamalarında feragat veya kabulün mümkün olup olmadığı konusunda, Danıştay'ın farklı kararlarına rastlamak mümkündür. Örneğin, bir kararında; “temyiz aşamasında mahkeme kararı henüz kesinleşmeyip, yargılama sürdüğüne göre, davacı lehine karar verilmiş olsa dahi, davacının

³⁶⁰ D.11.D., T.16.02.2005, E.2002/259, K.2005/680, www.kazanci.com (e.t. 16.07.2010).

³⁶¹ D.3.D., T.13.11.1984, E.1984/654, K.1964/3068, DBB (e.t. 21.07.2010).

³⁶² Medeni usul hukuku doktrininde de, Kuru, görevsiz ya da yetkisiz mahkemeye verilmiş olan feragat dilekçelerinin hüküm ifade edeceğini savunmuştur. Yazara göre, dava feragat ile sonuçlandırıldığı için feragat dilekçesini alan mahkemenin görev ya da yetki açısından bir inceleme yapmasına gerek yoktur zira mahkemenin yetkili ve görevli olması davanın esastan görülebilmesi için gerekli bir şarttır (KURU, C.IV, s.3586).

davasından feragati[nin] mümkün³⁶³” olduğu yönünde hüküm vermiş iken başka bir kararında ise; “her ne kadar, davacının feragat etme hakkı dava açma hakkının doğal bir sonucu ise de, idarenin yargısal denetiminin gerçekleştirildiği idari yargıda, davanın karara bağlanmasından sonraki aşamada, temyiz veya kararın düzeltilmesi isteminin incelenmesi sırasında davacıya, davasından feragat etme hakkının tanınması, yapılmış yargısal denetimin geçersiz sayılması sonucunu doğuracaktır. Bunun da, idarenin faaliyetlerinde hukuka uygunluğun sağlanması amacıyla, dolayısıyla kamu yararıyla bağdaşmayacağı açıktır³⁶⁴” ifadelerine yer vermiştir.

Karar verildikten sonra davacının netice talebi ya hüküm fıkrası haline gelmiştir ya da reddedilmiştir. Dolayısıyla bu aşamadan sonra davacının feragati sonuç doğurmayacaktır. Gerçekten de, özellikle iptal davaları açısından dava konusu işlem iptal edildikten sonra davacının feragat beyanının hüküm doğurduğunun kabul edilmesi halinde iptal edilmiş bir idari işlemin davacı iradesi ile yeniden hukuki varlık kazanmasına izin verilecektir. Bu durum mevcut hukuk düzenimiz açısından kabul edilebilir nitelikte bulunmamaktadır. Bununla birlikte, hüküm verildikten sonra yapılmış olan feragat ancak itiraz veya temyiz hakkından yahut yapılmış ise itiraz veya temyiz başvurusundan vazgeçildiği şeklinde değerlendirilebilir³⁶⁵.

HUMK’un 93. maddesi uyarınca feragat ve kabul beyanları yazılı olarak yapılabilecekleri gibi yargılama sırasında sözlü olarak da yapılabilirler. Ancak, idari yargıya hâkim olan yazılılık ilkesi gereği, idari yargıda, feragat ve kabul beyanlarının kural olarak yazılı şekilde yapılması gerekmektedir. Doktrinde, duruşmalı işlerde, duruşma esnasında sözlü olarak yapılan feragatin de mahkeme tutanağına geçirilerek feragat eden tarafça imzalanması halinde bu beyanın geçerli olacağı bunun yanı sıra keşif esnasında yapılan keşif beyanının da hüküm ifade edeceği savunulmuştur³⁶⁶.

³⁶³ D.3.D., T.06.12.1991, E.1991/258, K.1991/3082 (in. GÜNDAY, a.g.m., s.82).

³⁶⁴ D.10.D., T.30.10.1996, E.1995/5846, K.1996/6436 (in. GÜNDAY, a.g.m., s.82-83).

³⁶⁵ Doktrinde Candan, bu hususun pozitif hukuk açısından da mümkün olmadığını belirtmiştir. Yazar, ilk derece mahkeme kararlarının itiraz ya da temyiz sonucunda kanunda belirtilen sebeplere dayanarak kaldırılmadıkları takdirde hukuk düzenindeki varlıklarını sürdüreceklerini belirtmiş, Danıştay 7. Dairesinin davalı idarenin temyiz başvurusunda davacı tarafın davadan feragat etmesini bozma sebebi olarak kabul eden bir kararı olmasına karşın, temyiz aşamasında yapılan feragatın İYUK’ta ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasını gerektiren sebepler arasında yer verilmediğini dolayısıyla sırf feragat nedeniyle ilk derece mahkemesinin kararının bozulamayacağını belirtmiştir. İlk derece mahkemesinin kararı bozulmadığı için davayı yeniden görmek de mümkün olmayacak bu nedenle de ortada vazgeçilebilecek bir netice talep bulunmayacaktır. (CANDAN, a.g.e., s.750 vd). Ayrıca bkz. KALABALIK Halil, İdari Yargılama Usulü Hukuku, Sayram Yayınlar, 3. bası, Konya 2009, s.315.

³⁶⁶ YASİN, a.g.m., s.162.

Feragat ve kabul beyanlarının sonuç doğurabilmesi için, bu istemlerin dilekçeden açıkça anlaşılabilir olması gerekmektedir. Nitekim, Danıştay 5. Dairesi, davadan feragatin “mahkemeye hitaben yazılmış ve feragat isteği açıkça bildirilmiş bir dilekçeyle” yapılması gerektiğini net bir şekilde ifade etmiştir³⁶⁷. Danıştay, bu doğrultuda “pozitif hukukumuzda göre davadan feragat beyanının açık ve anlaşılır bir biçimde yapılması gerektiğinden davalı idarenin, davacının temyize konu kararının verildiği tarihten sonra isteği üzerine (...) [davalı] kuruluşla ilişkisini fiilen ve hukuken kestiğinden bahisle adı geçenin böylece bakılan davadan zımnen feragat ettiği yolundaki iddiası yerinde görülmemiştir³⁶⁸”. Buna göre, zımni kabul veya feragat mümkün değildir.

Feragat ve kabul beyanlarının koşulsuz ve süreye bağlanmamış olması gerekir³⁶⁹. Aksi takdirde bu beyanlar sonuç doğurmayacaktır. Özel hukuk doktrininde şarta bağlı feragatin sulh teklifi olarak değerlendirilebileceği görüşüne yer verilmiştir³⁷⁰. Ancak, idari yargıda sulh müessesesi yer almadığı için, bu görüşün idari yargı açısından kabul edilebilir olmadığı söylenebilir.

Netice talebin bölünebilir olduğu hallerde kısmen feragat veya kısmen kabul olanaklıdır.

Dava, vekil tarafından takip ediliyorsa vekilin feragat ya da kabul beyanının sonuç doğurabilmesi için konuya ilişkin olarak açıkça yetkilendirilmiş olması gereklidir. Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, vekaletnamesinde kendisine bu yönde bir yetki verilmediği için vekilin yapmış olduğu feragatin hüküm doğurmayacağı yönünde karar vermiştir³⁷¹. Buna karşılık, dava vekil tarafından takip ediliyor olsa da, asıl taraflar netice talepten bizzat feragat edebilecekleri³⁷² gibi, onu kabul de edebilirler. Dava vasi tarafından takip ediliyorsa, vasinin feragat ya da

³⁶⁷ D.5.D., T.21.01.2004, E.2000/6874, K.2004/104 (www.kazanci.com, e.t. 16.07.2010)

³⁶⁸ D.5.D., T.17.09.1998, E.1997/2879, K.1998/2170, DD, S.99, s.239.

³⁶⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, a.g.e., s.505; BERKİN, a.g.e., s.165; KARAFAKİH, a.g.e., s.234; ANSAY, a.g.e., s.180,182; BİLGE/ÖNEN, a.g.e., s.351. Feragatin belli bir koşulla yapılamayacağı hakkında bkz; D.4.D., T.14.12.1993, E.1993/2676, K.1993/5759, DD, S.89, s.206; Y. 7.HD., T.15.02.2010, E.2009/7097, K.2010/646, LHD 2010 Y.8, S.91, s.2489.

³⁷⁰ KURU, C.IV, s.3583; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, a.g.e., s.425; PEKCANITEZ/ ATALAY/ÖZEKES, a.g.e., s.505

³⁷¹ D.9.D., T.13.12.1985, E.1982/5828, K.1985/1742, DBB. (e.t. 20.07.2010).

