

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

GENEL OLARAK DELİL KAVRAMI VE İDARİ YARGIDAKİ UYGULAMALARI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
Çolpan MÜCAHİT KÜÇÜK

DANIŞMAN
DOÇ.DR. E. ETHEM ATAY

ANKARA-2006

ÖNSÖZ

Anayasa'nın 2. maddesi "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir." hükmünü ihtiva eder. Modern hukuk anlayışı artık bireyi merkez almaya başlamış ve yasama erkinin temel hak ve özgürlükleri en geniş platformda tanıyıp düzenlemesini, yürütme erkinin ise bu hakların korunması için her türlü tedbiri almasını temine yönelmiştir. Ancak belirtilen bu hakların yalnızca mevzuatta yer alması değil, hukuk devleti kavramının fiilen hayata geçirilmesi ve işlerliğinin yargı denetimi yoluyla korunması gerekmektedir.

Toplumsal yaşam içerisinde yöneten ve yönetilen ayrımının ortaya çıktığı ilk günden itibaren yöneticilerin yetkilerini olabildiğince geniş tutmaya çalıştığı yadsınamaz bir gerçektir. Bununla birlikte ferdiyetçi hareketler de pek çok yandaş bulmuş; işbu sebeple yönetenler ile yönetilenlerin hak ve ödevlerini belirleme gereği doğmuştur. Ancak bu hak ve yetkilerin sınırlarını belirlemek tek başına yeterli olmamış, bu hakların ihlali iddialarını inceleyecek, gerekli hallerde müeyyideler uygulayacak bağımsız bir güce ihtiyaç duyulmuştur. İşte bu noktada idarenin yargısal denetimine gidilmiştir. Kimi ülkeler ortak bir hukuk sistemi ile hem özel hukuk ilişkilerini hem de kamu hukuku ilişkilerini düzenlerken; kimi ülkeler bu iki hukuk yargılaması arasında farklılaşmaya ve uzmanlaşmaya gitmiştir. Ülkemizde de Kıta Avrupası'na paralel bir gelişme ile kamu hukuku ve özel hukuk ayrımı yapılmış ve idarenin kamu gücüne dayanarak ve kamu yararını gözeterek gerçekleştirdiği; özel hukuk ilişkilerinden farklılık gösteren eylem ve işlemlerini denetlemek üzere idari yargılama sistemi getirilmiştir. Bu çalışmada öncelikle, kısaca idare hukukunun doğuşu ve gelişimi daha sonra ise uyuşmazlıkların aydınlatılmasında kullanılan vasıtalara yani delil kavramı

ve içeriği incelenmiştir. Konu, başlangıç aşamasında genel olarak özel hukuk ağıısından ele alınmış ve sonra idare hukuku ve idari yargılama alanındaki yansımaları irdelenmiştir. Zira kodifiye edilmemiş ve geçmişi okta eskilere dayanmayan bir hukuk dalı olması dolayısı ile idare hukuku alanında ve yine inceleme konusu olan delil kavramı hususunda pek çok konuda tartışmalar devam etmektedir. İşbu sebeple ağıırlıklı olarak tartışmalı konular üzerinde durularak yargı kararları ile örnekler verilmiş ve uygulamadaki aksaklıklara değinilmeye çalışılmıştır. Tartışmaların temel sebebini idari yargı alanındaki düzenlemelerin yetersizliği oluşturmaktadır. Delil kavramı ve delillerin değerlendirilmesi konusunda HUMK'na yapılan atıf yerine İYUK'nda ayrı başlıklar halinde açık düzenlemelere gidilmesi, sorunları büyük ölçüde ortadan kaldıracaktır. Çünkü idari yargı sisteminin ayrı bir teşkilata sahip olmasındaki esas neden bu yargı kolunun kendine has özellikleridir. şu halde, idare hukuku ve idari uyuşmazlıklar konusunda, kendi bünyelerine uygun yapılandırmaya gidilmelidir.

İÇİNDEKİLER

	Sayfa No
ÖNSÖZ	i
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	vii

I.BÖLÜM

ADLİ YARGI ve İDARİ YARGI AYIRIMI ve İDARİ YARGININ ÖZELLİKLERİ

1.1.-ADLİ YARGI İLE İDARİ YARGI AYIRIMI

1.1.1. İdare hukukunun doğuşu ve gelişimi	1
1.1.1.1.Hukuk Devleti Anlayışı ve İdare	3
1.1.1.2.Adli İdari Yargı Farklılaşmasına Yönelik İtirazlar	5
1.1.2-İdari yargılama usulsünün uygulanış biçimleri	6
1.1.2.1.Tek yargı sistemi (Anglo-Sakson sistemi)	
Ortak hukuk sistemi.....	6
1.1.2.2.İdari yargı rejimi.....	6
1.1.3.İdare hukukunun özellikleri	
1.1.3.1.Genel Olarak	7
1.1.3.2.İdare Hukuku Genç Bir Hukuk Dalıdır	9
.....	
1.1.3.3.İdare Hukuku Kodifiye Edilmemiş Bir Hukuk Dalıdır.....	9
1.1.3.4.İdare Hukuku İçtihatlarla Dayanmaktadır.	9
1.1.3.5.İdare Hukukuna Kamu Yararı İlkesi Hakimdir.	10
1.1.3.6.İdari Yargının Görev Alanına Giren	
Uyuşmazlıklar İdari Yargı Mercilerince Çözülür.	10
1.1.4.idare hukukunun düzenleme alanına ilişkin ölçütler	
1.1.4.1.Kamu Gücü Ölçütü.....	11
1.1.4.2.Kamu Hizmeti Ölçütü	11
1.1.4.3.Özel Hukuktan Farklı Bir Düzenleme Gerektiren	
Haller.....	12

1.2.İDARİ YARGININ ÖZELLİKLERİ

1.2.1. Resen araştırma İlkesi	
1.2.1.1.Tanımı.....	14
1.2.1.2.Re'sen araştırma ilkesinin uygulaması.....	17
1.2.1.3.Re'sen araştırma yetkisine sahip idari yargı mercileri	19
1.2.1.4.Re'sen araştırma yetkisinin kapsamı.....	20
1.2.2.Gizlilik ilkesi	22
1.2.3.Yazılı Yargılama İlkesi.....	30
1.2.4.İdari yargı denetiminin yaygınlığı	
ve derinliği ilkesi	31
1.2.5.Ölçülülük ilkesi.....	34
1.2.6.Delil serbestisi ilkesi.....	37
1.2.7.Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi.....	38

II. BÖLÜM

GENEL OLARAK İSPAT ve DELİL KAVRAMLARI

2.1.İSPAT KAVRAMI	
2.1.1.Tanımı ve önemi.....	40
2.1.2.İspatın Konusu	41
2.1.3.İspat İşlemini Oluşturan Olay ve Olguların Nitelikleri.....	42
2. 2.İSPAT YÜKÜ KAVRAMI	
2.2.1.Genel Olarak	42
2.2.2.İspat Yükünün Önemi	
2.2.2.1.Hukuk Yargılaması Açısından	44
2.2.2.2.Ceza Yargılaması Açısından.....	44
2.2.2.3.İdari Yargılama Açısından.....	45
2.2.3.İdari Yargıda İspat Yükünün Belirlenmesi	46
2.3.DELİL KAVRAMI	
2.3.1.Genel Olarak.....	47
2.3.2.Delillerin Hasredilmesi.....	50
2.3.3.Delillerin İncelenmesi	50
2.3.4.Delillerin Takdiri	50
2.3.5.Delil Sistemleri	
2.3.5.1.Kanuni Delil Sistemi	51

