

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

İDARİ YARGILAMA USULÜ HUKUKUNDA
KANITLAMA YÖNTEMLERİ VE ARAÇLARI

Yüksek Lisans Tezi

Yavuz KABASAKAL

Danışman: Prof. Dr. TURAN YILDIRIM

İstanbul, 2007

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

HUKUK Anabilim Dalı KAMU HUKUKU Bilim Dalı Yüksek Lisans öğrencisi
YAVUZ KABASAKAL'ın İDARİ YARGILAMA USULÜ HUKUKUNDA
KANITLAMA YÖNTEMLERİ VE ARAÇLARI adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim
Kurulunun 19.07.2007 tarih ve 2007-8/30 sayılı kararıyla ile oluşturulan jüri tarafından
oy birliği / oy çokluğu ile Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi : 3.12.2007

1) Tez Danışmanı : PROF. DR. TURAN YILDIRIM

2) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ.DR. FULYA İLÇİN GÖNENÇ

3) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ.DR. MELİKŞAH YASİN



İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR	VI
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	3
1. İSPAT, HUKUK DEVLETİ VE ADİL YARGILANMA HAKKI BAKIMINDAN	
İSPAT, İSPAT YÜKÜ	3
1.1. İSPATIN TANIMI	3
1.2. HUKUK DEVLETİNİN TANIMI	5
1.3. HUKUK DEVLETİ VE İDARENİN YARGISAL DENETİMİ	6
1.4. HUKUK DEVLETİ VE HAK ARAMA HÜRRİYETİ	8
1.5. HUKUK DEVLETİ VE ADİL YARGILANMA HAKKI	10
1.5.1. Kavram Olarak Adil Yargılanma.....	10
1.5.2. Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı	10
1.6. ADİL YARGILANMA HAKKI	11
1.7. ADİL YARGILANMA HAKKININ UNSURLARI İŞİĞİNDA İDARİ YARGIDA	
KANITLAMA, KANITLAMA ARAÇ VE YÖNTEMLERİ	14
1.7.1. Yargılamanın Aleni Ve Duruşmalı Olması Hakkı	14
1.7.2. Silahların Eşitliği İlkesi.....	16
1.7.3. Tanıkların Sorgulanması Hakkı (6/3-D).....	22
1.8. İSPATIN İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDAKİ YERİ	23
1.9. İSPATIN KONUSU	25
1.9.1. İspatın Konusunu Oluşturan Olay ve Nitelikleri.....	25
1.9.2. Uyuşmazlığın Çözümünde Uygulanacak Hukuk Kurallarının İspatı	27
1.10. İSPAT YÜKÜ	29
1.10.1. İSPAT YÜKÜ KAVRAMI.....	29
1.10.2. İSPAT YÜKÜNDE GENEL KURAL.....	29
1.10.3. GENEL KURALIN İSTİSNALARI.....	30
1.10.3.1. Normal Durumun Aksinin İspatı.....	30
1.10.3.2. İspat Yükünün Kanunla Belirlendiği Haller.....	31
1.10.3.3. Karineler.....	31
1.10.4. YARGILAMA USULLERİNDE İSPAT YÜKÜ	32

1.10.4.1. Hukuk Yargılamasında İspat Yükü	32
1.10.4.2. Ceza Yargılamasında İspat Yükü	32
1.10.4.3. İdari Yargıda İspat Yükü.....	33
1.11. İDARİ YARGILAMA USULÜNDE GEÇERLİ OLAN İLKELERİN İSPAT	
YÖNÜNDEN İNCELENMESİ	37
1.11.1. GENEL OLARAK	37
1.11.2. YAZILI YARGILAMA İLKESİ	38
1.11.3. RE'SEN (KENDİLİĞİNDEN) ARAŞTIRMA İLKESİ	39
1.11.3.1. Kavram.....	39
1.11.3.2. Re'sen Araştırma İlkesinin Amacı.....	40
1.11.3.3. Re'sen Araştırma İlkesinin Kapsamı	41
1.11.3.4. Re'sen Araştırma İlkesinin Sınırı.....	42
1.11.3.5. Re'sen Araştırma İlkesinin Kullanılma Usulü	44
1.11.4. DELİL SERBESTİSİ İLKESİ	46
1.11.4.1. Kavram.....	46
1.11.4.2. Delil Serbestisi İlkesinin Sınırları.....	46
1.11.5. DELİLLERİN SERBESTÇE DEĞERLENDİRİLMESİ İLKESİ	48
İKİNCİ BÖLÜM	50
2. DELİLLERİN ELDE EDİLME YÖNTEMLERİ	50
2.1. TARAFLARIN MAHKEMEYE DELİL SUNMASI	50
2.1.1. Delil Gösterme Kavramı ve Önemi.....	50
2.1.2. Tarafların Delil Göstermesi	50
2.1.3. Tarafların Delil Gösterme Zamanı	51
2.1.4. İddia ve Savunmanın Genişletilmesi ve Değiştirilmesi Yasağı	52
2.1.4.1. İddia ve Savunmanın Genişletilmesi ve Değiştirilmesi Yasağının	
Anlamı	52
2.1.4.2. İddia ve Savunmanın Genişletilmesi ve Değiştirilmesi Yasağının	
Kapsamı	53
2.1.4.3. İdari Yargı Bakımından İddianın ve Savunmanın Değiştirilmesi	
ve Genişletilmesi Yasağı.....	54
2.2. MAHKEMELERİN DELİL TOPLAMASI.....	56
2.3. DELİL TESPİTİ YOLUYLA DELİL ELDE EDİLMESİ	57
2.3.1. Delillerin Tespiti Kurumu ve Niteliği.....	57
2.3.2. Delillerin Tespitinin Kapsamı	58

2.3.3. Delillerin Tespitinin Şartları	58
2.3.3.1. Tespiti İstenilen Deliller Açılmış veya Açılacak Bir Dava İle İlgili Olmalıdır.....	58
2.3.3.2. Delillerin Tespitinde Hukuki Bir Yarar Bulunmalıdır	59
2.3.4. Delillerin Tespitinde Yetkili ve Görevli Mahkeme	59
2.3.4.1 Dava Açılmadan Önce	59
2.3.4.2. Dava Açıldıktan Sonra	61
2.3.5. Delillerin Tespiti Usulü.....	62
2.3.6. Delillerin Tespiti Yoluyla Elde Edilen Delillerin Değeri.....	63
2.3.7. Noterlerce Delillerin Tespiti	63
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	67
3. İDARİ YARGIDA KANITLAMA ARAÇLARI (DELİLLER)	67
3.1. DELİL KAVRAMI	67
3.1.1. DELİLLERİN ÖZELLİKLERİ.....	68
3.1.1.1. Akılcı ve Gerçekçi Olması	68
3.1.1.2. Olayı Temsil Etmesi.....	68
3.1.1.3. Hukuka Uygun Olması	68
3.1.1.4. Müşterek Olması	68
3.1.2. DELİL TÜRLERİ	69
3.1.2.1. Kesin Deliller	69
3.1.2. 2. Takdiri Deliller	69
3.2. İDARİ YARGILAMA USULÜNDE DELİLLER.....	70
3.2.1. BELGE	70
3.2.1.1. Kavram	70
3.2.1.2. Niteliği	71
3.2.1.3. İspat Aracı Olarak Önemi.....	72
3.2.1.3.4. Belge Türleri	72
3.2.1.3.4.1. Belgeyi Oluşturan Kişi ya da Makama Göre.....	73
3.2.1.3.4.1.1. Resmi Belgeler	73
3.2.1.3.4.1.2. Özel Belgeler	73
3.2.1.3.4.2. Şekline Göre Belgeler.....	74
3.2.1.3.4.2.1. Yazılı Belgeler.....	74

3.2.1.3.4.2.2. Şekil Tespit Eden Belgeler.....	75
3.2.1.3.4.2.3. Ses ve Görüntü Tespit Eden Belgeler.....	75
3.2.1.3.4.3. Niteliğine Göre Belgeler	76
3.2.1.3.4.3.1. İcrai Belgeler	76
3.2.1.3.4.3.2. İcrai Olmayan Belgeler	76
3.2.2.BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ VE BİLİRKİŞİ RAPORU	77
3.2.2.1. Bilirkişi Kavramı.....	78
3.2.2.2. Bilirkişinin Nitelikleri.....	79
3.2.2.3. Bilirkişi İncelemesini Gerektiren Haller.....	80
3.2.2.4. Bilirkişilerin Seçimi	81
3.2.2.5. Bilirkişi Sayısı.....	82
3.2.2.6. Bilirkişiye İtiraz (Bilirkişinin Reddi).....	83
3.2.2.7. Bilirkişi İncelemesi.....	83
3.2.2.8. Bilirkişi Raporu.....	84
3.2.2.8.1. Hazırlanışı	84
3.2.2.8.2. Bilirkişi Raporunda Bulunması Gereken Hususlar.....	85
3.2.2.8.3. Bilirkişi Raporuna İtiraz	86
3.2.2.8.4. Bilirkişi Raporunun Hukuki Niteliği ve Delil Olarak Değeri.....	86
3.2.3. KEŞİF	89
3.2.3.1. Tanımı.....	89
3.2.3.2. Keşfin Konusu.....	89
3.2.3.3. Keşfin Yapılışı.....	89
3.2.3.4. Keşfin Hukuki Niteliği ve Delil Olarak Değeri.....	91
3.2.4. TANIK.....	91
3.2.4.1. Tanığın Tanımı	91
3.2.4.2. Tanık Beyanının Delil Olarak Değeri	92
3.2.4.2.1. Hukuk ve Ceza Yargılama Usullerinde Tanık ve Tanıklık	93
3.2.4.2.2. İdarî Yargılama Usulünde Tanık ve Tanıklık.....	93
3.2.4.3. İdarî Yargıda Tanık Dinlenilmesine İhtiyaç Olup Olmadığı	94
3.2.4.3.1. Mahkemeler Açısından	94

3.2.4.3.2. Taraflar Açısından.....	97
3.2.4.4. Yürürlükteki Mevzuata Göre İdarî Yargı Yerlerinin Tanık Dinlemesinin Mümkün Olup Olmadığı	97
3.2.4.4.1. İdarî Yargı Yerlerinin Tanık Dinleyemeyecekleri Görüşü	97
3.2.4.4.2. İdarî Yargı Yerlerinin Tanık Dinlemelerine Yasal Bir Engel Bulunmadığı Görüşü.....	98
3.2.4.4.3. İdari Yargı Yerlerinin Tanık Dinleyip Dinleyemeyecekleri Konusunda Danıştay Tutumu....	98
3.2.4.4.4. İdarî Yargı Yerlerinin Tanık Dinleyebilecekleri Görüşü'nün Dayanakları.....	99
3.2.4.4.4.1. Hak Arama Özgürlüğü, Adil Yargılanma Hakkı ve Hukuk Devleti Açısından	99
3.2.4.4.4.2. İdarî Yargılamanın Amacı ve İdarî Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler Bakımından.....	100
3.2.4.4.4.3. HUMK'a Yollama Yapılan Hususlar Bakımından.....	103
3.2.4.4.4.3.1. Keşif.....	103
SONUÇ.....	105
KAYNAKÇA.....	109

KISALTMALAR

a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
a.g.t.	: adı geçen tez
A.İ.H.M.	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
A.İ.H.S.	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜSBE	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
Bkz, bkz	: Bakınız
C	: Cilt
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
Çev.	: Çeviren
D.	: Dairesi
DBB	: Danıştay Bilgi Bankası
DD	: Danıştay Dergisi
DEÜ	: Dokuz Eylül Üniversitesi
Dn.	: Danıştay
E.	: Esas
GÜSBE	: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

İBK	: İçtihadı Birleştirme Kurulu
İDDGK	: İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İYGS	: İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu
İ ve MD	: İktisat ve Maliye Dergisi
K.	: Karar
KÜSBE	: Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
m.	: madde
para	: paragraf
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
Sy.	: Sayı
TK	: Ticaret Kanunu
TODAİE	: Türkiye Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü
YD	: Yargıtay Dergisi
vd	: ve devamı
vs.	: vesair
vb.	: vebenzeri
VDDGK	: Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu
VUK	: Vergi Usul Kanunu
Yar.	: Yargıtay

GİRİŞ

Bu çalışmada, İdari Yargılama Usul Hukuku'nda kanıtlama,kanıtlama araç ve yöntemleri açıklanmaya çalışılırken mevzuatımızın bir parçası haline gelen ve A.İ.H.S.'nin 6.maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı bakımından da konumuz açıklanmaya çalışılacaktır. İnsan hakları belgelerinde yer verilen bütün hakların korunması ve hayata geçirilmesi noktasında olmazsa olmaz niteliğe sahip “adil yargılanma hakkı” kavramı üzerinde durulmaksızın A.İ.H.S'nin 6 ncı maddesi bağlamında adil yargılanma hakkının konumuz olan idari yargılama usul hukukunda ispata bakan yönleri açıklanmaya çalışılacaktır. Ülkemizde uygulanmakta olan idari yargılama usul hukukunda ispat konusunun AİHS'nin 6'ncı maddesinde sağlanan güvencelerle hangi noktalarda uyumlu olduğu konuları incelenmeye çalışılacaktır. Konu incelenirken, doğrudan adli yargıyı ilgilendiren hususlar üzerinde durulmayacaktır. Hatta adil yargılanmanın idari yargılamanın esasları bakımından incelemesi yapılmayıp sadece konumuzla ilgili kısmına değinilmeye çalışılacaktır.

Kanıtlama, genel olarak yargılama hukukunun en temel konularından birisidir. Bütün yargılama hukuklarında davanın sonucunu etkileyen çok önemli bir konudur. Çünkü dava, ileri sürülen hususların ispat edilip edilmediğine göre farklı sonuçlanabilecektir. Taraflardan biri haklı olduğunu düşündüğü davasında iddiasını dayandığı maddi durumu kanıtlayabildiği ölçüde davasını kazanabilecektir. İddiasını dayandığı maddi durumun kanıtlanamaması ve karşı tarafın aksini kanıtlaması halinde davayı kaybedebilecektir.

Konunun idari yargılama ile diğer yargılama dallarıyla ortak yönleri olduğu gibi idari yargılama usulüne özgü “yazılı yargılama” ve “re'sen araştırma” ilkeleri gibi özelliklerinden kaynaklanan farklılıkları da bulunmaktadır.

Çalışmamızda, idari yargılama usulünde ispatın önemi ve idari yargıda geçerli olan ispata yarayan araçların (deliller) neler olduğu, hukuk devleti ilkesi, adil yargılanma hakkı ve bu bağlamda hak arama özgürlüğü ve hukuk devletinin en önemli gereklerinden olan idarenin yargısal denetimi çerçevesinde ele alınmıştır. İdari yargılama hukuku ilkesi olan re'sen araştırma ilkesinin konumuzla ilgili kanıtlamaya etkisi, kanıtlama araç ve yöntemlerini ne şekilde etkilediği üzerinde durulmaya çalışılmıştır. Kanıtlama yükünün taraflar arasında nasıl paylaşılacağı, tanık dinlenip

dinlenemeyeceği, idari dava açılmadan idari yargı yerlerinden kanıtların saptanmasının istenip istenmeyeceği konuları açıklanmaya çalışılmıştır.

Çalışma, giriş, üç bölüm ve sonuç bölümlerinden oluşmaktadır. Birinci bölümde ispatın tanımı, A.İ.H.S ve adil yargılanma hakkı, hukuk devleti ve idarenin yargısal denetiminde ispat ve ispat araçlarının yeri, ispat yükü kavramları üzerinde durulmuş; idari yargılama usulüne hâkim olan ilkeler karşısında idari yargıda ispat ve deliller konusu incelenmiş, ikinci bölümde, idari yargılama usulünde geçerli olan ve olması gereken delillerin elde edilme yöntemleri incelenmiş; üçüncü bölümde ise, kanıtlama araçları açıklanmaya çalışılmıştır.

Konu ile ilgili hukuk ve ceza yargılaması konularına ve yasal düzenlemelerine yeri geldiğinde değinilerek benzer veya farklı yönleri ortaya konarak konumuz açıklanmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

1. İSPAT, HUKUK DEVLETİ VE ADİL YARGILANMA HAKKI BAKIMINDAN İSPAT, İSPAT YÜKÜ

1.1. İSPATIN TANIMI

Kelime anlamı olarak ispat, “Bir konunun, bir durumun kanıt veya delil yoluyla gerçek durumunu ortaya çıkarma, kanıtlama”¹, hukuki anlamda ispat ise, “ihtilaf mevzuu olan maddi veya hukuki vakianın olduğu veya olmadığı hususunda hâkime kanaat verecek delil veya karineleri arz etmek, hâkimin kanaatini bu noktaya çekmektir.”² şeklinde tanımlanmıştır.

İspat kavramının tanıma ilişkin doktrinde yapılan tanımlar ise, “dava konusu hakkın ve buna karşın yapılan savunmanın dayandığı vakıaların var olup olmadıkları hakkında mahkemeye kanaat verilmesi işlemi”³, “davada tarafların ileri sürdükleri sav ve savunmaların doğruluğuna yargıcı inandırmaları”⁴, “istemin konusu ile ilgili hukuksal sonucu öngören hukuk normundaki öge olayların gerçekleştiği hakkında yargıçta kanaat uyandırmak için girişilen bir inandırma eylemi”⁵, “hukuk kurallarının hukuki

¹ Celal KARAVELİOĞLU, **İmar İhale İdari Dava, Ansiklopedik Sözlük**, Ankara 2004, s.188

² **Türk Hukuk Lûgatı**, Türk Hukuk Kurumu Yayını, Ankara 1991, s.168

³ Baki KURU, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C.II, 6. Bası, Demir Yayıncılık, İstanbul 2001, s.1966; Baki KURU- Ramazan ARSLAN ve Ejder YILMAZ, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s.420; İl Han ÖZAY, **Yargısal Korunma**, Alfa Yayınları, İstanbul 1999, s.212; Hakan PEKCANİTEZ, **Medeni Usul Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara 2000, s.293; Haluk KONURALP, **Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, AÜHF Yayınları, Ankara 1999, s.9

⁴ Şeref GÖZÜBÜYÜK- Turgut TAN, **İdare Hukuku**, C.II, **İdari Yargılama Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 1999, s.983; Saim ÜSTÜNDAĞ, **Medeni Yargılama Hukuku**, C.I-II, **Yerel Mahkemelerde Yargılama Kanun Yolları ve Tahkim**, İstanbul 2000, s.613; Ergun ÖNEN, **Medeni Yargılama Hukuku**, AÜHF Yayınları, Ankara 1979, s.201; İlhan POSTACIOĞLU, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, İstanbul 1975, s.527; Yavuz ALANGOYA, **Medeni Usul Hukuku Esasları I, İlk Derece Mahkemelerinde Yargılama**, İstanbul 2000, s.258.

⁵ Bilge UMAR- Ejder YILMAZ, **İspat Yükü**, Kazancı Matbaacılık, Büyükçekmece 1980, s.2; Ejder YILMAZ, **“Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve Kanıtlama Sorunları”**, Rekabet Kurumu Perşembe

sonuç bağıladığı olay ya da olguların gerçekleştiğinin ya da gerçekleşmediğinin ortaya konulması ve bu suretle mahkemeye bir kanaat verilmesi”⁶ şeklindedir.

Bütün bu tanımlamalar doğrultusunda hukukta ispatı, davada tarafların ileri sürdükleri iddia ve savunmaların konusunu oluşturan maddi olay veya olguların doğruluğu konusunda mahkeme ya da hâkimi inandırmaya yönelik çabaların bütünüdür şeklinde tanımlayabiliriz.

Konferansları, Ankara 1999, s.82; Necip BİLGE- Ergun ÖNEN, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, AÜHF Yayınları, Ankara1978, s.491.

⁶ Mustafa ELÇİM, **Hukuk Devleti Açısından İdari Yargılama Usulünde Kanıtlama Yöntemi ve Araçları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, KÜSBE, Kocaeli 2001, s.20.

1.2. HUKUK DEVLETİNİN TANIMI

Hukuk Devletinin tanımı konusunda en geniş ve ayrıntılı tanıma Anayasa Mahkemesi kararlarında rastlamaktayız. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Hukuk devleti, her eylemi ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir."⁷ Diğer bir kararında "... insan haklarına saygılı ve bu hakkı koruyan, toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran ve bu düzeni sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasaya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet ..." ⁸ şeklinde tanımlanmıştır.

Hukuk Devletinin genel kabul gören gerekleri (=unsurları) de vardır. Bunlar; temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmış olması, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, kanuni idare (=idarenin yasallığı) ilkesi, devlet faaliyetlerinin belirliliği ilkesi, idarenin yargısal denetimi, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi ile idarenin mali sorumluluğudur.⁹

⁷ AYM'nin 23.7.1986 tarihli ve E:1985/31, K:1986/11 sayılı kararı, AYMD, Sy.22, s. 120; Benzer tanımlar için bkz., AYM'nin 12.12.1989 tarihli ve E:1989/11, K:1989/48 sayılı kararı, AYMD, Sy.25, s.433-434; AYM'nin 2.5.1989 tarihli ve E:1988/36, E:1989/24 sayılı kararı, AYMD, Sy. 25, s.265.

⁸ AYM'nin 25.5.1976 tarihli ve E:1976/1, K:1976/28 sayılı kararı, AYMD, Sy.14, s.185-186.

⁹ Metin GÜNDAY, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, Ankara 2003 s.38. v.d.

1.3. HUKUK DEVLETİ VE İDARENİN YARGISAL DENETİMİ

Hukuk devletinin gereklerinden biri belki de en önemlisi olan, idarenin kuruluşunun ve faaliyetlerinin hukuk kurallarına bağlı olması¹⁰, bu kuralların dışına çıktığında da bağımsız yargı mercilerinin denetimine tabi olmasıdır. İdarenin bağımsız mahkemeler tarafından yapılan yargısal denetimi sayesinde hukuka bağlılığı etkili bir biçimde sağlanmış olur ve idare edilenler idarenin kanunsuz ve keyfi davranışlarına karşı korunmuş olur.¹¹ İdarenin yargısal denetimi ile bir yandan idare, işlem yaparken veya eylemde bulunurken bu işlem ve eylemlerine karşı yargı yoluna gidilebileceğini göz önünde bulundurarak hukuk kurallarına uygun işlem yapmaya veya eylemde bulunmaya çalışacaktır. Öte yandan, idare ile olan uyumsuzluklarının bağımsız bir organ olan yargı önünde görülecek olması idare edilenlere güvence verecektir.

Anayasanın 125/1. maddesinde "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmü yer almaktadır. Böylece idarenin yargısal denetimi anayasal güvence altına alınmıştır.

İdare bir tüzel kişiliktir. İdarenin iradesi tüzel kişilik adına olmakla birlikte, bu iradesini gerçek kişiler yani kamu görevlileri vasıtasıyla oluşturmaktadır. Hal böyle olunca da idarenin işlemlerinde insan unsuru devreye girer. İnsan unsurunun devreye girmesi, idarenin üstün yetkilerini kullanırken keyfiliğe kaçabilmesi, işlemin yasal dayanağının yanlış belirlenebilmesi, yanlış yorumlanabilmesi, kişisel ve siyasi unsurların işlemlere etki edebilmesi sorununu ortaya çıkarır. Böyle olunca da hukuka uygun kabul edilen işlemler, gerçekte hukuka aykırı olabilmektedirler. Gerçekte hukuka aykırı olan ancak yapıldığı andan itibaren kişilerin hukuki durumlarında değişiklik meydana getiren ve hukukilik karinesinden yararlanan idari işlemler aleyhine ilgililerin haklarını koruyabilmelerine imkan sağlamak için idarenin yargısal denetimine ihtiyaç duyulmuştur. İdarenin yargısal denetimi ile kamu gücünü kullanarak icrai işlemler yapan idare karşısında ilgililere bağımsız mahkemeler önünde haklarını savunabilme

¹⁰ Münci KAPANİ, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, Ankara 1993, s.290; ONAR, a.g.e., C.I, s.230; Tahsin Bekir BALTA, **İdare Hukukuna Giriş**, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s.62-63; İsmet GİRİTLİ-Pertev BİLGİN ve Tayfun AKGÜNER, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul 2001, s.50-52; GÖZÜBÜYÜK- TAN, a.g.e., s.39; GÜNDAY, İdare Hukuku., s.38.

¹¹ BALTA, a.g.e., s.222

imkanı sağlamak, onları hukuki güvenliğe kavuşturmak, idare karşısında ezilmemelerini sağlamak amacı güdülmektedir.¹²

İdarenin yargısal denetiminden başka denetlenme yolları da vardır. Bunlar; idari düzen içerisinde yer alan hiyerarşi –vesayet denetimi, meclis tarafından yapılan siyasi denetim ve baskı grupları tarafından yapılan kamuoyu denetimidir. Ancak, idarenin eylem ve işlemleri üzerinde yapılan denetimlerin en etkili olanı ve idare edilenlere en fazla güvence sağlayanı, bağımsız ve tarafsız yargı organları tarafından yapılan yargısal denetimdir.¹³

İdarenin kamu gücünü kullanarak tek taraflı olarak tesis ettiği ve icrai ve hukukilik karinesinden yararlanan işlemleri nedeniyle ilgililerin idari düzen içerisinde haklarını aramaları mümkün ise de idarenin yaptığı işlemlerin hukuka aykırı olduğunu kabullenememesi, yaptığı işlemlerden bir an önce sonuç alabilme amacı gütmesi gibi nedenlerle pek etkili bir hak arama yolu olduğu söylenemez.¹⁴ Günümüzde idarelerin genelde siyasal iktidarın etkisi altına kalması nedeniyle de siyasi denetim çok da etkili bir denetim yapamamaktadır. Kamuoyu denetimi de genelde genel konularda halkı bilinçlendirmeye yönelik nitelik taşımaktan öteye gidememekte, bireysel işlemlerde yok denecek kadar etkisiz bir denetim ortaya çıkarmaktadır.

İşte bu durumda, ilgililerin haklarını etkileyen, menfaatlerini ihlal eden ve yapıldıkları andan itibaren hukuka uygun oldukları kabul edilen işlemler hakkında en etkili denetimin yargısal denetim olduğu anlaşılmaktadır. Yargısal denetim bireylerin haklarını koruma açısından en etkili denetim yoludur. Çünkü idarenin dışında, idarenin etkisinden uzak bağımsız ve tarafsız yargı organları tarafından yapılan bu denetim bireylere hukuki güvenlik sağlamakta, idareyi keyfi işlemler yapmaktan sakındırmakta ve kamu yararını korumaktadır.

¹² Bayram PARLAK, **İdari Yargıda İspat ve İspata Yarayan Araçlar**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, GÜSBE, Ankara 2006, s.8

¹³ BALTA, a.g.e., s.222; ELÇİM, a.g.t.,12.

¹⁴ İl Han ÖZAY, **Günışığında Yönetim**, Alfa Yayınları, İstanbul 1996, s.12-13.

Öte yandan, bağımsız ve tarafsız idari yargı organlarının varlığı devlet memurlarının siyasi veya başka baskılardan uzakta görevlerini yapabilmesinin güvencesini oluşturmaktadır.

1.4. HUKUK DEVLETİ VE HAK ARAMA HÜRRİYETİ

Anayasanın ikinci kısmında Temel Haklar ve Ödevler belirlenmiş ve 4709 sayılı Yasanın 14 üncü maddesiyle değiştirilen 36. maddesinin 1. fıkrasında, “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” hükmü getirilmiştir. Bu anayasa hükmü ile bireylere hak arama özgürlüğü ve savunma hakkı verildiğini görmekteyiz. Anayasa ile bireylere tanınan bu hakların sınırlandırılması veya geri alınması da -kamu yararı, kamu düzeni hariç – mümkün değildir.

Hak arama özgürlüğü kısaca bireylerin yargı mercileri önünde davacı veya davalı olabilme hakkını ifade etmektedir. Savunma hakkı da hak arama özgürlüğünün uzantısı niteliğindedir. Hak arama özgürlüğü bireylerin haklarını yargı mercileri önünde araması olduğu için ilgililer hakkındaki isnatlara da savunma hakkı çerçevesinde cevap verebilirler. Savunma hakkı ilgilinin hakkındaki isnadı ve kanuni delilleri öğrenme hakkını da kapsamaktadır.¹⁵

İdarenin işlemlerini yaparken, işlemlerini bir nedene dayandırması ve bu nedeni ilgisine bildirmesi hak arama ve savunma yapma açısından çok önemlidir.¹⁶ Kural olarak, idari işlemlerin gerekçeli olarak yapılması şart değildir.¹⁷ Ancak, yargı mercilerine, idare aldığı bir karara gerekçe bildirmek zorundadır (İYUK m 20/2) . Açılan davada idarenin bildirdiği gerekçe ilgisine savunma hakkı kazandırmaktadır. İdarenin işlemlerini bir nedene dayandırması, işlemin bir mantık süzgecinden geçerek oluştuğunu gösterecektir. Objektif bir nedene dayanarak kurulan işlem yargının işgücünü azaltacaktır. Çünkü, işlemin objektif bir nedene dayalı olarak kurulduğunu gören kişi dava açmaktan vazgeçebilecektir.

¹⁵ Sıdık Sami ONAR, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966., C.III, s.1793.

¹⁶ Süheylâ Şenlen SUNAY, **İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İspat ve Delil Hususları**, Kazancı Yayınları, İstanbul 1996

¹⁷ GÜNDAY, **İdare Hukuku.**, s.133

İdari yargı mercilerinde açılan davaların tarafları diğer davalardan farklıdır. Çünkü idari yargıda davalı daima bir idaredir. Açılan bir dava ile idarenin işlem ya da eylemlerinin hukuka uygunluğu denetlenmektedir.¹⁸ İdari işlem, adından da anlaşılabilir gibi idareden sadır olmaktadır. Dolayısıyla açılan bir davada davacının elinde idari işlemten başka bir şey bulunmamaktadır. Hatta bazı durumlarda idari işlem dahi bulunamamaktadır (örn. Zimni ret işlemleri). İşlem ve diğer bütün evraklar idarenin elinde olmasına rağmen ilgilisi tarafından yine idareye karşı ileri sürülmektedir.

İdarenin yargısal denetimi açısından ispat ve ispata yarayan araçlar yukarıda anlatılanlar açısından önem taşımaktadır. Anayasada bireylere hak arama özgürlüğü tanınırken, “meşru vasıta ve yollardan” kastedilenin önemli bir bölümünü ispata yarayan araçlar (=deliller) oluşturmaktadır. İdarenin kamu gücünü kullanarak tesis ettiği işlemlere karşı açılan bir davada yine idare güçlü konumdadır. Çünkü idare ilgiliye sadece idari işlemi tebliğ etmekte, çoğu zaman da işlemde gerekçe bulunmamaktadır. İşlemi ile ilgili dosyalar ve evraklar idare nezdinde bulunmaktadır. Böyle bir durumda güçsüz durumda bulunan davacıdan iddiasının ispatı istenmektedir. Bunu gören kanun koyucu idari yargı mercilerine re’sen araştırma yetkisi vermiştir. Bu yetkiyle idarenin yargı mercileri önünde istediği gibi hareket etmesi engellenerek bireylerin hakları korunmaya çalışılmaktadır. Diğer bir anlatımla, idarenin yargısal denetimi etkili bir şekilde gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır.¹⁹

İnsan Halklarına saygılı Hukuk devleti ile ispat arasındaki ilişki burada önem taşımaktadır. Bir hak kanıtlanamasa da vardır. Ancak, hakkın hukuki anlam ifade edebilmesi o hakkın kanıtlanmasıyla mümkün olabilecektir. Güçlü bir kamu otoritesi (idare) karşısında bireyin haklarının korunabilmesi etkili ve güçlü bir yargısal denetimle mümkündür. Adil yargılanmanın ve Hukuk Devlerinin gereği olan yargısal denetimin etkili sonuç doğurabilmesi hakkın varlığının ve haklılığının bağımsız ve etkin yargı önünde ortaya konulabilmesi hakka ve haksızlığa hukuksal korunma sağlanabilmesi ancak o hakkın ve haklılığın kanıtlanabilmesiyle mümkün olabilecektir. Bu nedenle kanıtlama ve kanıtlama araç ve yöntemleri konusu hukuk devleti ilkesi ve insan hakları ile yakından ilgilidir.

¹⁸ SUNAY, a.g.e., s.4; ELÇİİM, a.g.t., s.23

¹⁹ PARLAK, a.g.t.,s. 11-12

1.5. HUKUK DEVLETİ VE ADİL YARGILANMA HAKKI

1.5.1. Kavram Olarak Adil Yargılanma

Adil yargılanma hakkı, hukukun üstünlüğüne dayanan demokratik devletlerde bireylerin yargılanma sürecinde, adil bir karar verilebilmesi için gereken ön koşulların sağlanmasını talep edebilme hakkıdır.²⁰

Adil yargılanma hakkı, uluslararası belgelerle koruma altına alınan diğer haklardan farklı olarak usule ilişkin teminatlar içerir ve insan haklarının korunmasına ilişkin sistemin temelini oluşturur. Bu sistem öncelikle, hukukun üstünlüğünü ve adalete erişimi koruma altına alır (Adalet Bakanlığı 2005). Temel hakların sağlanması kadar, bu hakların etkin bir şekilde korumasını isteme hakkını da güvence altına almak gerekir.²¹

Bir insan hakkının tanınmasını anlamlı kılan da onu, yargısal bir güvence mekanizması ile koruma altına alarak uygulamaya geçirebilmektir. Hak, onu ihlal eden kim olursa olsun mahkemeler önünde korunabilmelidir.²² Bu noktada, mahkemeye başvurabilmeden mahkeme kararının doğru bir şekilde uygulanmasına kadar geniş bir alan bireyi doğrudan ilgilendirmektedir.

1.5.2. Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı

Adil yargılanma hakkı, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına, 17 Ekim 2001 gün ve 24556 mükerrer sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanunun 14 üncü maddesi ile girmiştir.

Anayasamızın 4709 sayılı Yasanın 14 üncü maddesiyle değiştirilen 36 ncı maddesinde aynen, “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma

²⁰ Billur YALTI, **İnsan Haklarının Vergi Hukuku Pratiği: Adil Yargılanma Hakkının Vergi Davalarında Uygulanabilirliği**, Vergi Dünyası Dergisi, Sy 254, s. 87, 2004

²¹ Durmuş TEZCAN / M.R. ERDEM, M. RUHAN / SANCAKDAR, Oğuz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara 2004, s.182

²² İbrahim KABOĞLU, **Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı**, İmge Kitabevi, Ankara 2002, s.162

hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.” hükmüne yer verilmiştir.

Yapılan bu değişiklik sonucunda ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınmış olan adil yargılanma hakkının anayasal zemine kavuşturulması olumlu bir adımdır.

Anayasamızın 36 ncı maddesinin “hak arama hürriyeti” başlığını taşıması ilginçtir. A.İ.H.S.’nde 6 ncı maddenin başlığı “adil yargılanma hakkı” olup, hak arama özgürlüğü bu maddenin bir unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Oysa Anayasamız, farklı bir yaklaşımla “hak arama hürriyeti” başlığı altında, adil yargılanma hakkını düzenlemiştir.

1.6. ADİL YARGILANMA HAKKI

A.İ.H.S.’nin 6 ncı maddesi ile adil yargılanma hakkı düzenlenmiştir. Bu madde, yargılamanın hangi koşullar altında yapılması gerektiğini belirtir ve yargılama süreci ile ilgili güvenceleri gösterir. Sözleşmenin 6 ncı maddesi aynen aşağıda yer aldığı gibidir:

1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasa ile kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava sürecince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımında yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;

e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak.²³

Anılan 6 ncı maddede ifade edilen adil yargılanma hakkı ile bireye adli mekanizmanın işleyiş ve organizasyonunda prosedürel bir takım güvenceler sağlanmaya ve imzacı devletlerin yetki alanında bir adalet standardı oluşturmaya çalışılmaktadır. 6 ncı maddenin koruması altında olan, yargılamada sürecinde adil bir karar verilip verilmediği değil, adil karar verilmesine olanak sağlayabilecek koşulların oluşturulmasıdır. Ulusal mahkemelerin verdiği kararları irdelleyen bir temyiz mahkemesi gibi hareket etmek yerine AİHM, yargılama sürecinin sorgulanması ile ilgilidir.²⁴

AİHM, demokratik toplumlar için bu hakkın dar yorumlanmaması ve pratik düşüncelere feda edilmemesi gerektiği, Delcourt / Belçika davasında; Sözleşmedeki anlamıyla demokratik bir toplumda adil yargılanma hakkı öylesine öncelikli bir role sahiptir ki, 6 ncı maddenin 1 inci paragrafının dar yorumlanması bu maddenin amacına uygun düşmeyeceği görüşündedir.²⁵

²³ Avrupa Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 11. Protokol ile Değiştirilen Metin, Avrupa Antlaşması Serisi, No:5, 2003.

²⁴ YALTI, a.g.m. s.87

²⁵ Osman DOĞRU, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları”, Cilt 1, T.C.Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara 2003, s.68

6 ncı madde, medeni hak ve yükümlölükler ile ceza davaları olmak üzere iki ana alanla sınırlıdır. Maddenin ilk bendinde, adil yargılama kavramını oluşturan unsurlara yer verilmiştir. Bunlar davanın; yasayla kurulan, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde, makul sürede, açık duruşmada görölmesidir. AİHM içtihatlarına göre, bu sayılanlar dışında bazı zımnı unsurlar da bulunmaktadır: Taraflar arasında silahların eşitliğı ilkesi, mahkeme önünde hak arama özgürlüğü, masumiyet karinesi ve yargılamada çelişkilik (yüzyüzelik) bunlardan bazılarıdır.²⁶

Her ne kadar, 6/2 ve 3 üncü fıkralarda ceza yargılaması ile ilgili güvenceler getirilmiş ise de, gerektiğinde bu fıkraları 6/1 inci fıkra ışığında okumak ve medeni hak ile ilgili uyumsuzlıklarda da uygulamak gerekebilir.