³⁷² D.5.D., T.10.06.1987, E.1997/2879, K.1998/2170 (in. KARAVELİOĞLU/KARAVELİOĞLU, a.g.e., s.1044) KURU, C.IV, s.3552.

kabul beyanının sonuç doğurabilmesi için gerekli makamlardan izin alması gerekirken veli açısından böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır³⁷³.

Müdahil³⁷⁴ davanın tarafı olmadığı için, müdahil tarafından yapılan feragat veya kabul sonuç doğurmayacaktır. Danıştay da, önüne gelen bir uyuşmazlıkta, müdahilin, davacı adına düzenlenmiş olan tapu tahsis belgesinin iptali için açılmış olan davada feragat etmesinin, davacının aleyhine sonuç yaratamayacağı yönünde karar vermiştir³⁷⁵.

Davanın taraflarının birden fazla olması ihtimalinde tarafların her biri birbirlerinden bağımsız olarak feragat ya da kabul beyanında bulunabilirler. Yapmış oldukları feragat ya da kabul beyanı sadece kendileri açısından hüküm doğurur³⁷⁶.

Feragat veya kabul irade beyanını içeren dilekçe, bu dilekçenin kayda geçirilmesiyle kesin hükmün bütün sonuçlarını doğurur. Bu nedenle, sonradan

³⁷³ KURU, C.IV, s.3554, BİLGE, a.g.e., s.310; BERKİN, a.g.e., s.165.

³⁷⁴ Medeni usul hukukunda davaya müdahale müessesesi asli müdahale ve fer'i müdahale şeklinde ikiye ayrılarak incelenmektedir. Kanunla düzenlenmemiş olup doktrin ve Yargıtay kararlarıyla ortaya konmuş olan asli müdahale, bir dava devam ederken dava tarafları dışında üçüncü bir kişinin dava konusu hak veya şey üzerinde hak iddia ederek davanın görülmekte olduğu mahkemede taraflara karşı ayrı bir dava açması olarak tanımlanabilir (ÖZEKES Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Asli Müdahale, Alfa, 1995, s.16.; ayrıca bkz.;KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.535.; KURU, C.IV, s.3491; MUŞUL, a.g.e., s.132; ÜSTÜNDAĞ, a.g.e., s.322; BİLGE, a.g.e., s.233; POSTACIOĞLU, a.g.e., s.306; KARAFAKİH, a.g.e., s.132; BİLGE/ÖNEN, a.g.e., s.265; ÖNEN, a.g.e., s.75; ANSAY, a.g.e., s.140.;NEDİMOĞLU Ruhi, Danıştayda Görülen Davalarda Katılma, Ankara Barosu Dergisi, Y.1976, S.1, s.67.; BERKİN, a.g.e., s.157.; BELGESAY, a.g.e., s.68; ANSAY S. Şakir, karar tahlili, AÜHFD, Y.1950, C.7, S.3-4, s.632; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, a.g.e., s.157). Fer'i müdahale müessesesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 53. ve 58. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Hakkı veya borcu görülmekte olan bir davanın sonucuna bağlı olan üçüncü kişinin, söz konusu davanın taraflarından birinin yanında onun yardımcısı olarak davaya katılmasına fer'i müdahale, davaya katılana üçüncü kişiye de müdahil (katılan) denir. Fer'i müdahalenin amacı, müdahilin, katıldığı tarafa yardım ederek davayı kazanmasını sağlamaktır (PEKCANİTEZ Hakan, Medeni Usul hukukunda Fer'i Müdahale, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1992, s.17 vd; KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.531; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, a.g.e., s.151; ÖNEN, a.g.e., s.76; ÜSTÜNDAĞ, a.g.e., s.317; BİLGE/ÖNEN, a.g.e., s.267). Fer'i müdahil, lehine müdahalede bulunduğu tarafla birlikte hareket eder. Ancak, dava sonunda verilecek olan hüküm, lehine müdahalede bulunulan tarafa yönelik olarak verilir (HUMK m.57/c.2).

³⁷⁵ D.6.D., T.21.03.1992, E.1991/3217, K.1992/1383, DBB. (e.t. 16.07.2010). Doktrinde yer alan bir görüşe göre müdahilin, lehine müdahalede bulunduğu tarafın feragat etmesine rağmen davaya devam edip edemeyeceği sorusu iptal davaları ve tam yargı davaları açısından farklı olarak cevaplandırılmalıdır. Buna göre, tam yargı davaları açısından müdahil davacıya yardımcı konumdadır ve dava konusu üzerinde tasarrufta bulunamayacaktır. Fakat iptal davaları açısından bu uygulamanın kabulü, idari yargının amacı ile bağdaşmayacaktır. Ayrıca, iptal davalarına müdahil olarak katılabilmek için işlemin iptal edilmesinde, yahut aynen muhafaza edilmesinde menfaatin bulunması gerekir. Bu nedenle, müdahil konumundaki kişi aslında davada tek başına taraf olabilecektir ve iptal davalarında söz konusu olan müdahale, fer'i müdahale değil, fakat asli müdahaledir. Dolayısıyla davacı, davadan feragat etse bile müdahil davayı sürdürebilmelidir (YASİN, a.g.m., s.160).

³⁷⁶ BERKİN, a.g.e., s.165.; BİLGE, a.g.e., s.310,313.

feragatten vazgeçmek mümkün değildir³⁷⁷. Daha açık bir ifade ile, feragat veya kabul dilekçesinin mahkeme kaydına girmesiyle birlikte dava sona erer. Feragat veya kabul ile davanın tarafları arasındaki uyuşmazlık sona erdiği, yani dava konusuz kaldığı, dolayısıyla inceleme yapılması olanağı ortadan kalktığı için davanın reddedilmesi gerekir³⁷⁸. Dilekçe üzerine yapılan ilk inceleme sonucunda İYUK m.14'te yer verilmiş olan hukuka aykırılıklardan biri tespit edilmiş olsa bile, dava bu aykırılıklar dolayısıyla değil ve fakat, bu tespitten önce yapılmış feragat ya da kabul nedeniyle reddedilmelidir³⁷⁹.

Doktrinde feragat veya kabul üzerine mahkemece verilecek olan kararın temyize konu edilip edilemeyeceği üzerinde farklı görüşler bulunmamaktadır. Ancak, feragat ya da kabul niteliği taşımayan kimi irade beyanlarının idari yargı yerlerince yanlış nitelendirilme olasılığı karşısında, bu kararlara karşı itiraz ve temyiz yoluna başvurulabilir³⁸⁰.

Feragat ya da kabul eden taraf davayı kaybetmiş gibi yargılama giderlerine mahkum edilir (HUMK m.94/I). Feragat ya da kabulün kısmen olması halinde yargılama giderleri feragat ya da kabul edilen kısma göre belirlenir (HUMK m.93/III).

HUMK'un 94. maddesinin 2. fıkrasında yer verilmiş düzenleme uyarınca; davanın açılmasına davalının hal ve vaziyetinin sebep olmadığı durumlarda, ilk celsede davacının iddiasını kabul ederse, davalı yargılama giderlerine mahkum edilmeyecektir. İdari bir davanın açılması, idare ile idare edilen ya da idare ile diğer bir idare arasındaki idari bir uyumsuzluğun bulunmasına bağlıdır. Daha açık bir ifade ile, idari bir davanın açılmasının temelinde idarenin bir işlem veya eyleminden kaynaklanan bir uyuşmazlık bulunmaktadır. İşte bu nedenle doktrinde, HUMK'un

³⁷⁷ D.6.D., T.19.09.1994, E.1994/140, K.1994/3014.

³⁷⁸ D.6.D., T.18.10.2006, E.2004/4881, K.2006/4890, DBB. (e.t. 17.07.2010)

³⁷⁹ CANDAN, a.g.e., s.752.

³⁸⁰ CANDAN, a.g.e., s.573.; Bu kararlara karşı sadece usul hukuku kurallarına aykırılık sebebiyle temyiz yoluna başvurulabileceği hakkında bkz., PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, a.g.e., s.506-508. Ayrıca bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.547,552; KURU, C.IV, s.3630. Buna karşılık Belgesay, "Feragat ve kabulü tevsik eden mahkeme kararına karşı temyize müracaat etmek mümkün değildir" görüşündedir (BELGESAY, a.g.e., s.74).