2.3.5.2.Takdiri Delil Sistemi.....	52
2.3.6.Delilerin Sınıflandırılması	
2.3.6.1.Doğrudan Delil	52
2.3.6.2.Yasak Delil-Yasal Delil	53
2.3.6.3. Kişisel Delil-Nesne Delil	53
2.3.6.4.Sınırlı Delil-Serbest Delil	53
2.3.6.5. Re’sen Müracaat Edilebilen	
Delil-Re’sen Müracaat Edilemeyen Delil	54
2.3.6.6. Bağlı Delil –Serbest Delil.....	54
2.3.6.7. Kesin Delil-Takdiri Delil	
2.3.6.7.1. Kesin delil.....	54
2.3.6.7.1.1. İkrar	55
2.3.6.7.1.2.Senet.....	56
2.3.6.7.1.3.Yemin	58
2.3.6.7.1.4.Kesin Hüküm.....	60
2.3.6.7.2 . Takdiri delil	63
2.3.6.7.2.1. Bilirkişi	63
2.3.6.7.2.2. Keşif	67
2.3.6.7.2.3.	69
2.4.İDARİ YARGILAMA USULÜ	
 VE DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ	
2.4.1.Genel olarak	71
2.4.1.1. Senet delili açısından	72
2.4.1.2. Bilirkişi delili açısından	73
2.4.1.3.Yemin Delili Açısından	84
2.4.1.4. Keşif Delili Açısından	84
2.4.1.5. Tanık delili açısından	85
2.4.2-DELİL TESPİTİ	
2.4.2.1. Genel olarak.....	95
2.4.2.2. İdari yargıda delillerin tespiti.....	100
2.4.3.İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUN TASARISI.....	102
SONUÇ	106

KAYNAKÇA	109
ÖZET	114
ABSTRACT	115

KISALTMALAR

A.D	:Adalet Dergisi
a.g.e.	:adı geçen eser
a.g.m.	:adı geçen makale
a.g.t.	:adı geçen tez
A.Y.	:Anayasa
AYM	:Anayasa Mahkemesi
AYMKD.	:Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AYİM	:Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AYİMKD	:Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Dergisi
Bkz.-bkz.	:bakınız
Çev.	:çeviren
DD	:Danıştay Dairesi
DKD	:Danıştay Kararları Dergisi
DBB	:Danıştay Bilgi Bankası
E.	:Esas
HUMK	:Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İYUK	:İdari Yargılama Usulü Kanunu
İÜHFM	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	:Karar
KHK	:Kanun Hükmünde Kararname
m.	:madde
MK	:Madeni Kanun
No	:Numara
TCK	:Türk Ceza Kanunu
VUK	:Vergi Usul Kanunu
YCGK	:Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YD	:Yargıtay Dairesi
YHGK	:Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	:Yargıtay Kararları Dergisi

I.BÖLÜM

ADLİ YARGI ve İDARİ YARGI AYIRIMI ve İDARİ YARGININ ÖZELLİKLERİ

1.1.ADLİ YARGI İLE İDARİ YARGI AYIRIMI

1.1.1. İdare hukukunun doğuşu ve gelişimi

İdare hukuku, özel hukuk-kamu hukuku ayrımının yapıldığı ülkelerde doğmuş ve gelişmiştir. Esasen Roma Hukuku'ndan bu yana hukuk sistemleri içindeki “kamu hukuku” (jus publicum) ve “özel hukuk” (jus privatum) ayrımı görülmektedir. Buna göre, bir kişi ile diğer kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallar “özel hukuk” içinde değerlendirilirken, devlet ile bir kişi ya da diğer bir devlet arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuk kuralları “kamu hukuku”nun konusunu oluşturmuştur¹. “Yönetimi ilgilendiren davaların özel mahkemelere veya yargısal yetkileri olan idari otoritelere bağımlı kılınması zorunluluğu çok öncelerden kabul edilmiştir. Çok basit olan bu uygulamanın sebebi, bu uyuşmazlıkları görmek mecburiyetinde olan mahkemeleri doğrudan doğruya denetimi altında tutmayı muhafaza eden egemen iradede kaynaklanmaktadır.”². İdari yargı yolu, hukuk devleti fikrinin yerleşmeye başladığı bir ortam içinde Fransız Devrimiyle birlikte farklı bir ivme kazanmıştır. Zira yargı yetkisine ilişkin süreç incelendiğinde, hemen hemen bütün Avrupa’da başlangıçta kralın mutlak yetkisinin kabul edildiği İlkçağın arkasından Orta Çağda ve Yeni Çağ’da, bu yetkinin, zamanla saraya yakınlığı veya siyasi ve ekonomik gücü bulunan aristokrat kesimle ve iktidarların çok zaman karşısına almayı göze alamadığı din adamları ile paylaşıldığı gözlenmektedir. Yine adli ve idari yargı ayrımına giden süreçte Fransız örneği incelendiğinde, Devrim öncesinde genel mahkemelerin işlevini, uyarı ve tescil yetkilerini haiz, imtiyazlı bir sınıf olarak ortaya çıkan

¹ Bkz. <http://www.jura.uni-bonn.de/institute/ipr/pass/Hukuka%20Giris.DOC>

² ATAY, E., E., “Fransa’da Adli İdari Yargı Ayrımı”, KHukA, Ekim 1998, s. 103

parlementlerin üstlendiği görülmektedir. Ancak parlamentlerdeki soylu kesimin kendi yetkilerini artırarak korumak düşüncesi ile hareket etmeleri dolayısı ile halkın güvenini yitirdikleri belirtilmelidir. İşbu sebeplerle Devrimle birlikte Eski Rejim'in mahkemeleri ve idari otoriteleri, erkler ayrılığı sistemi gereği yürürlükten kaldırılmıştır³. İdari yargı yolu ise İdare heyetlerinin (conseil de préfecture) tesisini takiben 1797 tarihinde Fransız Danıştay'ının kurulması ile açılmıştır⁴. Neticeten idare hukukunun, 19. yüzyıl Kara Avrupası'nda gelişme göstermeye başlamış yeni bir hukuk dalı olduğu söylenebilecektir. Buna göre kamu hizmetleri alanında baş gösteren değişimler ile devletin iktisadi ve sosyal hayata yönelik müdahalelerinin çoğalmasından ötürü, idarenin faaliyetlerini düzenleme ve denetleme gereği artmıştır. Ayrıca çıkan uyuşmazlıkların çözümünün ancak bu konuda uzmanlaşmış mahkemeler kanalıyla çözüme kavuşturulabileceği, idarenin pek çok tasarrufunun kendine has nitelik arzettiği savunulmaya başlanmıştır.

Ülkemizde idare hukukunun, hukukun ayrı bir dalı olarak kabul edilmeye başlanması, Tanzimat'tan sonraki dönemde, Fransa'nın örnek alınması ile batılılaşma çabalarının bir parçası olarak gerçekleşmiştir⁵. Ancak bu hukuk dalının tam anlamıyla yerleşmesi ve gelişimi Cumhuriyet Döneminde olmuştur. Bu gelişim sürecini, değinildiği üzere, en çok hukuk devleti ilkesinin ve buna bağlı olarak idarenin her türlü faaliyetinin bağımsız yargı erkince denetlenmesi fikrinin yerleşmesi etkilemiştir.

³ ATAY,E.,E., a.g.m, s. 103-110

⁴ TUNCAY,A.,H., „ İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları”,Danıştay Başkanlığı Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları,No:14, 1972,Ankara., s.59. Günümüzde ise Fransa'da ikili yargı düzeni anayasal güvenceye alınmış bir esas olarak görülmektedir, bkz. ATAY,E.,E., a.g.m, s.120.

⁵ Türk İdari yargısının sistemleşmesini şu şekilde başlıklandırmak mümkündür.