Adil yargılama güvencesini temin etmek için taraf Devletler gerekli her türlü önlemi alma konusunda geniş bir takdir yetkisine sahiptirler. Yargılamanın adil olmasını engelleyen ne varsa; mahkeme ve hakim sayısının yetersizliğı, yargıyı etkileyen diğler unsurları bir mazeret olarak kabul etmemektedir. Golder / İngiltere davasında²⁷ Mahkeme, bu hakkın adli mekanizmanın sadece işleyişini değil, adli mekanizmanın organizasyonu ve kompozisyonunu da kapsadığını belirtmektedir.²⁸ Çünkü yargılama sürecinde sorun çıkaran noktayı çözmek konusunda, kaynak ayırma, yasa yapma ya da her ne gerekiyorsa bunu yerine getirebilme noktasında en iyi konuma sahip olan Devlet tüm olanaklarını kullanmalıdır.

Sözleşmenin 6 ncı maddesi ile güvence altına alınan “adil yargılanma hakkı” çok geniş bir alanı ilgilendirdiğinden, bu çalışmada konunun daha fazla idari yargı boyutu ele alınacaktır.

²⁶ Feyyaz GÖLCÜKLÜ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Doğru Yargılama”,AİHS Uygulamasında Kişisel Haklar Semineri, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Faköltesi Dergisi, İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No:11, Ankara 1995, s.3

²⁷ Golder / İngiltere davası, 21.2.1975 günlü, 4451/70 sayılı karar, 36.para.

²⁸ DOĞRU, a.g.e., s.116, Sibel İNCEOĞLU, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı- Kamu ve Özel Hukuk Alalarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, Beta Basım, İstanbul 2002, s.5

1.7. ADİL YARGILANMA HAKKININ UNSURLARI İŞİĞİNDA İDARİ YARGIDA KANITLAMA, KANITLAMA ARAÇ VE YÖNTEMLERİ

1.7.1. Yargılamanın Aleni Ve Duruşmalı Olması Hakkı

A.İ.H.S.'nin 6 ncı maddesi herkese, gerek medeni hak ve yükümlölükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda davasının açık bir duruşmada, aleni olarak görölmesini isteme hakkını güvence altına alır. Yine bu madde de, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görölmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmaların dava sürecince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürölebileceği belirtilmiştir.²⁹

Anayasamızın 141 inci maddesinde yer alan, “Mahkemelerde duruşmalar³⁰ herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir.” hükmünün anılan 6 ncı maddeyle uyumlu olduğu ortadadır.

Sözlü yargılamanın esas olduğu adli yargıda yargılama, tarafların katıldığı kamuya açık duruşmalarda yapılan sözlü açıklamalarla gerçekleşmekte ve dava dosyası duruşmalarla tekemmöl ettirilmekte ve karar, kamuya açık oturumda taraflara bildirilmektedir. Adli yargı açısından fazla bir sorun görünmemektedir. Temyiz mercilerinin kararlarını sadece hukuki nedenlere dayanarak kamuya açık duruşma yapmaksızın vermesi, 6 ncı madde güvenceleri açısından bir ihlal anlamı taşımaz³¹. AİHM, temyiz mercilerince verilen kararların, kayıtlardan öğrenilebilmesini ya da herkesin kolayca görebileceği şekilde mahkeme binasına asılmasını aleniyet açısından yeterli görmektedir. Ancak, temyiz mercii, olayı incelerken tarafları dinlemeden konuyla

²⁹ Avrupa Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 11. Protokol ile Değıştirilen Metin, Avrupa Antlaşması Serisi, No.5, 2003

³⁰ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 182 nci maddesi de Anayasa hükmüne paralel bir kural getirmektedir.

³¹ Axen / Almanya davası, 8.12.1982 günlü, 8273/78 sayılı karar, 28.para. (Mole ve Harby 2001:19)

ilgili kesin ya da adil bir karar veremeyecek ise, duruşma talebini reddetmesi Sözleşmenin ihlaline yol açar.³²

İdari yargıda yazılı yargılama ilkesi geçerli olduğu için aleniyet ilkesi farklı şekillerde gerçekleşmektedir. Maddi olayın bütün yönleriyle değerlendirme yetkisine sahip bir üst yargı yolu olmadığı durumda, ilk derece mahkemesinde talep olması halinde duruşma yapılması gerekmektedir. Nitekim, Frdein/İsveç davasında (23.2.1994 günlü, 18928/91 sayılı karar) AİHM, konuyu esastan karara bağlayan ilk ve tek yetkili mahkeme olan Yüksek İdare Mahkemesinde sözlü duruşma yapılması talebinin reddedilmesini Sözleşmeye aykırı bulmuştur. Yine AİHM, Stallinger ve Kuso / Avusturya davasında, İdare Mahkemesinin davacıların aleni duruşma yapılması talebini davaya katkı sağlamayacağı için reddetmesini de Sözleşmenin ihlali olarak değerlendirmiştir.³³

2577 sayılı İdari Yargılama Kanununun 1 inci maddesinde, Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinde yazılı yargılama usulünün uygulanacağı ve incelemenin evrak üzerinde yapılacağı, 17 nci maddesinde ise, Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinde açılan iptal ve tam yargı davalarında taraflardan birinin isteği üzerine duruşma yapılacağı, temyiz ve itirazlarda duruşma yapılması tarafların istemine ve Danıştay veya ilgili bölge idare mahkemesi kararına bağlı olduğu, duruşma talebinin, dava dilekçesi ile cevap ve savunmalarda yapılabileceği, ayrıca anılan kayıtlara bağlı olmaksızın Danıştay, mahkeme ve hakim kendiliğinden duruşma yapılmasına karar verebileceği ve duruşma davetiyelerinin duruşma gününden en az otuz gün önce taraflara gönderileceği hükümlerinin A.İ.H.M.'nin içtihatlarıyla uyumlu olduğunu söyleyebiliriz.

AİHM, ilk derece mahkemesinin duruşma koşulunu yerine getirip getirmediğini önemsemektedir. Temyiz mercii olarak görev yapan Mahkemenin, davacının duruşma

³² Ektebani / İsveç davası, 26.5.1988 günlü, 10563/83 sayılı karar, 32-33.para. (Mole ve Harby) 2001:19); Erhan ÇİFTÇİ, (2003), “**Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Işığında Adil Yargılanma İlkesi ve İdari Yargı**”, Danıştay Dergisi, Yıl:33, Sayı:106, s. 77-97; Feyyaz GÖLCÜKLÜ, “**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılanma**”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (İlhan Öztrak’a Armağan) 1994, Cilt: 49, No:1-2, Ocak-Haziran, s.199-223.

³³ İNCEOĞLU, a.g.e., s.330

talebini dikkate almadan temyiz incelemesini sonuçlandırmasını Sözleşmeye aykırı bulmamıştır.³⁴

Avrupa Mahkemesi, ilk derece yargı yerinde yapılan duruşmayı ve kararın aleni surette verilmesini önemsemektedir. Aleniliği de ilgililerin rahatlıkla kararın sonucuna ulaşabileceği ortamların sağlanması olarak değerlendirmektedir.

1.7.2. Silahların Eşitliği İlkesi

Adil yargılanma hakkının zımni unsurlarından biri olan silahların eşitliği ilkesi (equality of arms), önceleri iddia makamı ile sanık arasındaki şekli ve usuli eşitlik olarak anlaşılmıştır. Modern anlayışa göre, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından taraflar arasında tam bir eşitliğin bulunmasını ve bu dengenin bütün yargılama boyunca korunmasını³⁵ ifade eder.

Bu ilke, hem ceza davalarında hem de, medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıklarda uygulanır. Dolayısıyla idari yargılama usulünü de ilgilendirir. Davanın taraflarına, toplanan bütün kanıtlar ve dosyada bulunan bütün belgeler hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma fırsatının³⁶ verilmesini garanti altına alır.³⁷

Silahların eşitliği ilkesi ile çelişmeli yargılama arasında çok yakın bir ilişki vardır. Çelişmeli yargılama ilkesi, bir davada tarafların, karşı tarafın sunduğu delil veya dosyada yer alan mütalaalar hakkında bilgi sahibi olma ve bunlarla ilgili yorum yapma hakkına sahip olmak demektir. Çelişmeli yargılama yapılmadan taraflar arasında tam bir eşitliği ve dengeyi sağlamak olanaksız hale gelecektir.³⁸

³⁴ Helle / Fillandiya davası, 19.12.1997 günlü, 20772/92 sayılı karar;ÇİFTÇİ, a.g.m.,s.93

³⁵ Delcourt / Belçika davası, 17.1.1970 günlü, 2689/65 sayılı karar, 28.para.

³⁶ Lobo Machado / Portekiz davası, 20.2.1996 günlü karar; emeklilik haklarına ilişkin açılan davanın Yüksek Mahkemede görülmesi sırasında Başsavcılığın hazırladığı ve davanın sonucunu etkileyen mütalâası başvuruca tebliğ edilmemiştir. AİHM, bu uygulamanın başvuruca cevap verme hakkını bertaraf ettiğini dikkate alarak, başvuruca tazminat ödenmesini kararlaştırmıştır (Özgüldür 2003:41).

³⁷ Karen REID, **Adil Bir Yargılamanın Günceleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Rehberi, Üçüncü Kitap**, Çev., Bahar Öcal Düzgören, Scala Yayıncılık, İstanbul 2000 s.90

³⁸ İNCEOĞLU, a.g.e., s.213

AİHM, yargılamada silahların eşitliğinin sağlanıp sağlanmadığını denetlerken, her davanın kendine özgü koşulları çerçevesinde bir inceleme yaparak sonuca ulaşmaktadır. Kanıt ve karşı kanıtların sunulması ve tartışılması olanağı; tanıkların dinlenmesi; tarafların eşit konumda olup olmadıkları; duruşmaya ve müzakereye katılma bunlardan bazılarıdır.³⁹

Kanıt ve karşı kanıtların sunulması ve tartışılması, ulusal mahkemelerin yetkisi içindedir ve Strasbourg organlarının görevi asla, ulusal mahkeme kararlarının doğruluğunu bir üst mahkeme gibi denetlemek değildir. Ancak AİHM, yargılamanın bir bütün olarak hakkaniyete uygun olarak gerçekleşip gerçekleşmediği hususunu aydınlatmaya çalışmaktadır. Örneğin, düşük bedel gösterilerek alındığı iddia edilen arazinin, ön alım hakkı kullanılarak kamu otoritesince alınmasına ilişkin davada, başvurucuya satın alma bedelinin gerçek bedel olduğunu kanıtlama olanağının verilmemiş olmasını⁴⁰ AİHM, silahların eşitliği ilkesinin ihlali olarak değerlendirmiştir.⁴¹

Duruşma yapılmayan durumlarda daha fazla kendini gösteren, davalarda savcılık mütalaasının sanığa tebliğ edilmemiş olması taraflar arasında bir eşitsizlik oluşturmaktadır. Nitekim Göç/Türkiye davasında AİHM, başsavcının tebliğnamesinin niteliği ve başvurana, buna cevaben yazılı görüş bildirme olanağının tanınmaması göz önünde bulundurarak başvuranın çekişmeli dava hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Bu hakkın ilke olarak, ulusal hukuk sisteminin bağımsız bir üyesi tarafından -bu davadaki Başsavcı gibi- mahkemenin kararını etkilemek üzere toplanan kanıtlar ve sunulan mütalaalarla ilgili olarak bir hukuk ya da ceza davasının taraflarına bilgi verilmesi ve bu taraflara da görüş bildirme olanağının tanınması anlamına geldiğini tespit etmiştir. Haksız gözaltı nedeniyle yaptığı tazminat talebinin incelenmesi sırasında, başsavcının Hazinenin temyiz başvurusunun reddine yönelik mütalaada bulunduğunu fakat bu tarafsız yaklaşım temyiz aşamasında taraflar arasında silahların eşitliğini sağlasa da başvuranın kendisi için ilk derece mahkemesi tarafından

³⁹ A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2003, s.292

⁴⁰ Hentrich / Fransa davası, 22.9.1994 günlü, Seri A, No.296-A sayılı karar

⁴¹ Feyyaz GÖLCÜKLÜ, “**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılanma**”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (İlhan Öztürk’a Armağan) 1994, Cilt: 49, No:1-2, Ocak-Haziran, s.199-223.;İNCEOĞLU, a.g.e., s.214

hükmedilen tazminat tutarına yönelik itirazını da sürdürdüğünü belirterek başvuranın Yargıtay önündeki başarı şansını zedeleyen her türlü mütalaadan haberdar edilme hakkına sahip olduğunu ve başsavcının tebliğnamesinin başvurana bildirilmemesini 6/1 inci maddenin ihlali olduğuna karar vermiştir.⁴²

AİHM tarafından ihlal saptandıktan sonra, iç hukukta mevzuat değişikliğine gidilerek 4778 sayılı Yasa⁴³ ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 316 ncı maddesine bir fıkra olarak; 'Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen tebliğname, taraflara ilgili dairece tebliğ olunur.' hükmünün eklenmesi olası ihlalleri ortadan kaldırması açısından olumludur.⁴⁴ Taraflar birbirleri karşısında önemli bir dezavantaj içine girmeden davaya ilişkin bilgi ve belgelere ulaşmak açısından eşit olanaklara sahip olmaları gerekir. Nitekim, ülkemizin de yakından takip ettiği Öcalan davasında⁴⁵, AİHM bu konuya dikkatleri çekmiştir: ...hangi yöntem seçilirse seçilsin, söz konusu yöntem, diğer tarafın sunduğu iddiaların dosyaya dahil edildiğinin ve söz konusu iddialar üzerine kendi görüşlerini sunma imkanı verileceğinin bilincinde olmasını garanti etmelidir. Söz konusu davada, başvuran ve avukatları iddianameden 24 Nisan 1999 tarihinde haberdar olmuşlardır. Dava dosyası, 7 Mayıs 1999 tarihinde başvuranın avukatlarının kullanımına sunulmuş, fakat kendilerine bir nüsha verilmemiştir. Başvuranın avukatları 15 Mayıs 1999 tarihinde fotokopi yapmayı

⁴² Göç / Türkiye davası, 9.11.2001 günlü, 36590/97 sayılı karar, aynı nitelikte sayılabilecek diğer bir davada Borges / Belçika davasıdır (30.10.1991 günlü, Seri A No.214-B sayılı karar).; Yargıtay Başkanlığı (2006), "Şenay Aksoy Eroğlu/Türkiye Davası, Kabuledilebilirlik Kararının Özet Çevirisi", http://www.yargitay.gov.tr/aihm/Senay_Aksoy_Eroglu.htm, 06.02.2006

Yargıtay Başkanlığı (2006), Türkiye'ye Karşı AİHM'ne Yapılan Başvurularla İlgili Kararlar İçin <http://www.Yargitay.gov.tr/aihm/pdf/aihm.php>, 06.02.2006, Güney DİNÇ, "**Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Savunma ve Hak Arama Sürecinde Silahların Eşitliği**", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını:4, Ankara 2004 s.368 ; Tekin AKILLIOĞLU, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü Başvuru Bilgileri**, İmaj Yayınevi, Ankara 2002, s.25

⁴³ 4478 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun 11.1.2003 günlü, 24990 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁴⁴ Yasemin ÖZDEK, **AİHS Sistemi, AİHM Kararlarında Türkiye**, TODAİE Yayınları, Ankara 2004 s. 213

⁴⁵ Öcalan / Türkiye davası, 12.5.2002 günlü, 46221/99 sayılı karar, para.144-148

bitirmişlerdir. Dava dosyasının tümüne söz konusu tarihten itibaren sahip olmuşlardır. İki hafta sonra, 31 Mayıs 1999 tarihinde, Devlet Güvenlik Mahkemesi önündeki duruşmalar başlamıştır. Başvuranın avukatları, iddia makamının görüşlerine karşı nihai görüşlerini sunmaya 23 Haziran 1999 tarihinde gerçekleştirilen sekizinci duruşmada davet edilmişlerdir. Bu koşullar altında, başvuranın avukatlarının dava dosyasındaki belgelere erişmekte güçlüklerle karşılaşması nedeniyle ... 6/1 inci maddenin ihlal edildiğine ...

Davanın taraflarına, toplanan bütün kanıtlar ve dosyada bulunan bütün belgeler hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma fırsatının tanınmasının yaşama geçirilmesiyle ilgili olarak Ordu Vergi Mahkemesinin itirazı üzerine Anayasa Mahkemesinin verdiği 22.2.2006 günlü, 26088 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 18.10.2005 günlü, E:2003/7, K:2005/71 sayılı kararı dikkat çekicidir. Silahların eşitliği ilkesine aykırı olan ve Mahkemece iptal edilen (itiraz konusu olan Yasanın 2 ve 3 üncü fıkralarıdır) 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 245 inci maddesi aynen şöyledir: "1-Yükümlüler, gümrük idaresine verdikleri beyanname ve bu beyanname eki bilgi ve belgeler esas alınmak suretiyle kendileri tarafından hesaplanan gümrük vergilerine itirazda bulunamazlar. 2-İdari yargı mercilerine yapılan itirazda, gümrük idaresine itiraz sırasında kullanılan bilgi ve belgeler dışında herhangi bir bilgi ve belge kullanılamaz. 3-Alınan kararlara karşı idari yargı merciine başvurulması, bu kararın idare tarafından uygulanmasına engel oluşturmaz."

Mahkeme, söz konusu yasal düzenlemenin savunma hakkının kısıtlanmasına yol açarak, yargı merciinin doğru ve adil bir sonuca ulaşılabilmesini engelleyeceği düşüncesiyle Anayasa aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Silahların eşitliği ilkesine Danıştay içtihatlarında pek yer verilmemektedir. Ancak, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nün 'İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin yetki alanına giren Terörle Mücadele Kanunu kapsamındaki tutuklular, Kartal'da yapılan 500 kişi kapasiteli özel tip cezaevi inşaatı tamamlanincaya kadar İzmit Kapalı, Sakarya (E) tipi ve Eskişehir Özel Tıp Cezaevlerine

konulacaklardır.’ kuralını içeren 9.7.1996 günlü, 8-59 sayılı Genelgesinin iptali istemiyle açılan davada⁴⁶ A.İ.H.M.’nin benimsediği silahların eşitliği ilkesinin kullanması ilginçtir:

... Zira tutuklu sanığın mahkeme önüne çıkmasının engellenmesinin anılan Sözleşmenin (AİHS) 6.maddesinde yer alan ‘Adil yargılanma hakkı’ ile de doğrudan bağlantısı bulunmaktadır. Adil yargılanma hakkı; ceza yargılaması açısından, sanık ve iddia makamı arasında bir fark gözetmeksizin, karşılıklı olarak iddialarını ileri sürebilmeleri ve savunmalarını yapabilmeleridir. İddia ve savunmanın yapılabilmesi, yargılamada hazır bulunma hakkını da beraberinde getirmektedir. Sanığın hazır bulunması, adil yargılanma hakkının ikinci görüntüsü olan ‘silahların eşitliği’ yani iddia ve savunmanın eşit olması ilkesi içinde değerlendirilmelidir... İnsan Hakları Ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesinde yer alan ve yukarıda aktarılan mahkeme huzurunda hazır bulunma ilkesi; iddia ve savunmanın eşitliği ilkesi ve bunların sonucu olarak adil yargılama ilkesinin ihlâli niteliğinde görüldüğünden, tutuklu sanığın yargılandığı mahkemenin yargı çevresi dışına sevkini öngören dava konusu düzenlemede hukuka uyarlık bulunmamaktadır. ...

İdari yargı sistemimizde, silahların eşitliği konusunda AİHM içtihatları açısından sorun çıkarabileceğini düşündüğümüz bazı noktalara işaret etmek istiyoruz. Öncelikle idari yargıda uygulanmakta olan re’sen araştırma ilkesi üzerinde durulmalıdır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20 nci maddesinin birinci bendinde, “Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir. Haklı sebeplerin bulunması halinde bu süre, bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir.” hükmüne yer verilerek re’sen araştırma ilkesi benimsenmiş bulunmaktadır. İdari yargı yerleri, uyuşmazlık konusu olayın hukuki nitelendirmesini yapmak, olaya uygulanması gereken hukuk kuralını belirlemek ve sonuçta hukuki çözüme varmak yönlerinden tam bir yetkiye sahip oldukları gibi, olayın maddi yönünü belirleme noktasında da her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliklerinden yapabilir ve maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığını serbestçe araştırabilirler. Uygulamada

⁴⁶ Danıştay 10.Dairesinin 3.1.1998 günlü, E:1996/7166, K:1998/5511 sayılı kararı

davalı idareler Mahkemelere süresi içinde savunma dilekçelerini ya vermemekte ya da dava konusu işlemin dayanağı olan belgelerden üstü kapalı söz eden dilekçeler sunmaktadırlar. Bu nedenle, re'sen araştırma ilkesi gereği olarak mahkemelerce ara kararı verilerek ilgili belge ve bilgiler davalı idareden istenmektir. Silah eşitliği gözetilerek, mahkemece karar verilmeden önce davacıya yeni belgeler hakkında yorum yapma fırsatı verilmemektedir.⁴⁷ Bu durum, tarafların eşit koşullarda mücadele etmedikleri, adil olmayan ve görünüm olarak da taraflarda güven oluşturmeyan yargısal bir yapıyla karşı karşıya olduğumuzu göstermektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20 nci maddesinin üçüncü bendinde, “Ancak, istenen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Başbakan veya ilgili bakan, gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir. (Ek cümle: 10.6.1994 – 4001/10 md.) Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez.” hükmüne yer verilmiştir. 10.6.1994 günlü ve 4001 sayılı Yasanın 10 uncu maddesiyle eklenen hüküm öncesinde, idarenin dayandığı ancak mahkemenin inceleme olanağı bulamadığı belgelerin kararın dayanağı yapılabilmesi imkanı ortadan kaldırılmıştır.⁴⁸ Bu gelişme, silah eşitliğini sağlamak ve yargılamanın adil olduğunu göstermek bakımından çok önemlidir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20 nci maddesinin dördüncü bendinde, getirilen ve idarece gönderilen gizli belgelerin taraf ve vekillerine incelettirilmeyeceği hükmü de yine, 10.6.1994 günlü ve 4001 sayılı Yasanın 10 uncu maddesiyle yürürlükten kaldırılarak yargılamanın kapalı kapılar ardında yapılmadığı güveninin herkese verilmesi açısından kayda değer bir gelişme gösterilmiştir.

Danıştayın tarafların eşit koşullarda mücadelesini öngören silahların eşitliği ilkesini, hem temyiz incelemesinde hem de ilk derece mahkemesi olarak çözümlediği uyuşmazlıklarda, dikkate alması gerekir. Böylece ilk derece mahkemelerinde bu hususa yeterli ve gerekli önemi vermesi sağlanabilecektir.

⁴⁷ Özlem KARAHANOGULLARI, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İdari Yargı”, İnsan Hakları Yıllığı 2002, Cilt 23-24, Ayrı Bası, s.31-63

⁴⁸ Nuri ALAN, **Hukukla Kırbir Yıl**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No:66, Ankara 2003 s.126

1.7.3. Tanıkların Sorgulanması Hakkı (6/3-D)

Sanık Sözleşmenin 6 / 3 (d) maddesine göre, iddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesini istemek hakkına sahiptir. Tanıkların aynı şartlar altında davet edilmesini talep etme hakkı adil yargılama hakkı çerçevesinde öngörülen silahların eşitliği ilkesinin bir sonucu olarak, iddia makamı ile savunmanın eşit koşullar altında mücadele etmeleri amaçlanmıştır. Bu bağlamda sanık, savcı tarafından çağrılan ve ifadesi dayanak olarak alınan tüm tanıkları sorgulama hakkına da sahip olmalıdır. Tanık çağırma sanıklar için sınırsız bir hak değildir. İsteddiği kadar kişiyi tanık olarak dinlemez. Dinlenecek tanıkların davet edilmesinin adaletin tecellisi için zorunlu olduğu konusunda mahkemeyi ikna etmek⁴⁹ zorundadır.⁵⁰

6 / 1 inci maddesiyle 3 üncü fıkra birlikte değerlendirildiğinde, ilke olarak, sanığın aleyhinde kullanılan tüm kanıt (bilirkişi raporları vb.) ve ifadelerin, sanık tarafından sorguya çekilmesi veya çektirilmesi ve karşıt iddiaların ileri sürülmesine olanak tanınmalıdır. 6 ncı maddede güvence altına alınan hakların etkili olarak kullanılması sağlamak konusunda devletin titizlik göstermesi gerekir. ⁵¹Sanık, kimlikleri gizli tutulan ve kendisi tarafından sorgulanmalarına imkan tanınmayan tanıkların ifadesine göre mahkum edilmemelidir⁵². Bu durumda tanıkların ne kadar güvenilir olduğu tartışmalıdır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 201/2 nci maddesinde, “Cumhuriyet savcısı, müdafî veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağırılmış diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler. Sanık ve katılan da mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile soru yöneltebilir. Yöneltilen soruya itiraz edildiğinde sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine, mahkeme başkanı karar verir. Gerektiğinde ilgililer yeniden soru sorabilir.” hükmü getirilmiştir. Bu hüküm çapraz sorgu sisteminde tanıklar iddia

⁴⁹ Perna / İtalya davası, 25.7.2001 günlü, 48898/99 sayılı karar, 26.para. (Dutertre 2005:265)

⁵⁰ Şeref ÜNAL, **Avrupa İnsan Hakları İnsan Haklarının Uluslar arası İlkeleri**, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları-89, Ankara 2001, s.204

⁵¹ Gilles DUTERTRE, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar**, Avrupa Konseyi Yayınları. 2005.

⁵² Kostovski / Hollanda davası, 20.11.1989 günlü karar (Ünal 2001:205).

veya savunma tanığı oluşuna göre sırası ile iddia ve savunma makamları tarafından sorulan sorulara cevap vermek zorunda olması kuralına uygun olarak düzenlenmiştir. İddia ve savunmanın pratikte de etkili olarak eşitliği sağlandıktan sonra⁵³, Sözleşme açısından garanti edilen haklar hayata geçirilmiş olacaktır.⁵⁴ Böylece, davanın taraflarının yargılama süresince iddialarını ispatlamak için eşit silahlara sahip olmaları gerektiğini; aksi durumun A.İ.H.S.'nin ihlali anlamına geleceğini ortaya koymuş olduk. Artık mevzuatımızın bir parçası olan A.İ.H.S.'nin ihlali durumunda bireysel başvuru hakkının söz konusu olabileceğini belirtmek isterim. Hukuk devleti ilkesi ve adil yargılanmanın konumuza bakan yönleri bu şekilde açıklandıktan sonra kanıtlamanın idari yargı hukukundaki yeri ve idari yargılama hukukun da kanıtlama araç ve yöntemleri açıklanmaya çalışılacaktır.

1.8. İSPATIN İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDAKİ YERİ

İspat, yargılama hukukunun en önemli konularından birisidir.⁵⁵ Çünkü ispat davanın sonucuna doğrudan etki eden bir yargılama unsurudur. İspatı genel olarak, davada tarafların ileri sürdükleri iddia ve savunmaların doğruluğu konusunda hâkimi veya mahkemeyi inandırma çabaları olarak tanımlamıştık. Bir davada, davacı iddia ettiği hususları ispat edemiyorsa veya karşı taraf üzerine düşen savunmayı yapamıyorsa lehine sonuç elde edebilmesi, dolayısıyla haklılığını ortaya koyabilmesi mümkün değildir. Bir taraf, ancak dayandığı vakıaların doğru olduğunu veya karşı tarafın dayandığı vakıaların doğru olmadığını ispat ederek davayı kazanır veya davanın reddini sağlayabilir. Davacı, davasında veya gerçekte ne kadar haklı olursa olsun, dayandığı vakıaların ispat edemez ise veya ispat eder de karşı taraf bunların aksini ispat ederse, davayı kaybedecektir.⁵⁶

⁵³ Hulki Güneş / Türkiye davası, 19.6.2003 günlü, 28490/95 sayılı karar: "AİHM, askerin ölümü, iki askerin de yaralanmasından sanık olan başvuruçunun, kendisini suç faili olarak teşhis eden jandarmalarla mahkemede yüzleştirilmemesi ve bu konudaki isteğinin reddedilmesini silahların eşitliği ilkesine aykırı bulmuştur." (Tezcan, Erdem, Sancakdar. 2004:214).

⁵⁴ ÜNAL, a.g.e. , s.205

⁵⁵ ELÇİM, a.g.t., s.26.

⁵⁶ KURU- ARSLAN ve YILMAZ, a.g.e., s.340.

Hukuk yargılama usulünde ispat önemlidir. Çünkü bu usulde hem davacı hem de davalı eşit pozisyonudadır. Görülen davada taraflar iddialarını ispatlamalı veya karşı tarafın iddialarının aksini ispatlamalıdır. Zira bu usulde hâkim veya mahkeme tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlıdır. Eğer davacı ileri sürdüğü vakıalar konusunda yargıcı inandıramıyorsa, hâkim kendiliğinden araştırma yaparak doğruyu bulma yoluna gidemeyecektir. Hal böyle olunca da bu usulde tarafların iddialarını - meşru olmak kaydıyla- her türlü delille ispatlamalarına olanak tanınmıştır.⁵⁷

Bunun gibi ceza usul yargılamasında da ispat, öneme sahiptir. Ceza davaları sonucunda bireylerin hak ve özgürlükleri kısıtlandığı için sanığın suçlu olup olmadığı konusunda hâkimde veya mahkemede tam kanaat oluşması gerekir. Hâkimde veya mahkemede tam kanaat oluşması için de gerek iddia makamının gerekse de savunma makamının ileri sürdükleri vakıaları ispatlamaları önemlidir.

İdari yargılama usulünde hakim, tamamıyla aktif konumdadır. Uyuşmazlığın çözülmesinde gerekli her türlü araştırma ve incelemeyi davanın taraflarının istemi olsun olmasın kendiliğinden yapar ve dosyanın tekemmülü için gerekli işlemleri bizzat yerine getirir. Re'sen araştırma ilkesi dediğimiz bu ilkenin gereği olarak, davanın yönetimi bütünüyle mahkemeye aittir.⁵⁸ Re'sen araştırma yetkisiyle hâkime veya mahkemeye uyuşmazlık ile ilgili her türlü delili toplama veya ileri sürülen iddiaları ispatlama görev ve yetkisi verilmemiştir. Bu yetki ile mahkemelere tarafların ispat edemedikleri, üzerinde anlaşmazlık bulunan konularda, tarafların talepleri olmadan –kendiliğinden– maddi gerçeği ortaya koyabilmek için araştırma yetkisi tanınmıştır. Ancak idari yargıda Adli yargıda olduğu gibi, maddi olayla ilgili delilleri toplayan savcılık kurumu yoktur. İdari Yargı örgütlenmesi içerisinde sadece Danıştay Savcılığı kurumu vardır. Danıştay savcısının maddi olayla ilgili delil toplama görevi ve yetkisi yoktur. Danıştay da gerek ilk derece, gerekse temyizen görülen uyuşmazlıklarla ilgili olarak görüşünü belirtir. Maddi olayla ilgili taraflardan bilgi ve belge isteme yetkisi yoktur. Öte yandan savcının görüşü taraflara tebliğ edilmemektedir. Bu bakımdan davacı dava konusu olay ile ilgili iddialarını ileri sürece, davalı idare ise elindeki bilgi ve belgeler ile aksini ortaya

⁵⁷ PARLAK, a.g.t., s.13

⁵⁸ Zehredin, ASLAN, "Türk İdari Yargı Sisteminde Re'sen Araştırma İlkesi", <http://www.istanbul.edu.tr/siyasal/Turkce/Dergi/Sayi%g2023-24/05.htm>, 2000. 13.03.2006.

koyacaktır. Ancak yine de uyuşmazlık çözülmemiyorsa tam burada mahkeme devreye girerek gerekli araştırmaları kendisi yapacaktır.

İdari davalarda, dava konusu uyuşmazlıkla ilgili deliller idarenin elinde olduğundan davacının iddiasını ispatlaması çok zordur. Ancak davacının mahkemeyi harekete geçirerek argümanları (iddiaları) ileri sürmesi hem davalı idareyi savunma yapmaya zorlayacak, hem de haklılığını ispat noktasında mahkemeye yardımcı olabilecektir. Bu nedenlerle idari yargıda ispat önemli bir yere sahiptir.

Ayrıca, vergi yargısı bağımsız mahkemelere tevdi edilmiş olmasına rağmen idari yargı örgütlenmesinin bir parçası olduğundan ilerleyen bölümlerde sadece farklılıklara değinilecektir.

1.9. İSPATIN KONUSU

İspatın konusunu genel olarak, iddia ve savunmaların dayanağını oluşturan olay veya olgular oluşturur. Yine genel olarak hukuk kurallarının ispatlanmasına gerek bulunmadığı konusunda görüş birliği vardır.⁵⁹

1.9.1. İspatın Konusunu Oluşturan Olay ve Nitelikleri

İspatın konusunu oluşturan olay veya olgular, dava açılmasına neden olan olay veya olgulardır. Kanıtlamanın konusunu İdari işlemin bütün unsurları oluşturabilmektedir. İşlemin yetkili organ veya kişiler tarafından oluşturulup oluşturulmadığı hususu kanıtlamanın konusu olabileceği gibi; işlemin amacının ne olduğu ve işlemin bu amaca uygun olarak oluşturulup oluşturulmadığının ispatlanması gerekebilecektir.

Öte yandan, işlemin mevzuatta öngörülen şekilde kurulup kurulmadığı ya da işlemin herkese aynı şekilde uygulanıp uygulanmadığı hususları da kanıtlamanın konusunu oluşturabilecektir. Bütün bunlarla birlikte kanıtlamanın konusunu genellikle

⁵⁹ KURU, a.g.e., C.II, s.1967; KURU- ARSLAN ve YILMAZ, a.g.e., s.422; GÖZÜBÜYÜK- TAN, a.g.e., C.II, s.983; SUNAY, a.g.e., s.27; UMAR- YILMAZ, a.g.e., s.19; Nurullah KUNTER-Feridun YENİSEY, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s.545; Selami ŞENGÜL, “Özel Hukukta ve Vergi Hukukunda Delil Sistemi”, Maliye Dergisi, Sy. 47, s.69; ÜSTÜNDAĞ, a.g.e., s.618; ALANGOYA, Medeni Usul..., a.g.e., s.262; BİLGE-ÖNEN, a.g.e., s.491; POSTACIOĞLU, a.g.e., s.928; PEKCANITEZ, a.g.e., s.294-296.

işlemin sebep unsuru oluşturmaktadır. İdari işlemin sebebi denildiğinde idareyi işlem yapmaya yönelten etkenler anlaşılır. Sebep idari işlemin dayanağını oluşturur. Tam yargı davalarında ise; hakkın ihlaline neden olan olay, illiyet bağı, zarar ve zararın miktar ve derecesi oluşturur.

İdareyi işlem yapmaya sevk edecek neden, maddi bazı olaylar olabileceği gibi, bir hukuksal işlem de olabilir. Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/D-f maddesinde, gerçeğe aykırı rapor ve belge düzenlemek fiilinin kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektireceği düzenlenmiştir. Burada kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının (işlemin) sebebi (gerekçesi), gerçeğe aykırı rapor ve belge düzenlemektir. Bu disiplin cezasına karşı açılan davada ispatın konusu, gerçeğe aykırı rapor ve belge düzenlemek fiilidir. Davacı bu fiili işlemediğini, davalı idarede işlediğini ispatlayacaktır.

Memurların naklen atanmaları konusunda idari yargının yerleşmiş yargısal içtihatlarına göre, "...idarelere memurların naklen atanmaları konusunda takdir yetkisi tanındığı açık olup, bu yetkinin kullanımı mutlak ve sınırsız olmayıp.... sebep ve maksat yönlerinden hukuka uygunluğunun yargısal denetime açık olduğu...." şeklinde açıklama yapılarak atama işleminin bir sebebe dayanması gerektiği vurgulanmaktadır. Yani bu durumda naklen atama konusunda açılan bir davada ispatın konusu, idareyi işlem tesis etmeye yönelten etkenlerdir. Ayrıca idari yargı mercileri idarenin bu sebebi somut bir şekilde ortaya koymasını da aramaktadır.

Bazı durumlarda idari işlemin sebebi, "kamu yararı", "kamu düzeni", "lüzum görüldüğünde", "hizmet gerekleri" gibi genel, soyut ve belirsiz kavramlarla gösterilmiş olabilmektedir. Bu gibi durumlarda da idare, belli somut ve maddi olaylara dayanması gerekir. Yani belirsiz kavram ile ifade edilen sebebin hangi somut olayda gerçekleşmiş olduğunu idare ortaya koymak zorundadır.⁶⁰ Diğer bir deyişle, idare kamu yararını gerekli kılan durumları, hizmetin gereklerinin neler olduğunu, görülen lüzuma ne sebep olduğunu işleminde veya mahkemeye sunduğu savunmasında göstermesi gerekir. İşte bu tür idari işlemlerde ispatın konusu, idarenin gösterdiği maddi olay veya olgulardır.⁶¹

⁶⁰ GÜNDAY, İdare Hukuku, s.138.