94. maddesinin 2. fıkrasının hükmün idari yargıda uygulanamayacağı görüşüne yer verilmektedir³⁸¹.

b. İptal ve Tam Yargı Davaları Açısından Feragat ve Kabul

Danıştay kararlarında vurgu yapılan “idari davaların özellikleri”, feragat ve kabul müesseselerinin, bu idari davalar dikkate alınarak incelenmesini gerektirmektedir.

HUMK’un 79. maddesinde yer verilmiş olan hiç kimse bir dava açmaya ya da açılmış bir davayı takip etmeye zorlanamaz prensibinden kaynaklanan feragat müessesesi, idari yargıda tam yargı davaları açısından sorunsuz olarak uygulanabilir. Zira, tam yargı davalarıyla bireylerin güttükleri amaç, idarece ihlal edilmiş olan haklarının tazmin edilmesidir. Tam yargı davaları idari dava türleri arasında yapı olarak özel hukuk davalarına en fazla benzeyen dava türüdür. Dolayısıyla tam yargı davaları, özel hukuk davalarına yaklaştığı ölçüde feragat müessesesi bu davalarda sorunsuz olarak uygulama alanı bulur³⁸².

Danıştay kararlarına bakıldığında, feragat müessesesi açısından, iptal davalarının temelindeki amacın hukuka uygunluk denetimi olduğu saptaması yapılmakta ve kişilerin maddi hukuk alanındaki haklarından vazgeçmesinin belli durumlarda mümkün olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Yüksek Mahkeme, bu konuda iptal davaları açısından ikili bir ayrıma gitmiştir. Bu ayrıma göre, iptal davaları, bireysel bir hakkın ihlali iddiası ile açılanlar ve kamu yararı ağır basan davalar olarak sınıflandırılmıştır. Danıştay’a göre, bireysel bir hakkın ihlali iddiası ile açılan davalardan feragat edilebilir. Buna karşılık, kamu yararının ağırlıkta olduğu davalarda davadan feragat mümkün değildir.

Gerçekten, Danıştay 6. Dairesi 1994 yılında verdiği bir kararında bu durumu şöyle açıklamıştır: “İdari Yargıda iptal davası, kural olarak ilgililerin haklarını ve çıkarlarını korumanın yanında, yürütme ve idarenin hukuka uygun davranmasını gerçekleştirmeye yöneliktir.

³⁸¹ CANDAN, a.g.e., s.753. Kanımızca, burada idari sözleşmeden doğan davaları ayrık tutmak gerekir.

³⁸² ÇAKMAK Münci, İdari Yargıda Davadan Feragat, AÜHFD, Y.2004, C.53, S.1, s.187.

Bu özelliği ile iptal davaları[nın] objektif ve soyut nitelikte bir dava türü olduğu teoride genel olarak ifade edilmekle birlikte istisnai olarak iptal davalarının subjektif ve somut nitelikte örneklerinin de olduğu uygulamada gözlenmektedir.

Sadece davacının kişisel çıkarını ihlal eden somut, subjektif nitelikteki işlemlerin iptali istemiyle açılan davalarda hüküm verildikten sonra karar kesinleşmeden davanın herhangi bir aşamasında davacının davasından feragat etmesinin kabul edilmesi gerekir. Zira [bu ihtimalde] kamu menfaati değil bireysel menfaat sözkonusudur.

Bireysel yararın sözkonusu olduğu ahvalde ihlal edilen kamunun hukuku olmayıp bireyin hukukudur. Kendi hukuku üzerine mutlak tasarruf yetkisine sahip olan bireyin davasından feragatinde de herhangi bir kısıtlama düşünülemez.

Feragata ilişkin uyuşmazlık konusu olaylarda, kamu yararı ve bireysel yarar ölçütünün belirlenmesinden sonra feragat hakkında karar vermek yerinde olacaktır³⁸³.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu da, 2004 yılında, bu hususu; “2577 sayılı Yasanın 31. maddesiyle idari davalarda feragat istemi üzerine Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununu hükümlerinin uygulanacağını hükme bağlamaktadır. Ancak anılan yollama hükmünün idari davaların nitelikleri dikkate alınarak ve idari dava türleriyle bağdaştığı ölçüde uygulanabileceği açıktır.

İdari dava türlerinden olan iptal davaları bireysel hakları ihlal eden, somut, subjektif nitelikteki idari işlemlere veya ortada herhangi bir hak ihlali olmaksızın bireyin menfaat ilgisinin kurulabildiği çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararı[nı] yakından ilgilendiren idari işlemlere karşı açılabilir. Bireysel hakkın ihlaline dayanmayan kamu yararını yakından ilgilendiren konularda açılan iptal davaları somut nitelikte olup; bütünüyle kamu yararını amaçlamaktadır. Dolayısıyla iptal davalarında feragat isteminin de kamu yararı ölçütü kullanılarak bağlanması gerekmektedir.

Bireysel hakların ihlaline dayanan iptal davalarında davacının herhangi bir kısıtlama olmaksızın davasından feragat edebileceğinde duraksama

³⁸³ D.6.D., T.09.05.1994, E.1994/484, K.1994/1873, DD, S.90, s.707.

bulunmamaktadır. Buna karşılık belde veya semt şehri, kamu kuruluşlarınca açılan objektif ve somut nitelikteki iptal davalarında Dairece ilk derece karar verildikten sonra davadan feragat edilmesi, kamu yararıyla ve idarenin yargısal denetimi yoluyla hukukun üstünlüğünü sağlama amacıyla bağdaşmamaktadır³⁸⁴ şeklinde ifade etmiştir.

Bu doğrultuda, yine Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, sermaye piyasası işlemleri ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirmediği için, davacı adına para cezası verilmesine ilişkin açılan bir iptal davasında, davacının feragat etmesi üzerine, önce, iptal davalarını, dava konusu idari işlemin hukuka uygunluğu açısından, kamu yararı yönünden de yargısal denetim yapılmak suretiyle objektif özelliklere sahip bir dava türü olarak nitelemiş, bununla birlikte, bunların kamu adına açılan bir dava niteliği taşımadığı, menfaati ihlal edilen davacının talebi ile sınırlı olarak görüşülüp sonuçlandırıldığını belirtmiştir. Yüksek Mahkeme bu saptamanın ardından, “davanın asıl sahibi olarak davacının, kanunda öngörülen şekle ve esasa uygun olarak davasından açık bir beyanda bulunarak feragat etmiş olması karşısında taraflar arasında uyuşmazlığı sona erdiren bu beyanın dikkate alınarak feragat nedeniyle davanın sona erdirilmesi gerek³⁸⁵”tiğine hükmetmiştir.

Doktrinde de, iptal davalarında feragatin mümkün olup olmadığı, mümkünse bunun hangi hallerde yapılabileceği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Örneğin bir görüşe göre, öncelikli olarak yapılması gereken, feragat beyanında bulunulduğu anda ortada feragat edilebilecek bir netice talebin var olup olmadığının araştırılmasıdır. İdari yargıda netice talebi, dava türlerine göre idari bir işlemin kısmen veya tamamen iptali ya da bir miktar tazminata hükmedilmesidir. Netice talebi olan bu hususlardan dava sonuçlanana kadar feragat edilmesi mümkündür. Bu konuda bireysel yarar ve kamu yararı ayrımı yapmak mevzuata uygun değildir³⁸⁶. Doktrinde yer alan başka bir görüşe göre ise, bireysel idari işlemlere karşı açılan iptal davalarında, feragatin sonuç doğurabilmesi için olumsuz bir koşulun da gerçekleşmiş olması gerekir. Bu koşul da, bu davalarda yürütmenin durdurulması kararının verilmemiş olmasıdır. Çünkü idarenin bir işleminin hukuka aykırı olduğu saptanarak yürütmesinin durdurulmasına karar verildikten sonra davadan feragat edilmesi

³⁸⁴ DİDDGK, T.21.10.2004, E.2004/745, K.2004/861, DBB (e.t.24.07.2010).

³⁸⁵ DİDDGK, T.17.06.2004, E.2003/967, K.2004/640, DKD, S.6, s.57.

³⁸⁶ CANDAN, a.g.e., s.749-750.

halinde, bu feragat idareye söz konusu işlemi uygulamaya devam etme imkanı tanıyacak ve bu durum da kamunun zararına olacaktır³⁸⁷.