I- Şikayet yolu ve adaletnameler

II-Modern idarenin oluşması

III-a-Temsili taşra meclislerinin oluşumu

b-Adli işler idari iler ayrımı

IV-Şurayı Devletin Kuruluşu; bkz. KARAHANAOĞULLARI,O., “Türkiye’de İdari Yargı Tarihi”,Turhan Kitapevi, Ankara, 2005, s.49-89, CANDAN T., “Açıklamalı İdari Yargı Usul Kanunu”, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2005, s. 9

1.1.1.1.Hukuk Devleti Anlayışı ve İdare

Hukuk devleti, tüm kurum ve kuruluşlarıyla yargı denetimine tâbi olan, adil yargılanma ve eşitlik ilkelerine dayalı, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan⁶, siyasal iktidarı da hukukla sınırlayarak, devlet etkinliklerinin düzenli sürdürülebilmesi için gerekli olan hukuksal alt yapıyı oluşturarak aynı zamanda istikrara hizmet eden ve bu istikrarı hukuki güvenlik ve öngörülebilirlikle temin eden bir rejimi ifade eder. Anayasa Mahkemesi bir kararında ⁷ hukuk devleti kavramını,

“Anayasa’nın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti, insan haklarına saygılı, bu hakları koruyan, toplum yaşamında adalet ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran ve bu düzeni sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında Anayasa’ya ve hukuk kurallarına uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir.

Anayasa’nın 2. maddesi ile öngörülen hukuk devleti ilkesi ile devletin tüm faaliyetlerinde hukukun egemen olması amaçlanmaktadır. Kuşkusuz bu amacın gerçekleşmesi için, konulacak kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçülerinin gözönünde tutulması gerekir. Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur.

Hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa’nın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda,

⁶ AYM, 2003/30 E. 2003/38 K., R.G. 09.07.2003, No: 25163

⁷ AYM, 2003/31 E. 2003/87K., RG. 24.02.2004, No: 25383

hukuk devletinde yasa koyucu, yasaların yalnız Anayasa'ya değil, evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür." biçiminde ifade etmiştir.

Bilindiği üzere idare, kamu gücü ve kaynaklarının önemli bir bölümünü elinde bulundurur. Bu sebeple modern hukuk anlayışı idarenin sınırlanmasını ve denetlenmesini gerektirir. İdarenin ilgililer karşısındaki davranışlarında beliren olumsuzluklara değinilecek olursa, öncelikle, idarenin varlığını devam ettirebilmesi için gerekli otoriter yapının sınırını her zaman sağlıklı tespit edemediği bilinen bir gerçektir. Yöneten ve yönetilen arasındaki ayrım derin bir biçimde varlığını sürdürmektedir. İdare her durumda kendi görüş ve iradesini dayatma eğilimi içindedir. İdarenin, eylem ve işlemlerinin gizliliği konusunda da fazlası ile hassas olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. İşte bu yüzden de ilgili kişilerle bir diyalog kurma ve onlara basit bilgileri aktarma konusunda çekingen bir tavrın varlığı görülmektedir. Özellikle hazırlık işlemleri neredeyse tamamen ilgililerin bilgisi dışında gerçekleşmektedir. İlgili kendisi hakkında yürütülen idari faaliyetten haberdar olsa bile, bu konuyla ilgili belgeleri görme fırsatına sahip değildir. İdare, bir yaptırım uygulamak üzere harekete geçtiği durumlarda dahi, disiplin cezası verilmesine ilişkin prosedür dışında , ilgiliye yöneltile suçlamayı ve uygulanması söz konusu olan yaptırımı önceden bildirmemektedir. Bazı durumlarda ise idare tam anlamıyla görünmezlik eğilimi içinde olup; hangi idari biriminin işi yürüttüğünü de açıklamaktan kaçınmaktadır.

Yukarıda sayılan tüm olumsuzlukların sonucu olarak, idarenin işlem üretme sürecinde ilgili kişilerle işbirliği yapmaktan büyük ölçüde kaçındığı söylenebilir.

İdarenin birel nitelikteki idari işlemlerini meydana getirirken, maddi hukuk normlarının uygulanacağı olayların özelliklerini yeterince ortaya çıkaramamak ve ilgilileri bilerek ya da bilmeyerek, farklı muameleye bağlı tutmak suretiyle eşitlik ilkesini zedelemesi tehlikesi söz konusu olduğundan,

20. yüzyılın ilk çeyreğinden beri bir çok hukuk sisteminde, idari kararların ve yargı kararlarının üretilmesi sürecinin bağlı tutulduğu usuller yasallaştırılmıştır. Sözü edilen hukuk sistemlerinde, idare makamlarının idari kararı üretmeden önce ilgili ya da ilgililerin bilgi ve görüşüne başvurmaya zorunlu tutulması, usulde göreceli açıklık ve sözlülük ilkelerine uyulması, kararların gerekçeli olması, idari başvuru yollarının açık tutulması gibi hususlar yasayla düzenlenmiştir. Bu konuda yönlendirici rol oynayan düşünce kuşkusuz ki idari kararın alınmasından önce onunla ilgili maddi ve hukuki gerçeklerin eksiksiz ortaya çıkarılması ve olayın aydınlatılması için yeterince araştırma ve soruşturma yapılması yükümlülüğünün yasada öngörülmesinin, hukuk güvenliği ve dolayısıyla hukuka bağlı demokratik bir idare açısından büyük bir önem taşıdığıdır.

1.1.1.2.Adli İdari Yargı Farkılaşmasına Yönelik İtirazlar

İdari yargının varlığına ilişkin bazı itirazlar söz konusu olmuştur. Başlangıçta idari yargı mercilerinin idarenin her türlü keyfi davranışını hukuka uygun göstermek için kurulduğu yolunda bir takım iddialar ortaya atılmıştır. Tarihi süreç içinde bu tarz bir eğilimin de zaman zaman gözlemlendiği bir gerçektir. Nitekim 19. yüzyıl İtalyası'nda hukuksal menfaat, bireyin, dolaylı yoldan koruma gören, yani yönetimin sahip olduğu kamu menfaati ile çakışmadığı sürece korunurdu. Danıştay tarafından yerine getirilen yargı görevi, sonuçta yine yönetime verilmiş bir ayrıcalık olarak yansımaktaydı. Çünkü idare her halükarda kendi eylem ve işlemlerini kamusal menfaat savı ile koruyabiliyor ve yargısal denetim mekanizması da bu şekilde ancak bireysel menfaatin üzerinde hareket eden idarenin ihlallerini teyitten öteye gidemiyordu⁸. Ancak sonraları yönetimin tasarruflarının yargı erkince tüm menfaat dengeleri gözetilerek ve ileri sürülen tüm sav ve bu savlardaki kavramların içlerinin doldurulması suretiyle incelenmesi yoluna gidilmiştir. Buna göre idare mahkemelerinde, imtiyazların geçerli olacağı ve denetim

⁸ PORRO,A., “İtalya’da Yönetmelik Yargı Sisteminin Kökenleri” (Çev. AYDIN,Ö.,D.,) İdari Yargının Dünü Bugünü Sempozyumu, Danıştay Yayınları, 1990, s. 47

mekanizmasının adil işlemeyeceği görüşünün, bugünkü uygulama ışığında, artık haklı bir düşünce olmadığı söylenebilecektir. Ayrıca kuvvetler ayrılığı prensibi de idari yargı sistemine itiraz edilmesine sebep teşkil etmiştir. Buna göre idari yargının esasen yürütme faaliyeti içinde olduğu ve yürütme organının yargıya müdahale ettiği savunulmuştur. Ancak idari ve adli uyuşmazlıklar, konusu tarafları ve verilen kararların niteliği icabı birbirlerinden farklı özellikler arz etmektedir.⁹ İdari yargı içinde gözlemlenen uyuşmazlıkların çözümünün adli yargıda da sağlanabileceğine ilişkin vaki itirazlara karşın bugün gelinen noktada, bu iki yargı kolu arasında yargı bütünlüğünün kabul edildiği ülkelerde bile, en azından yargılama esnasında, ortak kuralların idari uyuşmazlıkların bünyesine uygun olması için çaba harcanmaktadır.

1.1.2.İdari Yargılama Usulsünün Uygulanış Biçimleri

İdari mevzuatın düzenlenmesi, uygulanması ve denetlenmesine ilişkin olarak iki sistem belirlenmiştir.