⁶¹ PARLAK, a.g.t., s. 16

İspatın konusunu oluşturan olay veya olgular uyumsuzluğu çözümlmeye yarayacak nitelikte olmalıdır. Dava konusu işlem ile ilgili her olay ispatın konusunu oluşturmaz. Taraflardan birinin iddia ettiği olaya hiçbir hukuki sonuç bağlanmamışsa bu olayın ispatlanmasına gerek yoktur.⁶² İspatın konusunu oluşturmaz. Bu nedenle hâkim veya mahkeme, tarafların bildirdikleri fakat dava ile ilgili olmayan olay ve olguları ayırmalı bunlar üzerinde gereksiz tartışmalarla zamanını boşa harcamamalıdır.

Öte yandan, ispatın konusunu kural olarak taraflar arasında çekişmeli (nizalı) olan olay ve olgular oluşturur. Diğer bir deyişle tarafların üzerinde anlaştıkları veya bir tarafın ileri sürdüğü iddiayı diğer tarafın kabul ettiği durumlar ispatın konusunu oluşturmaz. Ancak, kimi durumlarda idari yargı mercileri re'sen araştırma yetkisiyle taraflar arasında çekişme bulunmayan ve hatta tarafların hiçbirinin ileri sürmediği konularda da araştırma yapabilecektir.

Bunun gibi, herkesçe bilinen (maruf) ve meşhur olan olayların ispatlanması gerek olmadığı gibi, ispatın konusunu da oluşturmaz. Maruf ve meşhur olan olaylar, genel olarak herkesin bildiği veya öğrenmesinin mümkün olduğu olaylardır.

1.9.2. Uyuşmazlığın Çözümünde Uygulanacak Hukuk Kurallarının İspatı

Kural olarak, hukuk kurallarının ispatlanması gerekmez.⁶³ Çünkü hukuk kuralları, herkesin bildiği varsayılan kurallardır. Herkesin bildiği varsayılan kurallar olması nedeniyle de hukuk kurallarını, hâkim kendisi maddi olaya uygulayacaktır.

Hukuk kurallarını hâkimin bildiği veya bilmesi gerektiği varsayımıyla hukuk kuralları ispatın konusunu oluşturmaz. Ancak tarafların, olayların mahiyeti hakkında hukuki nitelermeler yapmaları ve olaya uygulanacak hukuk kurallarını göstermeleri hâkime yardımcı olabilecektir.⁶⁴ Hâkim tarafların gösterdiği hukuk kurallarıyla bağlı değildir. Taraflar hiç hukuki sebep göstermemiş olsalar veya gösterdikleri hukuki sebep

⁶² UMAR-YILMAZ, a.g.e., s.25; BİLGE-ÖNEN, a.g.e., s.492; POSTACIOĞLU, a.g.e., s.528; PEKCANITEZ a.g.e., s.294; M. Kamil YILDIRIM, **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, Kazancı Yayınları, İstanbul 1990, s.115

⁶³ GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s.459

⁶⁴ KURU, a.g.e., C.II, s.1967; KURU-ARSLAN ve YILMAZ, a.g.e., s.409

geçerli olsa bile hâkim, maddi olaylara ilişkin hukuki sebepleri araştırarak, nitelendirmesini kendisi yapacaktır.

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

İşte bu gibi durumlarda, yani Resmi Gazete’de yayımlanmayan, idarenin içinde meydana gelen hukuk kuralları davada ileri sürüldüğünde, idareler böyle bir düzenlemenin olduğunu, halen yürürlükte olduğunu genel kurala istisna olarak ispatlamaları gerekecektir.⁶⁵

Uygulamada hâkimler bu tür zorluklarla karşılaştıkları için, dava konusu işlemle ilgili mevzuatın ve özellikle yönetmeliklerin ve değişikliklerinin re’sen araştırma ilkesi uyarınca bir ara kararı ile davalı idareden istemektedirler.⁶⁶ Gelişen bilişim teknolojisi ile

⁶⁵ PARLAK, a.g.t., s. 19

⁶⁶ ELÇİM, a.g.t., s.25

birlikte internet üzerinden mevzuat araştırması yapılarak usul ekonomisi bakımından uygun olacak şekliyle ara karara ihtiyaç kalmamaktadır. Ancak, idarelerin savunmalarında dayandıkları mevzuat hükümlerine ulaşılamaması halinde ara kararı ile davalı idareden mevzuatın istenilmesine rastlanmaktadır. Yine bu durumda da aslında davalı idareden hukuk kuralının ispatı istenmemekte hâkim resen araştırma ilkesi gereği kendisi araştırmayı yapmaktadır.⁶⁷ Hukuk kuralının varlığını ya da yokluğunu kendisi bulmaya çalışmaktadır.

1.10. İSPAT YÜKÜ

1.10.1. İSPAT YÜKÜ KAVRAMI

İspat yükü -eski deyiimiyle 'beyyine külfeti'- genel olarak, uyuşmazlık konusu maddi olay ve olguların kimin tarafından ispatlanması gerektiğini ifade eder.⁶⁸ Diğer bir ifadeyle ispat yükü, "Mahkemede bir vakıayı beyan veya bir hakkı iddia ile bunlardan kendi lehine bir netice çıkarmak isteyen kimsenin bunları ispata mecbur tutulması"⁶⁹

Kendisine ispat yükü düşen taraf için, bu yükümlülüktür.⁷⁰ İspat yükü kendisine düşen taraf davanın lehine sonuçlanmasını istiyorsa bunu yerine getirmelidir, karşı taraftan aksini ispatlamasını isteyemez. İddia sahibi iddiasını ispatlarsa ispat yükü yön değiştirir, karşı tarafa geçer.

1.10.2. İSPAT YÜKÜNDE GENEL KURAL

Türk Medeni Kanununun 6. maddesinde, "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla

⁶⁷ Aksi görüş için bkz., ELÇİM, a.g.t., s.25

⁶⁸ KURU, a.g.e., C.II, s.1972; KURU- ARSLAN ve YILMAZ a.g.e., s.423; KUNTER- YENİSEY, a.g.e., s.547; ÜSTÜNDAĞ, a.g.e., s.613; BİLGE- ÖNEN, a.g.e., s.498; POSTACIOĞLU, a.g.e., s.533; PEKCANITEZ, a.g.e., s.306

⁶⁹ Türk Hukuk Lûgatı: (beyyine külfeti tanımına bkz.), s.37

⁷⁰ KURU-ARSLAN ve YILMAZ, a.g.e., s.342

yükümlüdür.” hükmünün ispat yükü konusunda genel bir hukuk kuralı olduğu kabul edilmektedir.⁷¹

Bu kural ile ispat yükü, taraflardan birine yüklenmemiş, davada hak iddia eden tarafa yüklenmiştir. Böylelikle, davada ispat yükü taraflardan birinde olabileceği gibi, her iki tarafta da olabilir.

İspat yükü kendisinde olan taraf, iddiasını ispatlarsa, ispat yükü karşı tarafa geçecektir. Buna “ispat yükünün yer değiştirmesi” denir. İspat yükü kendisine geçen taraf karşı tarafın iddiasının aksini ispatlayabileceği gibi, eğer yeni iddialarda bulunuyorsa bunları da ispatlayacaktır. Kural olarak ispat yükü ilk önce davacıya düşer. Yani davacı, dava açarken davasını dayandırdığı olguları ispat etmelidir. Bundan sonra karşı taraf bu iddiaları karşılamakla birlikte yeni iddialarda bulunuyorsa bu iddialarını ispatlamalıdır.

1.10.3. GENEL KURALIN İSTİSNALARI

İspat yükü konusunda genel kural ispat yükünün iddia sahibine ait olmasıyla birlikte genel kuralın istisnaları da vardır. Bu durumlarda, ispat yükü bir olgudan kendi lehine haklar çıkaran değil, o olgu aleyhine olan tarafa aittir. Ancak bu istisnai durumlar genellikle özel hukuk alanında olmakla beraber idari yargıda da söz konusu olabilir.

1.10.3.1. Normal Durumun Aksinin İspatı

Hayatın olağan akışına uyan, olması veya yapılması gereken yani normal bir duruma dayanan tarafın, bu iddiasını ispatlaması gerekmez.⁷² Aksine ispat yükü normal durumun aksini iddia eden tarafa düşer.

Bir hakkın doğumu için kanunen iyiniyet şart kılınan durumlarda asıl (normal) olan, iyiniyetin varlığıdır⁷³ (MK m.1). Karşı taraf kötüniet iddiasında bulunuyorsa bu durumu ispatlamalıdır.

⁷¹ KURU, a.g.e., C.II, s.1975; KURU-ARSLAN-YILMAZ, a.g.e., s.425; UMAR-YILMAZ, a.g.e., s.44; SUNAY, a.g.e., s.28; BİLGE- ÖNEN, a.g.e., s.501; PEKCANITEZ, a.g.e., s.308.

⁷² KURU-ARSLAN - YILMAZ, a.g.e., s.343

⁷³ KURU-ARSLAN ve YILMAZ, a.g.e., s.344

1.10.3.2. İspat Yükünün Kanunla Belirlendiği Haller

Bazı durumlarda kanunda ispat yükünün hangi tarafta olduğu belirlenmiştir. Genel kuralı düzenleyen MK m. 6'da bu durum, "kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça" ifadesi ile açıkça belirtilmiştir. Bu gibi hallerde ispat yükü, kanunda yazılı olan taraftadır.

Bu durum daha çok özel hukukta söz konusudur. Borçlar Kanunu'nun 96. maddesinde, sözleşmeyi yerine getiremeyen borçlunun, bundan doğan zararı ödemekten kurtulabilmesi için, kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmesi gerekir. Kıymetli evrakta, ihbarı yapmakla mükellef olan kimse, bunu belli süre içinde yaptığını ispat etmek zorundadır (TK . m. 635).

1.10.3.3. Karineler

Kârîne, belli bir olaydan, belli olmayan diğer bir olay için çıkarılan sonuçtur.⁷⁴ Kârîneler ikiye ayrılır. Fiili kârîne ve kanunî kârîneler.

Fiili kârîne, belli bir olaydan belli olmayan bir olay için hâkim tarafından çıkarılan sonuçtur. Bunlar birer hayat tecrübesidir. Fiili kârîneye dayanan taraf iddiasını ispat etmiş sayılır.

Devlet memurunun görev yaptığı yer ikametgahı için kârîne sayılır. Eğer idare memura memuriyet mahalli dışında ikamet ettiği gerekçesiyle disiplin cezası vermişse, bunu ispat idareye düşer.

Kanunî kârîne, belli bir olaydan belli olmayan bir olay için kanun tarafından çıkarılan sonuçtur. Kanuni kârîne, ispat yükü genel kuralına gerçek bir kârînedir.⁷⁵ Kimse, tapu sicilinde kayıtlı olan durumun kendisince bilinmediği yolunda bir iddia ileri süremez.

⁷⁴ KURU-ARSLAN ve YILMAZ, a.g.e., s.345

⁷⁵ KURU-ARSLAN ve YILMAZ, a.g.e., s.346

1.10.4. YARGILAMA USULLERİNDE İSPAT YÜKÜ

1.10.4.1. Hukuk Yargılamasında İspat Yüğü

Hukuk davaları, genel itibarıyla kişiler arasındaki uyuşmazlıklardan kaynaklanır. Davanın tarafları da gerçek veya tüzel kişilerdir. Taraflar arasında ispat konusunda eşitlik söz konusudur. Bu nedenle hukuk yargılamasında “taraflarca hazırlama ilkesi” geçerlidir. Davanın açılması, delillerin mahkemeye sunulması, ispat gibi konularda taraflar aktif durumdadırlar. Buna karşın mahkeme kural olarak pasif konumdadır. Tarafların gösterdikleri delillerle bağlıdır.⁷⁶ Bu nedenle, hukuk yargılamasında ispat ve ispat yükü çok önemli konudur. Taraflar iddialarını ispatlayamazlarsa veya karşı tarafın iddiasının aksini ispatlayamazlarsa davalarında haklı bile olsalar lehlerine sonuç elde edemeyeceklerdir.

Hâkim, davada tarafların gösterdikleri delillere göre veya mevcut delillerden elde ettiği kanaate göre karar verir.⁷⁷ Hâkimde olayın çözümüne ilişkin kanaat oluşmadığı durumlarda ispat yükünün hangi tarafa düştüğü önem arz etmektedir. Bu durumda hâkim ispat yükünün hangi tarafa düştüğünü belirlemesi gerekir.⁷⁸ İşte bu noktada hâkimin ispat yükünü tespit ettiği taraf iddiasını dayandırdığı maddi olay ve olguları ispat edememiş ise, aleyhine bir kararla karşı karşıya kalacaktır.⁷⁹

1.10.4.2. Ceza Yargılamasında İspat Yüğü

Ceza yargılaması kişi hürriyetlerini doğrudan kısıtlayan bir yargılama dalıdır. Suç, kişiler aleyhine işlense de devlet düzenini ihlal ettiğinden devlet de doğal olarak mağdur olmaktadır. Bu nedenle çoğu ceza davalarında davacı Kamu Hukuku, yani devlettir. Suç işlendiğinde devleti temsilen savcı, suç ile ilgili delilleri toplayarak kişi aleyhine kamu davası açar. Ceza yargılama hukukunda, hukuk yargılamasının aksine “kendiliğinden araştırma ilkesi” geçerlidir. Delil konusunda da ceza yargılamasında

⁷⁶ KURU, a.g.e., C.II, s.2022-2023

⁷⁷ ELÇİM, a.g.t., s.27

⁷⁸ KURU, a.g.e., C.II, s.1973; KURU-ARSLAN ve YILMAZ, a.g.e., s.424; UMAR-YILMAZ, a.g.e., s.4-7; POSTACIOĞLU, a.g.e., s.535-536.

⁷⁹ ÜSTÜNDAĞ, a.g.e., s.613; BİLGE-ÖNEN, a.g.e., s.499; PEKCANITEZ, a.g.e., s.308.

“delil serbestisi ilkesi” geçerlidir. Bu nedenle, ceza yargılamasında istisnalar dışında “ispat yükü”nün bulunmadığı savunulmaktadır.⁸⁰

Devlet adına iddia makamını işgal eden savcı sanığın aleyhine olan delilleri topladığı gibi, lehine olanları da toplayarak mahkemeye sunar. Bunun yanında mahkeme de re’sen araştırma yapabilmektedir. Çünkü, hâkim sanığın suç işlediği konusunda tam kanaat sahibi olmalıdır. Aksi halde sanığın suç işlediği konusunda yeterli delil elde edilememişse -hâkimde tam kanaat oluşmamışsa- “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi uyarınca hâkim, beraat kararı verecektir. Bu nedenle sanık, suç işlemediğini ispat edemese bile -hukuk yargılamasındaki durumun aksine- lehine sonuç elde edebilecektir. Bu nedenle ceza yargılamasında ispat yükünün hukuk yargılamasındaki kadar önemli olmadığı söylenebilir.⁸¹

1.10.4.3. İdari Yargıda İspat Yükü

İdari yargıda, idarenin işlemlerinin hukuka uygunluğu denetlendiği için, davalı taraf da idaredir. İdare, kamu gücüne dayanarak, üstün ve ayrıcalıklı yetkiler ile eylemde bulunmakta ve işlemler yapmaktadır. İdari işlemler tek taraflı olarak kurulur. İlgilisinin iznine gerek olmadığı gibi, başka bir merciin iznine de gerek duyulmaz. İdari işlem, icrai işlemdir ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanır. Yargı mercilerince iptal edilmediği sürece hukuki sonuçlar doğurur. İdari işlemler son şeklini alana kadar birçok işlemi de bünyesinde barındırır. İlgilisine son şeklini almış işlem tebliğ edilir. İdari işlem nedeniyle menfaati ihlal edilenin (davacı) elinde idari işlemten başka bir şey yoktur. Zımni ret işleminde olduğu gibi bazı durumlarda idari işlem dahi yoktur. İdari yargıda davacı genellikle bu işleme dayanarak dava açar, iddia da bulunur ve delillerini gösterir. Yani, kısaca idari yargıda görülen davalarda taraflardan biri, elinde idari işlem bulunan davacı, diğeri, kamu gücünü kullanan, dava konusu işlem ve dayanağı bilgi ve belgeleri elinde bulunduran idaredir.

Böyle bir durumda, davacıdan iddia ettiği olay ve olguları ispatlaması, ispatlayamadığı takdirde davanın reddedilmesi gibi sakıncayı bertaraf etmek için, idari

⁸⁰ KUNTER- YENİSEY, a.g.e., s.547; Erdener YURTCAN, CMUK Şerhi, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s.533; Faruk EREM, **Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu** (şerhi), Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1996, s.588; Nevzat TOROSLU, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınları, Ankara 1999, s.165.

⁸¹ PARLAK, a.g.t., s. 25

yargıda ceza yargılamasında olduğu gibi “re’sen araştırma ilkesi “ ve “delil serbestisi ilkesi“ kabul edilmiştir. Bu benzerlikten yola çıkarak idari yargılamada da ispat yükü sorununun olmadığı söylenebilir. Nitekim, ispat yükü sorununun ancak mahkemelerin pasifliği ilkesine dayanan yargılama yönteminin uygulandığı durumlarda ortaya çıkabileceği, mahkemelerin aktifliği ilkesine dayanan yargılama yönteminin uygulandığı durumlarda, hâkimin olayları kendiliğinden araştırması gerektiği, dolayısı ile tarafların kanıtlama faaliyetine gerek bulunmadığı ve bunun sonucu olarak kanıtlama yükü sorununun ortaya çıkmayacağı savunulmuştur.⁸²

İdari yargılama açısından bu görüşe katılmak pek mümkün değildir.⁸³ Çünkü, idari yargılamada re’sen araştırma ilkesi geçerli olmakla birlikte, bu ilkenin etkin bir şekilde işletildiği söylenemez. Zira, ceza yargılamasında olduğu gibi idari yargılamada savcılık kurumu ve ona bağlı adli polis gibi kurumlar bulunmamaktadır. Ceza yargılamasında savcı, daha dava açılmadan, olaya ilişkin tüm delilleri toplamakta, ve hatta CMUK uyarınca dava sırasında yeterli karşı deliller sunulmakta yine de hâkimde kanaat oluşmadığı takdirde her türlü araştırmayı mahkeme yapabilmektedir. Ayrıca, ceza yargılamasında ispatlayamamanın sonucu önceden belirlenmiş bulunmaktadır. Buna karşın idari yargıda, savcılık kurumu gibi bir kurum bulunmadığı ve var olan Danıştay Savcılığı kurumunun da delil toplama görevi bulunmadığı için mahkemelerin re’sen araştırma ilkesi uyarınca davanın hemen başında uyuşmazlığın esasının çözümüne geçmeden önce bizzat delil toplaması diye bir şey söz konusu değildir. İdari yargılamada geçerli olan re’sen araştırma ilkesi, taraflar arasındaki uyuşmazlığa konu olay veya olgular taraflarca ispatlanamadığı takdirde mahkemenin konu ile ilgili yerlerden bilgi ve belge istemesinden ibarettir. Bu araştırma idari yargılamada “ara kararı” ile yapılmaktadır. Mahkemenin ara kararına ilgili yerlerin cevap vermemesi - sorumluluğu gerektirse bile- veya eksik bilgi ve belge göndermesi durumunda uyuşmazlık açıklığa kavuşturulamayacaktır. Buna rağmen mahkeme uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak zorundadır. Bu nedenle ispat yükü sorununun idari yargıda bulunmadığı söylenemez.⁸⁴

⁸² UMAR-YILMAZ, a.g.e., s.9

⁸³ ELÇİM, a.g.t., s.25

⁸⁴ ALANGOYA, a.g.e., s.264; UMAR-YILMAZ, a.g.e., s.10

İspat yükü kuralları ile ulaşılan şekli gerçektir. Umar- Yılmaz'ın şu görüşüne katılmak gerekir: "... Bu nedenle, mahkemenin etkinliği ilkesinin yürüdüğü yargılama yönteminde ispat yükü diye bir düşünceye yer verilmemelidir biçimindeki görüşün haklı bir endişeden doğduğu tümüyle yadsınamaz (inkar edilemez); gerçekten belirsizlik durumunda, yalnızca ispat yükü taraflardan birine düştüğü için ve bu gerekçeyi göstererek davayı o taraf aleyhine sonuçlandırma olanağı, hiç kuşkusuz, yargıcı, mahkemenin etkinliği ilkesinin kendisine yüklediği maddi gerçeği kendiliğinden araştırma yükümlülüğünü yerine getirmekte gevşek davranmaya itebilir. Ancak buna karşın, yine de ispat yükü kavramından, mahkemenin etkinliği ilkesine uyruk işlerde vazgeçme olanağı yoktur; çünkü belirsiz kalma olasılığı ortadan kaldırmak için insancıl bir olanak yoktur ve olayların belirsiz kalma varsayımında, yargıç bir karar vermekten kaçınamayacağına göre, ispat yükü kavramına başvurup, davayı buna göre sonuçlandırmak kaçınılmaz bir zorunluluktur."⁸⁵

Görülmektedir ki, idari yargılamada ispat yükü, hukuk yargılaması ile ceza yargılamasındaki ispat yükünün arasında yer almaktadır. İdari yargılamada ispat yükü ne hukuk yargılamasındaki gibi taraflara bırakılmakta ne de ceza yargılamasındaki kadar esnek olabilmektedir. İdari yargılama hukukunda re'sen araştırma ilkesi ve delil serbestisi ilkesi geçerli olduğundan, ispat yüküne hukuk yargılamasına göre daha az başvurulacaktır. Çünkü hukuk yargılamasında hâkim, tarafların iddialarını ispatlayamaması durumunda, ispat yükünün hangi tarafta olduğunu belirleyerek karar verirken; idari yargılamada, hâkim tarafların iddialarını ispatlayamaması durumunda, kendisi de re'sen araştırma yaptıktan sonra, ancak ispat yüküne dayanabilmektedir.⁸⁶

Ceza yargılamasında ise, savcılık kurumu olduğundan re'sen araştırma ilkesi daha etkili bir biçimde gerçekleşebilmektedir. Savcı, daha dava açılmadan maddi olaya ilişkin lehte ve aleyhte bütün delilleri toplayabilmekte, mahkemede kendiliğinden araştırma yapabilmektedir. Hâkim yeterli delil elde edilememesi veya iddia ve savunma makamının iddialarını ispatlayamamaları durumunda, ispat yükünün hangi tarafta olduğuna göre da karar verememektedir.

⁸⁵ UMAR-YILMAZ, a.g.e., s.10

⁸⁶ Aksi görüş için bkz., ELÇİM, a.g.t., s.25

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda ve idari yargı ile ilgili diğer mevzuatta ispat yükünün hangi tarafta olduğuna ilişkin herhangi bir hükme de yer verilmemiştir. Ancak gerek Danıştay, gerekse de idare mahkemesi kararlarında “iddialar ispatlanamadığından, sübuta ermediğinden, somut bilgi ve belgeye dayanılmadığından “ gibi ifadelerle yer vererek ispat yükünün taraflardan birine yüklendiği görülmektedir.⁸⁷

Bu nedenlerle, idari yargılama usulünde de genel kuralın geçerli olduğu söylenebilir. Yani, idari davada taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığı ispatlamakla yükümlüdür. Ancak, bu genel kuralın hukuk yargılamasındaki kadar katı şekilde uygulanması idari yargılamanın özelliğine aykırıdır. Çünkü idari yargılamada, davacı güçsüz durumdadır. Dava konusu idari işlem ile ilgili deliller idarenin elindedir. Davacıya, iddiası nedeniyle ispat yükünü yüklemek haksızlığa neden olur. Ancak yine de davacı, dava konusu delilleri elde edemese de, mahkemeyi harekete geçirecek argümanları ileri sürmeli, davanın çözümlenmesinde hâkime yardımcı olmalıdır. Hâkimde, davacının ileri sürdüğü delillere değer atfederek re'sen araştırma ilkesi gereğince gerek gördüğü incelemeleri yapmalıdır.⁸⁸

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda, devlet memurlarının bazı fiillerine disiplin cezası verileceği düzenlenmiştir (m. 125). Yani idareye belli fiil ve hareketlerde bulunan memura disiplin cezası verme yetkisi verilmiştir. İdarenin memura disiplin cezası verebilmesi için, memurun fiili işlediği somut bir şekilde ortaya koyması, yani ispatlaması gerekir. Buna göre disiplin cezasına karşı açılan davalarda, ispat yükünün idarede olduğu söylenebilir.⁸⁹

Kamu görevlilerinin özür grubu diye adlandırılan sağlık, eş, öğrenim durumu gibi atanmaları kurumların yönetmeliklerinde düzenlenmiştir. Örneğin, sağlık durumu nedeniyle atanma talebi reddedilen memurun bu işleme karşı açtığı davada, sağlık durumunu ve tedavisinin ancak atanmak istediği yerde mümkün olabileceğini ispatlaması gerekecektir.

⁸⁷ PARLAK, a.g.t., s.29

⁸⁸ SUNAY, a.g.e., s.29.

⁸⁹ ELÇİM, a.g.t., s.35

Sonuç olarak, idari yargılama usulünde, ispat yükü konusunda genel kural geçerli olmakla birlikte, ispat yükünün iddiasını ispat edemeyen tarafta kalacağı söylenemez. İdari davalarda öncelikle ispat yükü taraflardadır. Ve genel kural geçerlidir. Yani davada taraflar iddialarını dayandırdıkları olguları ispatlamaya çalışacaklardır. Tarafların iddialarını ispatlayamamaları halinde devreye mahkeme girecek re'sen araştırma yetkisi çerçevesinde uyuşmazlığı çözümleyecek gerekli araştırma ve incelemeyi yapacaktır. Mahkeme buna rağmen uyuşmazlığı çözümleyemez ise, bu takdirde, her davanın durumuna ve özelliğine göre ispat yükünün hangi tarafta olduğuna karar vererek davayı çözümleyeceği söylenebilecektir.⁹⁰ İdari yargı yerleri, ispat yükünün hangi tarafta olduğu belirlemesini yaparken, genel kural davanın özelliğini, idarenin delil etme konusunda güçlü konumunu ve davacının delil elde etme ve sunmadaki zorluklarını da dikkate alması gerektiği söylenebilir.⁹¹ Davalı İdarece cevap dilekçesinde uyuşmazlığın esasının çözümüne yarayacak bilgi ve belgelerin sunulmaması halinde mahkeme veya hakim re'sen araştırma ilkesi gereği ara kararla bilgi ve belge talep edecektir. Örn. Disiplin soruşturması nedeniyle görev yeri değiştirilen davacının atama işlemini dava konusu etmesi ve cevap dilekçesinde idarenin bilgi ve belge sunmaması halinde, mahkeme davalı idareden ara kararla disiplin soruşturma raporunu isteyebilecektir. Tam yargı davalarında ise; ispat yükü ile ilgili olarak ana kuraldan ayrılmayı gerektirecek bir durum ortaya çıkmamaktadır. Tam yargı davalarında ispat yükü genel kural uyarınca davacıdadır; davacı hakkını ihlal eden olayı, illiyet bağı, zararın miktar ve derecesini ispat etmek zorundadır.⁹²

1.11. İDARİ YARGILAMA USULÜNDE GEÇERLİ OLAN İLKELERİN İSPAT YÖNÜNDEN İNCELENMESİ

1.11.1. GENEL OLARAK

İdari yargı, idarenin yargısal denetimini yapmak üzere ortaya çıkmıştır. Kamu hizmetlerinden çıkan uyuşmazlıkların yapısal ve teknik özellikleri, günün gelişen şartlarına göre değişmesi ve bunlara uygulanacak kuralların hukuki ve teknik bir nitelik

⁹⁰ SUNAY, a.g.e., s.30

⁹¹ SUNAY, a.g.e., s.30

⁹² ONAR, a.g.e.S.1979

taşıması idari yargının bugünkü varlık sebebini oluşturmaktadır.⁹³ İdari yargı bir denetim görevi yapar ve kişiler ile devlet arasında denge sağlamaya çalışır. Kişileri devlet karşısında koruduğu gibi, kamu hizmetlerinin aksamamasına da özen gösterir. İdarenin faaliyetlerinin hukuka ve kanuna uygun olarak yürütülmesini sağlayarak, hem idarenin keyfilğini önler, hem de kişilere güvence sağlar. Bu nedenle idari yargının kendine özgü kuralları ve özellikleri vardır.⁹⁴

İdari Yargılama Usulüne hakim olan bu özellikler dayanağını Anayasadan ve idare mevzuatımızdan almaktadır. Mevzuatta bu özellikler dağınık şekilde yer almaktadır. İdari Yargılama Usulü Kanununun 2/1 maddesinde yazılı yargılama ilkesi, 20/1-2 maddesinde re'sen araştırma ilkesi , 20/3-4 maddesinde gizlilik ilkesi, diğer yargılama usullerinde de geçen ve anayasada düzenlenen ucuzluk ve çabukluk ilkeleri ile teknik yardımdan faydalanma⁹⁵, yargılamanın kamuya faydalılığı ilkesi⁹⁶, delil serbestisi ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkeleri olarak sayılabilir. İdari yargılama usulünde bu ilkelerden yazılılık, resen araştırma, delil serbestisi ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkelerinin özellikle konumuza bakan yönlerini inceleyeceğiz.

1.11.2. YAZILI YARGILAMA İLKESİ

İdari yargılama usulünde geçerli olan yazılı yargılama ilkesi, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda açıkça belirtilmiştir. Buna göre, "Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanır ve inceleme evrak üzerinde yapılır" (İYUK m.21). Dolayısıyla, idari yargılama usulünde yargılama yazılı olarak yapılmaktadır.

Yargılamanın yazılı olması, tarafların iddia ve savunmalarını yazılı olarak mahkemeye sunması ve mahkemelerin de uyumazlığı, sunulan bu belge ve bilgilere göre çözümlemesini ifade etmektedir. Yani diğer bir deyişle, davacının davasını yazılı olarak dava dilekçesi ile açması, iddialarını dayandırdığı olgulara ilişkin delillerini

⁹³ Orhan ÖZDEŞ, "İdari Yargı ve Yargılama Usulünün Özellikleri", Danıştay Yayınları, DD., Sy. 12-13, s.16

⁹⁴ PARLAK, a.g.t.,s.31

⁹⁵ Bkz., Bilirkişi incelemesi ile ilgili açıklamalar., s.65 vd.

⁹⁶ Yahya ZABUNOĞLU: "İdari Yargılama Usulü: Genel İlkeler ve Pozitif Düzenlemeler", İYSGS, Ankara 1982, s.100-101

dilekçeye eklemesi, idarenin de savunmasını ve dava konusu işlem dosyası ile delillerini yazılı olarak mahkemeye sunmasıdır. Aksi ifadeyle, iddia ve savunmanın mahkeme huzurunda ifade edilmemesidir. Adli yargıda da dava dilekçeleri ile savunmalar yazılı olarak mahkemeye sunulmaktadır. Ancak bu yargılamanın yazılı olduğu anlamına gelmemektedir. Çünkü bu yargılama sisteminde taraflar iddia ve savunmalarını mahkeme huzurunda ispatlamaya çalışmaktadırlar. Hatta Sulh Ceza Mahkemeleri'nde sözlü olarak da dava açılabilir. Görülüyor ki yazılı yargılama ile sözlü yargılama arasındaki ayrım, tarafların iddia ve savunmalarını mahkeme huzurunda açıklayıp açıklamamalarından kaynaklanmaktadır. İddia ve savunmaların mahkeme huzurunda açıklanması duruşma ile sağlanmaktadır.

İdari yargılama usulünde duruşmaya yer verilmesi sözlü yargılama olduğu anlamına gelmemektedir. Kural yazılı yargılama olmakla birlikte, idari yargıda duruşma yapılmasının bu kuralın istisnasını oluşturduğu savunulmaktadır.⁹⁷ İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda açıkça, yazılı yargılama usulü uygulanacağı belirtildiğinden ve inceleme evrak üzerinden yapıldığından, tanığın dinlenmediği, dile getirilen iddia ve savunmaların zapta geçirilmediği genel itibari ile de davalı idarelerin savunmasını aynen tekrar ettiği duruşmanın yazılı yargılamanın istisnası olmaktan daha çok mahkemenin kanaate ulaşması yönünde takdiri delil olarak kabul edilmesi gerekecektir.

1.11.3. RE'SEN (KENDİLİĞİNDEN) ARAŞTIRMA İLKESİ

1.11.3.1. Kavram

İdari yargı mercilerine re'sen araştırma yetkisi 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu ile verilmiştir. Buna göre "Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar" (İYUK . 20/1). Re'sen araştırma, "idari yargılama usulünde, idari yargı hâkiminin davanın açıldığı andan nihai karar verilinceye kadar geçen safhada, davanın sevk ve idaresi; maddi olayın mevcudiyetini araştırması ve delillerin elde edilmesi; maddi olayın hukuki tavsifi,

⁹⁷ ONAR, a.g.e., C.III, s.1982-1985; Celal KARAVELİOĞLU, **Değişiklik Açıklama ve En Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Trabzon 1996, s.6

olaya uygulanacak hukuk kurallarının tespiti, iddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığını araştırmak; davanın süresinde açılıp açılmadığı, delillerin takdiri; idarenin sorumluluk esasının tespiti ve hatta tarafların hiç değinmedikleri olaylar ve delillerin elde edilmesi ile ilgili olarak, tarafların talebine ihtiyat duymaksızın, dava ile ilgili olarak kendiliğinden yaptığı tüm araştırmalara verilen ad⁹⁸ olarak tanımlanmıştır.

1.11.3.2. Re'sen Araştırma İlkesinin Amacı

idari uyuşmazlık ve davalar kaynağı, konusu, amacı ve neticeleri itibari ile hukuk ve ceza davalarından büyük farklılıklar gösterir. Yargılama usullerini birbirinden ayıran en önemli farklılıklardan biri de hakimin davanın yürütülmesinde rol ve sahip olduğu yetkidir.⁹⁹

Medeni Yargılama Hukukundan, yargılama esas itibariyle tarafların iddia,delil ve defileri çerçevesinde yürütülür ve kendiliğinden araştırma ilkesi bir istisnadır.Bu nedenle re'sen araştırma ilkesinin uygulanabileceği haller için kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır.¹⁰⁰

Buna karşılık idari yargılama usulünde hakim bütünüyle aktif bir konumda olup, uyuşmazlığın çözülmesinde gerekli her türlü araştırma ve incelemeyi talep olsun olmasın kendiliğinden yapar¹⁰¹ ve dosyanın tamamlanması için gerekli usul işlemlerini bizzat yerine getirir.Görüldüğü gibi idari Yargıda davanın yönetimi, tamamen mahkemeye verilmiştir.¹⁰² Re'sen araştırma yetkisi ile idari yargı mercileri, davada aktif bir rol üstlenir. Tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlı kalmayarak ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını bizzat araştıracaktır. Bu nedenle re'sen araştırma ilkesinin

⁹⁸ SUNAY, a.g.e., s.12

⁹⁹ ERÇETİN YORGANCIOĞLU, "Danıştay Yargılama Usulünde Re'sen İnceleme Yetkisi, İdare Hukuku ve idari Yargı ile İncelemeler , Ankara,1976,s.219

¹⁰⁰ Baki KURU - Ramazan ASLAN - Ejder YILMAZ, **Medeni Usul Hukuku**, II. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000 s.326

¹⁰¹ İ.Y.U.K. mad 20/1: Danıştay ile İdari ve Vergi Mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar. Mahkemeler belirtilen süre içinde lüzum gördükleri evrakın verilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler.

¹⁰² Ramazan ÇAĞLAYAN, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, Ankara 2000 s.55

amacının idarenin yargısal denetimi ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesini sağlamak olduğunu söylenebilir.¹⁰³

1.11.3.3. Re'sen Araştırma İlkesinin Kapsamı

Re'sen araştırma ilkesi bir taraftan yargılamada, göz önüne alınması gereken kamu düzenine ilişkin hususlarda görev, yetki, süre gibi) mahkemenin sağlıklı bir sonuca ulaşabilmesi, bir taraftan da idari yargı denetiminin bir "hukuka uygunluk" denetimi olması ve herhangi bir işlem veya eylemin hukuka uygun olup olmadığının bazen kapsamlı bir araştırma ve incelenmeyi gerektirebilmesi nedeniyle önemli bir ilkedir. Danıştay da "...re'sen araştırma ilkesi, dava konusu işlemin tesisine esas olarak gösterilen, hukuki nedenin var olup olmadığının araştırılması, dayanağı olan bilgi ve belgelerin derlenmesi şeklinde uygulandığı gibi taraflarca öne sürülmemiş olsa dahi idare hukukunda kamu düzenine ilişkin olduğu tartışmasız kabul edilmiş olan görev, yetki süre gibi konuların incelenmesi şeklinde de anlaşılır..." şeklinde bir karar vermiştir.¹⁰⁴

Bu nedenle, özellikle 2577 sayılı yasanın 14.maddesinde yer alan ilk incelemeye ilişkin konularda yargıca geniş bir yetki verilmiştir. Şöyle ki,

Bu başlık altında yer alan "ehliyet" konusunda yargıcın takdir hakkı bulunmaktadır. Yargıç İ.Y.U.K. 2.maddesinde düzenlenen ehliyet ile ilgili ölçütleri göz önünde tutarak davacının dava açma ehliyetinin bulunup bulunmadığı konusundaki araştırmayı yapıp karar verecektir.¹⁰⁵

Yine İ.Y.U.K. 14.maddesinde yer alan husumet konusunda da yargıca re'sen araştırma yetkisi 15.maddenin (c) bendi ile verilmiştir.Buna göre davanın hasım gösterilmeden veya yanlış, hasım gösterilerek açılması halinde, dava dilekçesinin tespit edilerek gerçek hasma tebliğe yargıç karar verecektir.