Kanaatimizce, feragat müessesesinin idari yargının özelliklerine uygun olarak uygulanabilmesi açısından iptal davaları bakımından bireysel idari işlem ve düzenleyici idari işlem ayrımı yapılmasında fayda bulunmaktadır. Gerçekten de, örneğin, bir kurumda aynı özellikleri taşıyan çok sayıda memur bulunduğu gerekçesiyle verilen bir görev yeri değişikliği kararına karşı bu işlemin muhatabı olan memurun açmış olduğu söz konusu işlemde olumsuz etkilenen bir kişi bulunmaktayken, bir yönetmeliğin iptali istemiyle açılan iptal davasında bu yönetmeliğin iptali ile etkilenebilecek birden fazla kişi bulunması çok büyük bir ihtimaldir. Hukuka aykırı olarak yapılmış bir yer değiştirme kararının iptalinde de kamu yararı olmakla birlikte, bununla, hukuka aykırı bir yönetmeliğin iptal edilmesiyle sağlanacak olan kamu yararı arasında bir fark olduğunu kabul etmek gerekir³⁸⁸. Dolayısıyla, sadece davacının menfaatini ilgilendiren iptal davalarında feragatin idari yargı özellikleriyle bağdaşmadığını ileri sürmek mümkün olmamalıdır.

İdari yargıda kabul de, idare hukukunun özelliklerinden etkilenmektedir. Bu çerçevede, kabulün sonuç doğurabilmesi için davalı idarenin dava konusu işlemi geri alması gerekmektedir. Çünkü, idari yargıda iptal kararları geriye etkilidir ve iptal edilen idari işlemi yapıldığı tarihten itibaren tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırır. İdari işlemin yapılmasından sonra açılan bir davada idarenin kabul beyanı, sözü edilen bu etkiyi, ancak o işlem hiç uygulanmamış ve her hangi bir sonuç yaratmamışsa doğurabilir. Aksi halde, kabulün, kabule kadar olan uygulanmalara bir etkisi olmayacaktır. Bu etkinin sağlanmasının yolu ise, idari işlemlerin yapıldığı tarihten itibaren hukuk düzeninden kaldırılmasıdır ki, bunu sağlayacak olan da geri alma işlemidir. Nitekim, Danıştay'a göre de; temyiz dilekçesinde davalı idare vekilinin, dava sırasında verilmiş olan dilekçe ile davanın kabul edildiğini ileri sürmesine rağmen, idari yargıda, idarenin davayı kabul ettiğinden bahsedebilmek için, dava konusu edilmiş işlemin değiştirilmesi, geri alınması veyahut kaldırılması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, bir iptal davasının kabul nedeniyle sonuçsuz

³⁸⁷ GÜNDAY, a.g.m., s.85.

³⁸⁸ Bu anlamda, Danıştay da çeşitli kararlarında "baskın kamu yararı" ya da "üstün kamu yararı" kavramlarına vurgu yapmaktadır. Bkz. D.5.D., T.14.03.2006, E.2003/3647, K.2006/1140, DBB. (e.t.08.08.2010); D.6.D., T.02.07.2007, E.2006/5520, T.2007/4165, DBB (e.t.08.08.2010).

kalabilmesi için, dava konusu işlemin tesis anından itibaren doğurmuş olduğu tüm hukuksal sonuçlarıyla birlikte geri alınması gerekmektedir. İdari bir işlemin geri alınması bu işlemin iptali kararının doğuracağı tüm hukuki sonuçları doğurur³⁸⁹.

Doktrinde, davanın kabulüne ilişkin HUMK hükümlerinin idari yargı açısından yeterli olmadığı savunulmuştur. Buna göre, tam yargı davaları açısından idarenin kabulü, davacının tazminat istemini kabul ettiğini davayı gören yargı yerine bildirmesiyle; iptal davaları açısından idarenin kabulü ise, idarenin dava konusu işlemi geri aldığı davayı gören yargı yerine bildirmesi ile olur. Bu nedenlerle, kabulün tam yargı ve iptal davalarının özellikleri dikkate alınarak İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda düzenlenmesi gerekmektedir. Ayrıca, oluşabilecek bir takım tereddütlerin de önüne geçebilmek adına idarenin kabulünün iptal ve tam yargı kararlarının sonuçlarını doğuracağına da kanunda belirtilmesi gerekir³⁹⁰.

Görüldüğü gibi, Danıştay, feragat ve kabul hakkını, dava açma hakkının bir sonucu olarak değerlendirmekte; ancak, idari yargının ve özellikle de idari davaların özelliklerini ön plana çıkararak, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesi ile yapılan atıfla idari yargıda uygulanması söz konusu olan HUMK'un feragat ve kabul ile ilgili hükümlerinin bir kısmını farklılaştırarak uygulamakta, diğer bir kısmının ise, idari yargıda uygulanamayacağını karar altına almış bulunmaktadır. Bu ise, sonuç itibarıyla HUMK'un feragat ve kabul ile ilgili hükümlerinin idari yargıda farklılaşarak uygulanması anlamına gelmektedir.

2. Teyide Muhtaç Farklılaşma: Karşılık Dava

İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesinde yer verilmiş atıf uyarınca idari yargıda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre uygulama alanı bulacak müesseselerden biri olan karşılık dava (HUMK, m.203-208); açılmış olan bir davada, davalı tarafın davacıya karşı aynı mahkemede aynı dosyada dava açmasıdır³⁹¹.

³⁸⁹ D.6.D., T.18.06.2003, E.2003/812, K.2003/4044, DBB. (e.t.20.07.2010)

³⁹⁰ GÜNDAY, a.g.m., s.85-86; KALABALIK, a.g.e., s.318.

³⁹¹ “Davalının aynı mahkemede ve aynı dosyada, kendi hakkının da hüküm altına alınmasını isteyerek davacıya karşı bir dava açmasına karşılık dava denir.” (PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, a.g.e., s.311). Geniş tanım için bkz. POSTACIOĞLU, a.g.e., s.280-281.

Karşılık dava ile davalı, asıl dava karşısında sadece kendini savunmakla kalmayıp davacıda bulunan bir hakkının hüküm altına alınmasını ister³⁹². Bu müessese, bir davanın tarafları arasında yer alan birden fazla uyuşmazlığın, belirli şartların oluşması halinde, aynı davada görüşülerek çözümlenmesini sağlamaktadır. Bu sebeple karşılık davanın yargılamada tasarruf ilkesine de hizmet ettiği söylenebilir³⁹³. Ancak, idari yargı doktrininde İYUK'ta yer verilmiş atfa rağmen, müessesenin idari yargıya uygulanabilirliği tartışma konusu yapılmıştır.

a. Karşılık Davanın Şartları

Davalının davacıya karşı açmış olduğu davanın karşılık dava olarak kabul edilebilmesi için belirli bir takım şartların sağlanması gerekmektedir.

Bunlardan ilki görülmekte olan bir davanın varlığıdır. Zira karşılık dava asıl davaya karşı açılır. Dolayısıyla asıl davanın feragat, geri alma gibi nedenlerle son bulması halinde, bu son bulma kararı üst mahkemece bozulmadığı takdirde, bu davaya karşı karşılık dava açılmaz³⁹⁴.

İkinci olarak bir davanın karşılık dava olarak dinlenebilmesi için, asıl davanın tâbi bulunduğu yargılama usulüne tâbi olması gerekir. Bu ilke, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 206. maddesinde, idari yargı mercilerinde veya hakemle görülecek işler bakımından kabul edilmiştir. Daha açık bir ifade ile HUMK'un 206. maddesi uyarınca, idari yargıda görülmesi ya da hakem ile halledilmesi gereken davalar adli yargıda bir davaya karşılık dava olarak açılmazlar. İdari yargıya tâbi olan bir dava adli yargıda görülmekte olan bir davaya karşılık dava olarak açılırsa, bu durumun, adli yargı yerince re'sen gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekir. Buna karşılık olarak, adli yargı yerinde görülmekte olan bir davaya karşı açılmış karşılık davanın hakeme götürülmesi gereken bir dava olması halinde, asıl davanın görülmekte olduğu adli yargı yeri bu durumu kendiliğinden gözetemez. Böyle bir durumda adli yargı yerinin karşılık dava açısından görevsizlik kararı verebilmesi için asıl davacı karşılık davasında verecek olduğu cevap layihasında karşılık davanın

³⁹² KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.568; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, a.g.e., s.331.