1.1.2.1.Tek Yargı Sistemi

Anglo-Amerikan ülkelerinde görülen bu sistem içinde idare de özel hukuk kişisi gibi değerlendirilmekte ve ortak hukuk kurallarına tâbi tutulmaktadır. Buna göre ilgili davalarda idari faaliyetlerin denetimi ortak hukuk hükümlerinin kendi bünyelerine uygun olarak genel mahkemelerce gerçekleştirilmektedir.

1.1.2.2.İdari Yargı Rejimi

Ülkemizde ve Kıta Avrupası ülkelerinde uygulanmakta olan ve adli yargı ile idari yargıyı ayrı iki rejim olarak değerlendiren bu sistemde idari

⁹ TUNCAY, A., H., a.g.e, s. 62-63

faaliyetlerin denetiminde, bireyler arasındaki uyuşmazlıklara uygulanan hukuktan bağımsız olarak düzenlenmiş kuralların ve yargılama usulünün uygulandığı idare hukuku mevcut bulunmakta ve uyuşmazlıklar adalet mahkemelerinin dışında teşkilatlanmış idari yargı mercilerince çözülmektedir.

Sonuç olarak, idare hukukunun doğuşu ve gelişimi için gerekli unsurları incelediğimizde;

- Hukuka bağlı devlet anlayışı,
- İdarenin faaliyet alanının genişlemesi,
- İdarenin tasarruflarının yargı denetimine tabi olması gereği,
- Kamu hukuku ve özel hukuk ayrımı
- İdari yargılama mevzuatının düzenlenmesi ile idari yargı mercilerinin

teşkilatlanması

biçiminde başlıklandırmak mümkündür.

Bahsolunan ayrım gerçekleştiğinde ise idare hukukunun arz ettiği özellikler ve idari yargı ile adli yargının farklılaşmasında kullanılan ölçütler önem taşımaya başlayacaktır.

1.1.3.İdare hukukunun özellikleri

1.1.3.1.Genel Olarak

Öncelikle idarenin özel hukuka tâbi uyuşmazlıklara taraf olması halinde adli yargıda çözüme gidilecektir. İdari yargı ve adli yargı ayrımının gerektiren farklılıklara bakıldığında; öncelikle idari yargıda taraflardan biri daima idaredir. Yine istisnai haller haricinde¹⁰ idare davalı tarafı teşkil eder. Öte yandan söz konusu istisnalar dışında idari davalar idarenin eylem ve

¹⁰ İdari davalarda idarenin davacı olduğu hallere örnek olarak, idari sözleşmelerin iki idare arasında yapılması sonrasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar(bkz. AKYILDIZ, B., “İdare Hukuku”, Konya, 2004, Sayram Yayınları, s.305); yine kamu tüzel kişinin vergi mükellefi ya da sorumlusu olduğu haller; aynı şekilde bir kamu borcu dolayısıyla takip edilen ya da idari yargılama ilkelerine göre belirlenen menfaati ihlal edilen bir idari işleme muhatap olan (bkz. CANDAN, T., a.g.e., s. 591) kamu tüzel kişinin durumu gösterilebilir.

işlemlerinden etkilenen kişilerce açılmaktadır. İdari davalarda, yönetimin eylem ve işleminden etkilenen kimselerin idari bütünlük ya da yeterli hukuki bilgiye sahip olmaması yahut kendisini etkileyen tasarrufun birden çok idari birim tarafından gerçekleştirilmesi gibi nedenlerle husumetin kime yöneltileceği bilinmiyor ya da yanlış hasma yöneltiliyorsa, adli yargıda olduğunun aksine, mahkemece kendiliğinden doğru hasma tebliğ edilmesi söz konusudur. Ayrıca bazı idari davaların açılabilmesi bir takım ön koşullara bağlanabilmekte, örneğin ilk etapta idareye başvuru yapılması zorunlu görülmektedir. Buradan umulan yarar, idari yargı yerlerinin iş yükünün azaltılması ve bir takım uyuşmazlıkların mahkemeye aksetmeden çözümlenebilmesi ihtimalidir. Esasen bir statüler hukuku olan idare hukuku açısından teorik anlamda bu gerekçe ve işleyiş kabul edilebilir ise de uygulamada genellikle sorumluluk üstlenmek istemeyen idari personel çoğunlukla bu taleplere red cevabı vermekte ve idari başvuru yalnızca zaman kaybı olmaktadır. Yargıç, ilk inceleme aşamasından başlamak üzere karar vermesine yardımcı olacak, bunu sağlayacak belge ve bilgileri taraflardan isteme hakkını haizdir. İYUK'nun 20. maddesinde “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.” hükmü getirilmiştir.

İdare hukuku, idari ağın ve yetkilerin genişliği dolayısı ile pek çok yasa ve diğer mevzuat hükümleri ile şekillendirilmeye çalışıldığı için oldukça dağınık bir görünüm arz etmektedir. Yine idare hukuku bir içtihat hukukudur. Öte yandan çoğunlukla ilgililerin iradesine yer bırakmayacak kadar şekilcidir. Kamu yönetimi alanındaki hukuki işlemlerin çoğu tek taraflı geliştiğinden taraflar arasında bir eşitlikten de söz edilemeyecektir¹¹.

¹¹ GÖZÜBÜYÜK, Ş., “Yönetim Hukuku”, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998, s.15-16

İdare hukukunun özelliklerini şu şekilde sınıflandırmak mümkündür¹²:

1.1.3.2.İdare Hukuku Genç Bir Hukuk Dalıdır

Tarihi gelişim izlendiğinde, hangi rejim biçimi söz konusu olursa olsun, yöneticiler yürütme erkinin sahip olduğu yetkileri sınırsızca kullanmak istemişlerdir. Ancak bireysel haklar ve hukuk devleti anlayışının gelişmesi ile birlikte idari faaliyetlerin bağımsız mahkemelerce denetlenmesi fikri oluşmaya başlamış ve bu teorik düşünceler ancak 19. yüzyılda uygulamaya geçirilebilmiştir. Şu halde eski çağlardan bu yana mevcut olan özel hukuk ile kıyaslandığında idare hukukunun genç bir hukuk dalı olduğunu söylemek mümkündür.

1.1.3.3.İdare Hukuku Kodifiye Edilmemiş Bir Hukuk Dalıdır

İdari kurallar, idari örgütlenmeler ile yine idarenin yetki ve görevleri ile denetim alanları, idari mevzuat çerçevesinde düzenlenmiş olmasına rağmen, idare hukukunun tüm kurallarını içeren, temel ilkeleri belirleyen, idari yargının ve bir bütün olarak idare hukukunun her türlü sorununu bir bütün olarak kavrayan düzenlemeler mevcut değildir. Bu sebeple idare hukukunun bir metin hukuku olmadığı söylenebilecektir.

1.1.3.4.İdare Hukuku İçtihatlarla Dayanmaktadır

İdare hukukunun tüm kurallarının metinleşmemiş olmaması dolayısı ile ortaya çıkan boşluklar, idari faaliyetlerin seyrine kolayca uyum sağlayabilmesine de olanak verir nitelikte içtihatlarla doldurulmaktadır. Bu özelliğin bir yansıması olarak idari yargı hakimi içtihatlar konusunda daha geniş bir yetki ile hareket etmektedir.

¹² GÜNDAY, M., “ İdare Hukuku”, İmaj Yayıncılık, Ankara, 1997, s.86-88; GÖZÜBÜYÜK, Ş., a.g.e., s. 15-16; AKYILMAZ, B., a.g.e., s.13-17

1.1.3.5.İdare Hukukuna Kamu Yararı İlkesi Hakimdir

Kamu yararı, toplumun içindeki önlenemez çatışmalar içinde çoğunluğun çıkarlarının azınlığa karşı üstün tutulması olarak tanımlanmıştır¹³. İdare hukukunun denetim ve düzenleme alanının yönetimin faaliyetleri olması ve yönetimin de kamu yararının gerçekleştirilmesi ile sorumlu bulunması dolayısı ile temelde bu hukuk dalına kamu yararı fikri egemendir.