Görev ve yetkiye ilişkin itirazlarda da, taraflar itiraz etmemiş olsalar dahi, yargıç kamu düzenini göz önünde tutarak, kendiliğinden görevsizlik veya yetkisizlik kararı

¹⁰³ ELÇİM, a.g.t., s.42

¹⁰⁴ Danıştay 5.Dairesi, 08.12.1987 T. E. 1985/815, K. 1987/1723, D.D., S. 70-71, s.277

¹⁰⁵ Danıştay 9.Dairesi 23.09.1997 T., E. 1996/6087, K.1997/2653, D.D., S. 95, s.587

verebilmektir. İlk inceleme aşamasından sonra da yargıç cevap verme sureleri ile duruşma şekline ilişkin konularda da re'sen araştırma yetkisini kullanabilmektedir. Bu ilkenin yerinde, tam ve doğru uygulanmaması hem usul yönünden verilecek kararlarda yanlışlıklar yapılması sonucunu, hem de mahkeme kararının yeterli ve doğru gerekçeyle oturtulmaması sonucunu doğurabilir.¹⁰⁶

Re'sen araştırma yetkisinin kapsamı, 2577 sayılı İdari Yargılı Usulü Kanunu'nun 20. maddesinin 1. fıkrasında yer almaktadır. Bu maddeye göre, "...mahkemeler, belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilir." Mahkemenin re'sen araştırma yetkisi, asıl maddi gerçeğin ortaya çıkarılması durumunda önem arz etmektedir. Mahkeme bu bağlamda her türlü bilgi, belge ve delili taraflardan veya ilgili yerlerden isteyebileceği gibi, re'sen keşif, bilirkişi incelemesi veya duruşma yapılmasına da karar verebilecektir.

Re'sen araştırma yetkisi ve kapsamı konusunda Danıştay'ın görüşü ise şu şekildedir, "...idari yargı yerleri, uyuşmazlık konusu olayın hukuki nitelendirilmesini yapmak, olaya uygulanması gereken hukuk kurallarını belirlemek ve sonuçta hukuki çözüme varmak yönlerinden tam bir yetkiye sahiptirler. İdari yargı yerleri buna ek olarak olayın maddi yönünü belirleme noktasından da her türlü incelemeyi kendiliklerinden yapabilirler. İddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durum gerçeğe uygun olup olmadığını serbestçe araştırabilecekleri gibi tarafların hiç değinmedikleri olayları ve maddi unsurları araştırmaya da yönelebilirler."¹⁰⁷

1.11.3.4. Re'sen Araştırma İlkesinin Sınırı

İdari yargı yerlerinin sahip olduğu re'sen araştırma yetkisi kapsamı oldukça geniş bir yetkidir.¹⁰⁸ Ancak genel olarak bütün yetkinin bir sınırı olduğu gibi, re'sen

¹⁰⁶ KARAVELİOĞLU, a.g.e.,s.635

¹⁰⁷ Dn. 3.D.'nin 21.11.1990 tarihli ve E:1990/2057, K:19903199 sayılı kararı, (DD., Sy. 82-83, b.223); Dn. 5.D.'nin 12.12.1990 tarihli ve E: 1990/2929, K: 1990/3417 sayılı kararı, (DBB); Dn. VDDK'nun 21.2.1997 tarihli ve E:1995/209, K:1997/124 sayılı kararı, (DD., Sy.94, s.246-248)

¹⁰⁸ SUNAY, a.g.e., s.19-20

araştırma yetkisi konusunda da sınırlamalar vardır. Yani idari yargı mercilerine verilen bu yetki mutlak ve sınırsız değildir.¹⁰⁹

İlk başta re'sen araştırma yetkisi, idari yargılamanın amacı ile sınırlıdır. İdari yargılamanın amacı, idarenin yargısal denetimini sağlamaktır. Diğer bir deyişle, idari yargı yetkisi, idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır (AY. m.125/4, İYUK m.2/2). Dolayısıyla re'sen araştırma yetkisi sınırı da hukukilik denetimi ile sınırlıdır.¹¹⁰ İdare mahkemeleri, yerindelik denetimi yapamazlar (İYUK m.2/2). İdari yargı yetkisinin hukukilik denetimi ile sınırlı olması nedeniyle mahkemelerin re'sen araştırma yetkisi de bu çerçevede kalmalı, idari işlem ve eylemlerin yerinde olup olmadığına ilişkin inceleme ve araştırmaya mahal verilmemelidir.

Re'sen araştırma yetkisinin ikinci sınırı ise, dava konusu uyuşmazlığın çözümüdür.

Re'sen araştırma yetkisinin üçüncü sınırı ise İYUK 'un 20. maddesinin 3. fıkrasıyla getirilmiştir. Bu maddeyle getirilen sınır "... istenilen bilgi ve belgeler devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise Başbakan veya ilgili bakan, gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir. Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez." hükmüdür. Bu madde hükmüne göre, mahkemenin re'sen araştırma yetkisine dayanarak istediği bilgi ve belgeler, devletin güvenliği veya yüksek menfaatlerine veya devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, idare gerekçesini bildirerek bu bilgi ve belgeleri mahkemeye ibraz edemeyebilecektir. Bu tür gizlilik taşıyan bilgi ve belgeler de re'sen araştırma yetkisine getirilmiş bir sınırlamadır.¹¹¹

¹⁰⁹ SUNAY, a.g.e., s.19-20; Yücel UĞURLU, "Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Re'sen Araştırma İlkesi", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 75. Yıl Armağanı, C.III, Sy.1, a.g.m., s.131-132; SUNAY, Resen Araştırma, s.134

¹¹⁰ SUNAY, Resen Araştırma, s.134

¹¹¹ ELÇİM, a.g.t., s.45; Daha fazla bilgi için bkz., SUNAY, a.g.e., s.20 vd.

Re'sen araştırma yetkisinin diğer bir sınırı ise, bazı meslek mensuplarının meslekleri gereği getirilen sır saklama yükümlülüğü olduğu savunulmaktadır.¹¹² Örneğin; doktorlar, avukatlar, vergi daireleri vs. Ancak idare mahkemelerinin bu gibi kişilerden bilgi ve belge istedikleri pek görülmemektedir.

1.11.3.5. Re'sen Araştırma İlçesinin Kullanılma Usulü

Öncelikle idari yargılama ile ceza yargılamasında geçerli olan re'sen (kendiliğinden) araştırma yetkisinin kullanımı birbirinden farklılık arz etmektedir. Her iki yargılama yolunda da re'sen araştırma yetkisinin amacı aynıdır. Kamu düzenini ve bireylere hukuki güvenliği sağlamak. Ancak idari yargı teşkilatında –Danıştay hariç– savcılık kurumu yer almamaktadır. Dolayısıyla idari yargı mercileri dava konusu bilgi, belge ve delilleri bizzat idare veya diğer ilgili yerler nezdinde araştırma yaparak toplayamamaktadır. Böyle bir yol idari yargı mevzuatımızda öngörülmemiştir.

Bununla birlikte, İYUK m.16/5 'te, "davalara ilişkin işlem dosyalarının aslı veya onaylı örneği idarenin savunması ile birlikte, Danıştay veya ilgili mahkeme başkanlığına gönderilir." hükmü yer almaktadır. Yani idari yargıda savcılık kurumu öngörülmemesine rağmen, idarenin savunmasıyla birlikte davalara ilişkin işlem dosyalarını mahkemeye ibraz etme zorunluluğu getirilmiştir. Bu zorunluluğa rağmen uygulamada, idarelerin savunmaları ile birlikte işlem dosyalarını mahkemeye sunmadıkları görülmektedir. Bu durum idarelerin sorumluluğunu gerektirse de mahkemeler uyuşmazlığın çözümü için re'sen araştırma yetkisi gereğince işlem dosyalarını idarelerden getirtmektedirler.¹¹³

Uygulamada, mahkemeler dava açıldıktan sonra dava dilekçesini ara kararla birlikte tebliğ etmekte ve ara kararda uyuşmazlığın çözümüne yarayacak bilgi ve belgeleri (örn. İşlem dosyası) istemektedir. Böylece davalı idare, mahkeme kararı gereği cevap dilekçesi ile birlikte bilgi ve belgeleri mahkemeye sunmaktadır. Bu uygulama usul ekonomisine de uygundur. Sadece dava dilekçesinin idareye tebliğ edildiği durumda, idarelerin uyuşmazlıkla ilgili bilgi ve belge sunmaması halinde mahkeme, re'sen araştırma ilkesi gereği ara kararla bilgi ve belgeleri idarelerden istemektedir. Böyle bir durumda cevap dilekçesiyle bilgi ve belge sunulmaması halinde mahkemelerin suç duyurusunda bulunduğu rastlanılmamaktadır.

¹¹² ELÇİM, a.g.t., s.45;

¹¹³ PARLAK, a.g.t., s.42

İdari yargı yerleri, re'sen araştırma yetkisini, "ara kararı" vasıtasıyla kullanmaktadırlar.

İdari yargı yerleri dava konusu maddi gerçeğe ulaşmak için veya uyuşmazlık konusu olayı açıklığa kavuşturmak için bir takım bilgi, belge veya delillere gereksinim duyabilirler. Bu yönde tarafların talebi olabileceği gibi, mahkeme kendiliğinden de gereksinim duyabilir. İşte, idari yargı yerleri re'sen araştırma ilkesi gereği, gerekli gördüğü her türlü bilgi, belge ve delili ara kararı ile taraflardan veya diğer ilgili yerlerden isteyebilirler (İYUK m. 20/1). Bu nedenle, mahkemelerin re'sen araştırma yetkisini kullanabileceği en önemli araç ara karardır.¹¹⁴

Ayrıca idari yargı yerleri, ara kararı ile bilirkişi incelemesi ve keşif yapılmasına veya sadece keşif yapılmasına, naip üye tayin edilmesine, hakem hastaneye sevke, delil tespitine, tarafların duruşma istemediği durumlarda gerek görüldüğünde duruşma yapılmasına karar verebilmektedirler.

İdari yargı yerlerinin ara kararı gereklerinin süresi içerisinde yerine getirilmesinin mecburi olduğu da kanunda düzenlenmiştir (İYUK m.20/1). Haklı sebeplerin bulunması halinde verilen süre, bir defaya mahsus olarak uzatılabilir. Ara kararı da sonuçta bir mahkeme kararı olması nedeniyle kanunda düzenlenmemiş olsa idi bile taraflarca yerine getirilmesi gerekecekti. İdari yargı yerleri re'sen araştırma yetkisini davanın her safhasında kullanabilir. Bazen Danıştay temyiz üzerine incelediği davalarda eksik inceleme nedeniyle mahkeme kararını bozarak dosyayı mahkemeye gönderir. Mahkeme Danıştay kararında belirtilen eksiklikleri bu aşamada da ara kararı ile giderebilir.

Mahkeme veya hâkim ara kararı yapmadan önce dosyadaki bilgi ve belgeleri çok iyi incelemeli, ara kararında hangi bilgi, belge veya delili isteyeceğini açık ve net bir şekilde belirlemeli ve yaptığı ara karar uyuşmazlığı çözümlemeye yönelik olmalıdır. Aksi takdirde eksik yapılan veya uyuşmazlıkla ilgili olmayan ara kararlar davayı uzatacak, tekrar ara karar yapma durumunu ortaya çıkaracak, adaletin tecellisini geciktirecektir. Bu da usûl ekonomisi ilkesinin ihlali sonucunu doğurabilecektir, dolayısıyla yargıya olan güveni zedeleyebilecektir.

¹¹⁴ PARLAK , a.g.t., s.42

1.11.4. DELİL SERBESTİSİ İLKESİ

1.11.4.1. Kavram

Delil serbestisi ilkesi, tarafların iddiaları her türlü delille ispatlayabilmelerini, mahkemenin de tarafların getirdikleri delillerle bağlı olmamasını ifade eder. Delil serbestisi ilkesi esasen re'sen araştırma ilkesinin ve maddi gerçeği bulma amacının doğal bir sonucudur.¹¹⁵ Kendiliğinden hazırlama ilkesinin geçerli olduğu hukuk yargılamasında, hâkim tarafların gösterdiği delillerle bağlıdır. Buna karşın re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu ceza yargılaması ile idari yargılamada, amaç maddi gerçeğe ulaşmak olduğundan, mahkeme veya hâkim tarafların gösterdiği delillerle bağlı olmayıp, kendiliğinden de araştırma ve inceleme yapabilmektedirler. Bunun nedenlerinden biri de her iki yargılama dalında kamu düzeni ve kamu güvenliği sağlamak ile kişi haklarını hukuki güvence altına almak olduğu söylenebilir.¹¹⁶

Delil serbestisi ilkesine göre, tarafların ispata yönelik, uyumsuzluğun niteliğine uygun, meşru her türlü delili mahkemeye sunması mümkündür.¹¹⁷ Kanıtlama araçları yönünden herhangi sınırlama getirilmiş değildir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunun 20/1. maddesini de yer alan "Danıştay idare ve vergi mahkemeleri her türlü incelemeleri...."ifadesi ile"... lüzum gördükleri evrak ve her türlü bilgi "ifadeleri idari yargılama usulünde kanıt serbestisi ilkesini ifade etmektedir.¹¹⁸

1.11.4.2. Delil Serbestisi İlkesinin Sınırları

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

Bu sınırlamalardan ilki, delillerin yazılı olmasıdır. İYUK 1/2. maddesine göre, idari yargılama usulünde yazılı yargılama usulü uygulanacağı ve incelemenin evrak

¹¹⁵ ELÇİM, a.g.t., s.46

¹¹⁶ PARLAK , a.g.t. , s.45

¹¹⁷ ELÇİM, a.g.t., s.46

¹¹⁸ GÖZÜBÜYÜK-TAN, a.g.e., C.II, s.984

üzerinde yapılacağı düzenlenmiştir. Yazılı yargılama ilkesi nedeniyle idari yargıdaki delillerin de yazılı bir belgeye dayanması gerekmektedir.

Delil serbestisi ilkesinin ikinci sınırı yemindir. Yemin taraflardan birinin, bir vakıanın doğru olup olmadığı hakkında Allah'ı tanık gösterip, namusu ile teyit ederek beyanda bulunmasıdır. Bir olayı ispat yükü kendisine düşen taraf, o davayı başka delillerle ispat edemezse diğer tarafa yemin teklif eder.¹¹⁹ Karşı taraf bu hususta yemin ederse artık ispata gerek kalmaz. Yemin deliline en son başvurulur, başka deliller varsa ilk önce onlar incelenir.¹²⁰ Yemin HUMK'ta kesin delil niteliğindedir. Tarafları ve hâkimi bağlar. İdari yargılama usulünde yemin delil olarak kullanılamaz. Çünkü yemin delili idari yargılamanın özelliğine aykırıdır. Bir kere idari yargıda davanın taraflarından davalı tarafta daima idare vardır. İdare bir tüzel kişiliktir. Yemin ise içsel ve tinsel bir olgu olup insanların değer yargılarıyla ilgili bir kavramdır.¹²¹ Dolayısıyla idareden yemin etmesi beklenemez. İkinci olarak yemin sözlü olarak yapılır. Oysa idari yargılama yazılı yargılamadır. Öte yandan vergi hukukunda açıkça yemin yasaklanmıştır (VUK 3/3). Ancak idari yargılamada bilirkişilerin yemin etmesi gerekmektedir. İdari yargılamada yeminin kullanıldığı tek yer burasıdır. Bu durumun nedeni İYUK 31. maddesinde bilirkişi incelemesi yönünden HUMK'a atıf yapılmasından kaynaklanmaktadır ki bilirkişinin yemin etmesi delil serbestisi ilkesi ile ilgili değildir.

Delil serbestisi ilkesinin üçüncü sınırı ise idari yargılamada tanık (=şahit) deliline yer verilmemesidir. İdari yargılama usulünde bir taraftan re'sen araştırma ilkesi ve delil serbestisi ilkesi varken diğer yandan yazılı yargılama ilkesi vardır.¹²² İdari yargılama ilkelerinin çatıştığı yer tanıklıktır diyebiliriz. Re'sen araştırma ilkesi, delil serbestisi ve duruşma yapılması tanık deliline başvurulmasını gerekli kılarken, yazılı yargılama ilkesi buna engel olmaktadır.¹²³ Danıştay, tavrını yazılı yargılama ilkesinden yana koyarak idari yargı yerlerinde tanık dinlenilemeyeceğini kabul etmektedir.

¹¹⁹ KURU-ARSLAN ve YILMAZ, a.g.e., s.390

¹²⁰ KURU-ARSLAN ve YILMAZ, a.g.e., s.391

¹²¹ ELÇİM, a.g.t., s.47

¹²² ELÇİM, a.g.t., s.48

¹²³ Bkz., Tanık ile ilgili açıklamalar, s.89 vd; Danıştay'ın bu ilkeler çatışmasında tavrını yazılı yargılama ilkesinden yana koyduğu söylenebilir.

Delil serbestisi ilkesinin sınırlarından sonuncusu ise süredir. İYUK'nun 21. maddesinde, dilekçeler ve savunmalarla birlikte verilmeyen belgelerin kabulü, bunların vaktinde ibraz edilmelerine imkan bulunmadığına mahkemece kanaat getirilirse kabul edileceği düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, dilekçeler ve savunmalarla birlikte verilmesi mümkün olan belgeler sonradan kabul edilmeyecektir.¹²⁴ Bu hüküm ile delil serbestisi ilkesine süre bakımından bir sınırlama getirilmiş¹²⁵ olduğu söylenebilir de, mahkeme re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde bunları da inceleyebilecektir. Nitekim mahkemeler süresinden sonra verilen savunma ve eklerini re'sen araştırma yetkisi çerçevesinde incelemektedirler.

Bilgi ve belgelerin gerek dava dilekçesi ve cevap dilekçesi ile birlikte gerekse ara karar gereği hangi aşamada mahkemeye sunulmuş olursa olsun, her durumda silahların eşitliğinin sağlanabilmesi için bilgi ve belgelerin karşı taraflara tebliği sağlanmalıdır. Öte yandan, dava dilekçesi ve cevap dilekçesi ile mahkemeye sunulabilecek belgelerin sunulmaması kanuni sorumluluğun yerine getirilmemesi durumunu ortaya çıkaracaktır. Bu bağlamda; hakimin ve mahkemelerin sorumlular hakkında gerekli işlemleri yapması gerekir.

1.11.5. DELİLLERİN SERBESTÇE DEĞERLENDİRİLMESİ İLKESİ

Delil serbestisi ilkesi delillerin neler olabileceği, sayısı ve nitelikleri¹²⁶ ile ilgili bir kavram iken, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi, tarafların veya mahkemenin elde ettiği delillerin, mahkemece herhangi bir sınırlamaya bağlı kalmadan, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması yönünde serbestçe değerlendirilmesine ilişkin bir kavramdır.¹²⁷

İdari yargılama usulünde, takdiri ve kesin delil ayırımına yer verilmemiştir. Buradan idari yargıda, hâkimi veya mahkemeyi bağlayıcı nitelikte kesin delil olmadığı, delillerin takdiri nitelikte olduğu söylenebilir. Bu nedenledir ki, mahkeme tarafların

¹²⁴ KARAVELİOĞLU, Değişiklik Açıklama., s.656-657

¹²⁵ ELÇİM, a.g.t., s.49; Yusuf KARAKOÇ, “**Vergi Yargılaması Hukukunda Kanıt Sistemi**”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, AÜSBE, Ankara 1994, s.75

¹²⁶ ELÇİM, a.g.t., s.49

¹²⁷ KARAKOÇ, a.g.t., s.78

sunduğu delillerle bağlı kalmayarak, re'sen araştırma yetkisi ilkesi gereğince yeni delil veya mevcut delillerin doğruluğunu araştırabilir. Deliller konusunda serbest bırakılan idari yargı yerleri delillerin değerlendirilmesinde de herhangi bir kurala bağlı değildir. İdari yargı mercileri tarafların veya kendisinin elde ettiği delilleri maddi olayın çözümünde serbestçe kullanabilecektir. Hangi delillerin, ne kadarını olayın çözümünde kullanabileceğini belirleyeceği gibi bazı delilleri de hiç kullanmayabilecektir. Bu konuda idari yargı yerlerine serbesti tanınmıştır.¹²⁸

Ancak mahkeme veya hâkim ibraz olunan ve araştırma sonucunda elde ettiği bilgi ve belgeleri değerlendirmekte serbest ise de, keyfiliğe kaçmamalı, maddi olayın çözümüne yönelik delilleri ayıklamalı, gerektiğinde birbiriyle bağlantı kurmalı ve deliller arasında çelişkiye düşmeden karar vermelidir.

¹²⁸ PARLAK , a.g.t. , s.48

İKİNCİ BÖLÜM

2. DELİLLERİN ELDE EDİLME YÖNTEMLERİ

2.1. TARAFLARIN MAHKEMEYE DELİL SUNMASI

2.1.1. Delil Gösterme Kavramı ve Önemi

Delil gösterme, tarafların kendi iddialarının doğruluğunu ve karşı tarafın iddiasının asılsızlığını ispatlamak¹²⁹ için buna elverişli araçlara yani delillere dayanarak giriştikleri, yargıcı inandırma (ikna etme) işi şeklinde tanımlanmaktadır.

Yargılama hukuku alanında özellikle hukuk yargılamasında genel olarak kabul edilen tarafların delil göstermeleridir. İdarî yargılamada kendiliğinden araştırma ilkesi geçerli olsa bile bu ilke, tarafların delil göstermesine engel değildir. Hatta tarafların delil göstermeleri, uyuşmazlığın aydınlatılması açısından ve hâkimin kendiliğinden araştırma yetkisini kullanıp kullanmayacağına ve kullanacaksa hangi noktalara ilişkin olarak araştırma yapacağına karar vermesi bakımından önemlidir.

2.1.2. Tarafların Delil Göstermesi

Taraflar, iddialarının doğruluğunu ispatlayabilmek, bu konuda hâkimde bir kanaat oluşturabilmek için bir takım girişimlerde bulunmak durumundadırlar. Bu konuda taraflardan beklenen ilk şey iddialarının doğruluğunu ispatlamaya yarayacak deliller göstermeleridir.

Taraf hâkimiyetinin söz konusu olduğu yargılama usullerinde, deliller kural olarak taraflarca ve dava ya da cevap dilekçesine ekli olarak mahkemeye sunulur.

Re'sen inceleme usulünün hâkim olduğu yargılama usullerinde de taraflar delillerini dava veya cevap dilekçeleri ile birlikte mahkemeye sunarlar. Ancak, idarî davalarda, deliller genellikle davalı durumunda bulunan idarenin elinde bulunduğu için davacının bütün delilleri bu aşamada mahkemeye sunmasını beklemek gerçekçi bir yaklaşım olmamaktadır. Bu nedenle, idari davalarda hâkim, kendiliğinden araştırma

¹²⁹ UMAR-YILMAZ, a.g.e., s.32.

yetkisine sahiptir ve bu yetkiyi kullanarak, dava ile ilgili bilgi ve belgeleri her kimin elindeyse ondan isteyebilir.¹³⁰

İdarî yargılamada da, kendiliğinden araştırma ilkesi kabul edilmekle birlikte, taraflara da delil gösterme, bir ödev olarak yüklenmiştir. İYUK'un 3. maddesinin 2-b bendinde, "davanın konusu ve sebepleri ile dayandığı delillerin dava dilekçesinde gösterileceği hükmüne bağlanırken, 16. maddesinin (5) numaralı fıkrasında da, davalara ilişkin işlem dosyalarının aslı veya onaylı örneğinin idarenin savunması ile birlikte Danıştay veya ilgili mahkeme başkanlığına gönderileceği kuralına yer verilmiştir.

Kanunda, işlem dosyasının savunma ile birlikte mahkemeye gönderilmemesinin yaptırımı gösterilmemekle beraber, dava dilekçesinde, davanın dayandığı delillerin gösterilmemesi, dilekçenin reddi sebebi sayılmıştır (İYUK.m.15/I-d).

Dilekçenin reddi üzerine yeniden verilen dilekçelerde aynı yanlışlıklar yapılmasının yani konumuz bakımından davanın dayandığı delillerin gösterilmemesinin davanın reddi nedeni sayılmış olması (İYUK. m. 15/5) da dikkate alındığında, Kanunun tarafların delil göstermesine büyük önem verdiği anlaşılmaktadır.

2.1.3. Tarafların Delil Gösterme Zamanı

Bu konuya ilişkin bir kural da İYUK'un 21.maddesinde yer almaktadır. Buna göre, "Dilekçeler ve savunmalarla birlikte verilmeyen belgeler, bunların vaktinde ibraz edilmelerine imkân bulunmadığına mahkemece kanaat getirilirse, kabul ve diğer tarafa tebliğ edilir. Bu belgeler duruşmada ibraz edilir ve diğer taraf cevabını hemen verebileceğini beyan eder veya cevap vermeye lüzum görmezse, ayrıca tebliğ edilmez". Bu düzenleme ile, tarafların dilekçeler aşamasından sonra mahkemeye yeni belgeler getirebilmeleri, mahkemenin, bu belgelerin mahkemeye zamanında sunulmasına imkân bulunmadığına kanaat getirmesi şartına bağlanmış bulunmaktadır.

Esasen, bu düzenlemenin, idarî yargıda geçerli olan kendiliğinden araştırma ilkesi ile bağdaştırılması zordur. Çünkü, anılan ilke gereğince mahkeme tarafların getirdiği delillerle bağlı olmayıp, kendiliğinden delil araştırma yetkisine sahiptir. Davayı çözüme kavuşturabilmek amacıyla mahkemenin kendiliğinden delil araştırabilmesi

¹³⁰ SUNAY, a.g.e., s.33.

sadece bir yetki değil mahkeme için aynı zamanda bir yükümlülüktür. Mahkemenin böyle bir yükümlülüğü varken, taraflarca sonradan getirilen bir kısım belgelerin sırf belli bir sürede verilmediği gerekçesiyle kabul edilmemesi, kendiliğinden araştırma ilkesi ve idarî yargının amacı ile bağdaşmamaktadır.¹³¹

Bu bakımdan, kendiliğinden araştırma ilkesinin de bir gereği olarak, dosyanın tekemmülüne ve mahkemenin karar vermesine engel olmayacak bir şekilde, davanın her aşamasında taraflara mahkemeye bilgi ve belge sunulması imkânı tanınmalı ancak bu bilgi ve belgelerin değerini ve karşı tarafa tebliğ edilip edilmeyeceğini mahkeme takdir etmelidir. Bu konuya Danıştay'ın da kendiliğinden araştırma ilkesi çerçevesinde yaklaştığı ve anılan düzenlemeyi maddî olay ve nedenlerle sınırladığı görülmektedir.

2.1.4. İddia ve Savunmanın Genişletilmesi ve Değiştirilmesi Yasağı

2.1.4.1. İddia ve Savunmanın Genişletilmesi ve Değiştirilmesi Yasağının Anlamı

İddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı, hukuk yargılamasına egemen olan ilkelerin en önemlilerinden biri olarak kabul edilmektedir.¹³² Dava dilekçesinin ve buna karşı verilecek olan savunma dilekçesinin biçimi ve içeriği HUMK'ta düzenlenmiş olup (m.179, 200, 201), taraflar bu dilekçelerini mahkemeye verdikten sonra bunların zorunlu içeriklerini kural olarak değiştiremezler. Bunun sonucu olarak bütün iddia ve savunmalarını dilekçelerinde göstermek durumundadırlar.

Dilekçe içeriklerinin sonradan kural olarak değiştirilememesi yani dilekçe içeriği ile bağlılık, davacı açısından "iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı", davalı açısından da "savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı" olarak adlandırılır.¹³³

¹³¹ YORGANCIOĞLU, a.g.k., s.238; KARAKOÇ, a.g.t., s.236.

¹³² YILMAZ, **Genişletme yasağı**, s.11.

¹³³ YILMAZ, **Genişletme yasağı**, s.11-12.

2.1.4.2. İddia ve Savunmanın Genişletilmesi ve Değiştirilmesi Yasağının Kapsamı

Hukuk yargılaması açısından, talep sonucunun değiştirilmesi veya genişletilmesi ve davanın sebebinin yani davanın dayandırıldığı maddî olguların değiştirilmesi veya genişletilmesi, davanın tarafının değiştirilmesi¹³⁴ anılan yasak kapsamında değerlendirilmektedir.¹³⁵

Talep sonucunun daraltılması ise, kısmen vazgeçme ya da kısmen geri alma olarak değerlendirildiğinden iddianın değiştirilmesi olarak kabul edilmemektedir.¹³⁶

Yine, gerek davacının ve gerekse davalının, iddialarını dayandırdıkları maddî olguları destekleyici nitelikte yeni olgular ileri sürmelerinin¹³⁷ ve zorunlu olmamakla birlikte dava ve savunma dilekçelerinde bildirilen hukukî sebepleri değiştirmelerinin¹³⁸ iddianın ya da savunmanın genişletilmesi anlamına gelmeyeceği ve dolayısıyla yasak kapsamında olmadığı ifade edilmektedir.

Bunun dışında, kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, mahkemenin talep edilenden başka bir şeye de karar verebileceği durumlarda (örneğin, boşanma talebiyle açılan bir davada hâkimin ayrılığa karar vermesi gibi) ve davanın açılmasından sonra ortaya çıkan ve dolayısıyla dava açılırken ileri sürülmesi mümkün olmayan olaylarda, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının uygulanmayacağı kabul edilmektedir.¹³⁹

Ayrıca, söz konusu yasağın katı bir şekilde uygulanması, yargılamanın amacını aşabilecek bir kısım sonuçlar doğurabileceğinden, bu yasağın yumuşatılması amacıyla,

¹³⁴ YILMAZ, **Genişletme yasağı**, s.11.

¹³⁵ KURU-ARSLAN-YILMAZ, a.g.e., s.365-368; POSTACIOĞLU, a.g.e. s.430-434; YILMAZ, **Genişletme Yasağı**, s.11-12.

¹³⁶ KURU-ARSLAN-YILMAZ, a.g.e., s.365

¹³⁷ POSTACIOĞLU, a.g.e., s.434; YILMAZ, **Genişletme Yasağı**, s.12; KURU-ARSLAN-YILMAZ, a.g.e., s.371.

¹³⁸ KURU-ARSLAN-YILMAZ, a.g.e., s.366-367.

¹³⁹ KURU-ARSLAN-YILMAZ, a.g.e., s.370; YILMAZ, **Genişletme Yasağı**, s.12-13.

davalının rızası, ıslah, dava konusu şeyin başkasına devri, davadan feragat, davanın kabulü (HUMK m.185/2, 202/3) gibi bazı istisnalar da kabul edilmiş bulunmaktadır.¹⁴⁰

2.1.4.3. İdari Yargı Bakımından İddianın ve Savunmanın Değiştirilmesi ve Genişletilmesi Yasağı

İYUK'un 16. maddesinin 4. fıkrasında yer alan, " taraflar, sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemezler" ve 21. maddesinde yer alan, "dilekçeler ve savunmalarla birlikte verilmeyen belgeler, bunların vaktinde ibraz edilmelerine imkân bulunmadığına mahkemece kanaat getirilirse, kabul edilir ve diğer tarafa tebliğ edilir. Bu belgeler duruşmada ibraz edilir ve diğer taraf cevabını hemen verebileceğini beyan eder veya cevap vermeye lüzum görmezse, ayrıca tebliğ edilmez" kurallarından hareketle, idari yargılamada da iddianın ve savunmanın genişletilmesi yasağının bulunduğu kabul edilmektedir.¹⁴¹

Ancak, idari yargılamanın niteliğinden kaynaklanan nedenlerle söz konusu yasağın aynen hukuk yargılamasında olduğu gibi uygulanması mümkün değildir. İdari Yargılama Usulüne hâkim olan kendiliğinden araştırma ilkesi karşısında bu yasağın değerlendirilmesi ve ona göre bir sonuca ulaşılması gerekir.

Kendiliğinden araştırma ilkesinin bir sonucu olarak, idari yargılamada hâkim, tarafların gösterdikleri kanaatlerle ve iddialarını dayandırdıkları maddi olay ve olgularla bağlı değildir. Gerek gördüğü takdirde bunları kendiliğinden araştırıp ortaya çıkarmak da hâkimin yetkisi ve hem de görevi dahilindedir. O halde, iddiaların dayandırıldığı maddi olay ve olguların değiştirilmesi ya da genişletilmesinin niteliğine uygun değildir.

Bir diğer farklılık, taraf değiştirilmesi noktasındadır. İdari yargılamada davanın hasım gösterilmeden ya da yanlış hasım gösterilerek açılması, davanın reddi sebebi

¹⁴⁰ KURU-ARSLAN-YILMAZ, a.g.e., s.368-369; YILMAZ, **Genişletme Yasağı**, s.13-14.

¹⁴¹ YILMAZ, **Genişletme Yasağı**, s.14; KARAVELİOĞLU, a.g.e., s.621; YENİCE-ESİN, a.g.e., s.553-555; Kenan ARAL, **Danıştay Muhakemeleri Usulü**, Ankara 1965, s.240; Yaşar EROĞLU, "**Danıştay Kanunuyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa Atıf Yapılmayan Hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin Danıştay'da Uygulanışı**", DD., Sy.8, s.31, Danıştay, dilekçe ret kararı üzerine davanın yenilenmesi sırasında, reddedilen ilk dilekçedeki iddiaların genişletilemeyeceğine karar vermektedir. Bkz., D. 9.D.'nin 3.6.1998 tarihli ve E:1997/150, K:1998/2299 sayılı kararı, DD., Sy.99, s.453-456.

olarak kabul edilmemiştir. Bu durumda mahkemenin doğru hasmı kendisinin belirleyerek dava dilekçesini o hasma tebliğ etmesi gerekmektedir (İYUK m.15/1-c) ve bunu davanın her aşamasında yapması mümkündür (İYUK m.14/6). Bu duruma göre, davacının davalıyı değiştirmesine ya da daha sık rastlanılabilecek şekliyle yeni bir davalı daha eklemesinin anılan yasak kapsamında değerlendirilmesinin bir anlamı bulunmamaktadır.¹⁴²

Talep sonucunun değiştirilmesi veya genişletilmesi konusunda ise yasağın aynen idari yargılamada da geçerli olduğunun kabulü gerekir. Örneğin, 100 milyon lira tazminat ödenmesi talebiyle açılan bir davada, daha sonra talebin 150 milyon liraya çıkarılması ya da (A) işleminin iptali talebiyle açılan bir davada daha sonra (B) işleminin de iptalinin istenmesi mümkün değildir.

İdari yargılamada iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağının kabulü, kendiliğinden araştırma ilkesi ve bunun dayanağı olan maddi gerçekliğe ulaşma amacından bahisle, davanın açılması sırasında yapılan bir yanlışlığın anılan amaca ulaşmayı engelleyebileceği ileri sürülerek eleştirilmekte ve talep sonucunun dahi değiştirilmesi gerektiği savunulmakta¹⁴³ ise de, bu şekilde bir serbestinin daha büyük sorunlara yol açabileceği, bugünkü uygulamanın yerinde olduğu kanısındayım.

Söz konusu yasak bakımından idari yargılamanın hukuk yargılamasından ayrıldığı diğer nokta da, bu yasağın başlama zamanıdır. Hukuk yargılamasında, davacı bakımından davanın açılması davalı bakımından da savunmanın yapıldığı anda yasak başladığı halde, idari yargılama da, İYUK. m.16/4'te yer alan düzenlemeden hareketle yasağın dava açma süresinin bitmesinden ve davalı idare açısından da otuz günlük savunma süresinin bitmesinden sonra başlayacağı kabul edilmektedir.¹⁴⁴ Buna göre, dava dilekçesinde bulunmayan bir talep konusunun, dava açma süresi içinde olmak koşuluyla davaya eklenmesi mümkündür.

¹⁴² YILMAZ, **Genişletme Yasağı**, s.15-16.

¹⁴³ YILMAZ, **Genişletme Yasağı**, s.21-30.

¹⁴⁴ YILMAZ, **Genişletme Yasağı**, s.18

2.2. MAHKEMELERİN DELİL TOPLAMASI

İYUK'un 20. maddesinin 1. fıkrasında, idari yargı yerlerinin bakmakta oldukları davalara ilişkin her türlü incelemeleri kendiliklerinden yapacakları ve gerekli gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilecekleri hükme bağlanmak suretiyle delil toplama konusunda idari yargı yerlerine geniş yetkiler verilmiş bulunmaktadır. Mahkemenin bu yetkisi kanıtlama yöntemleri bakımından önemli olduğundan idari yargılama usul hukukunda geçerli olan diğer ilkelere oranla daha kapsamlı incelenmiş bulunmaktadır. Bu nedenle mahiyeti, kapsamı, amacı ve sınırları ayrıntılı olarak incelenen re'sen araştırma yetkisi ayrıca incelenmeyecektir.

Ancak mahkemelerin kanıt toplarken ortaya çıkabilecek birkaç durumdan kısaca söz etmek gerekir.