³⁹³ Buna karşılık doktrinde, karşılık davanın, davaların yavaş ilerlemesine ve asıl davanın görevli mahkemeden başka bir mahkemeye gönderilmesine neden olabileceği belirtilmiş ve bu hususlar karşılık davanın ortaya çıkarabileceği olumsuzluklar olarak nitelendirilmiştir. (KARAFAKİH, a.g.e., s.151).

³⁹⁴ KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.569.

hakemle görülmesi gerektiği yolunda itirazda bulunmalıdır. İşte ancak bu halde, adli yargı yeri karşılık davayı hakemde açılması gerektiği gerekçesiyle reddeder³⁹⁵.

Karşılık davanın özel mahkemenin görev alanına girmesi halinde, bu dava, asıl davanın görülmekte olduğu genel adli yargı yerinde değil, bu özel mahkemede açılmalıdır. Doktrinde yer alan bir görüşe göre, böyle bir durumda HUMK'un 481. maddesi kıyasen uygulanabilir. Böylece, özel mahkemenin görev alanına giren bir dava, genel mahkemede görülmekte olan bir davaya karşı karşılık dava olarak açıldığı takdirde, genel mahkemenin, her iki dava hakkında da görevsizlik kararı vererek, asıl davanın ve karşılık davanın özel mahkemeye gönderilmesine karar vermesi gerekmektedir. Yine aynı görüşe göre, tam tersi bir durumda, yani özel mahkemede görülmekte olan bir davaya karşılık açılacak karşı davanın genel mahkemenin görev alanına girmesi durumunda özel mahkeme her iki davayı da inceleyip karara bağlayabilir³⁹⁶.

Bir davanın karşılık dava olarak kabul edilebilmesi için gereken son şart, asıl dava ile karşılık dava arasında yakın ilişki bulunmasıdır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, 204. maddesinin ilk bendi ile, takas ve mahsup hallerinde bir bağlantı olduğunu varsaymıştır³⁹⁷. Dolayısıyla, asıl davaya karşı takas veya mahsup talebiyle bir karşı dava açıldığında bu davanın esas dava ile bir bağlantısı olup olmadığı araştırılmaz. Bilindiği üzere, dava sırasında takas isteminde bulunabilmek için karşılık dava açılmasına gerek yoktur. Zira, takas davalının takas yönündeki iradesini bildirmesiyle vaki olur (BK m.122/I) dolayısıyla davalı karşılık dava açmak yerine takas savunmasında bulunabilir. Buna karşılık, davalının karşılık alacağı miktar olarak esas dava konusunun miktarından daha fazla ise, işte bu durumda,

³⁹⁵ KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.569; BİLGE, a.g.e., s.411; BİLGE/ÖNEN, a.g.e., s.463; MUŞUL, a.g.e., s.222. Doktrinde Postacioğlu farklı bir görüş benimsemiş, görüşünü “mamafih, işin hakem marifetiyle halli icap ettiği diğer tarafça serd ve ispat olunmak lazımsa da, bunun iptidai itiraz olarak dermeyanına hâcet yoktur” şeklinde ifade etmiştir (POSTACIOĞLU, a.g.e., s.283).

³⁹⁶ KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.570. “Zira, özel mahkeme genel mahkemenin görevine giren hususu inceleyebilir, ancak genel mahkeme uzmanlığı gerektirdiğinden özel mahkemenin görevine giren bir hususu inceleyemez” (PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, a.g.e.,332). Diğer taraftan, “sulh hukuk mahkemesinde görülmekte olan bir davaya karşı, asliye hukuk mahkemesinin görevine giren (...); ticaret mahkemesinde görülmekte olan bir ticari davaya karşı, asliye (veya sulh) hukuk mahkemesinin görevine giren bir dava karşılık dava olarak açılabilir” (KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.570).

³⁹⁷ Doktrinde takas ve mahsup kelimelerinin günlük kullanımda bazen birbirleri yerine kullanıldığı ancak kavram olarak farklı şeyleri ifade ettiklerinin altı çizilmiştir. (BİLGE, a.g.e., s.409; BİLGE/ÖNEN, a.g.e., s.460).

davalının karşı dava açmasında hukuki yarar bulunmaktadır³⁹⁸. Gerçekten de “karşı alacağın takas olarak karşı dava şeklinde ileri sürülmesi, ancak karşı alacağın asıl dava konusu alacaktan fazla olması halinde davalı açısından bir önem arz eder”³⁹⁹.

Takas ve mahsup dışında kalan hallerde karşılık davanın açılabilmesi için davalının açacağı karşılık dava ile asıl dava arasında bağlantı bulunması gerekmektedir (HUMK m.205). Davaların aynı sebepten doğmuş olmaları ya da davalardan biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması halinde davalar arasında bağlantının olduğu kabul edilir (HUMK m.45/III)⁴⁰⁰.

Karşılık dava, bu konudaki istemin cevap layihasında bildirmesiyle açılır (HUMK m.203). Cevap süresi geçtikten sonra ileri sürülecek karşılık dava talebinin geçerli olabilmesi için davanın diğer tarafınca kabul edilmesi gerekir. Çünkü cevap süresi geçtikten sonra ileri sürülen böyle bir talep iddia ve savunmanın genişletilmesi anlamını taşıyacağından, ancak ıslah müessesesine başvurulması ile mümkün olabilir (HUMK m.202/son, m.186). Asıl davanın davacısı (karşılık davanın davalısı) karşılık davaya cevap verebilir (HUMK m.207/I). Doktrinde karşılık davaya karşı karşılık dava açılıp açılmayacağı sorusuna olumsuz olarak yanıt verilmiş; haklı olarak, böyle bir duruma imkan tanımının davaları içinden çıkılması zor hatta imkansız bir hale getireceği belirtilmiştir⁴⁰¹.

Karşılık dava ayrı bir dava olduğu için harca tâbidir (Harçlar Kanunu m.6/I)⁴⁰². Karşılık davanın esas davadan ayrı bir dava olmasının, harca tâbi olması dışında da bir takım sonuçları vardır. Bu sonuçlardan ilki, dava şartlarının asıl dava ve karşılık dava açısından ayrı ayrı incelenmesidir. İkinci sonuç, vekalet ücretlerinin asıl dava ve karşılık dava için ayrı ayrı takdir edilmesidir. Üçüncü olarak, asıl davanın ya da karşı davanın herhangi bir nedenle son bulması diğer davanın görülmeye devam etmesine engel değildir. Davaları gören mahkeme esas dava ve karşılık dava için tek

³⁹⁸ KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.571.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, a.g.e., s.333.; Esas davanın davalısı karşılık dava yoluna gitmekle takastan sonra kalacak olan bakiyenin hüküm altına alınmasını amaçlamaktadır (BİLGE, a.g.e., s.408; BİLGE/ÖNEN, a.g.e., s.460; POSTACIOĞLU, a.g.e., s.282)

³⁹⁹ MUŞUL, a.g.e., s.223.

⁴⁰⁰ Ayrıca bkz. İYUK m.5 ve m.38.

⁴⁰¹ BİLGE, a.g.e., s.412; BİLGE/ÖNEN, a.g.e., s.464; ANSAY, a.g.e., s.246; POSTACIOĞLU, a.g.e., s.284.

⁴⁰² Danıştay, İYUK'un yürürlüğe girmesinden birkaç ay sonra, İtiraz Komisyonu kararını değiştirerek onayan Temyiz Komisyonu kararının vergi dairesince ve mükellef tarafından bozulması istemi üzerine verdiği bir kararında, karşılık davaların da müstakil davalar gibi harca tabi olduğunu belirtmiştir: D.9.D., T.06.04.1982, E.1980/5715, K.1982/1728, DBB (e.t. 26.07.2010).

bir hüküm verir, ancak bu hükümde davalar hakkında verilmiş olan kararlar ayrı ayrı gösterilir. Son olarak, iki dava kanun yollarına başvurulması açısından birbirlerine bağlı değildirler. Dolayısıyla asıl davanın ya da karşılık davanın bir üst mahkemeye götürülmesi ve bozulması halinde üst mahkemeye taşınmamış ve bu surette kesinleşmiş olan davaya etkisi olmayacaktır⁴⁰³.