Özel hukukun düzenleme alanı iradi tasarruflardır. Oysa idare hukuku kuralsal, genel ve objektif düzenlemeler içerir. Şu halde burada idarenin tek yanlı eylem ve işlemleri söz konusudur ve taraflar arasında bir eşitsizlikten söz edilebilecektir. Buradaki temel kriter ise kamu yararının kişisel yarardan önce gelmesidir.

1.1.3.6.İdari Yargının Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklar İdari Yargı Mercilerince Çözülür

İdare hukukunun uygulamasından doğan uyuşmazlıkların halli ülkemizde, idare ve vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ile Danıştay tarafından gerçekleştirilmektedir.

Ancak idarenin her türlü eylem ve işlemi, idari yargı rejiminin denetim alanına girmemektedir. Zira idarenin bazı faaliyetleri idare hukukuna değil, özel hukuka tâbidir. Bu tip faaliyetlerde idare, bir özel hukuk kişisi gibi hareket etmektedir. Örneğin idare, ihtiyaç duyduğu bir binayı bir özel kişiden, kira sözleşmesi ile kiralayabilir. Burada yapılan kira sözleşmesi, idare hukukuna değil, borçlar hukukuna tâbi olur. Bu sözleşmeden dolayı ortaya çıkacak uyuşmazlıklara da idarî yargıda değil, adlî yargıda bakılır¹⁴. İşbu bahsolunan

¹³ YAYLA, Y., “İdare Hukuku”, İstanbul, 1990, s.74

¹⁴ GÖZLER, K., “İdare Hukuku”, Ekin Kitabevi, 2003, s. 51

sebeplerle idare hukukunun diğer hukuk dallarından ayrılmasına yönelik kriterler getirmek gerekmiştir.

1.1.4.İdare Hukukunun Düzenleme Alanına İlişkin Ölçütler:

1.1.4.1.Kamu Gücü Ölçütü:

Batı Avrupa’da 19. yüzyılın sonuna kadar, ülkemizde ise 20. yüzyıl ortalarına kadar baz alınan bu ölçüte göre idarenin kamu gücü kullanarak yürüttüğü işlerin tümü idare hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Buna karşın idarenin özel kişilerle özel hukuk çerçevesinde yürüttüğü işler özel hukuk hükümlerine tabidir.

Bu ölçütte kamu gücü, idarenin tek taraflı hareket edebilme, yine iradesini yönetilenlere tek taraflı olarak kabul ettirip gerektiğinde zor kullanma yetkisi olarak anlaşılmış ve idarenin kamu gücü ile gerçekleştirdiği işlem ve eylemler “hakimiyet tasarrufları” olarak adlandırılmıştır. İdarenin özel hukuka tâbi işlem ve eylemleri ise “temşiyet tasarrufları” olarak adlandırılmıştır. Ancak daha ziyade topluma sınırlar çizen devlet anlayışı terk edilip idarenin yalnızca klasik hizmetler vermekten vazgeçmesi ile yani idarenin sorumluluk ve yetki alanının genişlemesi ile birlikte bu ölçüt artık belirleyiciliğini büyük ölçüde yitirmiştir¹⁵.

1.1.4.2.Kamu Hizmeti Ölçütü

Kamu hizmeti siyasal alanın örgütünce(devletçe)kısmen veya tamamen üretim alanı ilişkilerinin zorunluluklarından bağışık kılınarak üstlenilen ve kamusal (siyasal) alana dahil edilen faaliyetler olarak tanımlanmıştır¹⁶. İdarenin toplumsal ihtiyaçları karşılamak üzere giriştiği

¹⁵ GÜNDAY, M., a.g.e.,s. 90; GÖZLER, K., a.g.e., s. 60

¹⁶ KARAHANOGULLARI, O., “Kamu Hizmeti (Kavram Ve Hukuksal Rejim)”, Yayınlanmış Doktora Tezi (bkz. Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2002), Ankara, 2001, s.65

faaliyetleri kamu hizmeti olarak değerlendiren bu ölçüt, 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren kullanılmıştır.

Kamu hizmeti ölçütü, özel kesim tarafından kârlı görülmediği ya da ekonomik güçleri yetmediği için devlet tarafından kamu hizmeti adı altında ekonomik ve toplumsal yaşama pek çok konuda daha fazla müdahale edilmesi, özel hukuktan ayrı kurallara tâbi olarak idare hukukunun mevcut olması gereğine dayalıdır. Ne var ki bu kriter, devletin ticari, sınai veya iktisadi hayatın pek çok alanına müdahale etmesi sebebiyle belirleyici niteliğini kaybetmeye başlamıştır. Üstelik yavaş yavaş özel kesimin de kamu hizmeti olarak görülen bir takım hizmetleri üstlenemeye başlaması bu ölçütü yetersiz hale getirmiştir.

1.1.4.3. Özel Hukuktan Farklı Bir Düzenleme Gerektiren Haller

Devletin özel hukuka tabi bir takım faaliyetlere katılması ve klasik kamu hizmetleri olarak nitelendirilen bir takım faaliyetlerin ise özel kesim tarafından görülmesi hususları birlikte değerlendirildiğinde bu konudaki kesin yetkinin kanun koyucuya ait olduğu sonucuna ulaşılabilecektir.

Tüm bu anlatılanların ışığında hukuk devleti ilkesinin amacına ulaşmasının yalnızca bireyin değil, idarenin de hukuk kuralları ile bağlı olması ve idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tâbi kılınması ile mümkün olacağı sonucuna varılabilecektir. Ancak idarenin eylem ve işlemleri dolayısı ile ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde, idarenin işlevi, taraflar arasındaki güç dengesi ve idari birimlerin yapısı gözetildiğinde özel hukuk kaideleri ve özel hukuk disiplininin farklı bir hukuki rejime ihtiyaç duyulmaktadır. “Eğer idari faaliyetlerin, idari tasarrufların kâmil anlamda yargısal denetime tâbi tutulması isteniyorsa, bunun yolu idari yargı yoludur”¹⁷. Bir diğer deyişle, hukuk devletinin gereği olan hak ve özgürlüklerin

¹⁷ TUNCAY, A., H., a.g.e., s.56

güvenceye kavuşturulabilmesi için idari yargı zorunludur. İdari yargının en temel özelliği ise adli mahkemeler karşısında bağımsız bir niteliğe sahip olmasıdır¹⁸. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında şu görüşlere yer verilmiştir¹⁹

“İdare hukuku, gelişme ve değişme halinde olan bir hukuk dalıdır. Çağdaş toplum ve Devletin hızlı evrimine bağlı olan idarenin ve idari faaliyetlerin gelişme ve değişimleri devam etmekte olduğundan, henüz belirli ve kesin ilke ve çözümlere bağlanmamıştır. İdare hukukunun bu durumu belki de siyasi bir hukuk dalı olmasındandır, İdare, siyasal güçlerle bağlantısı ve onların uzantısı ve tamamlayıcısı olmak dolayısıyla siyasi öge ve etkilerden tamamen arınmış ve arınabilecek durumda değildir. İdare hukuku, siyasi güçleri sınırlayacak ve hukuka uymaya zorlayacak bir tekniğe de sahiptir. Ancak bu kamu hukuku tekniğinin geçerli ve etkin olabilmesi, bütün yargı mercilerince benimsenmesi ve uygulanması, yöneticilerinde iyiniyetle ve dürüst davranmalarına bağlıdır.

İdare hukuku, özel hukuk dalları gibi bir metin hukuku değildir. Bu boşluk ve eksiklik mahkeme içtihatları ile doldurulmaktadır. Yani idare hukuku bir içtihat hukukudur. İdarenin güçlüklerini bilen yetenekli ve bilinçli hakimlerin elinde idare hukukunun esnekliği, bu dal için gene de önemli bir avantajdır. Adli yargıdan ayrı ve bağımsız bir idari yargı sisteminin Anayasaca ve idare hukukunca kabul edilmiş olmasının nedeni, kamu hizmetlerinden doğan uyuşmazlıkların yapılarındaki özellikler, bunlara uygulanacak kuralların hukuki ve teknik bir nitelik taşıması, özel hukuk dalı ile idare hukuku arasında büyük bir bünye esas ve prensip farkının var olması, idari işlemlerin, idare hukuku dalında uzmanlaşmış ve kamu hukuku alanında bilgi ve tecrübe edinmiş hakimlerce denetlenmesinin zorunlu sayılmış olmasıdır.