İYUK'un mahkemelere kendiliğinden delil toplama yetkisi veren 20. maddesinde, mahkemelerin davanın taraflarından ya da diğer yerlerden bakmakta oldukları davalara ilişkin bilgi belge istenilmesine ilişkin kararlarının ilgililerince mahkemece belirlenen süre içerisinde yerine getirilmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmış bulunmaktadır. Davanın tarafları açısından bu zorunluluğa uymamanın sonuçlarının mahkeme tarafından takdir edileceği ve bu sonucun ara kararında ayrıca belirtileceği de kanunda düzenlenmiştir (m.20/2). Buna göre, mahkemeye bilgi veya belge sunmayan ilgili tarafın iddiasını ispatlayamamış sayılması olabilir.

Davanın tarafı olmayan yerlerden istenilen bilgi ve belgelerin gönderilmemesi gerek genel olarak anayasa da yer alan, yasama ve yürütme organlarının mahkeme kararlarına uymak zorunda oldukları yolundaki düzenleme (m.138), gerekse de özel olarak İYUK'un 20. maddesinde yer alan açık düzenleme karşısında, ilgililerin mahkemece istenilmesine rağmen görülmekte olan bir dava ile ilgili bilgi ve belgeleri göndermemesi, ilgili kamu görevlileri açısından duruma göre "görevi ihmal" ya da "görevi kötüye kullanma" suçlarını oluşturabilecek nitelikte bir fiildir. Açıkçası hukuk devletinde ve hukuka saygılı çağdaş toplumlarda herhangi bir yaptırıma gerek duyulmaksızın ara kararın gereğini yerine getirmemek akıllara dahi gelmemeli ve adaletin gerçekleşmesine katkıda bulunmayı herkes vatandaşlık görevi olarak bilmelidir. Bununla birlikte mahkeme kararlarının yerine getirilmesi durumunda uygulanacak yaptırım ayrıca kanunda düzenlenmelidir.

2.3. DELİL TESPİTİ YOLUYLA DELİL ELDE EDİLMESİ

2.3.1. Delilerin Tespiti Kurumu ve Niteliği

Delilerin tespiti, açılmış ya da açılacak bir dava ile ilgili delilerin, bazı şartlar altında zamanından önce toplanıp emniyet altına alınmasını sağlamak amacıyla kabul edilmiş bir kurumdur.¹⁴⁵

Delilerin toplanması kural olarak bir dava açıldıktan sonra söz konusudur. Ancak, davada kullanılacak delillerin kaybolması, ileride mahkemeye sunulamaması dolayısıyla davada ileri sürülen ya da sürülecek olan iddianın ispatlanamaması tehlikeleri söz konusu olabilir. Bu durumda ilgili, davada kullanabileceği mevcut delilleri tespit ettirmek zorundadır.¹⁴⁶ İşte, delillerin tespiti kurumu böyle durumlar için kabul edilmiştir.

Delillerin tespiti kurumu, esas olarak HUMK'ta düzenlenmiş olup, İYUK.'un 31. maddesiyle yapılan yollama nedeniyle HUMK kuralları idari yargılamada da uygulanmaktadır. Bunun dışında, İYUK'ta da, tarafların idari dava açıldıktan sonra bu davalara ilişkin delillerin tespitinin ancak davaya bakan Danıştay, idare ve vergi mahkemelerinde isteyebilecekleri, istemin uygun görülmesi halinde üyelerden birinin bu işle görevlendirilebileceği gibi tespitin mahalli idari ve adli yargı mercilerince yaptırılmasına da karar verilebileceği ve delil tespiti isteminin ivedilikle karara bağlanacağı yolunda düzenleme yapılmış bulunmaktadır (İYUK m.58).

Delillerin tespiti bir dava olmayıp, açılmış veya açılacak bir davada kullanılabilecek delillerin belli şartlar altında önceden tespit edilip güvence altına alınması için öngörülmüş bir tedbirdir. Bu anlamda delillerin tespiti ile tespit davası birbirlerinden ayrı şeylerdir.¹⁴⁷

¹⁴⁵ KURU-ARSLAN-YILMAZ, a.g.e., s.717; ALANGOYA, Usul, s.328; OYTAN, **Türk ve Fransız Hukuku...**, s.66

¹⁴⁶ ONAR, a.g.e., C.III, s.1981.

¹⁴⁷ KURU-ARSLAN-YILMAZ, a.g.e., s.717-718; GÖZÜBÜYÜK-TAN, a.g.e., C.II, s.999; ÜSTÜNDAĞ, a.g.e., s.326; OYTAN, **Türk ve Fransız Hukuku...**, s.66

2.3.2. Delillerin Tespitinin Kapsamı

Kural olarak her türlü delilin, delillerin tespiti yoluyla tespiti mümkündür.¹⁴⁸ Konuyu düzenleyen HUMK'un 368. maddesinde, iki taraftan her birinin görülmekte olan davada henüz inceleme sırası gelmemiş olan ya da ileride açacağı bir davada ileri sürülecek bir hususun, tanık, keşif, bilirkişi veya diğer delillerle tespitini isteyebileceği kuralı yer almaktadır.

Ancak idari yargılamada yazılı yargılama usulü uygulandığından bahisle, yukarıda anılan hükme rağmen idari yargı yerlerinin delillerin tespiti yoluyla tanık dinleyemeyecekleri savunulmaktadır.¹⁴⁹

2.3.3. Delillerin Tespitinin Şartları

Delil ikamesinde genel kural, delillerin kanunla belirlenen sürede ve sırası geldiğinde mahkemeye sunulmasıdır. Delil tespiti, genel kurala istisna olarak delillerin zamanından önce ikame edilmesine imkan veren bir yoldur.¹⁵⁰ Bu nedenle, birtakım şartları vardır. Bu şartları şu şekilde belirtmek mümkündür.

2.3.3.1. Tespiti İstenilen Deliler Açılmış veya Açılacak Bir Dava İle İlgili Olmalıdır¹⁵¹

Açılmış bir dava açısından sorun bulunmamakla birlikte, açılacak bir dava ile ilgili olarak delillerin tespiti talebinde bulunan kişinin açacağı davayı somut olarak göstermesi ve dava açacağı yolunda hâkimde bir kanaat uyandırması gerekir ki bu talebi kabul edilebilsin.

¹⁴⁸ GÖZÜBÜYÜK-TAN, a.g.e., C.II, s.996; ÜSTÜNDAĞ, a.g.e., s.590; ÖNEN, a.g.e., s.211

¹⁴⁹ KARAVELİOĞLU, a.g.e., s.807; BERKET, a.g.m., s.32-34

¹⁵⁰ ELÇİM, a.g.t. , s.108

¹⁵¹ GÖZÜBÜYÜK-TAN, a.g.e., C.II, s.996; KURU-ARSLAN-YILMAZ,a.g.e., s.718; OYTAN, **Türk ve Fransız Hukuku**., s.66.

2.3.3.2. Delillerin Tespitinde Hukuki Bir Yarar Bulunmalıdır¹⁵²

Delillerin tespitini isteyen, bunda hukuki bir yararının olması gerekir. Önceden tespit edilmemesi halinde ileride kayıp ya da yok olacağı veya mahkemeye sunulmasının çok güç olacağı düşünülen durumlarda delillerin tespiti yoluna gidilmesinde ilgilinin hukuki yararının bulunduğu kabul edilir. Örneğin, davada tanık olarak dinletilmesi düşünülen kimsenin ölümcül hastalığa yakalanması, uzun bir yolculuğa çıkmak üzere olması gibi durumlarda delillerin tespiti yoluyla bu kişinin önceden dinlenilerek beyanının tespit edilmesinde hukuki yarar vardır.¹⁵³

2.3.4. Delillerin Tespitinde Yetkili ve Görevli Mahkeme

Bu konuda hem İYUK'ta (m.58) hem de HUMK'ta (m.370) düzenleme yapılmıştır. İYUK'taki düzenlemeye göre, idari dava açıldıktan sonra bu davaya ilişkin delillerin tespiti ancak davaya bakan Danıştay, idare ve vergi mahkemelerinden istenilebilecektir. İYUK'un bu düzenlemesi HUMK'taki düzenlemeyle paralellik göstermektedir. Zira HUMK'ta açılmış bir dava olup olmamasına göre bir ayırım yapılmış ve açılmış bir davada delillerin tespiti için yetkili olan mahkemenin davanın görüldüğü mahkeme olarak belirlenmiştir.

Bu hususun açılmış bir dava bulunup bulunmaması durumlarına göre ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

2.3.4.1 Dava Açılmadan Önce

İYUK'ta, idari dava açıldıktan sonra bu davaya ilişkin delillerin tespitinin ancak davaya bakan Danıştay, idare ve vergi mahkemelerinden istenebileceği yolunda düzenleme yapılmış (m.58/1) ancak idari dava açılmadan önce yapılacak delillerin tespiti talepleri konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. İYUK'un 31. maddesi ile yollamada bulunan HUMK ise dava açılmadan önceki delillerin tespiti konusunda yetkili mahkemeyi en çabuk ve en az masrafla delillerin tespitinin mümkün olduğu veya sulh hâkimi olarak belirlemiştir (m.370).

¹⁵² KURU-ARSLAN-YILMAZ, a.g.e., s.718; GÖZÜBÜYÜK-TAN, a.g.e., C.II, s.996; ÜSTÜNDAĞ, a.g.e., s.590; OYTAN, *Türk ve Fransız Hukuku...*, s.73

¹⁵³ POSTACIOĞLU, a.g.e., s.497; KURU-ARSLAN-YILMAZ, a.g.e., s.718.

Bu duruma göre, dava açılmadan önce yapılacak delillerin tespiti talepleri için mahkemelerin yetki ve görevleri bakımından bir sınırlama getirilmemiş, delillerin tespiti nerede daha çabuk ve az giderle yapılabilecekse o yerdeki sulh veya asliye mahkemesine başvurabilmesi imkanı getirilmiştir.¹⁵⁴

İdari yargılama açısından, idari dava açılmadan önce idari yargı yerlerinden delillerin tespitinin istenip istenmeyeceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak öğretide, genellikle idari dava açılmadan önce delillerin tespitinin adli yargı yerlerinden istenmesi gerektiği, idari yargı yerlerinden istenemeyeceği kabul edilmektedir.¹⁵⁵ Danıştay da, idari dava açılmadan önceki delil tespiti taleplerini kabul etmemektedir.

“2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun idari dava türleri ve idari 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. Aynı yasanın idari davalarda delillerin tespiti başlıklı 58. maddesinde yer alan taraflar, idari dava açtıktan sonra bu davalara ilişkin delillerin tespitinin ancak davaya bakan Danıştay, idare ve vergi mahkemelerinden isteyebilirler şeklinde ki hüküm ise, münhasıran yukarda sayılan idari davalardan birinin açılması halinde bu dava ile ilgili delillerin tespitinin de yine idari yargı mercilerinden istenebileceğine işaret etmektedir.”¹⁵⁶

Danıştay’ın bu tutumunun HUMK 370 hükmü ile bağdaşmadığı ileri sürülerek eleştirilmektedir.¹⁵⁷

Diğer taraftan, idari yargılamayı ilgilendiren bir delil tespiti talebinin idari yargı yerlerince yapılmasının, adli ve idari yargı hâkimlerinin olaya bakış açılarının ve ele alış tarzlarının farklı olacağı, idari yargıda önem arz eden hususları ve yerleşmiş içtihatları

¹⁵⁴ KURU-ARSLAN-YILMAZ, a.g.e., s.719; ÜSTÜNDAĞ, a.g.e., s.590; POSTACIOĞLU, a.g.e., 497; OYTAN, **Türk ve Fransız Hukuku..**, s.67

¹⁵⁵ KARAVELİOĞLU, a.g.e, 1018.

¹⁵⁶ KARAVELİOĞLU, a.g.e., s.1019, (Dn. 5.D’nin 3.2.1988 tarihli ve E:1987/2333, K:1988/408 sayılı kararı)

¹⁵⁷ GÖZÜBÜYÜK-TAN, a.g.e., C.II, s.996; OYTAN, **Türk ve Fransız Hukuku..**, s.69.

bilen ve kendiliğinden araştırma yetkisi ile donatılmış yargıçlar tarafından yapılan delil tespitinin daha gerçekçi olacağı gerekçesiyle daha uygun olacağı, ancak bu uygulamanın idari yargı yerlerinin iş yükünü artırmasının önüne geçilebilmesi için ortada açılmış bir dava olmasa bile bir idari işlem ya da eylem bulunması gerektiği de ileri sürülmektedir.¹⁵⁸

2.3.4.2. Dava Açıldıktan Sonra

Dava açıldıktan sonra delillerin tespitinin hangi mahkemeden isteneceği konusunda duraksamaya yer bulunmamaktadır. Bu konuda, İYUK'un düzenlemesi gayet açık olup, buna göre, idari dava açıldıktan sonra o dava ile ilgili olarak delillerin saptanması talebinin davayı görmekte olan Danıştay, idare veya vergi mahkemesinde yapılması gerekmektedir (İYUK. m.58/1). Bu düzenleme olmasaydı dahi HUMK'taki düzenlemelerden aynı sonuca varmak mümkündür. Zira HUMK da konuyla ilgili düzenlemelerinde dava açılmasından önce ve sonra yapılacak talepleri ayırmış ve davanın açılmasından sonra bu konuda yetkili ve görevli mahkemenin davanın görüldüğü mahkeme olduğunu hükme bağlamıştır (HUMK m.370).

İdari dava açıldıktan sonra bu dava ile ilgili olarak adli yargı yerlerinden delillerin tespitini isteme imkanı yoktur. Böyle bir tespit yapılırsa bu tespit geçersiz olur ve hükme esas alınamaz.¹⁵⁹ Aynı sonuç, davaya bakan mahkeme dışındaki idari yargı yerleri için de geçerlidir.

Ancak, delillerin tespitinin isteneceği mahkeme ile delillerin tespiti işlemini yapacak mahkemeyi birbirinden ayırmak gerekir. Zira, İYUK'un 58. maddesinin 2. fıkrası ile, idari dava açıldıktan sonra kendisinden delillerin tespiti istenilen idari yargı yerine, tespiti kendisinin yapabilmesi yanında, mahalli idari veya adli yargı mercilerine yaptırabilme imkanı da getirilmiştir.

Bu düzenleme çerçevesinde, idari yargı yerlerinin, yargı çevreleri içindeki delillerin tespiti işlemlerini görevlendirecekleri bir üyeleri eliyle kendilerinin yapmaları, yargı çevreleri dışında ise, kanunda bir bağlayıcılık olmamakla birlikte, idari yargı

¹⁵⁸ OYTAN, Türk ve Fransız Hukuku..., s.72-73.

¹⁵⁹ KURU-ARSLAN-YILMAZ, a.g.e., s.719; POSTACIOĞLU, a.g.e., 498

kuruluşu olan yerlerde bu mahkemeler, olmayan yerlerde ise adli yargı yerleri aracılığıyla yaptırımları mümkün olacaktır.

Ancak, uygulamada Danıştay'ın anılan kanun hükmüne rağmen adli yargı mercileri aracılığıyla delillerin tespitine sıcak bakmadığı görülmektedir.¹⁶⁰

2.3.5. Delillerin Tespiti Usulü

Delillerin tespiti talebi, mahkemeye verilecek üç nüsha bir dilekçe ile yapılır. Bu örneklerden birisi mahkemede kalır, ikincisi karşı tarafa gönderilir, üçüncüsü de varsa bilirkişiye verilir. Dilekçede, tespiti istenen delillerin, olguların, tanık ve bilirkişilere sorulacak soruların ve delillerin tespiti talebini haklı kılacak nedenlerin gösterilmesi gerekir.

Mahkeme, delillerin tespiti talebini yerinde görürse delillerin tespitine karar verir. Delillerin tespiti bir dava, delillerin tespiti kararı da nihai bir karar olmadığından bu karar tek başına temyiz edilemez.¹⁶¹ Ancak, bu karara delillerin tespiti şartlarının bulunmadığı gerekçesiyle itiraz edilebilir. Bu itirazı, kararı veren mahkeme karara bağlar.

Mahkemenin delillerin tespitine ilişkin kararının bir örneği karşı tarafa gönderilir. Delillerin tespiti, kural olarak karşı tarafta hazır olduğu halde yapılır. Ancak, usulüne uygun bir şekilde davet edildiği halde gelmezse, karşı tarafın yokluğunda delillerin tespiti yapılabilir.¹⁶²

Delillerin tespitini isteyen tarafın haklarını korumak için, zorunluluk varsa veya acele hallerde istisna olarak, karşı tarafa tebligat yapılmadan da deliller saptanabilir (HUMK m.372). Örneğin, keşif yapılacağını öğrenen karşı tarafın çekişmeli şeyin durumunu değiştirmesinden korkuluyor veya tespit edilecek şeyin olduğu gibi uzun süre bekletilmesi mümkün değilse, karşı tarafa tebligat yapılmadan, onun yokluğunda deliller tespit edilebilir.¹⁶³ Ancak bu durumda, delillerin tespitine ilişkin tutanağın ve varsa bilirkişi raporunun derhal karşı tarafa tebliğ edilmesi gerekir (HUMK m.372). Aksi halde,

¹⁶⁰ KARAVELİOĞLU, a.g.e., s.1021.

¹⁶¹ KURU-ARSLAN-YILMAZ, a.g.e.,s.720; GÖZÜBÜYÜK-TAN, a.g.e., C.II, s.999; KARAVELİOĞLU, a.g.e., s.1018.

¹⁶² KURU-ARSLAN-YILMAZ, a.g.e., s.721; POSTACIOĞLU, a.g.e., 498

¹⁶³ KURU-ARSLAN-YILMAZ, a.g.e., s.721; POSTACIOĞLU, a.g.e., 498

karşı tarafa tebliğ edilmemiş delillerin tespiti tutanağı, davada delil olarak kullanılamaz.¹⁶⁴

2.3.6. Delillerin Tespiti Yoluyla Elde Edilen Delillerin Değeri

Delillerin tespiti yoluyla elde edilen deliller, saptamayı hangi tarafın istediğine bakılmaksızın taraflardan her biri tarafından ispat aracı olarak kullanılabilir. Bu yolla elde edilen delillerin mahkeme kararı ile belirlenmiş olması bunlara bir bağlayıcılık kazandırmaz. İleride bu deliller taraflarca kullanıldığında, mahkeme bunları serbestçe takdir etme yetkisine sahip olduğu gibi bunların delil olma değerleri taraflarca da tartışma konusu yapılabilir.¹⁶⁵

Bunun dışında, idari davanın açılmasından önce adli yargı yerlerine yaptırılan delil tespitinin idari yargı yerince hükme esas alınabilmesi için, bu saptamanın usul ve yasaya uygun olarak yapılmış olması ve hükme esas alınabilecek kapsam ve yeterlikte olması gerektiği, bu niteliklere sahip olmaması durumunda, idari yargı yerince karara esas alınmayabileceği kabul edilmektedir.¹⁶⁶

2.3.7. Noterlerce Delillerin Tespiti

Noterlerce yapılan tespitlerin delil tespiti olup olamayacağı ve tanık dinlemek suretiyle delil tespiti yapma görev ve yetkilerinin bulunup bulunmadığını tartışmak yararlı olacaktır.

1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 1. maddesinde, noterlerin hukuki güvenliğini sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendireceklerinden söz edilmekte, aynı kanunun 61. maddesinde de, "Noterler bir şeyin veya bir ygrin hal ve şeklcni, kıymetini, klgili şahısların kimlik ve ifadglerini tespit ederler..." hükmü yer almakta, noterlerin yapacakları işlerin genel"çerçevesini çizen 60. maddesini. (1) numaralı bundinde ise, "yapılması kanunla başka bir makam, merci veya şahs1 verilmemiş ola. her nevi hukuki işlemluri düzenlemek" .oterlerkn görevleri arasında sayılmış bulunmaktadır.

¹⁶⁴ KURU-ARSLAN-YILMAZ,a.g.e., s.721; POSTACIOĞLU, a.g.e., 499

¹⁶⁵ KURU-ARSLAN-YILMAZ,a.g.e., s.722.

¹⁶⁶ KARAVELİOĞLU, a.g.e., s.1020.

Bu düzenlemelerden yola çıkılarak, noterlerce yapılan tespitlerin, mahkemelerce yapılan delil tespitinden farklı olmakla birlikte, noterlik kanununa göre aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli olan (m.82/son) böyle bir tespitin mahkemelerde kuvvetli bir delil olabileceği ve bu şekilde yargı yerlerinin işini kolaylaştıracağı savunulmakta¹⁶⁷, özellikle Danıştay'ın idari yargı yerlerinin tanık dinleyemeyecekleri yönündeki uygulaması nedeniyle tanık ifadelerinin noterlerce tespit edilip idari yargı yerlerine kanıt olarak sunulması önerilmektedir.¹⁶⁸

Ancak, noterlerin anılan şekilde bir tespit yapıp yapamayacakları konusu hukuken tartışmalıdır. Noterlerin delil tespiti yapma görevlerinin bulunmadığı ve bu nedfle noterlerin yaptığı tespiti dayanarak hüküm kurulamayacağı dahi savunulmaktadır.¹⁶⁹ Türkiye Noterler Birliği, noterlerin ceza davalarını ve idari davaları ilgilendiren konularda tespit yapamayacakları görüşündedir ve bu görüşünü bir genelge ile bütün noterlere duyurmuştur.¹⁷⁰ Yukarıda anılan öneriyi getiren yazarlarca, Danıştay'ın bir hırsızlık nedeniyle tanık olan kişilerin kimlik ve ifadesini alması nedeniyle bir notere verilen disiplin cezasına karşı açılan davada, noterlik kanununun tespit işlerini düzenleyen 61. maddesinde hukuki ya da cezai konular arasında ayırım yapılmadığı, dolayısıyla noterlerin cezai konularda dahi tespit yapabileceklerini kabul eden bir kararı¹⁷¹ dayanak olarak gösterilmekle birlikte, Danıştay daha yakın bir tarihte, Türkiye Noterler Birliği'nin yukarıda anılan genelgesinin iptali talebiyle açılan bir davada aksi yönde karar vermiş bulunmaktadır:

“1512 sayılı Noterlik Kanununun 1. maddesinde, noterliğin bir kamu hizmeti olduğu, noterlerin hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendirmek ve kanunlarla verilmiş başka işleri yapmak, 60. maddenin 1. bendinde de noterlere ‘yapılması kanunla başka bir makam, merci veya şahsa verilmemiş olan her nevi hukuki işlemleri düzenlemek’, 61. maddede ise noterlere, bir şeyin veya bir

¹⁶⁷ KARAKOÇ, a.g.t., s.228; BEREKET, a.g.m., s.35-36.

¹⁶⁸ BEREKET, a.g.m., s.35-36.

¹⁶⁹ ALANGOYA, **Usul**, s.329.

¹⁷⁰ Türkiye Noterler Birliği'nin 9.4.1993 tarihli ve 4428 sayılı genelgesi

¹⁷¹ Dn. 8.D'nin 26.4.1976 tarihli ve E:1975/2587, K:1976/1446 sayılı kararı, DD, Sy.24-25, s.348-349.

yerin hal ve şeklini, kıymetini, ilgili şahısların kimlik ve ifadelerini tespit etmek görevi belirtilmiştir.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 151, 152, 153, 154 ve devam eden maddeleri uyarınca, herhangi bir suç ihbarı halinde gerekli soruşturmaları yapma görevi, Cumhuriyet Savcılarına, Sulh Hâkimlerine ve zabıta makamlarına verilmiş bulunmaktadır. Bu konuda gerekli delilleri toplama, gerekli tespitleri yapma, delillerin değerlendirilip kamu davasının açılması ya da takipsizlik kararının verilmesi yetkisi de Cumhuriyet Savcılarına verilmiştir.

Ceza davasının açılmasından sonra ise gerekli delilleri toplama, tanıkları dinleme ve tespit işlemleri yapma yetkisi Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu uyarınca davayı gören mahkemeye aittir.

Aynı şekilde, İdari Yargılama Usulü Yasasının 58. maddesinde ' taraflar idari dava açtıktan sonra bu davalara ilişkin delillerin tespitini ancak davaya bakan Danıştay, idare ve vergi mahkemelerinden isteyebilirler' denilmektedir.

Belirtilen bu yasal durum karşısında, ceza ve idari davalarda delillerin toplanması, gerekli tespitlerin yapılması davayı gören yargı mercilerine ait bulunduğundan, bu konuda noterlere verilmiş bir görev bulunmamaktadır. Dava konusu genelgenin, noterlerin idari ve cezai davalarda tespit yapamayacakları yolundaki 3. ve 4. maddesindeki düzenlemede yasa ve hukuka aykırılık görülmemiştir..."¹⁷²

Türkiye Noterler Birliği'nin anılan genelgesi ve Danıştay'ın bu konudaki kararı karşısında, noterlerin delil tespiti yapmaları ve özellikle tanık beyanlarının noterlerce tespit edilip idari yargı yerlerine delil olarak sunulmasının hukuken çok sağlıklı bir yöntem olmadığı söylenebilir.

Noterlerin bu şekilde ifadesini tespit ettikleri tanıklara yemin verme yetkilerinin bulunmaması, hâkimin veya davanın taraflarının tanığa soru sorma imkanlarının ortadan kalkması, noter tarafından ifadesi tespit edilen şahsın teknik anlamda "tanık" olarak nitelendirilemeyecek ve dolayısıyla kendisi hakkında tanıklar için usul kanunlarında öngörülen yaptırımların uygulanamayacak olması ve noter aracılığıyla

¹⁷² ELÇİM, a.g.e., s.117, (Dn. 8.D'nin 1.6.1994 tarihli ve E:1993/1657, K:1994/1646 sayılı kararı)

birbiriyle çelişen çok sayıda tespit yaptırılmasının mümkün olması gibi hususlar da bu uygulamanın diğer sakıncalı yönlerini oluşturmaktadır.

Kanımca, Mahkemelerce yapılması gereken bir işin, ya da yargılama aracının ana bir formülle notere havale edilmesine ve tanık beyanlarının noterlerce tespitine gerek bulunmamaktadır. Yargı yerlerinin yemin vermek suretiyle ve gerektiğinde sorular sorarak bizzat tanık dinlemek imkanı varken bu konuda aracı kullanılması, yargılamanın amacına da uygun değildir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. İDARİ YARGIDA KANITLAMA ARAÇLARI (DELİLLER)

3.1. DELİL KAVRAMI

Dava ile elde edilmek istenilen amaç, hem davacı hem de davalı açısından aynıdır. Davayı kazanmak, lehe hukuki sonuç elde etmektir. Taraflar bu amacı elde edebilmek için, iddialarını dayandırdıkları olguları ispat etmeleri gerekmektedir. Taraflar iddialarını ispat edebilmek için bir takım araçlardan yararlanırlar. İşte, tarafların iddialarını dayandırdıkları maddi olay ve olguların ispatlanması için kullandıkları araçlara “delil” ya da “kanıt” denir.¹⁷³

Delilin tanımı değişik şekillerde yapılmıştır. “Bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediğine karar vermeye yarayan dayanaklardır.”¹⁷⁴, “Bir davada, çekişmeli olan durumların kanıtlanması için başvurulacak araçlara ‘kanıt ‘ ya da ‘ delil ‘ denir .”¹⁷⁵, “ Bir vakıanın doğruluğu hakkında hâkime kanaat vermek için kullanılan vasıtalar”¹⁷⁶ şeklinde tanımlar yapılmıştır.

¹⁷³ KURU, a.g.e., C.II, s.1966; KONURALP, a.g.e., s.8; KURU-ARSLAN ve YILMAZ, a.g.e., s.422; GÖZÜBÜYÜK-TAN, a.g.e., C.II, s.983; ALANGOYA, **Medeni Usul..**, s.261; ÖNEN, a.g.e., s.207

¹⁷⁴ Öztekin TOSUN: **Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti**, İstanbul 1976, s.1

¹⁷⁵ GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s.404; KURU-ARSLAN ve YILMAZ, a.g.e., s.332; Baki KURU, **Hukuk Usulü Muhakemeleri El Kitabı**, İstanbul 1995, s.413; Veysi SEVİĞ, “**Vergi Hukukumuzda Maddi Delil Kavramı Konusundaki Gelişmeler**”, İve MD., C.26,Sy.7, s.295.

¹⁷⁶ POSTACIOĞLU, a.g.e., s.528; PEKCANITEZ, a.g.e., s.320.

3.1.1. DELİLLERİN ÖZELLİKLERİ

3.1.1.1. Akılcı ve Gerçekçi Olması

Delillerin, akla ve mantığa uygun ve gerçekçi olması gerekir. Ancak aklın ve bilimin kabul ettiği hususlar delil olabilir. İnsanların iç dünyalarına hitap eden şeylerin delil olarak kabul edilmesi mümkün değildir. “Hâkim kararını bir falcının kehanetine dayandıramayacağı”¹⁷⁷ gibi, “içinden gelen bir sese de dayandıramaz.”¹⁷⁸

3.1.1.2. Olayı Temsil Etmesi

Delil olarak kullanılacak şey, tarafların dayandıkları maddi olay ve olguları temsil etmelidir. Uyuşmazlık konusu olay ve olgularla hiçbir ilgisi olmayan şeyin delil olabilmesi de mümkün değildir. Uyuşmazlıkta kullanılacak delil, en azından olayın bir parçasını temsil etmesi gerekir.¹⁷⁹ Özellikle idari yargılama usulünde, idarelerin dava konusu uyuşmazlık ile ilgili olmayan bilgi ve belgeleri mahkemeye sundukları görülmektedir.

3.1.1.3. Hukuka Uygun Olması

Deliller hukuka uygun olmalıdır. Delillerin elde edilmesi ve elde edilen delillerin de hukukça yasaklanmamış olması gerekir. Örneğin, idarenin davacıya zorla imzalatırdığı istifa dilekçesi, davacının idare nezdindeki gizli bilgi ve belgeleri yasal olmayan yollardan elde etmesi, davacının sahte maluliyet raporu tanzim ettirmesi, idarenin mührünü kullanarak oluşturulan belgeler, vb. hukuka aykırı olacaktır.

3.1.1.4. Müşterek Olması

Delillerin müşterek olması, delillerin taraflarca paylaşılması, bilinmesi ve tartışılmasını ifade eder. Diğer bir ifade ile delillerin her iki tarafça da bilinebilir olması gerekir. Bu özelliğin sonucu olarak, hâkim veya mahkemenin olay hakkındaki şahsi bilgisine dayanarak karar veremeyeceği kabul edilmektedir¹⁸⁰ İYUK’nun 20/3.

¹⁷⁷ KUNTER-YENİSEY, a.g.e., s.503; EREM, Usul..., s.374-375.

¹⁷⁸ ELÇİM, a.g.t., s.50.

¹⁷⁹ KUNTER-YENİSEY, a.g.e., s.505; ELÇİM, a.g.t., s.51.

¹⁸⁰ KUNTER-YENİSEY, a.g.e., s.506; GÖZÜBÜYÜK-TAN, a.g.e., C.II, s.984; Selami ŞENGÜL: “Özel Hukukta ve Vergi Hukukunda Delil Sistemi”, Maliye Dergisi, Sy. 47, Eylül- Ekim 1980, s.71.

maddesinin 10.6.1994 tarihli 4001 sayılı kanunla değiştirilmeden önceki halinde, idarece gönderilen gizli belge ve dosyaların taraf ve vekillerince incelettirilmeyeceğine ilişkin hükmün kaldırılması, kanıtların müşterek olması özelliği bakımından faydalı olmuştur.¹⁸¹

3.1.2. DELİL TÜRLERİ

Delillerin türleri konusunda çeşitli ayrımlar yapılmakla birlikte doktrinde genellikle, kesin deliller ve takdiri deliller olmak üzere ikili bir ayırım yapıldığı görülmektedir.¹⁸² Delillerin kesin ve takdiri olarak ikiye ayrılması hâkimi bağlayıp bağlamamasına göre yapılmıştır.

3.1.2.1. Kesin Deliller

Bu nitelikte delillere kesin delil denilmesinin nedeni, bu delillerin hâkimi bağlayıcı nitelikte olmasıdır.¹⁸³ Taraflardan biri iddiasını kesin delillerle ispat ederse, hâkim bu iddiayı ispat edilmiş olarak kabul etmek zorundadır. Hâkim bunları değerlendiremez ve aksine delil araştıramaz.¹⁸⁴ Hâkimin kesin delilleri takdir yetkisi de yoktur. Hukuk yargılama usulünde, ikrar, kesin hüküm, senet ve yemin olmak üzere dört tane kesin delil vardır. Ceza yargılaması ve idari yargılamada bu yargılama usullerinin özelliklerinden dolayı kesin delillere yer verilmemiştir.¹⁸⁵

3.1.2. 2. Takdiri Deliller

Kesin delillerin aksine, takdiri deliller hâkimi bağlayıcı nitelikte değildir. Hâkim, bu delilleri serbestçe takdir ve değerlendirme yetkisine sahiptir.¹⁸⁶ Takdiri delillerin

¹⁸¹ ELÇİM, a.g.t., s.52

¹⁸² KURU, a.g.e., C.II, s.2032-2033; KURU-ARSLAN ve YILMAZ, a.g.e., s.433-434; ALANGOYA, **Medeni Usul...**, s.271; ÜSTÜNDAĞ, a.g.e., s.823; ÖNEN, a.g.e., s.207; BİLGE-ÖNEN, a.g.e., s.493; PEKCANITEZ, a.g.e., s.325.

¹⁸³ KURU-ARSLAN ve YILMAZ, a.g.e., s.351.

¹⁸⁴ KURU, a.g.e., C.II, s.2032; KURU-ARSLAN ve YILMAZ, a.g.e., s.433; ALANGOYA, **Medeni Usul...**, s.271; POSTACIOĞLU, a.g.e., s.568; PEKCANITEZ, a.g.e., s.325; KONURALP, a.g.e., s.45-46.

¹⁸⁵ KUNTER-YENİSEY, a.g.e., s.502

¹⁸⁶ KURU, a.g.e., C.II, s.2033; KURU-ARSLAN ve YILMAZ, a.g.e., s.433; ALANGOYA, **Medeni Usul...**, s.271; ÖNEN, a.g.e., s.207; BİLGE-ÖNEN, a.g.e., s.493; PEKCANITEZ, a.g.e., s.326; KONURALP, a.g.e., s.45

hâkimi bağlayıcı nitelikte olmaması, bu delillerin ispat gücünün kesin delillere göre daha az olmasından kaynaklanmaktadır.¹⁸⁷ Taraflar takdiri delillerle iddialarını ispat edememiş olsalar da bu deliller hâkimde kanaat oluşturmaları bakımından önemlidir. Hukuk yargılama usulünde, tanık, bilirkişi, keşif ve özel hüküm sebepleri takdiri delil niteliğindedir. Ancak, ceza yargılaması ve idari yargılamada re'sen araştırma ilkesi ve delil serbestisi ilkesinin sonucu olarak kesin delillere yer verilmemiş olması nedeniyle bu yargılama usulündeki bütün deliller takdiri delil niteliğindedir.¹⁸⁸

3.2. İDARİ YARGILAMA USULÜNDE DELİLLER

3.2.1. BELGE

3.2.1.1. Kavram

Hukuki anlamda belge, “bilgi vermeye ya da delil olarak kullanılmaya elverişli, yazı resim, fotoğraf ve benzeri” şeyler şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁸⁹ Belge de asıl amaç, şeklinden çok bilgi verme amaçlı bir nitelik taşımasıdır.¹⁹⁰

Belge geniş kapsamlı bir kavramdır. Yukarıdaki tanımda da belge olabilecek bazı şeyler belirtildikten sonra “ve benzeri” denmesi belgenin geniş kapsamlı bir kavram olduğunu göstermektedir. Yani belge, içeriğinde bilgi olan maddi her şey olabilir. Örneğin, Orhun abideleri bir belgedir. Taş üzerine yazılmasına rağmen dönemine ait çok önemli bilgileri içeren bir tarihi belgedir. Ancak günümüzde belge genellikle, kağıt üzerinde bir takım bilgileri, şekilleri, vs. içeren bir nesne olarak algılanmaktadır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda, belge yerine “senet” kavramı kullanılmaktadır (HUMK m. 287).¹⁹¹ Ancak, senet belgeye göre daha dar bir anlam taşımakta olup, bir tür belge niteliğindedir. Her senet bir belge olduğu halde her belge

¹⁸⁷ KURU-ARSLAN ve YILMAZ, a.g.e., s.399

¹⁸⁸ ELÇİM, a.g.t., s.53

¹⁸⁹ BÜYÜK LARAUSSE SÖZLÜK VE ANSİKLOPEDİSİ, C.3, s.1483.

¹⁹⁰ ELÇİM, a.g.t., s.53

¹⁹¹ ELÇİM, a.g.t., s.53

bir senet değildir.¹⁹² Çünkü senet, kişinin kendisinin oluşturduğu ve aleyhine delil teşkil eden yazılı belgedir.

3.2.1.2. Niteliği

İdari işlemler, kural olarak yazılı şekle tabidir.¹⁹³ Bu durum Anayasanın 125 . maddesinde ve İYUK 'nun 7. maddesinde dolaylı olarak vurgulanmıştır. Buna göre dava açma süresi yazılı bildirim tarihinden itibaren başlar. Yazılı bildirim yapılabilmesi için de, işlemin yazılı olması gerekir. Ancak bazı idari işlemlerin sözlü olarak yapılabilmesi de mümkündür. Örneğin, trafik polisinin el ve kol hareketleriyle trafiğe yön vermesi gibi.