Kanunen imkan olmasına rağmen karşılık davanın açılmamış olması ya da karşılık dava açma talebinin reddedilmiş olması, karşılık dava konusuna ilişkin olarak ayrı bir dava açmaya engel değildir⁴⁰⁴.

b. Karşılık Davanın İdari Yargıda Uygulanabilirliği

İptal davaları, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile, hukuka aykırı olduklarından dolayı menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalardır. Tam yargı davaları da, idari eylem veya işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlarca açılan davalardır (İYUK m.2/D). Böyle olunca, idari davalarda -idari sözleşmelerden doğan davalar hariç- değişmez davalı idaredir. Bir idari davada, idarenin davacıya karşı takas ya da mahsup veya esas davayla bir bağlantısı olması nedeniyle başka bir sebeple, karşı dava açarak bir takım taleplerde bulunmasının idari yargıya ne derece uygun olduğu idare hukuku doktrininde tartışma konusu yapılmış ve “idari davalarda karşılık dava açma olanağı[nın] çok sınırlı⁴⁰⁵” olduğu belirtilmiştir.

Doktrinde yer alan bir görüşe göre, “idari rejime uygun hareket eden ve idare edilenlerden (...) olan alacaklarını, Özel Hukuk veya Kamu Hukuku alanında hareket edip etmemesine göre, ya adli yargı yerlerinde onlar aleyhine açacağı davalara konu ederek ya da kamu gücü kullanarak (bizzat) tahsil etme olanağına sahip olan idarenin idari davaların söz konusu niteliğini değiştirmeksizin, görülmekte olan bir idari davada, davacı aleyhine karşılık dava açması olanaklı değildir⁴⁰⁶”. Gerçekten, “idare, kamu alacağı ile, medeni bir borç olan tazmin borcu arasında takas iddiasında bulunamaz; tazminat davası açan davacı idareye borçlu ise, idarenin tazminat miktarından bunun tenzil edilmesini isteyebileceği düşünülürse de, davacı bu borcu

⁴⁰³ KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.575-576; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, a.g.e., s.334; MUŞUL, a.g.e., s.220.

⁴⁰⁴ BİLGE, a.g.e., s.412; BİLGE/ÖNEN, a.g.e., s.464.

⁴⁰⁵ GÖZÜBÜYÜK/DİNÇER, a.g.e., s.769. Yazarlara göre, karşılık dava idari sözleşmeden doğan davalarda söz konusu olabilir.

⁴⁰⁶ CANDAN, a.g.e., s.743.

inkar ettiği taktirde idare mahkemesinin böyle âdi ve medeni bir borcun varlığını inceleme yetkisi olamayacağından, böyle bir def'in kıymeti olamaz. Takas def'i dermeyan edilecek olaylar ancak adliye mahkemelerinde medeni hukuk davalarındaki alacak ve borç iddialarıdır⁴⁰⁷". Danıştay'a göre de, "kamu gücüne dayanarak icrai ve kesin nitelikte işlem tesis etme yetkisine sahip bulunan idarenin bu yetkisini kullanmayarak, fuzulen ödendiği öne sürülen meblağın, faiziyle birlikte tahsili için gerçek kişiye karşı idari yargı yerinde açtığı davanın⁴⁰⁸" görev yönünden reddedilmesi gerekir.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 2. fıkrasına göre, "İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari 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 kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler." Doktrinde, tam olarak, karşılık davanın bu maddeye aykırı sonuçları gündeme getireceği eleştirisi yapılmaktadır. Buna göre, "davayı karara bağlayacak olan idari yargı yeri, idarenin, kamu gücü kullanarak elde edebileceği bir sonucu, karşılık dava yoluyla, hüküm altına almakta, onun yerine geçmiş ve ona ait yetkileri kullanmış olur ki bu İdari Yargılama Usulü Kanununun[un] 2'nci maddesinin 2'nci fıkrasında yapılan yasaklamanın ihlali olur⁴⁰⁹".

Diğer taraftan, karşılık davanın idari yargıda kabulünün, idari yargı yerlerinin adli yargı yerlerinin görevine giren konuları da görüşerek bu konularda hüküm verebilmesine imkan tanıyacağı öne sürülmektedir⁴¹⁰. Ancak, idari yargı yerlerinin, adli yargı yerlerinin görev alanlarına giren konuları da karşılık dava müessesesi nedeniyle hükme bağlayabilecekleri yönündeki bu saptamaya katılmak güçtür. Zira, daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi, karşılık davanın şartlarından biri de, asıl davanın görüldüğü yargılama usulüne tabi olmasıdır. Dolayısıyla karşılık dava talebi önüne gelen idari yargı yeri, karşılık davanın diğer şartları gerçekleşmiş olsa bile bu şart gerçekleşmediği için, aynı adli yargı da olduğu gibi, görevsizlik nedeniyle davayı reddetmelidir.

⁴⁰⁷ ARSLAN Süleyman, HUMK'un Karşı Dava ile İlgili Hükümlerinin İdari Yargıya Uygunluk Derecesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.1996/1-2, C.5, s.265.

⁴⁰⁸ DİDDGK, T.05.09.1992, E.1992/170, K.1992/2144, DD, S.87, s.92.

⁴⁰⁹ CANDAN, a.g.e., s.743.

⁴¹⁰ CANDAN, a.g.e., s.743-744.

Doktrinde yer alan başka bir görüşe göre de, idari yargıda karşılık dava ancak karşılık temyiz olarak uygulama alanı bulabilir. Bu görüşün dayanağı İYUK'un 48. maddesinde yer verilmiş olan düzenlemedir. Bu düzenlemeye göre; temyiz dilekçeleri, ilgisine göre kararı veren mahkemeye, Danıştay'a veya dördüncü maddede belirtilen mercilere verilir ve kararı veren mahkeme veya Danıştayca karşı tarafa tebliğ edilir. Karşı taraf tebliğ tarihini izleyen otuz gün içinde cevap verebilir. Cevap veren, kararı süresinde temyiz etmemiş olsa bile düzenleyeceği dilekçesinde, temyiz isteminde bulunabilir. Bu takdirde bu dilekçeler temyiz dilekçesi yerine geçer. Dolayısıyla hüküm, kararı süresinde temyiz etmemiş olan tarafa temyiz dilekçesine vereceği cevap ile kararı temyiz etme hakkı tanımaktadır⁴¹¹. Ancak, İYUK'un 48. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiş olan karşılık temyiz idari yargıya özgü bir kurumdur ve HUMK'un karşılık dava ile ilgili olan hükümlerine tâbi olması söz konusu değildir⁴¹². Danıştay 8. Dairesi de bir kararında; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda ilk derece davalarında karşılık dava şeklinde bir dava türüne yer verilmediğini, buna karşılık kanunun 48. maddesinde karşılık temyiz müessesesinin düzenlendiğini, temyiz dilekçelerine verilecek yanıt ile karşılık temyiz isteminde bulunulabileceğini hüküm altına almıştır⁴¹³.

Belirtelim ki, karşılık dava konusunda idari yargı yerleri tarafından verilmiş çok az karar vardır⁴¹⁴. Bu kararların çoğunluğu da usuli sorunlara ilişkindir. Ancak hemen yukarıda sözü edilen Danıştay kararı bu konuda çok açık bir ifade içermektedir. Bu karara konu olan olayda, davacının görevine son verilmesine ilişkin işlemin idare mahkemesince iptal edilmesi üzerine davacı tarafından, açıkta geçen süreye ilişkin parasal haklarının yasal faizi ile birlikte ödenmesi istemiyle tam yargı davası açılmış; buna karşılık, davalı idare de, davacının görevine son verilmesi sırasında ödenen ayrılış tazminatı ile 24 adet Cumhuriyet altının iadesi istemiyle karşılık dava açmıştır. İdare mahkemesince davacının tazminat istemi kabul edilerek tazminat ödenmesine karar verilmiş, davalı idarenin karşılık davası ise, görev yönünden reddedilmiştir. Danıştay, idare mahkemesi kararının göreve ilişkin kısmının temyizi üzerine, kararı “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasında ilk derece davalarda mukabil dava biçiminde bir dava yolu düzenlenmemiştir. Temyiz

⁴¹¹ KARAVELİOĞLU/KARAVELİOĞLU, a.g.e., s.1059.

⁴¹² CANDAN, a.g.e., 744.

⁴¹³ D.8.D., T.04.05.1993, E.1992/1194, K.1993/1907, DD, S.88, s.385.