¹⁸ ONAR, S., S., “İdare Hukukunun Umumi Esasları” İstanbul, 1966,C. III , s.827

¹⁹ AYM, 1990/19 E.,1991/15 K., RG. No:21355, RG Tarihi:24.09.1992, bkz .AYM üyesi Yavuz NAZAROĞLU’nun karşı oy yazısı

Adli yargının amacı, taraflar arasındaki uyuşmazlığın hak ve nesafet kurallarına göre çözülerek haksızlığın giderilmesi ve varsa zararın tazmin ettirilmesi olduğu halde, idari yargı denetiminin ana ereği, idarenin, idare hukuku alanı ve yasa çerçevesi içinde kalmasını sağlamaktır.

İdari yargıda, taraf ehliyeti anlayışı, hukuk yargılama usulündekinden farklıdır, idari yargıda tarafların davaya tasarruf yetkisi sınırlıdır, idare tesis etmiş olduğu işlemin kanuna uygun olduğuna ve kamu yararını içerdiğini ispat durumundadır.”.

Yüksek Mahkeme eski tarihli bir kararında da²⁰, adli yargı ile idari yargı ayrımının nedenini, kamu hizmetlerinden doğan uyuşmazlıkların yapılarındaki özellikler ile bunlara uygulanacak kuralların hukuki ve teknik bir nitelik taşıması, özel hukuk dalı ile idare hukuku arasında büyük bir bünye, esas ve prensip farkının varolması, idari işlemlerin idare hukuku dalında uzmanlaşmış ve kamu hukuku alanında bilgi ve tecrübe edinmiş hakimlerce denetlenmesinin zorunlu hale gelmesi olarak belirtmiştir.

Görüldüğü gibi idare hukuku diğer yargı kollarından çeşitli ölçütler gereğince ayrılmıştır. Ancak elbette idari yargının uygulanması esnasında da diğer hukuk dallarından farklı bir takım özellikler görülecektir.

1.2.İDARİ YARGININ ÖZELLİKLERİ

1.2.1.Resen araştırma İlkesi:

1.2.1.1.Tanımı

²⁰ AYM., 1976/1 E., 1976/28K., AYMKD, S.14, s.,185

İdari yargı denetiminin derinliği ilkesi gereği idari yargıca bir takım yetkiler tanıdığıdır. Ancak yargıca tanınan bu yetkiler sadece bu ilkenin sonucu değildir. Yargının bağımsızlığı, yargının birliği, tabii hakim ilkesi, yargının açıklığı gibi ilkeler gereği denetimin etkinliğini artırıcı olarak yargıca re'sen araştırma yetkisi tanıdığıdır.

Esasen re'sen araştırma yetkisinin etkisi ile ortaya çıkan kurallar yargılama usulünü ilgilendirmektedir. Duruşmanın düzenini sağlamak, hukuki sonuç verebilecek durumları tutanakla saptamak, yemin yöneltmek, hatta yargıcın hukukun genel prensiplerini belirlemesi bu ilkenin gereğidir. İdari işlem ve eylemler çoğu kere bizzat idarenin kendi tasarrufu sonucu yani takdir yetkisi gibi bir takım idari ilkelerin gereği ve/veya sunduğu yetki çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Böyle durumlarda ilgililer bu eylem ve işlemlerden hazırlık aşamasında haberdar olamamaktadırlar. İdarenin işlemi ilgililere tebliği ve eylemi ise icrası suretiyle bildirilir. Bu sebeple idarenin tek yanlı bir tasarrufu ile karşılaşan kimsenin elinde çok zaman ya az sayıda belge bulunmakta ya da hiç bulunmamaktadır. Örneğin askeri idari yargıya konu olmuş bir takım görevden atılmaya ilişkin işlemlerin ilgilisi, kendisi aleyhindeki itham ve belgeleri yargılama aşamasında dahi öğrenememektedir. Şu halde idari yargıda deliller yalnızca idarenin ve ilgilinin verdiği belge ve bilgilere dayandırılmamakta, mahkemenin re'sen araştırma ilkesi gereğince hareket etmesi ile daha adilane bir çözüm getirilmeye çalışılmaktadır.

İdare hukukunda ilgilinin hakkındaki çalışmalardan sonraki safhalarda haberdar olması idarenin keyfi hareket etme serbestisinin varlığından kaynaklanmamaktadır. Zira yargılama safhasında, gerçekleştirilen işlem ve eyleme ilişkin tüm belgelere sahip olan idare, hakim tarafından re'sen istenecek delilleri de ibrazla mükelleftir. Burada ispat yükünün yer değiştirmesi ve genellikle davacı konumunda olan ve idari tasarrufun muhatabı olan kimse lehine bu yükün hafifletilmesi söz konusu olmaktadır.

İdari davalar açısından inceleme konusu, idari faaliyetlerin hukuka uygunluğudur. Ancak ilgili idari eylem ve işlemi gerçekleştiren idare kamu gücünü elinde bulundurduğu için özel hukukta olduğu gibi tarafların sunduğu belge ve bilgilerle yetinmek olayın tüm açıklığı ile ortaya çıkmasını engelleyecektir. Bu sebeple de mevzuat hükümleri açıkça idari yargı mercilerince kendiliğinden araştırma ve inceleme yetkisi tanımıştır (İYUK m. 20, DK. M.49,69). Danıştay içtihatları da, idari yargıçların, tarafların iddiaları ve savunmalarını yeterli görmemeleri halinde re'sen hareket edebilme hak ve yükümlülüğünün uyuşmazlıkların çözümü açısından önem arzettiği yönündedir. Nitekim Danıştay 3. Dairesi verdiği bir kararda²¹

“2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20. maddesinin birinci bendinde; Danıştay ile İdare ve Vergi mahkemelerinin, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapacakları hükme bağlanmakla İdari Yargılama Usulü Hukukunda resen araştırma ilkesi benimsenmiş bulunmaktadır.

Madde hükmü uyarınca, idari yargı yerleri, uyuşmazlık konusu olayın hukuki nitelendirilmesini yapmak, olaya uygulanması gereken hukuk kuralını belirlemek ve sonuçta hukuki çözüme varmak yönlerinden tam bir yetkiye sahiptirler. İdari yargı yerleri buna ek olarak olayın maddi yönünü belirleme noktasından da her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliklerinden yapabilirler. İddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığı serbestçe araştırabilirler. Tarafların hiç değinmedikleri olayları ve maddi unsurları araştırmaya yönelebilecekleri gibi maddi olayın gerçek niteliğinin saptanması için gerektiğinde bilirkişi incelemesi de yaptırabilirler”. şeklinde hükme varmıştır.

²¹ D D3 1995/003462 E. 1996/000834 K., Tarih: 20.03.1996, DBB

Maddi olaya ilişkin iddiaların araştırılması konusunda hakimın davaya müdahalesine karşın davacının iddialarının cevaplandırılmaması veya susma suretiyle geçirilmesi durumunda söz konusu iddiaların sübut bulduğunun kabulünün re'sen araştırma ilkesinin sonucu olduğu Danıştay içtihatlarıyla benimsenmiştir.

İdari yargı hakiminin başlıca görevi hukuka uygunluk denetimi olduğundan, bu denetimin tarafların iddia ve savunmalarıyla sınırlandırılması kabul edilemez. İdari yargı tarafından verilen kararın sadece davacıyı tatmin için değil uzun dönemde hukuka dayalı idare ilkesinin yerleşmesi ve hukuk devletinin korunması için verildiği de bilinmektedir.