İdari yargılama usulünde belgenin delil olarak değerlendirilebilmesi için genellikle yazılı olması ve tarafların da iddialarını yazılı olarak mahkemeye sunmaları gerekmektedir. Bu nedenle idari yargıda, davacı dava dilekçesi ekinde iddialarını doğrulayacak belgeler eklemekte, davalı idare de savunmasında yine dava konusu uyuşmazlığa ilişkin belgeleri mahkemeye göndermektedir. Mahkeme, re'sen araştırma ilkesi uyarınca yaptığı ara kararlarda genellikle "dava konusu uyuşmazlığa ilişkin bilgi ve belgelerin istenilmesine" şeklinde taraflardan veya diğer yerlerden belgeler istemektedir.¹⁹⁴

İdari yargılama usulünde, en çok belge niteliğindeki delillerden yararlanılmaktadır. Uyuşmazlık belge niteliğindeki delillerle ispatlanamaması durumunda, diğer delillerle başvurulmaktadır. Bu nedenle, "belge" niteliğindeki deliller idari yargılama usulünde büyük önem taşımaktadır. İdari yargıda her türlü belgeden delil olarak yararlanılması mümkündür.¹⁹⁵ Örneğin bir gazete ilanı, imar planları, su ve elektrik faturaları vs. delil olarak kullanılabilir.

¹⁹² KUNTER-YENİSEY, a.g.e., s.586-587.

¹⁹³ GÖZÜBÜYÜK, İdari Yargı..., s.214

¹⁹⁴ ELÇİM, a.g.e., s.54

¹⁹⁵ ELÇİM, a.g.e., s.54'teki örneğe bkz.

3.2.1.3. İspat Aracı Olarak Önemi

İdari yargılama usulünde “belge” önemli bir ispat aracı olmasına rağmen kesin delil niteliği taşımamaktadır. Taraflardan biri iddiasını belge ile ispatlamış olsa dahi, mahkeme veya hâkimi bağlayıcı nitelikte değildir. Mahkeme belgenin sıhhatini araştırabileceği gibi, diğer delillere de başvurabilir.¹⁹⁶

Öte yandan hukuk yargılamasında “senet” kesin deliller arasında sayılmakta ve belli bir miktarın üzerindeki uyuşmazlıklarda senetle ispatlama zorunluluğu getirilmektedir. Ayrıca senedin aksinin takdiri delillerle ispatlanabilmesi de kabul edilmemektedir.¹⁹⁷ Ceza yargılamasında ise niteliği gereği belge deliline çok nadir başvurulmaktadır.

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

3.2.1.3.4. Belge Türleri

Belgeleri farklı ölçütlere göre sınıflandırmak mümkündür. Buna göre belgeler, belgeyi oluşturan kişi veya makama göre sınıflandırabileceği gibi, içeriğine ve oluşturulma şekline göre de belirlemek mümkündür.¹⁹⁸ Çok sayıda ve çeşitli belge türü olduğu için belgeleri sınıflandırmakta fayda vardır. Biz burada belgeleri, oluşturan kişi ve makama göre ve içeriğine göre olmak ikili bir ayırım yaparak inceleyeceğiz.

¹⁹⁶ PARLAK, a.g.t. , s.57

¹⁹⁷ ELÇİM, a.g.t., s.54

¹⁹⁸ ELÇİM, a.g.t., s.55

3.2.1.3.4.1. Belgeyi Oluşturan Kişi ya da Makama Göre

3.2.1.3.4.1.1. Resmi Belgeler

Resmi belgeler, devlet organları tarafından oluşturulan belgelerdir. İdari yargılama açısından resmi belgeler, idare tarafından (yürütme organı) tesis edilen işlemlerdir. Bu tür belgeler kamu görevlileri tarafından oluşturulmasına rağmen, idare adına çıkarıldığı için resmi niteliktedir. Yani belge onu tanzim eden veya imzalayan kişi adına değil, kurum veya kuruluş adına düzenlenir. Bu belgeler, idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi zorunlu idari işlem olabileceği gibi, idari işlemin hazırlık işlemleri, görüşler tavsiyeler, ilgililere duyurma, uygulamaya yönelik işlemler de olabilir.¹⁹⁹

İdari yargıda idari işlemlerin yargısal denetimi yapılmaktadır. İdari işlemler ise resmi belge niteliğindedir. Dolayısıyla ilgililere tebliğ edilen işlemler dışındaki tüm resmi belgeler idare nezdindedir. Böyle bir durumda idari yargıda görülen davada delil niteliğinde olan resmi belgeleri idare mahkemeye sunacaktır.

3.2.1.3.4.1.2. Özel Belgeler

Özel belgeler, devlet organları dışındaki kişi ve kuruluşlarca oluşturulan belgelerdir.²⁰⁰

İdareye yapılan başvuru dilekçeleri özel belge niteliğindedir. Örneğin, memuriyete girmek için yazılan dilekçe, istifa, emeklilik, tayin dilekçesi, ruhsat almak için yazılan dilekçe gibi; bunun gibi bankaların, şirketlerin, özel dershanelerin, özel hastanelerin düzenledikleri belgeler, mektup, gazete ilanı, tanıtım broşürü, reklamlar, sözleşmeler, özel belge niteliğindedir.

Özel belgelerin idari yargıda delil olarak kullanılmasına bir engel bulunmamaktadır. Örneğin özel bir otelin bastırdığı broşürün tanıtım kurallarına aykırı olması nedeniyle verilen idari para cezası işlemine karşı açılan davada broşür delil

¹⁹⁹ PARLAK , a.g.t. , s.58

²⁰⁰ ELÇİM, a.g.t., s.55

olarak mahkemeye sunulabilecektir. Hâkim, özel belgenin davada delil olarak değerini kendisi takdir edecektir.²⁰¹

3.2.1.3.4.2. Şekline Göre Belgeler

3.2.1.3.4.2.1. Yazılı Belgeler

Yazılı belgeler, bir nesne üzerine elle veya makine ile yazı yazılmak suretiyle oluşturulan belgelerdir. Günümüzde genellikle kağıt üzerine yazılmak suretiyle oluşturulmasına rağmen, taş, duvar, bez, ağıt, deri, toprak üzerine de yazılabilir. Önemli olan ne üzerine yazıldığı değil, yazı ile yazıldığıdır. Örneğin, mektup, dilekçe, tebligat alındısı, gazete kupürü, abideler, afişler vb. gibi. İdari yargıda yazılı belgelerin mahkemeye sunulmasında en kolay olan ve en yaygın şekilde kullanılan yazılı belge kağıt üzerine yazılarak oluşturulan belgedir.²⁰²

Yazılı belgelerin şekline gelince, özel hukuk işlemlerinde kural olarak şekil serbestisi ilkesi geçerlidir.²⁰³ İdari işlemler ise kural olarak belli şekle tabidir. İdari işlemlerde şekil iki anlama gelmektedir. Bunlardan birincisi, işlemin özünü oluşturan iradenin dış dünyaya yansımalarının maddi biçimi; ikincisi, idari işlemin yapılmasında izlenen usulü²⁰⁴ ifade etmektedir.

Ülkemizde idari işlemlerin yapılmasında uygulanacak şekil ve usul kurallarını düzenlenen genel bir idari usul kanunu yoktur.²⁰⁵ Bu nedenle idari işlemlerin yapılmasında izlenecek yol ve yöntemler değişik kanunlarda, tüzük ve yönetmelikle de dağınık bir biçimde yer almaktadır. Bunun yanı sıra yargısal içtihatlarla oluşturulmuş şekil ve usul kuralları da vardır.²⁰⁶

İdari işlemlerin tabi olduğu belli başlı şekil ve usul kuralları; yazılı olması, gerekçeli olması, mevzuatta işlemin yapılmasına ilişkin kural varsa o şekilde olması

²⁰¹ ELÇİM, a.g.t., s.56

²⁰² PARLAK , a.g.t. , s.59

²⁰³ GÜNDAY, *İdare Hukuku.*, s.132-134

²⁰⁴ GÜNDAY, *İdare Hukuku.*, s.132-134

²⁰⁵ BAŞBAKANLIK , İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, 17-18 Ocak 1998.

²⁰⁶ GÜNDAY, *İdare Hukuku.*, s.132-134

(örneğin, bir merciin görüşünün alınması gerektiği düzenlenmiş olabilir) şekil ve usulde paralellik ilkesidir.

Konumuz açısından idari işlemlerin en önemli özelliği yazılı olmasıdır. İdari işlemlerin yazılı olmasının nedeni ispata yöneliktir. Yazılı olmayan bir olgunun ispatlanması çok zordur. Kural olarak idari işlemler yazılı şekle tabidir. Yani, idari işlemi oluşturan iradenin yazılı bir biçimde maddi aleme yansıtılması sağlanmış olur. İdari işlemlerin yazılı olması gerektiğinden idari işlemlerin yazılı belge olma niteliği çıkarılabilir. Bu nedenle idarenin yazılı belgeleri hem yargısal denetime tabi tutulmakta, hem de ispatlama aracı olarak kullanılmaktadır.

3.2.1.3.4.2.2. Şekil Tespit Eden Belgeler

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

3.2.1.3.4.2.3. Ses ve Görüntü Tespit Eden Belgeler

Ses ve görüntüyü tutmaya, içinde barındırmaya yarayan belgelerdir. Bunlar, ses kaydeden bantlar, diskler, cep telefonları; görüntü kaydeden kasetler, CD'ler, hafıza kartları ve resim kaydeden fotoğraflar vb. Teknolojinin gelişmesiyle birlikte ses ve görüntü kaydeden belgeleri elde etmek artık gün geçtikçe kolaylaşmakta ve sayıları çoğalmaktadır. Bu tür belgelerin de idari yargılamada delil olarak kullanılmaları mümkündür. İdari yargıda özellikle Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun televizyon ve radyo kanallarına uyguladığı yaptırımlarda, yaptırıma konu olan programın yayın kaseti mahkemeye delil olarak sunulmaktadır. Mahkeme dosyadaki bilgi ve belgeler ile bu yayın kasetini izleyerek veya bilirkişi incelemesi yaptırarak ihlale konu hususu tespit edebilmektedir.²⁰⁷ İmar mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili olarak bilişim teknolojilerinden yararlanmak suretiyle taşınmazın yerini gösteren uydudan çekilmiş fotoğrafların da mahkemelere belge olarak sunulduğu görülmektedir.

²⁰⁷ PARLAK , a.g.t. , s.61

3.2.1.3.4.3. Niteliğine Göre Belgeler

3.2.1.3.4.3.1. İcrai Belgeler

İlgililer için yeni hukuki durum yaratan, mevcut hukuki durumunu değiştiren veya ortadan kaldıran nitelikteki belgeler, yani idarenin icrai işlemleri bu niteliktedir. Bu işlemler idarenin tek yanlı idare açıklaması ile oluşturulur. Kural olarak, ilgililerin rıza ve muvafakati alınmaz. Bunun nedeni, idari işlemlerin kamu yararı amacına yönelik olmaları ve oluşturulmasında kamu gücüne dayanılmasıdır.²⁰⁸

İdari davaya konu olabilecek tüm belgeler icrai belge niteliğinde olması gerekir. Mahkemelerce dava konusu işlem ilk inceleme aşamasında İYUK m.14/3-d maddesine göre re'sen incelenerek işlemin icrai olup olmadığı belirlenir. Şayet işlemin idari davaya konu olabilecek icrai işlem olmadığı tespit uyuşmazlığın esasına geçilmeyerek dava İYUK m.15/1-b maddesine göre reddedilir.

3.2.1.3.4.3.2. İcrai Olmayan Belgeler

Bir icrai işlemin son şeklini alana kadar ki işlemler icrai nitelikte olmayan ya da hazırlayıcı işlemlerdir. Örneğin, bir işlemin tesisinden önce yapılan araştırmalar, incelemeler, tavsiyeler, telkinler, görüşler, raporlar, icrai nitelikte olmayan işlemlerdir. Yine idarenin belli konu veya sorunlara ilişkin düşünce, niyet ve tasarılarını açıklayan işlemlerde icrai nitelikte değildir. Nitekim, idarenin kuruluş ve işleyişini düzenleyen tedbir ve kararlarda icrai nitelikte değildirler.²⁰⁹

Bu tür belgeler genellikle idarenin içerisinde olup bitmekle ve dış aleme de yansımamaktadırlar. Ancak, bu işlemler sonucu tesis edilen icrai işlemlere karşı dava açıldığında, bu belgelerin mahkemede kullanılması mümkündür. Hatta, genellikle bu tür belgeler mahkemelere delil olarak sunulmakta veya mahkemece araştırılmaktadır. Çünkü bu tür belgeler idarenin işlem tesis etmekteki niyetini, amacını ortaya koymak bakımından mahkemenin kanaatinin oluşmasında yardımcı olmaktadır. Örneğin disiplin cezalarında, disiplin cezasına ilişkin yapılan soruşturmalar önemli delil olmaktadır. Yine idare işlem tesis etmeden önce yaptığı araştırma ve incelemelerde önemli deliller

²⁰⁸ GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s.112

²⁰⁹ GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s.113

arasındadır. Nitekim, idarenin işlem tesis ederken yararlandığı belgeler de idari yargı yerlerinde delil olarak kullanılabilir. ²¹⁰

3.2.2.BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ VE BİLİRKİŞİ RAPORU

Hâkim ya da mahkeme önüne gelen bir davayı çözümlmekten ve sonuçlandırmaktan kaçınamaz. Hâkim taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözümlererek bir karar vermek zorundadır. “Bir dava mahkemesinin görevi, maddi olaya hukuk kuralları uygulayarak taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmekten ibarettir.”²¹¹ Yani hâkim önüne gelen bir davada, uyuşmazlık konusu olaya hukuk kurallarını uygulayarak davayı çözüme kavuşturacaktır. Hakim maddi olaya ilişkin hukuk kurallarını uygularken, görmüş olduğu öğrenim, edinmiş olduğu bilgi ve deneyimlerden yararlanacaktır. “Fakat, hâkimin her konuda sadece hukuki bilgi ve deneyim ile karar vermesi mümkün olamamaktadır.”²¹² Diğer bir ifade ile, mahkemenin veya hâkimin önüne gelen çok değişik nitelikteki yüzlerce davada, karşılaştıkları her konuda yeterli bilgiye sahip olmaları düşünülemez.²¹³ Çağımızda dünya nüfusunun artmasıyla birlikte bilim ve teknoloji alanlarındaki hızlı gelişmeler, işbölümü gerektirecek uzmanlık alanlarının çoğalması ve ulaştırma olanaklarının artması, insanlar arasındaki uyuşmazlıkların artmasına ve çeşitlenmesine neden olmuştur. Bu durum doğrudan davalara da yansımış, yargı yerlerinde açılan davalar da artmış ve çeşitlenmiştir. Adalet sağlayan hâkim maddi gerçeği bulma çabasında uyuşmazlık konularının hepsini bilmesi, kavraması ve bir sonuca varabilmesi olanağı da kalmamıştır.²¹⁴ Bu nedenlerle hâkimin hakkında karar vermek zorunda olduğu özel veya teknik bilgi gerektiren uyuşmazlıkta bu konularda uzmanlaşmış kişilerin bilgi ve deneyimine ihtiyaç duyulmuştur. İşte bu tür durumlarda bilirkişiye başvurma zorunluluğu doğmuş ve yargılama usullerinde

²¹⁰ PARLAK , a.g.t. , s.63

²¹¹ Dn. 3.D'sinin 27.5.1986 tarihli ve E:1986/241, K: 1986/1402 sayılı kararı, DD., Sy.64-65, s.102

²¹² Ramazan ARSLAN, “**Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri**”, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, Konuşmalar-Bildiriler-Tartışmalar, İzmir Barosu, 5-6-7-8 Nisan 2000 İzmir,s.195: Ramazan ARSLAN, “Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay'ın Katkısı”, Yargıtay'ın 120. Kuruluş Yılı Sempozyumunda Sunulan Bildiri, Yargıtay Dergisi, C.15, S.y1-4, Ocak-Ekim 1981, s.163-164

²¹³ Muammer OYTAN, “Türk ve Fransız Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, Keşif, Delil Tespiti, Anket Uygulaması ve Sahteliğin İleri Sürülmesi”, Türk İdare Dergisi, Yıl 65, Mart 1993, Sy.398, s.47

²¹⁴ OYTAN, Türk ve Fransız Hukukunda., s.47

bilirkişilik kurumu düzenlenmiştir. Bilirkişi incelemesi, bütün yargılama usullerinde delil olarak kullanılmaktadır.²¹⁵

3.2.2.1. Bilirkişi Kavramı

Mevzuatımızda, bilirkişinin tanımı yapılmamıştır. Ancak, doktrinde birçok tanım yapıldığı görülmektedir.²¹⁶ Buna göre, “Bir davada, çözümü hâkim tarafından bilinmeyen, özel ve teknik bilgiyi gerektiren durumlarda oy ve görüşüne başvurulun üçüncü kişi veya kişilere bilirkişi denir.”²¹⁷, “Bilirkişi, bir uyuşmazlığın temelini oluşturan olgu ve olayların saptanması, aydınlanması ve değerlendirilmesinde teknik saptamalar yaparak, yargıca yardımcı olan kişidir.”²¹⁸, “Bilirkişi, bir yargılama faaliyeti sırasında, hâkimin uzmanlık alanına girmeyen bir konuda hâkimi ve yargılama sujelerini aydınlatan ve bu vesileyle yargılamanın seyrini etkileyen, kendisine başvurulun alanda uzman ve bilgi sahibi olan kişidir.”²¹⁹ Bir başka tanıma göre ise bilirkişi, “bir davanın dayandırıldığı vakıaların değerlendirilip, onlardan sonuçlar çıkarılmasında, özel veya teknik bilgiye ihtiyaç duyulan durumlarda, hâkim tarafından bilgisine ve görüşüne başvurulun ve verdiği bilgiler, yaptığı açıklamalarla hâkime yardımcı olan kişi”dir.²²⁰

Bilirkişi, kişilerden olabileceği gibi, kurumlar da olabilir. Örneğin, Adli Tıp Kurumu.

²¹⁵ SUNAY, a.g.e., s.42

²¹⁶ Şeref GÖZÜBÜYÜK, “Devlete Karşı Suçlarda Bilirkişilik”, AD., C70, Sy.5 s.293; Ali KALAY, “Bilirkişilik Kurumu Fayda ve Sakıncaları”, MD., C.48, s.148-149; Ahmet KILIÇOĞLU, “Yargıda Bilirkişi Çıkmazı”, ABD., C.43, Sy.5, s.644; Kemal Oğuz ŞENGİN, “Bilirkişi Sorumluluğu ve Sonuçları”, AD., Yıl 1960, Sy.7, s.457

²¹⁷ KURU, a.g.e., C.III, s.2621-2622

²¹⁸ Hasan KÖROĞLU, En Son Değişikliklerle Uygulama ve İçtihatlar da Türk Mahkemelerinde Bilirkişilik ve Bilirkişi Kurumları, Seçkin Yayınları, Ankara 2001, s.31

²¹⁹ KÖROĞLU, a.g.e., 51

²²⁰ ARSLAN, Bilirkişilik..., s.190; ARSLAN, Uygulama..., s.157

3.2.2.2. Bilirkişinin Nitelikleri

Bilirkişilik, hâkim tarafından kararlaştırılan ve uzmanlıkları nedeniyle bir veya birkaç kişinin seçilip bizzat yine hâkim tarafından tespit edilen konularda olayların müşahadesi veya teyidi için görevlendirilmelerine mahsus bir tahkikat yöntemidir.²²¹

Bilirkişi mahkemeye veya hâkime yardımcı olan teknik bir danışmandır.²²² Bilirkişi, tanıktan farklıdır. Tanık, bilgisine başvurulmuş olay hakkında dava dışında bizzat edinmiş oldukları (görüp, duyarak) bilgiyi mahkemeye aktaran, davanın tarafları dışındaki kişilerdir. Tanık, mahkemeye olay ile ilgili görüş veya düşüncesini bildirmez. Yalnızca olayla ilgili bilgisini aktarır. Oysa, bilirkişi bilgisine başvurulmuş olay hakkında bilirkişi seçilene kadar herhangi bir bilgisi yoktur. Bilirkişiden uyuşmazlık konusu ile ilgili görüş ve düşüncesini bildirmesi de istenir. Yani, tanık geçmişteki olayla ilgili gözlemlerini, bilirkişi ise şimdiki kanaatini teknik bilgisine dayanarak bildirir.²²³ Herkes tanık olabileceği gibi, herkes bilirkişi olamaz. Bilirkişilik için özel ve teknik bilgi sahibi olmak gerekir.

Bilirkişinin hukuki niteliğine gelince; yargılama usulü kanunlarımızda bilirkişi deliller arasında düzenlenmektedir. Ancak doktrinde bilirkişilik kurumu ve bilirkişi görüşünün hukuki niteliği konusunda farklı görüşler vardır.

Bazı yazarlar, bilirkişi görüşünü deliller arasında değerlendirirken²²⁴ bazıları da bilirkişi görüşünün delil niteliğinde saymayıp, delillerin değerlendirilmesi aracı²²⁵ olduğu görüşünü savunmaktadırlar.

Bu iki görüşü de katılan diğer bir görüşe göre ise, yargılama makamları, ispatlanmak istenen olayı temsil eden iz ve eserleri ancak bilirkişi incelemesi sonucunda, bilirkişi görüşünden öğrenebiliyorsa, bu durumda bilirkişi görüşlerinin “delil” sayılacağını; böyle olmayıp, bilirkişi, yargılama makamına sadece teknik bilgiyi veriyor

²²¹ OYTAN, “Türk ve Fransız Hukukunda...”, s.47

²²² OYTAN, “Türk ve Fransız Hukukunda...”, s.48

²²³ OYTAN, “Türk ve Fransız Hukukunda...”, s.48

²²⁴ ÜSTÜNDAĞ, a.g.e., s.740 vd; POSTACIOĞLU, a.g.e., s.652

²²⁵ Bahri ÖZTÜRK- M. Ruhan ERDEM - V. Özer ÖZBEK, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s.517; KUNTER-YENİSEY, a.g.e., s.555; TOROSLU, a.g.e., s.184

ya da deneyim kuralını açıklıyor ve bu kuralın uygulanması yoluyla bazı sonuçların çıkarılmasına yardımcı oluyorsa bilirkişi, delilleri değerlendirme aracı olacağını ve delil sayılamayacağı savunulmaktadır.²²⁶

Delil veya delilleri değerlendirme aracı olarak düşünülmesinin yargılama hukukumuz açısından pek önemi olmasa gerek. Çünkü, bilirkişi yargılama usulü kanunlarımızda takdiri deliller arasında sayılmakta ve bilirkişi görüşünün hâkimi bağlayıcı nitelikte olmadığı düzenlenmektedir. Hâkimin gerekçesini belirtmek suretiyle bilirkişi görüşünün aksine karar verebileceği de kabul edilmektedir. Bilirkişi, delil ya da delilleri değerlendirme aracı olarak değerlendirilmesi önemli olmasa da özel ve teknik bilgiyi gerektiren uyuşmazlığın çözülmesinde ve değerlendirilmesinde hâkime önemli katkı sağladığı bir gerçektir.²²⁷

3.2.2.3. Bilirkişi İncelemesini Gerektiren Haller

Yukarıda da değinildiği gibi, bilirkişi davada uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için, hâkimin ilgi alanı dışındaki özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişiye başvurulur. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan durumlarda bilirkişiye başvurulamaz.

Özel bilgi, hukuk bilimi dışındaki bilim dallarının araştırıp ortaya koyduğu sonuçlara ilişkin bilgi olarak anlaşılmalıdır.²²⁸ Bazen hukuk dışı alanlarda ki deneyimlere dayanan bazı kurallar, birçok somut deneyimin genelleştirilmesi sonucunda soyut kurallar olarak, belli bir ölçüde genel bir kabule ulaşıncı “yaşam deneyimi” kuralı olarak özel bilgi kapsamına dahil sayılacaktır.²²⁹

Teknik ise, “bir sanat, bir bilim, bir meslek dalında kullanılan yöntemlerin hepsi “ ya da “fizik, kimya, matematik gibi bilimlerden elde edilen verileri iş ve yapım alanında uygulama”²³⁰ şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre, matematik ve fizik ve diğer

²²⁶ KÖROĞLU, a.g.e., s.88

²²⁷ PARLAK , a.g.t. , s.67-68

²²⁸ ELÇİM, a.g.t., s.61

²²⁹ ARSLAN, **Bilirkişilik...**, s.195; ARSLAN, **Uygulama...**, s.163

²³⁰ Türk Dil Kurumu, **Türkçe Sözlük**, Ankara 1988, s.1442-1443

bilim alanlarından yararlanılan inşaat, harita, mimarlık vb. ile ilgili bilgiler teknik bilgi niteliğindedir. Bir görüşe göre ise, belli bir işletme boyutunu aşan, genel nitelik kazanmış yetkili kişi kurum veya kurullarca belirlenmiş bilimsel standartlarda teknik bilgi kavramına dahil sayılmalıdır.²³¹

Hâkim, uyuşmazlığın çözümünü özel ve teknik bilgi gerektiren bir konuya ilişkin olduğuna kanaat getirirse bilirkişi incelemesi yaptırabilecektir. Hatta, Danıştay bu durumlarda bilirkişiye başvurmanın zorunlu olduğunu kararlarında belirtmektedir.

İdari yargıda özel ve teknik bilgiyi gerektiren ve bilirkişi incelemesi yapılan konuların belli başlıları şunlardır: Sit alanının belirlenmesi, bir yapının eski eser olup olmadığının tespiti, kıyı-kenar çizgisinin tespiti, imar planı uygulaması, bir yapının ruhsat ve eklerine, imar mevzuatına uygunluğunun belirlenmesi, imzanın sahte olup olmadığının tespiti, sakatlığın çalışma gücüne etkisi, maddi-manevi tazminat miktarının tespiti, idarenin bayındırlık işlerine ilişkin hizmet kusuru (örneğin yolların bozuk olması nedeniyle zarar görme), sağlık şartlarının belirlenmesi, sınav kağıtlarının incelenmesi gibi.

Hâkim, uyuşmazlığın çözümü özel bilgiyi gerektirmiş olmakla birlikte, bu bilgiyi diğer delillerle, özellikle keşiften yararlanmak suretiyle elde edebilecek durumda ise, bilirkişiye başvurmaması gerekir.²³²

3.2.2.4. Bilirkişilerin Seçimi

Hâkim veya mahkeme dava konusu uyuşmazlığın özel ve teknik bilgiyi gerektirdiğine yani bilirkişi incelemesine karar verdiğinde bilirkişi seçimi önem taşımaktadır. İdari Yargılama Usulü Kanunun 31. maddesinde bilirkişi incelemesi yönünden HUMK ‘un ilgili hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak 10.6.1994 tarihli ve 4001 sayılı kanunun 14. maddesi ile İYUK 31. maddesinde yapılan değişiklikle “....Bilirkişi seçimi Danıştay, mahkeme veya hâkim tarafından re’sen yapılır” hükmü getirilmiştir. İdari yargılama usulünde 4001 sayılı kanunla getirilen değişiklik ile, bilirkişi seçiminin idari yargı mercileri tarafından re’sen yapılması sağlanmıştır. Bu

²³¹ ARSLAN, **Bilirkişilik...**, s.195; ARSLAN, **Uygulama...**, s.163

²³² Cengizhan GÖKÖZ, “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Bilirkişilik Kurumu ve Uygulamadaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayını, İzmir 2000, s.213

durum idari yargılama usulünde re'sen araştırma ilkesinin bir sonucudur.²³³ Buna göre, idari yargılamada, hâkim veya mahkeme bilirkişi incelemesine karar verdikten sonra, o konuda uzmanlaşmış bilirkişi veya bilirkişileri de kendisi seçecektir. İdare ve vergi mahkemelerinde heyet halinde incelenen davalarda mahkeme bilirkişi incelemesine ara kararıyla karar verir. Ara kararlar birlikte naip hâkim de seçilir ve mahkeme naip hâkime bilirkişi seçimi konusunda yetki verir. Bilirkişi seçimini naip hâkim yapar.

Hâkim bilirkişi seçimini yaparken, o konuda uzmanlaşmış bilgi ve görgülü, güvenilir, tarafsız, rapor hazırlama tekniği iyi olan bilirkişileri deneyimlerine dayanarak seçmelidir. Ülkemizde adli yargıda bilirkişilik yapacak bilirkişi listeleri her yıl Adalet Bakanlığınca yayınlanmaktadır. Ancak, idari yargıya yönelik böyle bir liste bulunmamaktadır. İdari yargıya da yönelik bilirkişi listeleri hazırlanmalıdır. Çünkü, hâkimler bazı konularda bilirkişi bulmakta zorluk çekmekte, bazen de konusunda uzman, güvenilir bilirkişileri bulamamaktadır. Ayrıca, belirtilen bilirkişiler, taraflı veya yetersiz görüş bildirdiklerinde listeden çıkarılmalıdırlar.²³⁴ Böyle olması hem zaman kaybını (bilirkişi belirlenmesi için bazen kurum ve kuruluşlara belirlenen konuda uzman kişiler sorulmaktadır) önler, hem de daha az masraflı olur.

3.2.2.5. Bilirkişi Sayısı

Bir davada, bilgisine başvurulacak bilirkişi sayısı, bir veya üç kişi olur(HUMK m.276/3). Üç kişi azami sınırdır ve iki bilirkişi olamaz. Çünkü bilirkişiler de çoğunlukla karar verirler. Bilirkişinin kaç kişi olacağına, olayın niteliğine göre hâkim karar verir. Örneğin; bir davadaki olayın çözümü için hem inşaat mühendisi, hem eski eser uzmanı, hem de mimara ihtiyaç varsa, bu olayın çözümü için tek bir bilirkişiye başvurulmamalıdır.

Olayın niteliği birden fazla (üç kişi) bilirkişi incelemesini gerektiriyorsa, bilirkişiler aynı uzmanlık dalından olabileceği gibi, farklı uzmanlık dallarından da olabilir. Örneğin imar uygulama işlerinde iki haritacı ve bir şehir ve bölge planlama uzmanı; imar planlarında, iki şehir ve bölge planlama uzmanı ve bir haritacı seçilebilir. Bunun takdiri de olayın niteliğine göre hâkime aittir.

²³³ SUNAY, a.g.e., s.45

²³⁴ SUNAY, a.g.e., s.45

3.2.2.6. Bilirkişiyeye İtiraz (Bilirkişinin Reddi)

Bilirkişi taraflarca ya da re'sen hâkim tarafından seçildikten sonra taraflara bildirilir. Taraflar belirlenen bilirkişilere itiraz edebilirler. Bilirkişiyeye itiraz sebeplerinden en önemlisi, bilirkişinin tarafsızlık ilkesine aykırı bir durumunun bulunmasıdır.²³⁵

Bilirkişiyeye itiraz (ret) sebepleri, hâkimin reddi sebepleriyle aynıdır. Yani bilirkişiler HUMK'nun 28. ve 29. maddelerinde sayılan durumlardan birini taşıyorlarsa, bilirkişi veya bilirkişilere itiraz edilebilecektir. Örneğin; bilirkişinin taraflardan birinin dördüncü dereceye kadar civar hısımlarından biri olması, bilirkişi ile taraflardan biri arasında husumet bulunması, bilirkişinin davalı kurumda çalışıyor olması gibi.

Bilirkişiyeye itiraz süresi üç gündür (HUMK 277/1). Yani bilirkişiyeye itiraz, bilirkişi seçiminin öğrenildiği veya bildirildiği tarihten itibaren üç gün içinde yapılması gerekir.

3.2.2.7. Bilirkişi İncelemesi

Bilirkişi incelemesine ya tarafların isteği üzerine ya da mahkemece re'sen karar verilir. Bilirkişi incelemesi yapılması gereken konularda genel olarak davacının dilekçesinde bu yönde bir talebi vardır. Davacının bu yönde bir talebi olmamasına rağmen dava konusu uyuşmazlığın özel ve teknik bir bilgiyi gerektirdiği durumlarda mahkeme de re'sen bilirkişi incelemesine karar verebilecektir. Tarafların bilirkişi incelemesi talebi bağlayıcı değildir, sadece bir taleptir, mahkemenin takdirindedir. İdari yargıda genellikle böyle bir talep davacıdan gelir. Çünkü karşı taraf idaredir ve idarenin işlemlerinin hukukilik denetimi yapılmaktadır. İdare işleminin hukuka uygun olduğunu savunmaktadır.

Bilirkişi incelemesine mahkeme, kural olarak dosya tekemmül ettikten sonra karar verir. Çünkü dosyanın tekemmülü ile uyuşmazlığın çözümlenip çözümlenemeyeceği, uyuşmazlık konusu olayın özel ve teknik bir bilgi gerektirip gerektirmeyeceği daha iyi anlaşılabilir ve bilirkişiler de incelemelerinde dosyadaki bilgi ve belgelerden yararlanabilecektir. Ancak, yürütmenin durdurulması istemli davalarda, dosya tekemmül etmeden de bilirkişi incelemesi yaptırılabilmesi mümkündür. Mahkeme veya hâkim dosya tekemmülünden sonra tarafların bilirkişi

²³⁵ SUNAY, a.g.e., s.45; OYTAN, "Türk ve Fransız Hukukunda...", s.55

incelemesi isteğini haklı bulursa ya da re'sen bilirkişi incelemesi gerektiği kanaatine varırsa bilirkişi incelemesi kararı verecektir.²³⁶

Bilirkişi ücreti yatırıldıktan sonra, hâkim re'sen bilirkişileri seçer. Bunun için gerekirse, üniversitelere veya kuruluşlara yazı yazarak bildirdiği konuda bilirkişilik yapabileceklerin listesini isteyebilir.

Bilirkişiye özel ve teknik bilgiyi gerektiren uyuşmazlık konusu olay ve olguların tespiti, aydınlatılması ve değerlendirilmesine yönelik isabetli soruların sorulması, bilirkişi incelemesinden beklenen yararın sağlanabilmesi açısından son derece önemlidir.²³⁷ Hâkim bilirkişilere sorulacak soruları belirlemeden önce, dava dosyasını iyi bir şekilde inceleyerek tam bilgi sahibi olmak, hukuki sorunlarla özel ve teknik bilgiyi gerektiren durumları birbirinden ayırmak²³⁸ ve uyuşmazlığın çözümü için gerekli tüm bilgileri ve bilirkişi incelemesinden beklenen amacı gerçekleştirecek soruları belirlemek zorundadır. Aksi takdirde, bilirkişi yapacağı incelemenin sınırları dışına çıkacak, gereksiz incelemeleri yapacak uyuşmazlığı çözüme kavuşturacak önemli konulara değinmeyebilecektir.

3.2.2.8. Bilirkişi Raporu

3.2.2.8.1. Hazırlanışı

Hâkim, davada karşılaşılan özel ve teknik bilgiye ilişkin hazırladığı sorularla birlikte dosyayı bilirkişilere teslim ederek, belirleyeceği sürede varılan sonucu rapor halinde mahkemeye sunmasını ister. İşte bilirkişinin dava ile ilgili uzmanlık alanına giren özel ve teknik bir konuda yapacağı incelemeler sonunda ulaştığı sonucu mahkemeye sunduğu belgeye "bilirkişi raporu" denir. Bilirkişi raporunda uyuşmazlıkla ilgili bilgiler kendi bilgisiyle birleştirerek bir sonuca varmaktadır. Bilirkişiye raporunu hazırlaması için verilen süre uygulamada genellikle otuz gündür. Bu süre, işin niteliğine göre tespit edilir ve üç aydan fazla olamaz (HUMK m281/2). Süreyi hâkim takdir edecektir.

²³⁶ PARLAK , a.g.t. , s.74

²³⁷ ELÇİM, a.g.t., s.74

²³⁸ ELÇİM, a.g.t., s.74

Bilirkişi raporunun kaç nüsha düzenleneceğini de hâkim kararında belirtir. Bu belirleme, bir nüsha dosyaya konmak üzere ve taraf sayısına göre belirlenir. Örneğin bir davacı ile davalı idarenin hasım olduğu davada üç nüsha bilirkişi raporu istenir.

Bilirkişi tanık dinleyemez, inceleme ve araştırmasını bizzat kendisinin yapması²³⁹, kendi uzmanlık alanın gerektirdiği bilgilerle soruları cevaplandırarak, raporunu hazırlaması gerekir.

Bilirkişi birden fazlaysa raporu birlikte hazırlamalıdır. Aralarında görüş ayrılığı varsa, çoğunlukla karar vermeli, azınlıkta kalan oyunu gerekçesiyle birlikte açıklamalıdır.²⁴⁰

Bilirkişilerin hazırlayacakları raporu hâkim havalesi ile dosyaya girer. Hâkim havale yapmadan önce raporu dikkatlice okumalı, bilgi istediği soruların raporda karşılanıp karşılanmadığına bakmalıdır. Eksiklikler varsa bunlar bilirkişilere tamamlattırılmalıdır. Aksi takdirde yeni bir bilirkişi incelemesi gerekebilir ki, bu da usul ekonomisi ilkesine aykırı olur.