⁴¹⁴ Arslan, eski 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde temyiz başvuruları dışında başka bir karşı dava örneğinin tespit edilemediğini belirtmektedir. (ARSLAN S., a.g.m., s. 262).

istemi anılan yasanın 48. maddesinde düzenlenmiş olup, temyiz dilekçelerine karşı verilen yanıtta mukabil temyiz isteminde bulunabileceği belirtilmiştir. Bu nedenle idari yargıda ilk derece davalarda mukabil dava açılmaz. Bu durumda (...) davacının dava dilekçesine karşılık davalı idarece açılan mukabil davanın idare mahkemesince incelenmeksizin reddi gerektiği gibi, bu tür bir davanın adli yargı yerlerince görüleceği de doğaldır.” gerekçesiyle onamıştır.

Bu karardan hareketle, idari yargıda tam yargı davalarında karşılık davanın kabul edilmediği sonucuna varmak mümkündür. Karardaki ifadelerin genelliğinden, aynı sonucun iptal davaları için de geçerli olduğunu düşünmemek için bir neden yoktur. Kanaatimizce idari yargıda sözleşmeden doğan idari davalarda özel hukuk kişileri de davalı olabileceği için bu davalarda karşılık dava söz konusu olabilir⁴¹⁵. Nitekim, Fransız idari yargılama hukukunda da, karşılık davanın, iptal davalarında söz konusu olamayacağı, buna karşılık özellikle sözleşmeden doğan davalarda uygulama alanı bulabileceği kabul edilmektedir⁴¹⁶.

Bunun anlamı ise, Danıştay içtihadı sonucunda, HUMK’un karşılık davaya ilişkin kurallarının idari yargıdaki uygulama alanının değişmiş olması ve HUMK hükümlerinin idari yargıda farklılaşarak uygulanmasıdır. Başka bir deyişle, HUMK’ta karşılık davaya ilişkin olarak dava türleri bakımından bir ayırım yapılmamasına ve bu hükümlere İYUK m. 31 ile herhangi bir sınırlama olmaksızın atf yapılmasına rağmen, Danıştay, -en azından şimdilik- bu hükümlerin iptal ve tam yargı davalarında uygulanamayacağı sonucuna varmış görünmektedir.

⁴¹⁵ Bkz., GÖZÜBÜYÜK/DİNÇER, a.g.e., s. 769. Ayrıca bkz. GÜNDAY, a.g.m., s.85. Ancak yazar bu halde dahi idari yargı açısından karşılık dava müessesesinin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atf yapılarak değil, İdari Yargılama Usulü Kanunu ile ayrıca düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir.

⁴¹⁶ CHAPUS, a.g.e., no.898 vd. Fransız idari yargılama hukukunda, karşılıklı davanın konusunun, asıl davanın konusu ile aynı olması ve karşılık davanın idari yargının görev alanına girmesi gerektiği belirtilerek, idarenin karşılık davayla sadece kendisinin bizzat yapamayacağı tedbirleri talep edebileceği kabul edilmektedir. Bkz. CHAPUS, a.g.e., no.899,900.

SONUÇ

Türk Hukuk sisteminde medeni yargılama hukukuna ve idari yargılama hukukuna ilişkin kurallar her iki hukuk düzeninin de özellikleri dikkate alınarak ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler, sırasıyla, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanunu'dur. Ancak, kanun koyucu, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda her konuda ayrıntılı düzenleme yapmamış, bazı yargılama hukuku müesseselerinin, idari yargıda medeni yargıda uygulandığı gibi uygulanabileceği düşüncesinden hareketle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapmakla yetinmiştir.

Atıf konusu yapılan bu müesseseler, Danıştay kararlarında da belirtildiği gibi, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinde sınırlı sayıda olacak şekilde gösterilmiştir. Bunlar; hakimin 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 ve nihayet duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükununu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemlerdir.

Bu müesseselerin bir kısmı, yani; tarafların vekilleri, adli yardım ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sukûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler, teminat, keşif ve davaya müdahale, idari yargıda, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlendikleri şekil ve kapsamla ve sorunsuz bir şekilde uygulanmaktadır.

Buna karşılık, diğer müesseseler, yani; hâkimin davaya bakmaktan yasaklılığı ve reddi, bilirkişi, delillerin tespiti, davanın ihbarı, yargılama giderleri, ehliyet, karşılık dava, feragat ve kabul, idari yargıda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenlemelerden kısmen farklılaşarak uygulama alanı bulmaktadır. İdare hukuku ve idari yargının özelliklerinden kaynaklanan bu farklılaşmalar bazı

müesseseler, yani;hâkimin davaya bakmaktan yasaklılığı ve reddi, bilirkişi, delillerin tespiti, davanın ihbarı ve yargılama giderleri için bizzat İdari Yargılama Usulü Kanunu tarafından öngörülmüştür. Ancak, bazen Danıştay, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda hiçbir farklılaşma düzenlemesi bulunmamasına rağmen, yine idare hukuku ve idari yargının özelliklerini ön plana çıkararak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin, idari yargıda aynen uygulanamayacağına karar vermiştir. Bu müesseseler; ehliyet, feragat ve kabul, karşılık davadır. Başka bir deyişle, sözü geçen bu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu müesseseleri idari yargıda, Danıştay'ın istikrar kazanmış bu içtihatları nedeniyle, farklılaşarak uygulanmaktadır.

Bu durum, belki idare hukukunun içtihat hukuku olması ile açıklanabilir. Ancak, unutulmamalıdır ki, bugün idare hukukunun içtihat hukuku olma özelliği de, bir yandan, idari yargının Anayasa yargısı, uluslararası yargı, adli yargı ve hatta hakem yargısıyla rekabet halinde olması; diğer yandan da, yazılı hukuk metinlerinin sayısındaki yadsınamayacak artış nedeniyle zayıflamış görünmektedir⁴¹⁷. Bu yazılı metinlerden biri de, Anayasa'nın 138. maddesindeki, hâkimlerin Anayasaya, kanuna ve vicdani kanaatlerine göre hüküm vereceği biçimindeki düzenlemedir. Anayasa'nın 11. maddesi gereği yargı yerlerini de bağlayan bu düzenleme, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesindeki açık düzenlemeye rağmen, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun bu madde ile atıf yapılan bazı hükümlerinin idari yargıda farklılaşarak uygulanacağı yönündeki içtihadı kuşkuyla bakmanın bir gerekçesi olabilecektir⁴¹⁸.

Ancak, Danıştay içtihadıyla gündeme getirilen bu farklılaşmaların bir ihtiyaca cevap verdiği hususu da herhangi bir tartışma konusu olmamaktadır. Başka bir deyişle, Danıştay, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki bazı müesseselerin bu kanundaki haliyle uygulanmasının idari yargının özellikleri ile bağdaşmadığını isabetli bir biçimde saptamış bulunmaktadır. Bu nedenle ve yukarıda anılan anayasal düzenleme de dikkate alınarak farklılaşmaların yeni bir yasal düzenleme ile açıkça belirlenmesi yerinde olacaktır. Bu sonuç, hukuk güvenliği ve hukuki istikrar ilkelerinin de bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır.

⁴¹⁷ RICCI Jean Claude, Droit administratif général, Hachette Supérieur, 2005, no.5 vd.

⁴¹⁸ Örneğin, Yıldırım'a göre, "yasa hükmünün, idari davaların niteliği ile bağdaşmadığı gerekçesiyle uygulanmaması veya değişik şekilde uygulanması, belirsizlik yaratmaktadır". YILDIRIM Turan, İdari Yargı, Beta, İstanbul 2008, s.440.

KAYNAKÇA

ALANGOYA Yavuz, **YILDIRIM** M. Kamil, **DEREN-YILDIRIM** Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. baskı, Beta, İstanbul 2009.

ANSAY S. Şakir, Karar Tahlili, AÜHFD, Y.1950, C.7, S.3-4, s.632.

ANSAY Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Baskı, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara 1960.

ARSLAN Ahmet, **SINMAZ** Emin, **DÜNDAR** Tuncay, İdari Yargılama Usulü ile İlgili Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu Kararları, Turhan kitapevi, Ankara 2005.

ARSLAN Ramazan, Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay'ın Etkisi, Yargıtay Dergisi, Özel Sayı Ocak-Ekim 1989, C.15, S:1-4, s.156.

ARSLAN Süleyman, HUMK'un Karşı Dava ile İlgili Hükümlerinin İdari Yargıya Uygunluk Derecesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.1996/1-2, C.5, s.255.

ASLAN Zehreddin, **BERK** Kahraman, İdare Hukuku ve İdari Yargıya İlişkin Temel Kanunlar, Alfa, 3. basım, İstanbul 2005.

ASLAN Zehreddin, İdari Yargı'da Yürütmenin Durdurulması, Alfa, İstanbul 1994.