Yine Yüksek Mahkeme başka bir kararında²²

“...madde hükmü uyarınca, idari yargı yerleri, uyuşmazlık konusu olayı hukuki nitelendirmesini 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 noktasında da her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliklerinden yapabilirler. İddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığını serbestçe araştırabilecekleri gibi tarafların hiç değinmedikleri olayları ve maddi unsurları araştırmaya da yönelebilirler” ifadesine yer vermiştir.

1.2.1.2.Re'sen Araştırma İlkesinin Uygulaması

İdari yargı hakimi dava açma ehliyetinin varolup olmadığını, gerçek hasmı, cevap verme süresini, duruşma usulünü, dosyanın tekemmül süresini resen tespit edecektir. Ayrıca yargıç ilk inceleme safhasından davanın sonuçlanmasına kadar her zaman, dosyanın tekemmülü için ve karar

²² D.D.3 1990/2057 E.;1990/3199 K. 21.11.1990 T . ,DKD.,S. 82-83,s. 223-226

vermesine yardımcı olacağına inandığı bilgi ve belgeleri resen isteyebilecektir.

İYUK'nda re'sen araştırma ilkesi bazında gerçekleştirilen düzenlemeleri incelediğimiz taktirde ilk olarak üçüncü maddede yargıca dilekçelerin eksiklikleri olduğu kanaatine varırsa bu eksikliklerin tamamlanması için dilekçeyi red hakkı verildiği ve bu aşamada yargıcın davacıdan bir takım belgelerin ibrazını isteyebildiği görülmektedir. Ancak konuya ilişkin asıl düzenleme Yasa'nın 20. maddesinde görülmektedir. Buna ilişkin olarak Danıştay tarafından verilen bir kararda²³,

“2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20. maddesinin (1.) bendinde Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinin bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapacakları hükme bağlanmakla İdari Yargılama Usulü Hukukunda resen araştırma ilkesi benimsenmiş, aynı Kanunun 31. maddesinin atıfta bulunduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 275. maddesinde ise hakimın özel bilgi ve uzmanlık isteyen bir konuda bilirkişi incelemesi yaptırmaya yetkili olduğu belirtilmiş bulunmaktadır. Madde hükümleri uyarınca, idari yargı yerleri, uyuşmazlık konusu olayın hukuki nitelendirmesini yapmak, olaya uygulanması gereken hukuk kurallarını belirlemek ve sonuçta hukuki çözüme varmak yönlerinden tam bir yetkiye sahiptirler. Ayrıca bunlara ek olarak, maddi olayı belirleme yönünden de her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliklerinden yapabilecekleri gibi, iddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığını serbestçe araştırabilirler. Tarafların hiç değinmedikleri olayları ve maddi unsurları araştırmaya yönetilecekleri gibi maddi olayın çözümü için gerektiğinde bilirkişi incelemesi de yaptırabileceklerdir”.

²³ DD.11, 1996/1514E. 1996/2229 K., DKD., S. 92, s.541

Fransız Danıştay'ında bu konuya ilişkin olarak yer alan görüşe göre,

“Bir uyuşmazlığın çözümünün sadece hukuki uyuşmazlığın çözümüne bağlı olduğu durumlar enderdir. Uyuşmazlık, çok kere uyuşmazlığın ortaya çıktığı andaki hal ve şartlara ilişkindir ve taraflar bu şartların niteliğinde de keza çok kere anlaşılamazlar. Böyle bir durumda uyuşmazlığın çözümü tabiatıyla, hakimin, söz konusu hal ve şartlar ve bunların niteliği üzerinde bir kanaate varmasını zorunlu kılar ki bu kanaat genellikle, sonuç üzerinde müessir olur. Bütün yargı sistemlerinde olduğu gibi Fransız yargı sisteminde de hakimin vicdani kanaatinin oluşması için kullandığı çeşitli araç ve yöntemler vardır; bu açıdan Fransız idari yargı sisteminde kullanılan araç ve yöntemler diğer orijinal yöntemler değildir, sadece bu araç ve yöntemlerden yararlanma tarzı özellik gösterir. Yargı sisteminin çoğunda bu araç ve yöntemlerden yararlanılması genellikle, hakimi ikna etmek için birbiriyle yarışan tarafların insiyatif ve becerisine bırakılmıştır. Oysa Fransız idari yargı sisteminde, taraflar arasındaki bu zeka inceliği yarışı kuşkusuz söz konusu olmak ve tamamiyle bertaraf edilmiş bulunmakla birlikte, hakimin de dosyanın tekemmülü safhasında re'sen araştırma yapmak hususunda haiz olduğu yetki ve bu yetkinin kullanılmasında sahip bulunduğu geniş serbestiye istinaden, diğer sistemlerden farklı olarak, hiç değilse ihtilaflı noktalarda hakikatin ortaya çıkması için, çeşitli araç ve yöntemlere başvurulmak suretiyle aktif bir rol oynamaktadır.”²⁴.

1.2.1.3.Re'sen Araştırma Yetkisine Sahip İdari Yargı Mercileri

İdari yargıda re'sen araştırma yetkisi Danıştay ile vergi mahkemeleri ve idare mahkemelerine tanınmıştır. Buna göre eğer yargılama tek hakimle gerçekleştirilecekse doğal olarak bu hakim tarafından, eğer heyet halinde gerçekleştirilecekse mahkeme başkanınca gerçekleştirilir. Ancak bu hususta

²⁴ RENAÏD DENOÏX DE SAINT MARK VE DANİEL LABETOULLE “İdari Yargı Hakiminin Dava Dosyasının Tekemmülü Safhasında Haiz Olduğu Yetkiler” Çev.:YORGANCOĞLU,E., Danıştay Dergisi Cumhuriyet'in 50. Yılı Özel Sayısı,s.263

başkan tarafından naip üye atandığı görülmektedir. Yetki Danıştay'da ise savcılar tarafından kullanılmaktadır²⁵.

1.2.1.4.Re'sen Araştırma Yetkisinin Kapsamı

Re'sen araştırma gerektiren hallerde hakim ihtiyaç duyduğu belgeleri ilgili tüm yerlerden isteyebilecektir. Bundan kasıt ise davaya taraf olmayan ilgililerden de gerek duyulması halinde belge istenebileceğidir.

İdari yargı yerlerince gerçekleştirilecek denetim idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğuna matuftur. Bu esnada hakim öncelikle maddi olayın varolup olmamasına ve mevcudiyeti halinde oluş sebep ve biçimine bakacaktır. Bu hususta örneğin imzanın davacıya ait olup olmadığı²⁶, iddiaların varit olup olmadığı²⁷, eğitim esnasında başarısız olanlar aleyhine düzenlenen yüklenme senetlerine ilişkin idari düzenlemenin mevzuata uygun olup olmadığı²⁸ gibi konuların bizzat mahkemece araştırılması gereği Danıştay içtihatlarında önemle vurgulanan konulardır. Yine idari işlem ve eylemlerin idari yargı tarafından denetlenmesi esnasında, ilgili tasarruf konusunda idarenin takdir yetkisine sahip olup olmadığı²⁹ ve yine bu yetkinin doğru kullanılıp kullanılmadığı hususları da bizzat araştırılacak konulardandır. Nitekim bu konu hakkında Danıştay verdiği bir kararda³⁰

“İdare, takdir yetkisini, kendisine bu yetkiyi veren yasanın amacına uygun olarak kullanmak zorundadır. İdarenin takdir yetkisini kullanarak tesis ettiği işlemlerin hukuka uygunluğu denetimi sırasında bu yetkinin mevzuatın amacına uygun biçimde kullanılmış olup olmadığının araştırılması da

²⁵ SUNAY, S.Ş., “İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İsbat ve Delil Hususları”, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1997, s. 13

²⁶DD 9,1985/1696 E., 1986/2340 K. ,DKD., S. 64-65 s., 100-102

²⁷ DD 3, 1988/1549 E.,1989/383 K., DKD., S.76-77, s.195

²⁸ DD 5, 1997/3704 E., 1999/262 K., DKD., S. 101, s. 395

²⁹ DBG ,1976/1 E. , 1979/10 K.,DİBK, C. III

³⁰ İ.D.G.K. 1998/302 E. ,1999/1252 K. , DKD., S.103,s 97.

zorunludur. Aksi hal takdir yetkisinin kullanılmasının yargı denetimi dışında tutulması sonucunu, bir başka deyişle de yetkinin mutlak olarak idareye tanınması sonucunu doğurur ki, bu da hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırılamaz.” ifadesini kullanmıştır.