3.2.2.8.2. Bilirkişi Raporunda Bulunması Gereken Hususlar

Bilirkişi raporunda şekline ilişkin şu hususlar bulunmalıdır: tarafların ad ve soyadları, bilirkişinin inceleme ile ilgili görevlendirildiği hususlar, inceleme konusu yapılan maddi olay ve olgular, gerekçe, sonuç, bilirkişiler arasında anlaşmazlık olup olmadığı, varsa gerekçesi, raporun düzenlendiği tarih ve bilirkişilerin imzası bulunmalıdır.²⁴¹

Bilirkişi raporu, bilirkişinin kendi uzmanlık alanıyla sınırlı olmalıdır. Uzmanlık alanı dışında özellikle hukuki konularda görüş bildirilmemelidir. Bilirkişi raporu, kendi alanında bilgi ile basit ve kesin yorum içermelidir, açık seçik ve olabildiğince kısa olmalıdır, bir düşünce sistematigi izlemelidir. Hâkim veya taraflar raporu incelediğinde, bilirkişinin nereden başladığını, hangi düşüncelerle hangi sonuca ulaştığını kolayca anlayabilmelidir. Raporun anlamlı bölüm, alt bölümlere ayrılması ve bunlara uygun

²³⁹ OYTAN, " Türk ve Fransız Hukukunda...", s.55

²⁴⁰ OYTAN, " Türk ve Fransız Hukukunda...", s.55

²⁴¹ SUNAY, a.g.e., s.49

başlıklar verilmesi önemlidir. Bilirkişi raporunda, yargıların kesinlik derecesi belirtilmelidir.²⁴²

Bilirkişi raporu eksik görülürse ek bilirkişi raporu istenebileceği gibi yeni bir bilirkişi incelemesi de yaptırabilecektir. Bu tür raporlara dayanılarak verilen kararları Danıştay eksik inceleme nedeniyle bozmaktadır.²⁴³

3.2.2.8.3. Bilirkişi Raporuna İtiraz

Bilirkişi raporu, hâkimin havalesi ile bir nüshası dosyayı konur diğer nüshalar taraflara tebliğ edilir. Taraflar, bilirkişi raporunda noksan veya açıklığa kavuşturulmamış hususlar hakkında bilirkişiden açıklama alınmasını, yeni bir rapor düzenlenmesini, raporun tebliğinden itibaren bir hafta içinde hâkimden isteyebilirler (HUMK m.283 1.c.2). Hâkim bu itirazı yerinde görürse ek bir rapor hazırlanmasını veya bilirkişilerden açıklama yapılmasını ister, aksi takdirde itirazı reddeder.

3.2.2.8.4. Bilirkişi Raporunun Hukuki Niteliği ve Delil Olarak Değeri

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 286'ncı maddesinde "Ehlivukufun rey ve mütalaaları hakimi takyit etmez." hükmüne yer verilmiştir. Yani bilirkişi raporu hâkimi bağlamaz. Bunun anlamı, hâkim bilirkişi raporunu serbestçe takdir eder, bilirkişi raporunu uyuşmazlığın çözümü için yeterli görmezse, bilirkişiden ek rapor isteyebilir (HUMK m.283), veya yeniden bir bilirkişi incelemesi yaptırabilir.²⁴⁴ Bilirkişi raporunun hukuki niteliği, takdiri delil niteliğindedir.

"Yargıcın bilirkişi raporu karşısında yapacağı şey, genel mantık kuralları ve kendi hayat tecrübesi sayesinde, bilirkişinin vardığı sonuç ile gösterdiği gerekçeler arasındaki mantıki bağı aramak yapılan bilirkişi değerlendirilmesinin mantık ve genel bilgilere aykırı olup olmadığını araştırmaktır. Raporu bu esasa göre inceleyen yargıç, onu yetersiz bulabilir. Bu durumda, yetersiz rapora göre, hüküm tesis etme zorunluluğu yoktur. Ancak, bilirkişi raporunun yetersiz olduğunu saptayan yargıcın önünde

²⁴² Tuğrul TANKUT-Uğur ERSOY, "Bilirkişinin Görevi ve Sorumluluğu", s.282-283

²⁴³ Dn.11.D.'sinin 29.4.1974 tarihli ve E:1973/1944, K:1974/985 sayılı kararı, DD., Sy.16-17, s.391-393; Dn. 9.D.'sinin 24.2.1981 tarihli ve E:1980/451, K:1981/964 sayılı kararı, DD., Sy.44-45, s.456-457; Dn. 6.D.'sinin 14.11.1985 tarihli ve E:1985/675, K:1985/1355 sayılı kararı, DD., Sy.62-63, s.240-241

²⁴⁴ KURU-ARSLAN ve YILMAZ, a.g.e., s.415

kanımızca iki yol vardır. Ya aynı kişilerden ek bilgiler ve açıklamalar isteyecektir veya yeni bilirkişiler tayin edip işi onlara havale edecektir. Yetersiz bilirkişi raporu karşısında yargıcın kendi bilgisine dayanarak karar tesis etmesi bizce, yasanın özüne konuyu düzenleyen hükümlere aykırıdır. Çünkü bu konuda yargıç kendi bilgisinin yeterli olmadığını ilk bilirkişiye gitmeden önce kabul etmiştir. ²⁴⁵

Hâkim, ilk bilirkişi raporunu yetersiz bulup, ikinci bir bilirkişi incelemesi yaptırdığında, ikinci bilirkişi raporunu yeterli görürse kararını verebilecektir.²⁴⁶ Ancak, ikinci bilirkişi raporunun ilk bilirkişi raporu ile çelişmesi durumunda, yani birbirine kesinlikle aykırı teknik gerekçe içeren ve farkı saptamalar bulunuyorsa²⁴⁷ hâkimin ne yapacağı sorun olmaktadır. Hâkim, birinci raporu mu esas alacaktır, yoksa ikinci raporu mu. Böyle bir durumda da hâkimin raporlar arasındaki çelişkiyi gidermek için üçüncü bir bilirkişi incelemesi yaptırması gerektiği hem doktrinde, hem de yargı kararlarında kabul edilmektedir.²⁴⁸

Bilirkişi raporunun hâkimi bağlamayacağına ilişkin ikinci hususta, hâkim bilirkişi raporunu yeterli görmesidir. Bu durumda hâkim ya özel ve teknik bilgi gerektiren uyumsuzluğu bilirkişi görüşü doğrultusunda çözecek ya da bilirkişi görüşünün aksine karar verebilecektir. Ancak, hâkim bilirkişi raporunun aksine karar verirken bunun gerekçelerini somut olarak ortaya koymak durumundadır²⁴⁹.

Hâkim, bilirkişi raporunda yazılı olan bilgi ve açıklamalardan, bu raporun sonucunun doğru olmadığını takdir edebilecek ölçüde bilgi sahibi olduğu ve konuyu bu bilgilerle çözümleyebildiği kanısına varabiliyorsa, yeni bir bilirkişi incelemesi yoluna gitmeden de bilirkişi raporundaki sonucun aksine bir karar verebileceği kabul

²⁴⁵ Oral MAVİOĞLU: "Bilirkişiye Başvurma Zorunluluğu ve Bilirkişi Raporları Konusunda Yargıcın Durumu", İHFM, 1971/XXXVI/1-4, s.371

²⁴⁶ OYTAN, " Türk ve Fransız Hukukunda...", s.57

²⁴⁷ SUNAY, a.g.e., s.52

²⁴⁸ Dn. 10.D'sinin 17.3.1993 tarihli ve E:1991/4210, K:1993/1126 sayılı kararı, DD., Sy.48, s.506-507; Dn. 10.D'sinin 26.10.1993 tarihli ve E:1993/9211, K:1993/4110 sayılı kararı, DD., Sy.89, s.542-545; YHGK'nun 11.2.1970 tarihli ve 6815-244, K:78

²⁴⁹ Dn. 3.D'nin 5.6.1991 tarihli ve E:1989/2916, K:1991/2026 sayılı kararı, DD., Sy.84-85, s.123-127; Dn. 3.D'nin 12.11.1992 tarihli ve E:1990/4255, K:1992/4873 sayılı kararı, DD., Sy.87,s.245-248

edilmelidir. Başka bir deyimle, yargıç bilirkişi raporunda varılan sonucu yeterli ve uygun görmemekle beraber, raporda yazılı olan özel ve teknik açıklamaların, kendisine bu dava için başlangıçta eksik olan özel ve teknik bilgiyi sağladığı, yani bu bilgilere raporu okuduktan sonra sahip olduğu kanaatine ulaşırsa yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırmadan raporun aksine karar verebilir. ²⁵⁰

Ayrıca, Danıştay idari yargılama usulünün özelliklerini de göz önünde bulundurarak mahalli asliye hukuk mahkemeleri aracılığıyla yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen rapora dayalı olarak karar verilmesinde isabet görmemektedir. ²⁵¹

Sonuç olarak, bilirkişinin özel ve teknik bir konuya ilişkin olarak yaptığı inceleme sonucunda oy ve görüşünü belirttiği bilirkişi raporu hâkimi bağlayıcı nitelikte değildir. Hâkim, bilirkişi raporunu yeterli bulmadığı takdirde ikinci ve gerekirse üçüncü bir bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verebileceği gibi yeterli gördüğü bilirkişi raporunun – gerekçesini ortaya koymak şartıyla- aksine de karar verebilecektir. Ancak, hâkimin bilirkişi görüşü ile bağlı olmaması, bilirkişi raporunu göz ardı ederek karar verebileceği anlamına da gelmemektedir. Çünkü, hâkim bilirkişiye başvurmakla, o konuda bilgi sahibi olmadığını da ortaya koymuş olmaktadır. Hâkim bu konuda ancak bilirkişi raporu sayesinde bilgi sahibi olmaktadır. ²⁵²

²⁵⁰ Dn. 7.D'nin 20.11.1984 tarihli ve E:1984/61, K:1984/1778 sayılı kararı, DD., Sy.58-59,s.230; Dn. 7.D'nin 11.11.1985 tarihli ve E:1985/1443,K: 1985/2487 sayılı kararı, DD., Sy.62-63, s.318

²⁵¹ Dn. 6.D.'nin 8.5.1991 tarihli ve E:1990/429, K:1990/1027, DBB.

²⁵² PARLAK , a.g.t. , s.83

3.2.3. KEŞİF

3.2.3.1. Tanımı

Keşif, hâkimin dava konusu şeyi yerinde inceleyerek onun hakkında bütün duyularıyla bilgi edinmesine yarayan bir yargılama usulüdür.²⁵³

Keşif, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda ayrı olarak düzenlenmemiş, 31. maddesinde HUMK'nun keşif ile ilgili hükümlerine atıf yapılmıştır. HUMK'ta ise, sadece taşınmaz malların yerinde görülüp incelenmesi keşif olarak nitelendirilmekte (HUMK m.363), taşınmazlar dışındaki şeyler hakkında hâkimin bütün duyularıyla bilgi edinmesi "özel hüküm sebepleri" olarak düzenlenmektedir (HUMK m.367). 2577 sayılı Kanunun 31. maddesinde ise "özel hüküm sebeplerine" yollamada bulunulmamaktadır. Bu durumda, idari yargılama usulünde keşfin, taşınmazların yerinde görülüp incelenmesi olduğu söylenebilir. Ancak uygulamada, taşınmazlar dışındaki şeylerin hâkim tarafından yerinde görülmesi, uygulanması veya incelenmesi gerektiğinde, bu işlemlerde keşif adı altında ve keşfe ait hükümler çerçevesinde gerçekleştirilmektedir.²⁵⁴

3.2.3.2. Keşfin Konusu

İdari Yargılama Usulü Kanununun yollamada bulunduğu HUMK'a göre keşfin konusu, sadece taşınmaz mallardır. Ancak bu dar anlamda keşiftir.²⁵⁵ İdari yargılama usulünde özel hüküm sebepleri konusunda bir düzenleme bulunmadığı için taşınır mallar, bir uygulama, gözlemlene veya inceleme de keşfin konusunu oluşturabilmektedir.

3.2.3.3. Keşfin Yapılışı

Taraflardan birinin talebi üzerine veya mahkemece re'sen bir uyuşmazlığın çözümü için keşif yapılması gerekli görüldüğü takdirde keşif kararı alınabilir. Keşfe karar vermek hâkimin takdirine bağlıdır. Mahkeme keşfi heyet olarak veya üyelerden

²⁵³ KURU-ARSLAN-YILMAZ, a.g.e., s.520; Diğer tanımlar için bkz., KUNTER-YENİSEY, a.g.e., 565; EREM, Şerh, s.174; POSTACIOĞLU, a.g.e., 651; ÜSTÜNDAĞ, a.g.e., 761; ÖNEN, a.g.e., s.231; BİLGE-ÖNEN, a.g.e.,551.

²⁵⁴ ELÇİM, a.g.t., s.75.

²⁵⁵ ELÇİM, a.g.t., s.76; OYTAN, " Türk ve Fransız Hukukunda...", s.63.

birini görevlendirerek yapabilir. Keşif yapılacak yer mahkemenin yargı çevresi dışında ise, keşif o yerdeki idare mahkemesi vasıtasıyla da yapılabilir.

Danıştay, mahkemelerin kurul olarak keşfe gitmesine usul ekonomisi yönünden sıcak bakmamakta, keşfin mahkeme üyelerinden biri aracılığıyla yapılmasını istemektedir. Keşif üyelerden biri (naip hâkim) tarafından yapıldığı takdirde de yine kurul adına yapılmaktadır.

Mahkeme keşfe karar verdiğinde, keşfin naip hâkim veya kurul olarak yapılmasına da karar verir. Keşif kararından sonra taraflardan birinden –özellikle taraflardan biri keşif yapılmasını istemişse ondan- keşif giderlerini yatırmamasını ister. Taraf keşif giderlerini yatırmadığı takdirde keşif talebinden vazgeçmiş sayılır. Ancak, keşif yapılması uyuşmazlığın çözümü için zorunlu ise, hâkim keşif giderlerini haksız çıkan taraftan alınmak üzere hazineden ödenmesine karar verebilir.²⁵⁶

Keşif giderleri yatırıldıktan sonra, hâkim keşfin hangi gün ve saatte yapılacağını, keşifte ne yapılacağını taraflara yazılı olarak bildirir. Keşif, resmi çalışma saatleri dışında, resmi tatil günlerinde hatta adli tatilde de yapılabilir (HUMK m. 81 ve 176/2). Usulüne uygun bildirimle rağmen, taraflar gelmediği takdirde gelmeyen tarafın yokluğunda keşif yapılır (HUMK m.364). Keşifte zabıt katibi de hazır bulunur. Keşif sonunda yapılan bütün işlemler bir tutanakla tespit edilerek hazır bulunanlarca imzalanır.

Keşif sırasında hâkim, gerekli gördüğü takdirde kişileri dinleyebilir (HUMK m.365) veya huzurlarında gerekli çalışmaları yaptırabilir. Burada hâkimin dosyadaki bilgilerin ve değerlendirilecek belgelerin yetersizliği yüzünden uyuşmazlığın çözümünü sağlayacağını düşündüğü müşahede ve tetkikleri mahallinde bizzat yapması ve teknik karakter göstermeyen ihtilaflar hakkında çözüme kavuşturacak bilgileri toplaması söz konusudur.²⁵⁷ Ancak Danıştay, idari yargılama usulünde yazılı yargılama ilkesi geçerli olması nedeniyle keşif sırasında dahi tanık dinlenilmesini kabul etmemektedir.²⁵⁸

²⁵⁶ KURU, a.g.e., s.1953.

²⁵⁷ OYTAN, " Türk ve Fransız Hukukunda...", s.63

²⁵⁸ Dn. 8.D.'nin 5.11.1984 tarihli ve E:1994/575, K:1994/3449 sayılı kararı, Yayımlanmamış karar, ayrıntılı bilgi için bkz., ELÇİM, a.g.e., s.77-78)

3.2.3.4. Keşfin Hukuki Niteliği ve Delil Olarak Değeri

Keşif, hâkimin ihtilaflı yeri veya şeyi yerinde görmesi nedeniyle davanın çözümünde önemli bir delildir. Ancak keşfe uygulamada, idari yargıda genellikle bilirkişi incelemesi ile birlikte yapıldığı için bu delile tek başına başvurulmadığı görülmektedir.

Keşif de bilirkişi raporu gibi takdiri delil niteliğindedir. Keşif sonunda tespit edilen hususlar hâkimi bağlayıcı nitelikte olmayıp, yol gösterici olmaktadır. Yani, uyuşmazlık konusu şeyin yerinde görülerek uyuşmazlık hakkında hâkimin bir kanaate ulaşmasına yarayan bir usuldür. Hâkim keşif sırasında elde ettiği bilgileri serbestçe takdir edecektir.

3.2.4. TANIK

3.2.4.1. Tanığın Tanımı

Davanın tarafları dışındaki kişilerin, dava ile ilgili maddî olay ve olgular hakkında, dava dışında bizzat edinmiş oldukları bilgileri mahkemeye bildirmelerine "tanıklık", bu işi yapan kişilere de "tanık" denir.²⁵⁹

Bir başka tanıma göre, "Uyuşmazlığın taraflarından olmayan, fakat uyuşmazlık konusu maddî sorunla ilgili, duyu organlarından en az biri aracılığıyla bilgi edindiği, adlî bir faaliyet yürüten resmi makamlarca varsayılan üçüncü kişiye tanık denir"²⁶⁰

Bu tanımlamalardan, tanığın davanın tarafları dışında bir kişi olması ve olay hakkında bilgisinin olması gerektiği ve kural olarak mahkemeye sözlü olarak bilgi vermesi gerektiği anlaşılmaktadır. Burada belirtmek gerekir ki, kanıt olan tanığın kendisi değil, onun beyanıdır.²⁶¹

²⁵⁹ KURU, a.g.e., C. III, s.2567; KURU-ARSLAN-YILMAZ, a.g.e., s.498; SUNAY, a.g.e.,s.58; ALANGOYA, Usul, s. 306; ÜSTÜNDAĞ, a.g.e, s.731. Başka bir tanımlama için bkz., POSTACIOĞLU, a.g.e., s. 647

²⁶⁰ Metin FEYZİOĞLU, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Ankara 1996 s.28 Başka tanımlamalar için bkz., Erol CİHAN- Feridun YENİSEY, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Tıpkı Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1998, s.191, KUNTER-YENİSEY, a.g.e., s.571; Örnek-ERDEM-ÖZBEK, a.g.e., s.442; YURTCAN, a.g.e., s.528; Örneğin, a.g.e., s.213; BİLGE-ÖNEN, a.g.e., s.522; TOROSLU, a.g.e., s.168

²⁶¹ FEYZİOĞLU, a.g.e., s.26

3.2.4.2. Tanık Beyanının Delil Olarak Değeri

Tanık beyanının delil olarak değerine gelince, çeşitli açılardan bu delilin, zayıf bir delil olduğu söylenebilir.²⁶² Bir kere tanık beyanı, geçmişte görülen, duyulan ya da yaşanan bir olaya ilişkin olup, esas olarak hafıza gücüne dayanmaktadır. Bu nedenle, tanığın olayı tamamen aklında tutması ve gerçeği olduğu gibi anlatması zordur.²⁶³

Olaydan sonra aradan geçen zamanın uzunluk ya da kısalığı, kişilerin ilgi alanlarına göre dikkatlerinin belli alanlara yönelmesi, unutkanlık, dikkat dağınıklığı, olay sırasındaki psikolojik durumlar gibi nedenlerle olayın tanıklar tarafından olduğu gibi aktarılması mümkün olmayabilir.²⁶⁴

Bundan başka, tanıkların bilerek ya da bilmeyerek yalan ya da yanlış beyanda bulunmaları da mümkündür. Adlî hataların çoğunluğunun, tanıklık nedeniyle meydana geldiği de savunulabilir.²⁶⁵

Ayrıca tanığın yaşı, karakteri, sağlık durumu, yaşadığı sosyal çevre, mesleği, kültür seviyesi, taraflara duygusal yakınlığı, çıkarının olup olmadığı, baskı ve telkin altında kalıp kalmama yeteneği, olayla ilgili bilgiyi doğrudan ya da dolaylı olarak elde etmiş olması gibi pek çok etken de tanıklığa etki etmektedir.²⁶⁶

Bütün bu olumsuzluklarına rağmen "tanık beyanı" hem hukuk yargılamasında hem de ceza yargılamasında bir ispatlama aracı olarak kabul edilmekte ancak delil olarak değeri hâkimin takdirine bırakılmaktadır. Hatta ceza yargılamasında tanık beyanı en çok başvurulmuş delil özelliği taşımaktadır.²⁶⁷

²⁶² KURU-ARSLAN-YILMAZ, a.g.e., s.499; KUNTER-YENİSEY, s.574; BİLGE-ÖNEN,a.g.e., s.523; CİHAN-YENİSEY, a.g.e., s.193; POSTACIOĞLU, a.g.e., s.647; EREM, Usul, s.407

²⁶³ KURU, a.g.e., C.III, s.2571; KURU-ARSLAN-YILMAZ, a.g.e.s. 499; CİHAN –YENİSEY, a.g.e., s.193; TOROSLU, a.g.e., s.169-170.

²⁶⁴ Sedat BAKICI, **Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılanması ve ceza Kanunu Genel Hükümler**, Ankara 2000, s. 227; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.390-391; ÜSTÜNDAĞ, a.g.e., s.739

²⁶⁵ BAKICI, a.g.e., s.227; FEYZİOĞLU, a.g.e.,s. 388.

²⁶⁶ BAKICI, a.g.e., s.227; BİLGE-ÖNEN, a.g.e., s.523

²⁶⁷ KUNTER-YENİSEY, a.g.e., s.574; EREM, **Usul**, s.411; TOROSLU, a.g.e., s.169.

Tanık beyanının değeri, olayı yansıtmaması, başka bir söyleyişle temsil etmesi ile orantılı bir husustur.²⁶⁸ Bu da hâkim tarafından yapılan değerlendirme sonucunda anlaşılacaktır. Bu nedenle, tanık beyanları, diğer delillerle birlikte değerlendirilmeli, bu beyanların diğer delillere ve olayın akışına uygunluğu araştırılıp tartışılmalıdır.²⁶⁹

3.2.4.2.1. Hukuk ve Ceza Yargılama Usullerinde Tanık ve Tanıklık

Hukuk yargılamasında deliller, kesin ve takdirî deliller olarak ikiye ayrılmış ve "tanık" takdiri delillerden kabul edilmiştir. Bunun yanında, belli bir meblağı aşan hukukî işlemler ile senede (yazılı belgeye) karşı ileri sürülen iddiaların kural olarak yalnızca kesin delillerden biri ile ispatlanabileceği kabul edilmiştir²⁷⁰. Başka bir anlatımla, tanıkla ispatlama imkânı sınırlanmış²⁷¹, ancak küçük meblağlar ile senede (yazılı belgeye) bağlanması imkânsız hukukî işlemler ve hukukî fiiller için tanınmış²⁷², bunların dışında tanıkla kanıtlama yasaklanmıştır.

Ceza yargılamasında ise, "delil serbestisi" ilkesi geçerli olduğundan tanıkla ispatlanması yasaklanmış bir husus bulunmamaktadır. Tanık beyanı, öteden beri ceza yargılamasında bir delil olarak kabul edilmektedir²⁷³. Bu alanda, özellikle önceden kanıt hazırlanmasının zorluğu nedeniyle tanık beyanı daha büyük bir öneme sahip olmaktadır.²⁷⁴ Bu nedenle, her türlü iddianın ispatlanmasında tanık beyanından yararlanılması mümkündür.

3.2.4.2.2. İdarî Yargılama Usulünde Tanık ve Tanıklık

Tanık beyanının idarî yargılama usulünde bir ispatlama aracı olarak kullanıp kullanılamayacağı tartışma konusudur.

²⁶⁸ KUNTER-YENİSEY, a.g.e., s. 574; TOROSLU, a.g.e., s.169.

²⁶⁹ BAKICI, a.g.e., s. 228

²⁷⁰ BİLGE-ÖNEN, a.g.e., s.523; KURU-ARSLAN-YILMAZ, a.g.e., s.433-434; POSTACIOĞLU, a.g.e., s.569

²⁷¹ ÜSTÜNDAĞ, a.g.e., s.739

²⁷² KURU, a.g.e., C.III, s.2571; KURU-ARSLAN-YILMAZ, a.g.e., s.499

²⁷³ KUNTER-YENİSEY, a.g.e., s.571; YURTCAN, a.g.e., s.528

²⁷⁴ FEYZİOĞLU, a.g.e., s.3; EREM, Şerh, s.101; EREM, Usul, s.411.

Bir görüşe göre, idarî yargılamada yazılı yargılama ilkesi uygulandığı ve İYUK.'nun HUMK.'na atfı yapan 31. maddesinde, tanıklıkla ilgili bir yollama bulunmadığı için, tanık beyanının idare mahkemelerinde delil olarak bir değeri bulunmamaktadır.²⁷⁵ Bu görüşe göre, yazılı yargılama ilkesi, vergi mahkemeleri için de geçerli olmakla birlikte, 213 sayılı VUK'nda yer alan, vergiyi doğuran olayla ilgisi tabîî ve açık olmayan tanık ifadesinin ispatlama aracı olarak kullanılamayacağı (VUK. m.3/2) yolundaki hükmün karşıt anlamından, vergiyi doğuran olayla tabîî ve açık ilgisi bulunan tanık beyanının vergi mahkemesinde ispatlama aracı olarak kullanılabileceği sonucuna varılmaktadır.²⁷⁶

Diğer bir görüşe göre ise, idarî yargılamada tanık beyanı ispatlama aracı olarak kullanılabilir.²⁷⁷

3.2.4.3. İdarî Yargıda Tanık Dinlenilmesine İhtiyaç Olup Olmadığı

3.2.4.3.1. Mahkemeler Açısından

İdarî işlemlerin kural olarak yazılı şekle tabi olmaları nedeniyle, idari yargılamada bir ispatlama aracı olarak tanık beyanına ihtiyaç olmadığı söylenebilir. Ancak, uygulamada öyle durumlar olabilmektedir ki, tarafların sundukları delillerle ve mahkemece kendiliğinden yapılan araştırma ve incelemelerle olay aydınlatılamamakta ya da vicdanî kanaat tam anlamıyla oluşmamaktadır. Özellikle kamu görevlilerine verilen disiplin cezalarına karşı açılan davalarda, araştırma konusu genellikle kamu görevlisinin ancak tanık beyanları ile ortaya konulabilecek olan bir söz ya da eylemi olmaktadır.

İdarenin eylemlerinden kaynaklanan davalarda da benzer bir durum söz konusudur. Bu gibi durumlarda tanık dinlenilmesi mahkeme açısından bir ihtiyaç olarak

²⁷⁵ SUNAY, a.g.e., s.61. Aynı yazar, bir başka incelemesinde tanık beyanının idari yargılamada kanıt olarak kullanılmadığı ancak buna ihtiyaç bulunduğunu ifade etmektedir.

²⁷⁶ SUNAY, a.g.e., s.61.

²⁷⁷ BAŞPINAR, **Sorunlar**, s.39; ONAR, a.g.e., C.III, s.1980

ortaya çıkmaktadır.²⁷⁸ İdarî yargıda tanık dinlenilmesinin bir ihtiyaç olduğu konusunda hemen hemen bir görüş birliği bulunmakta²⁷⁹ ve idarî yargıda tanık dinlenilmemesinin bir sıkıntı kaynağı oluşturduğu çeşitli platformlarda dile getirilmektedir.²⁸⁰

Örneğin, kurul halinde karar verilmesi gereken durumlarda, yetkili kurulların belli bir usule göre toplanıp konuyu görüştüktan sonra bir karar vermeleri gerekmektedir. Ancak, idarenin işleyişi içerisinde zaman zaman karşılaşıldığı üzere, bu kurullar usulüne uygun bir şekilde toplanmadığı halde toplanmış gibi tutanaklar düzenlenip kararlar alınabilmektedir. Böyle bir işleme karşı dava açan bir şahsın, söz konusu kurulun usulüne uygun olarak toplanmadığı yolundaki iddiasını yazılı belge ile ispatlaması neredeyse imkânsızdır. Ancak, bu kurulun üyelerinin ya da sekreteryasında görev yapanların tanık olarak dinlenilmesi durumunda gerçek durumun ortaya çıkarılması söz konusu olabilir.

Uygulamada sık karşılaşılan bir örnek şudur: Başkalarına borç para verdiği tespit edilen kişiler adına, ikrazatçılık yaptıkları kabul edilerek gelir vergisi salınmakta, bu vergiye karşı açılan davalarda, bu paraların akrabalık, arkadaşlık, dostluk gibi ilişkilere dayalı olarak faiz alınmaksızın verildiği iddia edilmekte ve borç para verilen kişilerin tanık olarak dinlenilmesi istenilmektedir.²⁸¹

Konunun mahkemeler açısından en önemli yönlerinden birisi, hâkimin vicdanî kanaatinin oluşması meselesidir. Hâkim önüne gelen uyuşmazlıkta mevcut delilleri inceleyerek bir sonuca varır. Elde edilebilen delillerle maddî olayın yeterince açıklığa kavuşturulmadığı durumlarda tanık dinlenilmesi, vicdanî kanaat oluşumuna yardımcı olacak ve hâkim hükmünü daha rahat verebilecektir. Tanık dinlenilmemesi durumunda

²⁷⁸ Selçuk HONDU, “İdari Yargılama Usulünde Tanık”, I. Ulusal İdare Kongrei, Birinci Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990, Ankara, Danıştay Yayınları, Ankara 1991, s.263-268; İl Han ÖZAY, Yargısal Korunma, s.217-222; BEREKET, a.g.m. s.34

²⁷⁹ HONDU, a.g.m., s.263-268; ÖZAY, Yargısal Korunma, s.217-222; Ülkü AZRAK, “İdarenin Yargısal Denetimine İlişkin Sorunlar”, Türkiye Barolar Birliği Uluslar arası Anayasa Hukuku a.g.m., s.34; Süheyla ŞENLEN (SUNAY), “İdari Yargılama Usulü’nde İsbat ve Delil”, Argumetum, Yıl:3, s.33.s. 590

²⁸⁰ Bkz. Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, 5-6-7-8 Nisan 2000 İzmir, Konuşmalar-Bildiriler- Tartışmalar- Belgeler, İzmir Barosu Yayını, İzmir 2000, s.312.

²⁸¹ ÖZAY, Yargısal Korunma, s.218; HONDU, a.g.m., s.265-266.

da hâkim yine bir hüküm vermek durumunda kalacak fakat kendisini vicdanî yönden rahat hissedemeyebilecektir.²⁸² İdarî yargı yerlerinin tanık dinleyemeyeceklerinin kabulü, idarî yargı hâkimini anayasada da düzenlenen vicdanî kanaatinin oluşmasına yardımcı olabilecek bir araçtan mahrum etmek olacaktır.

Bir diğer husus, tanık dinlenilmesi durumunda idarî yargı yerlerinde yapılan duruşmaların bir anlam kazanacak olmasıdır. Bu günkü haliyle duruşmalar bir formalite görüntüsündedir ve işlev ifa etmekten uzaktır. Örneğin, duruşmada tarafların söylediklerine ilişkin ayrıntılı bir tutanak tutulmamakta, bu durum da zihinlerde duruşmanın anlam ve işlevi hakkında soru işaretleri oluşmasına neden olmaktadır. Halbuki tanık dinlenirse mecburen taraflar da zorunlu olarak hazırlıklı gelip tanık beyanlarına göre tavır takınmak durumunda kalacaklar ve duruşma daha ciddiyet kazanacak, amacına uygun hale gelebilecektir.²⁸³

Bu konu ile ilgili bir diğer önemli nokta, idarî davalarda tanık beyanlarına zaten itibar edilmekte olduğudur. Ancak bu beyanlar, mahkeme tarafından değil, duruma göre noter, soruşturmacı, inceleme elemanı, müfettiş, gibi mahkeme dışı kişiler tarafından alınan beyanlardır.

Tanık beyanı madem ki ispatlama aracı olarak kullanılmaktadır, o halde mahkemenin tanığı bizzat dinlemesi, başkalarının dinleyip mahkemeye sunmasından daha iyi olacaktır. Zira, tanığın dinlenilmesi sırasında hâkim tarafından yöneltilecek sorular ve tanığın dinlenilmesi sırasındaki hal ve tavırları, jest ve mimikleri tecrübeli bir hâkim bakımından değer ifade edebilir.²⁸⁴

İdarî yargıda tanık dinlenilmesinin bir ihtiyaç olduğuna ilişkin bu açıklamalara rağmen Danıştay'ın idarî yargı yerlerinin tanık dinleyemeyecekleri yolunda karar vermesinin geri planında, Danıştay kararlarında yer verilmese de yakın bir zamana kadar idarî yargının bu günkü gibi yurt çapında yaygın bir örgütlenmeye sahip olmayışının ve bu yapının tanık dinlenilmesinde ortaya çıkardığı zorlukların önemli bir yere sahip olduğu kanısındayım. Bugün idarî yargı yurt sathına yayılmış, ulaşım

²⁸² HONDU, a.g.m., s.266-267; ÖZAY, **Yargısal Korunma**, s.219.

²⁸³ HONDU, a.g.m., s.267.

²⁸⁴ HONDU, a.g.m., s.267-268.

imkânları ve dolayısıyla tanığın mahkemede hazır bulundurulması kolaylaşmış, tanık dinlenmesinde önceden söz konusu olan bazı zorluklar ortadan kalkmış bulunmaktadır.²⁸⁵ Bu konudaki değerlendirmeler yapılırken bu husus da göz önünde bulundurulmalıdır.

3.2.4.3.2. Taraflar Açısından

Olaya taraflar açısından bakıldığında da, pek çok dava dilekçesinde tanık dinlenilmesi talebinin yer alıyor olmasının, taraflar açısından tanık dinlenilmesi ihtiyacının varlığını ortaya koymak bakımından yeterli olduğu kanısındayım. Ayrıca, tanık dinlenilmesi durumunda, tarafların bir ispatlama aracından daha faydalanabilmeleri yanında, özellikle davacı taraf için derdini mahkemeye daha iyi anlatabilmek anlamında psikolojik bir tatmin söz konusu olabilecektir.

3.2.4.4. Yürürlükteki Mevzuata Göre İdarî Yargı Yerlerinin Tanık Dinlemesinin Mümkün Olup Olmadığı

3.2.4.4.1. İdarî Yargı Yerlerinin Tanık Dinleyemeyecekleri Görüşü

İdarî yargılamada geçerli olan yazılı yargılama ilkesinden yola çıkan bazı yazarlar, yürürlükteki mevzuata göre idarî yargıda tanık dinlenilmesinin mümkün olmadığını savunmaktadırlar.²⁸⁶ Ancak, bu yazarların çoğu, idari yargılamada tanık dinlenilmesinin bazı durumlarda bir ihtiyaç olduğu konusunda da birleşmektedirler.²⁸⁷

Bu görüşü savunanların temel iki dayanağı, idarî yargılama usulünde yazılılık ilkesinin geçerli olması ve İYUK'ta tanıklıkla ilgili bir düzenleme bulunmadığı gibi, bu konuda HUMK'a da yollama yapılmamış olması hususlarıdır. Bu görüşün, özel bir düzenleme olmadıkça yazılı yargılama usulünün dışına çıkılamayacağı, örneğin yazılı yargılama usulünün bir istisnası olan duruşma konusunda kanunda özel bir düzenleme olduğu, tanıklık konusunda da bu şekilde bir düzenleme ya da yollama olmadığı için

²⁸⁵ HONDU, a.g.m., s.267; ÖZAY, **Yargısal Korunma**, s.220.

²⁸⁶ YENİCE-ESİN, a.g.e., s.8; GÖZÜBÜYÜK-TAN, a.g.e., C. II, s.984; KARAVELİOĞLU, a.g.e. s.807; HONDU, a.g.m., s. 265; İl Han ÖZAY, **Yargısal Korunma**, s. 217; BERKET, a.g.m. s.34; Erol ÇIRAKMAN, “**Hukuk Yargılama Usulünün İdarî Yargıda Uygulanması**”, İdarî Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara 10-11-12 Haziran 1982, Danıştay Yayınları, Ankara 1982, s.111.

²⁸⁷ HONDU, a.g.m., s.263-268; ÖZAY, **Yargısal Korunma**, s.217-222; BERKET, a.g.m. s.34

idarî yargı yerlerinin tanık dinlemesinin mümkün olmadığı şeklinde özetlenmesi mümkündür.

3.2.4.4.2. İdarî Yargı Yerlerinin Tanık Dinlemelerine Yasal Bir Engel Bulunmadığı Görüşü

Kanımca da daha isabetli olan bu görüşe göre, idarî yargı yerlerinde tanık dinlenilmesini yasaklayan açık bir düzenleme bulunmadığı için gerek görülen durumlarda idarî yargı yerleri tanık dinleyebilmelidir. Bu günkü haliyle durum, Danıştay içtihatlarıyla aşılabilecek niteliktedir.

3.2.4.4.3. İdari Yargı Yerlerinin Tanık Dinleyip Dinleyemeyecekleri Konusunda Danıştay Tutumu

Danıştay, idari yargı yerlerinin tanık dinleyemeyecekleri görüşündedir ve bu görüşünü kararlı biçimde uygulamaktadır. Danıştay'ın bu konudaki kararlarında dikkati çeken temel gerekçe de, idari yargılamada yazılilik kurumunun bulunduğu hususlarıdır. Yani öğretide yargı yerlerinin tanık dinleyemeyecekleri görüşünü savunanlarla Danıştay'ın dayanakları arasında bir paralellik bulunmaktadır.

“2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun duruşma ve duruşmaya ilişkin esaslarını düzenleyen 17 ve 18 inci maddelerinde; duruşmada tarafların dinleneceği hükme bağlanmış, şahit dinleneceğine ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Aynı Kanunun 31 inci maddesinde, bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda, hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükununu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemlerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüş, şahadete ilişkin hükümlerine yollama yapılmamıştır.