AŞÇIOĞLU Çetin, Yargılama Çalışmalarında Bilirkişi Sorunu ve (Hukuk Davalarında) Nitelendirmede Bilirkişinin Görevi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.1992, S.3, s.349.

ATALI Murat, Medeni Usul Hukukunda Davanın İhbarı, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

BAL Yakup, **KARABULUT** Mustafa, **ŞAHİN** Yahya, İdari Yargılama Usulü ile İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

BELGESAY Mustafa Reşit, Ehlivukuf Mütaleasının İlmî Değeri ve Kanuni İspat Kuvveti, İÜHFM, İstanbul 1944, C.10, S.3-4, s.543.

BELGESAY Mustafa Reşit, Teorik ve Pratik Adliye Hukuku (Üçüncü Kitap: Muhakeme Usulü), Suhulet Basımevi, İstanbul 1945.

BERKİN M. Necmeddin, Medeni Usul Hukuku Esasları, Hamle Matbaası, İstanbul 1969.

BİLGE Necip, Medeni Yargılama Hukuku, 2. bası, Sevinç Matbaası, 1967.

BİLGE Necip, **ÖNEN** Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1978.

BÜLBÜL Erdoğan, Fransız İdari Yargılama Hukukunda İvedi Yargılama Usulleri Reformu, Danıştay 134. Yıl Sempozyumu, Ankara 10-11 Mayıs 2002, s.63.

CANDAN Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

CHABANOL Daniel, La pratique du contentieux administratif, 4. bası, Litec, Paris 2002.

CHAPUS René, Droit du contentieux administratif, Montchrestien, 13. bası, 2008.

COPPER-ROYER J., obs. Sur CE, 17.12.1956, M.R.L. c./ Dlle Dubreuil, AJDA 1957, II, s.51.

COŞKUN Sabri, **KARYAĞDI** Müjgan, İdari Yargılama Usulü Örnek İçtihatlar Yorumlar, Seçkin Yayınları, Ankara 2001.

ÇAĞLAYAN Ramazan, İdari Yargılama Usulünde Tanık Delilinin Yeri, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2003, C.11, S.3-4, s.195.

ÇAKMAK Münici, İdari Yargıda Davadan Feragat, AÜHFD, Y.2004, C.53, S.1, s.185.

ÇELİKOL Hüseyin, İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet, Adalet Dergisi, Y.76, S.3, Mayıs-Haziran 1985, s.749.

ÇIRAKMAN Erol, Hukuk Yargılama Usulünün İdari Yargıda Uygulanması, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara 10-11-12 Haziran 1982, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, s.102.

DİNÇ M. İlhan, **CANDAN** Turgut, İdari Yargılama Usulünde Davanın İhbarı(Duyurulması), Danıştay Dergisi Y.22, S.84-85, s.3.

DOĞANAY İsmail, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Tespiti Delâile Dair Hükümleri Üzerinde Bir İnceleme, Adalet Dergisi, Yıl: 45, S.7, 1954, s.888.

DURAL Mustafa/**ÖĞÜZ** Tufan, Türk Özel Hukuku C.II Kişiler Hukuku, Filiz Kitapevi, 6. bası, İstanbul 2002.

ERKUT Celal, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılmasında Yargılama Hukuku Kurallarının Etkinleştirilmesi Sorunu, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü (Danıştay 2001 İdari Yargı Sempozyumu), Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara 2003, s.87.

ERKUT Celal, **SOYBAY** Selçuk, Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar, Beta, 5. bası, İstanbul 2001.

EROĞLU Yaşar, Danıştay Kanunuyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa Atıf Yapılmayan Hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin Danıştayda Uygulanışı, DD., S.8, s.24.

GİRİTLİ İsmet, **BİLGİN** Pertev, Danıştay Kanunu, Kervan Yayınları, 1973.

GİRİTLİ İsmet/**PERTEV** Bilgen/**AKGÜNER** Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2001.

GÖLCÜKLÜ A. Feyyaz, **GÖZÜBÜYÜK** A. Şeref, Avrupa insan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 3. bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, **DİNÇER** Güven, İdari Yargılama Usulü Kanun-Açıklama-İçtihat, Turhan Kitabevi, 2. bası, Ankara 2001.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, **TAN** Turgut, İdare Hukuku C.2, Turhan Kitapevi, 2. bası, Ankara 2006.

GÜNAY Mehmet, **GÜNAY** Meryem, Delil Tespiti, Adalet Dergisi, Y.100, S.34, s.172.

GÜNDAY Metin, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı, in. İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara 2003, s.79.

KALABALIK Halil, İdari Yargılama Usulü Hukuku, Sayram Yayınları, 3. bası, Konya 2009.

KARAFAKİH İsmail Hakkı, Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınlar, Ankara 1952.

KARAVELİOĞLU Celal, **KARAVELİOĞLU** Cemil Erdem, Açıklama ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu, 7. Baskı, Karavelioğlu Hukuk Yayınevi, Ankara 2009.

KONURALP Haluk, Davanın İhbar Edildiği Kimsenin İhbar Edeni Temsil Etmesi, Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Olgaç Matbaası, Ankara 1988, s.549.

KÖROĞLU Hasan, Türk Mahkemelerinde Bilirkişilik ve Bilirkişilik Kurumları, Seçkin, Ankara 2001.

KURU Baki Hukuk Muhakemeleri Usulü, Beta, 6. baskı, İstanbul 2001, C.I

KURU Baki Hukuk Muhakemeleri Usulü, Beta, 6. baskı, İstanbul 2001, C.III

KURU Baki Hukuk Muhakemeleri Usulü, Beta, 6. baskı, İstanbul 2001, C.IV

KURU Baki, **ARSLAN** Ramazan, **YILMAZ** Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 20. baskı, Yetkin, Ankara 2009.

LAFERIERE Edouard, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, C.2, Berger-Levrault, 2. bası, Paris 1896.

MUŞUL Timuçin, Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Yetkin, Ankara 2009.

OĞUZMAN Kemal M., **BARLAS** Nami, Medeni Hukuk, 10. bası, Beta, İstanbul 2003.

ÖNEN Ergun, Feragat ve Kabul Kesin Hüküm Teşkil Etmez, ABD, 1976/1, s.26.

- ÖNEN** Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara 1979.
- ÖZAY** İl Han, Gün Işığında Yönetim, Filiz Kitapevi, İstanbul 2004.
- ÖZEKES** Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Asli Müdahale, Alfa, İstanbul 1995.
- PEKCANITEZ** Hakan, Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, DEÜHF yayını, Ankara 1992.
- PEKCANITEZ** Hakan, **ATALAY** Oğuz, **ÖZEKES** Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 8. bası, Yetkin, Ankara 2009.
- POSTACIOĞLU** İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, Sulhi Garan Matbaası Vârisleri Koll. ŞTİ, İstanbul 1975.
- RICCI** Jean Claude, Droit administratif général, Hachette Supérieur, 2005.
- TANRIVER** Süha, Bilirkişinin Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.2005, S.56, s.133.
- TRUCHET** Didier, Droit Administratif, PUF, Thémis Droit, 2008.
- UMAR** Bilge, Medeni Usul Hukukunda Davanın Dinlenme Şartı Olarak Ehliyet, İÜHF, C.29 No.3-4, 1963, s.107.
- ÜSTÜNDAĞ** Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, 4. bası, Beta, İstanbul 1989.
- YAMAN** Sadettin, Adli ve İdari Yargıda Davaya Müdahale (Katılma) ve İdari Yargıda Asli Müdahalenin Kabulüne Duyulan İhtiyaç, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y.3, S.22, Haziran 2008, s.95.
- YASİN** Melikşah, İdari Yargılama Usulünde Davadan Feragat ve Davayı Kabul, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2004, C.8, S.3-4, s.149.
- YAYLA** Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta, İstanbul 2009.
- YILDIRIM** Turan, İdari Yargı, Beta, İstanbul 2008.
- YILMAZ** Ejder, Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti, Ankara Barosu Dergisi, Y.1984, S.2, s.200.

ÖZGEÇMİŞ

Birgöl KİLİT, 2003 yılında Antalya Anadolu Lisesinden mezun olmuştur. Lisans eğitimini, tam burslu olarak, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde 2007 yılında tamamlamıştır. Aynı yıl, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans programına kayıt yaptırmıştır. 2009 yılından bu yana İstanbul Barosu'na bağlı olarak avukatlık yapmaktadır.