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

Yukarıda açıklandığı üzere İdari Yargılama Usulü Kanununda, yazılı yargılama usulü esas alındığından ve esasen İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun şahadete ilişkin hükümlerine atıfta bulunulmadığına göre, duruşmada...şahit ... dinlenmesinde... kanun ve usul hükümlerine uyarlık bulunmamaktadır."²⁸⁸

3.2.4.4.4. İdarî Yargı Yerlerinin Tanık Dinleyebilecekleri Görüşü'nün Dayanakları

3.2.4.4.4.1. Hak Arama Özgürlüğü, Adil Yargılanma Hakkı ve Hukuk Devleti Açısından

Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasının, hukuk devletinin öğelerinden biri olduğu; hak arama özgürlüğünün hem temel bir hak ve özgürlük, hem de diğer bütün hak ve özgürlüklerin teminatı olduğu; kanıtlama ve kanıtlama araçları ile hak arama özgürlüğü ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesi arasında yakın bir ilgi bulunduğu hak arama özgürlüğünün adil yargılanma hakkıyla ilgisi olduğu ve adil yargılanma hakkının anayasal zemine kavuştuğu hususları daha önce açıklanmıştı.²⁸⁹

Anayasanın hak arama özgürlüğünü düzenleyen 36. maddesinin 1. fıkrasında, "herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" kuralı yer almaktadır. Yine Anayasa, temel hak ve Özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğini öngörmektedir (m.13). Anayasanın temel hak ve özgürlüklerle ilgili düzenlemelerinden, hakkın kötüye kullanılması olmamak kaydıyla, yasaklama olmayan konularda genel kuralın serbestlik olduğu sonucunu çıkarmak mümkündür.

Anayasanın 36. maddesine göre, yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunmak ve bunu yaparken meşru vasıta ve yollardan faydalanmak bir temel hak olduğuna, tanık beyanı genel olarak yargılama hukukunda

²⁸⁸ Dn. 3. D.'nin 24.12.1986 tarih ve E. 1986/1201, K. 1986/2706 sayılı kararı, (DD., S.66-67, S.187-191. Benzer karar için bkz., Dn.'nin 5.12.1984 tarih ve E.1994/575, K.1994/3449 sayılı kararı, (D.B.B.).

²⁸⁹ Bkz., s.23 vd.

meşru bir ispatlama aracı olarak kabul edildiğine²⁹⁰ ve idarî yargı mercilerinde tanık dinleterek bir iddia ve savunmada bulunmayı açıkça yasaklayan bir kanun hükmü bulunmadığına göre, idari yargı yerlerinin tanık dinlemesi hak arama özgürlüğünün ve dolayısıyla hukuk devletinin bir gereğidir.

İdari yargılamada tanık beyanının ispatlama aracı olarak kullanılmaması, yargı mercileri önünde savunma hakkının kısıtlanması olarak kabul edilmektedir.²⁹¹

Kanımca savunma hakkının bu şekilde kısıtlanması yukarıda belirtildiği üzere artık anayasamızda yer alan adil yargılanma hakkının da sağlanmadığını göstermektedir. Bu durum "silahların eşitliği ilkesi" ne de aykırılık teşkil edecektir.

3.2.4.4.2. İdarî Yargılamanın Amacı ve İdarî Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler Bakımından

İdarî yargılama usulünde iki temel ilke ön plana çıkmaktadır. Bunlar "yazılı yargılama" ilkesi ve "kendiliğinden araştırma" ilkesidir.²⁹² Her iki ilke, teorik planda idari yargılama usulünün temel ilkeleri olarak kabul edildikleri gibi,²⁹³ aynı zamanda yasal düzenlemeye de konu olmuş bulunmaktadır. İYUK bir taraftan idarî yargılamanın yazılı usule tabi olduğunu ve incelemenin evrak üzerinde yapılacağını hükme bağlarken (m.1/2), bir taraftan da, idarî yargı yerlerinin bakmakta oldukları davalara ait "her çeşit incelemeleri" kendilerinden yapacakları ve gerekli gördükleri evrakın gönderilmesini ve "her türlü bilgilerin verilmesini" taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilecekleri (m.20) yolunda düzenleme yapmış bulunmaktadır. İlk düzenleme "yazılılık" ilkesini ifade ederken, ikinci düzenleme, "kendiliğinden araştırma" ilkesini ifade etmektedir.

²⁹⁰ KURU, a.g.e., C.III, s.2567 vd.; KURU-ARSLAN-YILMAZ, a.g.e., s.498 vd.; KUNTER-YENİSEY, a.g.e., s.570 vd.; dinleyemeyecekleri görüşünde olmakla birlikte, çeşitli şekillerde önüne gelen, örneğin noter tarafından tespit edilen tanık beyanlarını kararlarına esas almak suretiyle tanık beyanının idari yargılama açısından da meşru bir vasıta olduğunu kabul etmektedir.

²⁹¹ AZRAK, a.g.m., s.464.

²⁹² Bkz., s.40 vd.

²⁹³ ONAR, a.g.e., C. III, s.1937 vd.; GÖZÜBÜYÜK-TAN, a.g.e., C.II, s.766; YENİCE-ESİN, a.g.e., s.7,538 vd.; s.1-2, 402; KARAVELİOĞLU, a.g.e., s.6-7; ÖZAY, **Yargısal Korunma**, s.210-211; BAŞPINAR, **Sorunlar**, s.39-46; ÖZDEŞ, a.g.m, s.15; ŞENLEN, a.g.e., s.8.

İdarî yargılamanın maddî gerçeği bulma ve bu şekilde bir taraftan idare edilenlerin sübjektif haklarını korurken, diğer taraftan ve asıl olarak idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetlemek suretiyle hukuk devletinin gerçekleşmesine katkıda bulunma amacının bir sonucu olarak ortaya çıkan kendiliğinden araştırma ilkesi, bünyesinde doğal olarak "delil serbestisi" ilkesini de barındırmaktadır. Başka bir anlatımla, delil serbestisi ilkesi kendiliğinden araştırma ilkesinin bir gereği ve tamamlayıcısıdır. Kendiliğinden inceleme ilkesinin yasal dayanağı olan İYUK.'nun 20. maddesinde geçen "her çeşit inceleme", "lüzum gördükleri evrak" ve "her türlü bilgi" gibi ifadeler, idarî yargılama usulünde delil serbestisi ilkesinin benimsendiğini ve kendiliğinden inceleme ilkesi ile birlikte değerlendirildiğini göstermektedir. Delil serbestisi ilkesi ise, her şeyden önce ispatlama aracı olarak kullanılacak olan şeylerin yani delillerin nitelik ve nicelik açısından sınırlandırılmamasını gerektirmektedir.²⁹⁴

Bu açıklamalardan sonra, mevcut yasal düzenlemeler karşısında idari yargı yerlerinin tanık dinlemelerinin mümkün olup olmadığı yolundaki soruya cevap ararken Kanunun 1. maddesine bakıldığında olumsuz, 20. maddesine bakıldığında ise olumlu bir sonuca ulaşmak mümkündür. Her ikisine birden bakıldığında -ki sağlıklı, bir sonuca varabilmek için öyle yapmak gerekir- ise ister istemez bir duraksama meydana gelmekte, farklı görüşler de bu noktada ortaya çıkmaktadır. Bu duraksamanın ve farklı görüşlerin kaynağının, tanık dinlenilmesi konusunda, idarî yargılamaya hâkim olan iki ilkenin; "yazılı yargılama" ile "kendiliğinden araştırma" dolayısıyla "delil serbestisi" ilkelerinin çatışması olduğu söylenebilir.

O halde, sağlıklı sonuca varabilmek için, bu ilkeler çatışmasında, ilkelere birini öne çıkarmak, ancak bu tercihi yaparken söz konusu ilkelerin niteliklerini ve idarî yargılamanın amacını göz önünde bulundurmak gerekmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, "yazılılık", yargılamanın şekline, "kendiliğinden araştırma" ise, yine yargılamanın esasına ilişkin ilkelere aittir. Şekil, bir yargılama faaliyeti için faydalı ve gereklidir. Açıkça konulmuş şekil kurallarına da yargılama sırasında mutlaka uyulması gerekir. Bu, hâkimin keyfi davranmasını önleyeceği gibi, taraflara

²⁹⁴ Bkz., s.46.

eşit davranmasını ve tarafların yargılamanın işleyişi hakkında önceden belli bir kanaate sahip olmak suretiyle kendilerini güvende hissetmelerini de sağlar. Ancak, idarî yargılama gibi maddî gerçekliği arayan bir yargılama usulünde, şekil kurallarının maddî gerçekliğin önüne bir perde çekmesine de izin verilmemelidir,²⁹⁵ özellikle açık bir kural bulunmayan durumlarda bu anlayışla hareket edilmesi, idarî yargılamanın amacına daha uygun olacaktır.

İkinci olarak, yine idarî yargılamanın amacının maddî gerçekliği bulmak olduğundan hareketle, bu amaca ulaşmada anılan iki ilkeden hangisinin daha fazla işleve sahip olduğuna bakmak gerekir. Bu noktada, kendiliğinden araştırma ilkesinin, yazılılık ilkesinden çok önde olduğu hususunda duraksamaya yer olmadığı kanısındayım.

Bunlardan başka, yazılılık ilkesi, idarî yargılamada katı bir şekilde uygulanan bir ilke değildir. Duruşma yapılmakta, duruşmada taraflar ve hatta bazen tarafların dışında kişiler²⁹⁶ dinlenilmektedir. Yine, keşif yapılmakta ve dava konusu yer ya da şey hâkim tarafından incelenmektedir. Son zamanlarda sıkça görülen televizyon kapatma işlemlerine karşı açılan davalarda, mahkeme heyeti, kapatma kararına neden olan film ya da programı bizzat izleyerek inceleme yapabilmektedir. Bütün bu incelemelerin evrak üzerinde yapıldığı söylenemez.

Tanık dinleme konusunda, yazılılık ve kendiliğinden araştırma ilkeleri arasındaki çatışmada bir sonuca varabilmek için son olarak şu hususu belirtmek de faydalı olacaktır. Kendiliğinden araştırma ilkesi, idarî yargılamanın maddî gerçeği bulma amacının bir sonucu olarak ortaya çıkmış ve kabul edilmiş olup, bu ilkenin, anılan amaç doğrultusunda, özellikle ispatlama araçları konusunda daraltıcı değil genişletici bir yorum şeklini gerektirdiği kanısındayım. Başka bir anlatımla, şekli gerçekten öte maddî gerçeği arayan ve bu amaçla kendiliğinden araştırma yetkisiyle donatılan idarî yargı yerinin elinde ne kadar fazla kanıtlama aracı olursa, anılan amaca o kadar uygun olacaktır.

²⁹⁵ YILMAZ, "Genişletme Yasağı" a.g.m., s.3-4, s.11-34

²⁹⁶ Vergi davalarında inceleme elemanının ya da davacı yükümlünün muhasebecisinin dinlenilebilmesi gibi.

Yapılan bu açıklamalar çerçevesinde, yukarıda değinilen ilkeler çatışmasında, "kendiliğinden araştırma" ilkesinin öne çıkarılması ve açıkça yasaklayıcı bir düzenleme bulunmadığı da dikkate alınarak idarî yargı yerlerinin gerekli gördükleri durumlarda tanık dinleyebilecekleri sonucuna varılmasının idari yargılamanın amacı açısından daha uygun olacağı yolundaki düşüncemi belirtmek isterim.

3.2.4.4.3. HUMK'a Yollama Yapılan Hususlar Bakımından

Danıştay kararlarında da belirtildiği gibi, İYUK.'nun 31. maddesi ile HUMK.'na yollama yapılan konular arasında gerçekten "tanıklık" bulunmamaktadır. Ancak, anılan madde ile yollama yapılan bazı kurumların bünyesinde tanıklık yer almaktadır. Bunlar, "delil tespiti" ve "keşif" konularıdır.

3.2.4.4.3.1. Keşif

İYUK'un 31.maddesi ile HUMK'a yollama yapılan konular arasında "keşif" de bulunmaktadır. Yani idarî yargı yeri bir konuda keşif yapmaya karar verirse, keşfi HUMK hükümlerine göre icra edecektir. HUMK.'un 365. maddesinde ise keşif yerinde tanık ve bilirkişi dinlenilebileceği düzenlenmektedir.

Uygulamada, keşif sırasında taraflarla birlikte bilirkişi de dinlenilmekte ve söyledikleri keşif tutanağına yazılmaktadır. Ancak keşif yerinde tanık dinlenilmesini Danıştay kabul etmemektedir.

"2577 Sayılı İdarî Yargılama Usulü Yasasının 1. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca, idarî yargılamada, yazılı yargılama usulü uygulanmakta ve inceleme belge üzerinde yapılmaktadır. Ayrıca Yasada, tanık dinlenmesi konusunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasına bir yollamada bulunulmamıştır. Bu nedenle, Mahkemece keşif sırasında tanık dinlenmesinde yasaya uyarlık bulunmamaktadır."²⁹⁷

Kanımca, idarî yargı yeri keşif yerinde tanık dinleyebilmelidir. Nitekim, iki köy arasındaki sınır uyuşmazlıklarında ve taşınmaza yönelik müdahalenin önlenmesi davalarında keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılırken o yörenin ya da yerin eski halini bilen genelde yaşlı insanların bilgisine başvurulması gerekmekte ve bunlar mahallî

²⁹⁷ Dn. 8.D.'nin 5.12.1984 tarih ve E. 1994/575, K. 1994/3449 sayılı kararı, (D.B.B).

bilirkişi adı altında dinlenilmektedir. Esasında bu kişiler bilirkişiden çok tanığın tanımına uymaktadır.²⁹⁸

²⁹⁸ ÖZAY, **Yargısal Korunma**, s.221; HONDU, a.g.m. s.266.

SONUÇ

Hukuka bağılılık, çağdaş ve demokratik toplum düzeninin vazgeçilmez niteliklerinden birisidir. Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmış olması ve idarenin yargısal denetimi, hukuk devletinin gerçekleşmesinin asgari unsurları arasında bulunmaktadır.

Bu bağlamda, adil yargılanma hakkı çerçevesinde bulunan hak arama özgürlüğü, diğer bütün hakların güvencesini teşkil etmektedir. Öte yandan 4709 sayılı Yasanın 14 üncü maddesiyle değiştirilen 36. maddesinin 1. fıkrasında, “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” hükmüyle adil yargılanma hakkı Anayasal güvenceye kavuşmuştur. Adil yargılanma hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin bir parçası ve hem de en önemli parçasıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ulusal yargılamanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında adil bir şekilde yapılıp yapılmadığını denetleyebilmektedir. Çalışmamızın konusunu oluşturan kanıtlama yöntemleri ve araçları konusu adil yargılanmanın ve hak arama özgürlüğünün gerçekleştirilebilmesinin olmazsa olmaz şartlarından olduğundan, konumuz hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı ve dolayısıyla Hukuk Devleti açısından önemli bir yere sahiptir.

İdarî yargılama usulünde re’sen araştırma ilkesi geçerli olduğundan, ispat yükü kurallarının hukuk yargılaması kadar geniş bir uygulama alanı olmamakla birlikte, ceza yargılamasında olduğu gibi ispat yükü diye bir sorun bulunmadığı da söylenemez. İdarî yargılama usulünde de ispat yükü kurallarına dayanılarak karar verilmesi gereken durumlar olabilir. Ancak şu husus unutulmamalıdır ki, idarî yargılamanın amacı maddî gerçeği bulmaktır. Oysa, ispat yükü kuralları ile ulaşılan gerçek ise şeklî bir gerçektir. Bu nedenle, ispat yükünün hangi tarafta olduğu belirlenirken bu hususun göz ardı edilmemesi gerekir.

İspatın konusu kural olarak maddi olay ve olgular olmakla beraber hukuk kurallarının ispatlanmasına gerek bulunmamaktadır. Gelişen bilişim teknolojisiyle birlikte resmi gazete yayımlanan mevzuata erişim daha da kolaylaşmış bulunmaktadır. Bununla birlikte ilgili kanuna göre Resmi Gazete’de yayımlanmayan bir yönetmeliğe

dayanarak bir hak iddiasında bulunan tarafın bu yönetmeliğin varlığını ve içeriğini ispatlaması gerekir.

Günümüzde bilim ve teknolojiadaki gelişmeler ile işbölümü ve uzmanlığın bir sonucu olarak, bilirkişilik yargılama hukukunun vazgeçilemez bir parçası durumuna gelmiş bulunmaktadır. Ancak bu kurum aynı zamanda özellikle uygulamadan kaynaklanan bazı nedenlerle, yargının önemli bir sorun kaynağı olma özelliğine de sahip bulunmaktadır. Gerek bilirkişiye başvurulmasında ve gerekse bilirkişi raporlarının değerlendirilmesinde ve bilirkişilerin uzmanlık ve yansızlıklarına gerekli özenin gösterilmesi suretiyle bilirkişilik kurumunun bir sorun kaynağı olmasının önüne geçilmelidir. Bunun içinde bilirkişilik kurumu özgün mevzuatla düzenlenmeli ve ayrı bir örgütlenmeyle kurumsallaştırılmalıdır.

Bu çerçevede, hâkimin uyuşmazlık konusu hakkında doğrudan doğruya bilgi edinmesinin aracı olması nedeniyle keşif uygulamasına daha çok yer verilmeli ve uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için keşfin yeterli olduğu durumlarda bilirkişi incelemesine başvurulmamalıdır.

İdarî yargılama alanında delil ile ilgili en önemli sorun, idarî yargı yerlerinin tanık dinleyip dinleyemeyecekleri konusudur. Danıştay, idarî yargı yerlerinde yazılı yargılama usulü uygulandığı ve İYUK.'nda HUMK.'na yollama yapılan konular arasında tanıklık konusunun bulunmadığı gerekçesiyle tanık dinlenilmesini kabul etmemektedir.

Oysa, idarî yargılama usulünde mahkemelerin tanık dinlemesine engel olan açık bir düzenleme bulunmamaktadır. İYUK.'un 2. maddesinde yer alan ve Danıştay'ca tanık dinlenilmesine engel sayılan "*yazılı yargılama*" ilkesine karşılık aynı Kanunun 20. maddesinde yer alan "*kendiliğinden araştırma*" ilkesi de tanık dinlenilmesine imkân verecek içeriktedir. Danıştay'ın tanık dinlenilmemesi yolundaki uygulaması, hak arama özgürlüğüne ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine uygun olmadığı gibi, özellikle "*delil tespiti*" ve "*keşif*" konularındaki somut düzenlemelere de aykırıdır.

Anayasa'nın 138. maddesinde "Hakimler görevlerinde bağımsızdırlar, Anayasa, Kanuna ve Hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler." şeklindeki emredici hükümle hakimde vicdani kanaatin oluşması anayasal bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Dosyadaki diğer bilgi ve belgelerle birlikte davacıyı ve tarafların göstereceği tanıkları dinleyen, onları gören ve gözlemleyen hakimin vicdani kanaate ulaşması kuşkusuz daha kolay olacaktır. Kanımca hakimdeki vicdani kanaat oluşmadan verilen kararlar adaletin tecellisi eksik kalacaktır. Öte yandan anayasal zorunluluk yerine getirilmemiş olacaktır. Anayasaya göre yargılama faaliyetinde bulunan yargıç anayasal görevi yargı kısıtı sebebiyle yerine getirememiş olacaktır. Re'sen araştırma yetkisiyle donatılan ve gerçeğe uygun karar vermekle kişisel tatminden de öte kamu yararının ve idarenin yargısal denetiminin gerçekleşmesine katkı sağlayan idari yargıç vicdani kanaate ulaşmak adına tanık dinlenmesine karar verebilmelidir.

Öte yandan tanık dinlenilmemiş olması davanın taraflarında dosyanın yeterince incelenmediği, iddialarının veya savunmalarının dikkate alınmadığı, adaletin kapalı kapılar ardında tecelli ettiği inancının oluşmasına sebep olmaktadır. Nitekim, uygulamada hakimle görüşme taleplerinin, dosyasını hakime makamında anlatma taleplerinin önüne geçilememektedir.

İdari yargılama yapılan duruşmaların gerçek anlamına kavuşabilmesi tanık dinlenilmesi ve tarafların ifadelerinin zapta geçirilebilmesiyle mümkün olabilecektir.

Özetle, yargılamanın adil olması, silahların eşitliğinin sağlanabilmesi, çekişmeli yargılamanın gerçekleştirilebilmesi, hak arama özgürlüğünün sağlanabilmesi için tanık dinlenebilmelidir.

İdarî yargılama alanında ispat ile ilgili bir diğer sorun da, idarî dava açılmadan önce idarî yargı yerlerinden delil tespiti istenip istenemeyeceği konusudur. Danıştay, idarî dava açılmadan önceki safhada idarî yargı yerlerinden delil tespiti istenemeyeceği görüşündedir. Danıştay'ın, "delil tespiti" ile "tespit davası" arasında ayırım yapmaması nedeniyle bu sonuca vardığı söylenebilir.

Kanımca, "delil tespiti", "tespit davası"ndan farklı olup, idarî dava açılmadan önce idarî yargı yerlerinden delil tespiti istenilmesini engelleyen hiçbir düzenleme

bulunmadığı gibi, idarî davalarla ilgili delil tespiti taleplerinin hangi aşamada olursa olsun idarî yargı yerlerince sonuçlandırılması, idarî yargının varlık nedenleri ve amacı bakımından da daha uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

AKILLIOĞLU, Tekin, “İnsan Hakları ve Yönetmelik Yargı Yöntemimiz”, II.Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Bildiri Özetleri, 10-14 Mayıs 1993, Danıştay Yayınları, Ankara 1993, s. 117-122.

AKILLIOĞLU, Tekin, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü Başvuru Bilgileri**, İmaj Yayınevi, Ankara 2002.

ALAN, Nuri, **Hukukla Kırkbir Yıl**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No:66, Ankara 2003 s.126.

ALANGOYA, Yavuz, **Medeni Usul Hukuku Esasları I, İlk Derece Mahkemelerinde Yargılama** İstanbul 2000.

AMBOS, Kai, “(Alman Ceza Muhakemesi İçin Avrupa Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülükler -AİHM'nin 2000-2002 Yılları Arasındaki Kararları Hakkında-”, Çev., **Mustafa R. Erdem, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3**, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.

ARAL, Kenan, **Danıştay Muhakeme Usulü**, Ankara 1965.

ARSLAN, Ramazan, “**Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri**”, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, Konuşmalar- Bildiriler- Tartışmalar, İzmir Barosu, 5-6-7-8 Nisan 2000, İzmir 2000, s.190-234.

ARSLAN, Ramazan, “**Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay'ın Katkısı**”, Yargıtay 120. Kuruluş Yılı Sempozyumunda Sunulan Bildiri, Yargıtay Dergisi, Cilt: 15, sayı: 1-4, Ocak-Ekim 1981, s. 156-183.

AZRAK, Ülkü, “**İdarenin Yargısal Denetimine İlişkin Sorunlar**”, Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, 9-13 Ocak 2001, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2001.

BAKICI, Sedat, **Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması ve Ceza Kanunu Genel Hükümler**, Genişletilmiş 3. baskı, Ankara 2000.

BALTA, Tahsin Bekir, **İdare Hukukuna Giriş**, Sevinç Matbaası, Ankara 1970.

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

BAŞPINAR, Recep, İdari Yargılama Usulünün Özelliğinden Doğan Sorunlar”, İdari Yargı, sayı:3, Temmuz 1978, s.36-49.

BEREKET (BAŞ), Zuhâl, Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Yetkin Yayınları, Ankara 1998.

BEREKET (BAŞ), Zuhâl, “İdari Yargılama Usulü’nün Yazılılık ve Tanık İfadelerinin Noterlerce Alınması”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, sayı:92, 15 Kasım 1996, s. 27-37.

BİLGE, Necip ve E. ÖNEN, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, AÜHF Yayınları, Ankara 1978.

BİLGİN, Pertev, İdare Hukuku Dersleri, İdare Hukukuna Giriş, Filiz Kitabevi, İstanbul 1999.

CİHAN, Erol/ YENİSEY, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3.Tıpkı Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1998.

ÇOŞKUN, Sabri, “İdari Yargıda Son Gelişmeler”, I.Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990, Danıştay Yayınları, Ankara 1991, s. 45-66.

ÇIRAKMAN, Erol, “Hukuk Yargılama Usulünün İdari Yargıda Uygulanması”, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara 10-11-12 Haziran 1982, Danıştay Yayınları, Ankara 1982, s. 102-112.

ÇİFTÇİ, Erhan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Işığında Adil Yargılanma İlkesi ve İdari Yargı”, Danıştay Dergisi, Yıl:33, Sayı:106, s. 77-97, 2003.

DİNÇ, Güney, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Savunma ve Hak Arama Sürecinde Silahların Eşitliği”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını:4, Ankara 2004.

DOĞRU, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Cilt 1, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara 2003.

- DURAN, Lütfi**, “İdari Yargı Adlileşti”, İdare Hukuku ve İlimler Dergisi, Sarıca’ya Armağan, yıl:3, sayı:1-3, 1982, s. 53.
- DURAN, Lütfi**, “İdari Yargı mı, Yargı Benzeri mi?”, İktisat ve Maliye Dergisi, cilt:28, sayı:10, Ocak 1982, s. 431-435.
- DUTERTRE, Gilles** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar, Avrupa Konseyi Yayınları, 2005.
- ELÇİM, Mustafa**, Hukuk Devleti Açısından İdari Yargılama Usulünde Kanıtlama Yöntemi ve Araçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, KÜSBE, Kocaeli 2001.
- EREM, Faruk**, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (şerh), Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1996.
- EROĞLU, Yaşar**, ”Danıştay Kanunu’yla HUMK’a Atıf Yapılmayan Hallerde HUMK’nu Hükümlerinin Danıştay’da Uygulanışı”, DD., sayı:8, s. 24-32
- FEYZİOĞLU, Metin** Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996.
- GİRİTLİ, İsmet, P.BİLGİN ve T. AKGÜNER**, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2001.
- GÖKÖZ, Cengizhan** “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Bilirkişilik Kurumu ve Uygulamadaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayını, İzmir 2000.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılanma”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (İlhan Öztrak’a Armağan) 1994, Cilt: 49, No:1-2, Ocak-Haziran.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz** “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Doğru Yargılama”, AİHS Uygulamasında Kişisel Haklar Semineri, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No:11, Ankara 1995.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref** “Devlete Karşı Suçlarda Bilirkişilik”, AD., C.70, Sy.5, s.293.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref/DİNÇER, Güven. İdari Yargılama Usulü, Kanun-Açıklama-İçtihat, Ankara 1996.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku, cilt II, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1999.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Yönetim Hukuku, Güncelleştirilmiş 14. bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2000.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku, cilt: I, Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 2. bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2001.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref ve Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2003.

GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2003.

HONDU, Selçuk, “İdari Yargılama Usulünde Tanık”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990, Danıştay Yayınları, Ankara 1991, s.263-268.

İNCEOĞLU, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı- Kamu ve Özel Hukuk Alalarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, Beta Basım, İstanbul 2002.

KABOĞLU, İbrahim, Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, İmge Kitabevi, Ankara 2002.

KALAY, Ali, “Bilirkişilik Kurumunun Fayda ve Sakıncaları”, Maliye Dergisi, sayı: 48, Kasım-Aralık 1980.

KAPANI, Münci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara 1993.

KARAKOÇ, Yusuf, “Vergi Yargılaması Hukuku’nda Kanıt Sistemi”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), AÜSBE, Ankara 1994.

KARAHANÖĞÜLLARI, Özlem , “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İdari Yargı”, İnsan Hakları Yıllığı 2002, Cilt 23-24, Ayı Bası, s.31-63.

KAREVELİÖĞLU, Celal, Değişiklik, Açıklama ve En Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu, İkinci Baskı, Trabzon 1996.

KARAVELİÖĞLU, Celal, İmar İhale İdari Dava, Ansiklopedik Sözlük, Ankara 2004.

KILIÇOĞLU, Ahmet “Yargıda Bilirkişi Çıkmazı”, ABD., C.43, Sy.5

KURU, Baki, Hukuk Usulü Muhakemeleri El Kitabı, İstanbul 1995

KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, c.II, 6. baskı, Demir Yayıncılık, İstanbul 2001.

KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, c.III, 6. baskı, Demir Yayıncılık, İstanbul 2001.

KURU, Baki, R. ARSLAN ve E. YILMAZ : Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.

KONURALP, Haluk, Medeni Usul Hukuku’nda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1999.

KÖROĞLU, Hasan, En Son Değişikliklerle Uygulamada ve İçtihatlarla Türk Mahkemelerinde Bilirkişilik ve Bilirkişi Kurumları, Seçkin Yayınları, Ankara 2001.

KUNTER, Nurullah -Feridun YENİSEY, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2000.

MAVİOĞLU, Oral: “Bilirkişiye Başvurma Zorunluluğu ve Bilirkişi Raporları Konusunda Yargıcın Durumu”, İHFM, 1971/XXXVII/1-4, s.371

ONAR, Sıdık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. bası, cilt I, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.

ONAR, Sıdık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. bası, cilt III, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.

- OYTAN, Muammer, “Yargılamanın Yargılama Teknikleri ile Sınırlandırılması”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990, Danıştay Yayınları, Ankara 1991, s.149-158.**
- OYTAN, Muammer, “Türk ve Fransız Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, Keşif, Delil Tespiti, Anket Uygulaması ve Sahteliğin İleri Sürülmesi”, Türk İdare Dergisi, yıl: 65, sayı: 398, Mart 1993, s. 45-93.**
- ÖNEN, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, AÜHF Yayınları, Ankara 1979.**
- ÖZAY, İl Han, “Allah Ne Hekime Ne Hakime Muhtaç Etmesin”, Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı, yıl: 2, sayı:10, Temmuz-Ağustos 1996, s. 190.**
- ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları, İstanbul 1996.**
- ÖZAY, İl Han, Yargısal Korunma, 3.baskı, Alfa Yayınları, İstanbul 1999.**
- ÖZDEK, Yasemin , AİHS Sistemi, AİHM Kararlarında Türkiye, TODAİE Yayınları, Ankara 2004.**
- ÖZDEŞ, Orhan, “İdari Yargı ve Yargılama Usulünün Özellikleri”, Danıştay Dergisi, sayı 12-13, s.9-17.**
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa/ÖZBEK, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999.**
- PARLAK, Bayram, İdari Yargıda İspat ve İspata Yarayan Araçlar, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, GÜSBE, Ankara 2006, s.8**
- PEKCANITEZ, Hakan, Medeni Usul Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2000.**
- POSTACIOĞLU, İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975.**
- REID, Karen, Adil Bir Yargılamanın Günceleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Rehberi, Üçüncü Kitap, Çev., Bahar Öcal Düzgören, Scala Yayıncılık, İstanbul 2000.**

SEViğ, Veysi “Vergi Hukukumuzda Maddi Delil Kavramı Konusundaki Gelişmeler”, İve MD., C.26,Sy.7.

SUNAY Süheyla şenlen,“İdari Yargılama Usulü’nde İspat ve Delil”, Argumentum, yıl: 3, sayı: 33, s. 586-593.

SUNAY Süheyla şenlen,İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İspat ve Delil Hususları, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1996

şANLI, Celal (1995), “Evrensel Bir Hak Olarak: Savunma Hakkı”, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği ve Hukuki Araştırmalar Derneği İstanbul şubesi işbirliğiyle İnsan Hakları Sempozyumu, 10-11 Aralık 1994, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayını No:1, İstanbul.

şENGEN, Kemal Oğuz “Bilirkişi Sorumluluğu ve Sonuçları”, AD., Yıl 1960, sy.7.

şENGüL, Selami “zel Hukukta ve Vergi Hukukunda Delil Sistemi”, Maliye Dergisi, sy. 47

TANKUT, Tuğrul -Uğur ERSOY, “Bilirkişinin Görevi ve Sorumluluğu”, İMO(İnşaat Mühendisleri Odası) XV. Teknik Kongre, Ankara 1999.

TEZCAN Durmuş, M. Ruhan ERDEM, Oğuz SANCAKDAR, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara 2004.

TOROSLU, Nevzat, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 1999.

TOSUN, ztekin, Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti, İstanbul 1976.

TÜRK DİL KURUMU, Türkçe Sözlük, Ankara.

TÜRK HUKUK LGATI, Türk Hukuk Kurumu Yayını, Ankara 1991.

UğURLU, Yücel, “Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Re’sen Araştırma İlkesi”, AEHFD., 75. Yıl Armağanı, c.II, sayı: 1, s.120-133.

- UMAR, Bilge/YILMAZ, Ejder, İspat Yüğü, Yeniden Yazılmış Genişletilmiş 2. bası,**
Kazancı Matbaacılık, İstanbul 1980.
- ÜNAL, Şeref, Avrupa İnsan Hakları İnsan Haklarının Uluslar arası İlkeleri,** TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları-89, Ankara 2001. Yargıtay Başkanlığı (2006), Türkiye'ye Karşı AİHM'ne Yapılan Başvurularla İlgili Kararlar İçin <http://www.Yargitay.gov.tr/aihm/pdf/aihm.php>, 6.2.2006
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku,** C.I-II, Yerel Mahkemelerde Yargılama, Kanun Yolları ve Tahkim, İstanbul 2000.
- YALTI, Billur, "İnsan Haklarının Vergi Hukuku Pratiğı: Adil Yargılanma Hakkının Vergi Davalarında Uygulanabilirliğı",** Vergi Dünyası Dergisi, Sy 254, s. 87, 2004
- YILDIRIM, M. Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi,** Kazancı Yayınları, İstanbul 1990.
- YILMAZ, Ejder, "Uygulamada Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporları (1)",** Mali Hukuk, yıl: 1996, sayı: 62, s. 12-31.
- YILMAZ, Ejder, "İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi / Değıştirilmesi Yasağı",** ABD., YIL: 1983, sayı: 3-4, s. 11-34.
- YILMAZ, Ejder, "Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve Kanıtlama Sorunları"**
Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara 1999.
- YORGANCIOĞLU, Erçetin, "Danıştay Yargılama Usulünde Re'sen İnceleme Yetkisi"** İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I, Danıştay Yayınları, Ankara 1976, s. 218-253.
- YURTCAN, Erdener , CMUK Şerhi,** Beta Yayınları, İstanbul 2000.
- ZABUNOĞLU, Yahya: "İdari Yargılama Usulü: Genel İlkeler ve Pozitif Düzenlemeler",** İYSGS, Ankara 1982.

ÖZET

Kanıtlama, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında, adaletin gerçekleştirilmesinde çok önemli yargısal araçtır. Verilen yargısal kararın davanın bütün taraflarında vicdani sakinlik ve tatmin oluşturmaları gerekir. Bu da ancak maddi gerçeğin şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya konmasıyla mümkün olabilecektir.

Çalışmamızın konusunu oluşturan kanıtlama yöntemleri ve araçları konusu adil yargılanmanın ve hak arama özgürlüğünün gerçekleştirilebilmesinin olmazsa olmaz şartlarından olduğundan konumuz, hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı ve dolayısıyla hukuk devletinin gerçekleşmesi bakımından önemli bir yere sahiptir.

Çalışmamızda, ispatın tanımı yapılarak hukukun devletinin gerçekleşmesinde idarenin yargısal denetiminin önemi ve dolayısıyla idari yargılamanın hukuk devletinin sağlanmasındaki rolüne değinilerek İdari Yargılama Usulüne hakim olan ilkelerin konumuza etkisi doktrin ve yargı kararları ışığında ele alınarak açıklanmaya çalışılmıştır.

Üç bölüm olarak hazırlanan çalışmamızın birinci bölümünde ispat konusu, hukuk devleti ve adil yargılanma hakkı ile bağlantılı olarak açıklanmaya çalışılmıştır. İkinci bölümde delillerin elde edilme yöntemlerinin diğer yargılama usulleriyle karşılaştırılmalı olarak üzerinde durulmuştur. Çalışmamızın son bölümünde idari yargılama hukukunda kanıtlamanın hangi araçlarla mümkün olduğu veya mümkün olması gerektiği belirtilerek davanın bütün taraflarında vicdani tatminin oluşabilmesi için bütün kanıtlama araçlarından yararlanmak gerektiği üzerinde durulmuştur.

ABSTRACT

Proving is a very important judicial means in revealing physical reality and realizing the course of justice. Judicial decision given should create conscience calmness and satisfaction on all parties of the case. And this will be solely possible by displaying physical reality in a way of excluding all doubts.

Since the proving methods and means, constituting the topic of our study, are of “sin qua non” conditions of realizing the fair hearing and freedom of seeking remedy, Our topic has a very important place in terms of the right of fair hearing, freedom of seeking remedy and consequently realizing the rule of law.

In our study, it is tried to explain the effects of principles having prevalence on Administrative Hearing Proceedings on our topic in light of doctrine and jurisdiction by defining “proving” and mentioning on the importance of judicial supervision of the administration in realizing rule of law and thus the role of administrative hearing in providing rule of law.

In the first section of our study which is prepared in three sections, the topic of “proving” is tried to be explained in connection with rule of law and freedom of seeking remedy. In the second section, it is accentuated on the methods of having evidences in comparison to other jurisdiction methods. In the last section of our study, it is accentuated on the necessity to facilitate all proving means for conscience satisfaction on all parties of the case by specifying by which methods it is possible or must be possible to prove in administrative jurisdiction.