Re’sen araştırma yetkisi hakimın keyfi hareket ve tutumlarda bulunabileceği anlamına gelmez. Bir kararında³¹, mahkemenin duruşma yapılmaksızın taraflardan yalnız birini çağırarak konu hakkında bilgisine başvurulmasını bir isabetsiz olarak değerlendiren Danıştay,

“Her ne kadar, idari yargıda re’sen araştırma ve inceleme ilkesi geçerli ise de; bu olgu mahkemenin araştırmalarının keyfi bir şekilde yürütülebileceği anlamına gelmez. Nitekim 2577 sayılı Kanunun... 17. ve 18. maddelerinde; duruşmada tarafların dinleneceği hükme bağlanmış, ancak duruşma yapılmaksızın taraflardan birinin çağırılması suretiyle bilgisine başvurulmasını mümkün kılacak bir hükme yer verilmemiştir. Öte yandan aynı Kanunun 31. maddesi gereği Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan atıftan da böyle bir uygulama olanağı doğmamaktadır. Bu durumda, Vergi Mahkemesince re’sen araştırma ve inceleme yapılırken yukarıda açıklandığı şekilde kanunda gösterilen esaslar çerçevesinde bir araştırma yapılmaksızın duruşma dışında mükellefin bilgisine başvurulmasında isabet görülmemiştir.” biçiminde hüküm vermiştir.

İdari yargı hakimi re’sen araştırma yetkisini ihtilaflı konular üzerinde kullanır. Ancak taraflar arasında ihtilaflı olmayan konulara ilişkin olarak da eğer konunun açıklığa kavuşması için gerekli görüyorsa hakimın bu yetkiye dayanarak inceleme yapması mümkündür³². Bu noktada akla yargıcın bizzat araştırma yetkisinin bir sınırının olup olmadığı sorusu gelebilecektir. Esas olarak oldukça geniş bir uygulama alanına sahip bu yetki, idare hukukunun genel prensiplerinden “idari yargı yerlerince yerindelik denetimi

³¹ DD 3,1989/452 E., 1989/2340 K., DKD Sayı:78-79 s 176

³² SUNAY, S.Ş.,a.g.e.,s. 19

yapılamayacağı” kuralı ile sınırlıdır. Gerçekten de 2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanununun “İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı” başlıklı 2. maddenin 1/a bendinde, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından iptal davası açılabilceğı belirtilmekte, 2. fıkrasında ise, “idari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır, idari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler” denilmektedir.

Bunun dışında İYUK’nun 20/3. maddesinde kapsamında getirilen bir diğcr sınırlamada

“İstenen 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: 10/06/1994 - 4001/10 md.) Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez.” şeklindedir. Şu halde bu cümle kapsamında mütalaa edilen gizli evrak ve belgeler de idari yargı hakimine sunulmayabilecektir.

1.2.2.Gizlilik ilkesi

İYUK çerçevesinde idari yargı yerlerince davanın taraflarından istenen belgelerin getirilmesi zorunlu olup, söz konusu kararlar süresinde yerine getirilmezse mahkeme tarafından buna ilişkin müeyyide getirilebileceğı hüküm altına alınmıştır (m. 20). Ancak davanın tarafı olmayan yerlerden istenilen bilgilerin ulaştırılmaması halinde müeyyide uygulanamayacağı

görüşüne³³ karşın uygulamada³⁴ mahkemelerin ilgili kararın yerine getirilmemesi halinde savcılığa suç duyurusunda bulunulacağı biçiminde ifadeler kullanıldığı görülmektedir.

2577 sayılı İYUK'na 4001 sayılı Kanunla getirilen değişiklikten önce, idari bir dava açıldığında, dilekçe ve ekleri üzerinde yapılan ilk incelemeden sonra taraflar arasındaki cevaplar davacı ve davalıya tebliğ edilmekte ve fakat bundan sonra re'sen araştırma ile elde edilen bilgi ve belgeler yalnızca mahkeme tarafından incelenmekte idi. Bu durumda tarafların bilgisi olmadığı için savunma da yapılamamaktaydı. Üstelik bazı belgelere yargılamayı yürüten hakimin bile ulaşması mümkün bulunmamaktaydı. Gerçekten de Devletin güvenliği veya yüksek menfaatlerine ya da Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin bilgi ve belgelerin varlığı nedeniyle idari yargı yerlerince istenilen belgeler gönderilmemekte ve fakat idare tüm savunmasını, mevcudiyetini iddia ettiği belgelere dayandırabilmekteydi. Bunun ise hukuki güven ilkesiyle, eşitlik, adil yargılanma ve savunma hakkı ilkeleriyle örtüşmesi düşünülemezdi. Yapılan değişiklik neticesinde, "gizli" olarak nitelendirilen belgelerin taraf vekillerine inceletilmeyeceği hükmü kaldırılmış ve eğer mahkemeye sunulmayan belge ve bilgilere dayanılarak bir savunma yapılıyorsa ilgili savunmaya itibar edilmeden eldeki deliller ışığında hareket edilmesi zorunlu kılınmıştır. Konuya ilişkin olarak uygulamada özellikle askeri idari yargı çerçevesinde halihazır sorunlar yaşanmaktadır. Buna göre örneğin askeri öğrenci veya personel hakkında güvenlik soruşturmasının olumsuz neticelendiği gerekçesi ile ilişik kesme işlemi gerçekleştirildiğinde, iptal davasına konu edilse bile işlemin gerekçesi bilinmemekte ve bu yolla savunma hakkı tamamen ortadan kaldırılmaktadır. Nitekim bu konuda AYİM tarafından verilen bir kararın³⁵ karşı oy gerekçesinde

³³ SUNAY, S.Ş.,a.g.e, 64

³⁴ ELÇİM ,M., "Hukuk Devleti Açısından İdari Yargılama Usulünde Kanıtlama Yöntemi ve Araçları", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli, 2001, s.118-119

³⁵ AYİM D. 2, 2000/397 E., 2001/104 K., bkz. www.msb.gov.tr/prgs/ayim/ayim_ana.asp

“Tesis olunan okuldan çıkarılma işleminin tek ‘hukuki sebebi’ ‘gizli belgeler’ dir. İş bu işlemin tek ‘hukuki sebebi’ olan gizli belgelerin davacıya ve vekiline incelettirilmesi ve bu belge ya da belgeler karşısında ne diyeceğinin sorulması ya da savunmasını yapmasına olanak tanınması gerekirdi. Bu ‘yargı’nın ‘olmazsa olmaz’ koşulu olan ‘sav’ ve ‘savunma’nın eşit surette alınması ilkesinin doğal sonucudur. Gizli belgeleri davacının ileri sürüp sadece ‘hakim’in incelemesi ve fakat karşı taraf olan davacının bu belgeler hakkında hiçbir bilgi sahibi olamaması ‘savunma’ yapma hakkının ‘özünden’ ortadan kaldırılması anlamına gelir ki bunu ‘hukuk devleti’ ilkesiyle uyumlu (görmek mümkün değildir)...

Aksini düşünelim; davacı kendisince bir takım ‘gizli’ belge ibraz edip ileri sürse, bu belgeleri davalı idareye tebliğ etmesek, bu halde davalı idare pekala ‘davacının dayandığı gizli belgeler nelermiş, onları ben bir göreyim, ondan sonra savunma yapacağım’ diyecektir. Bu da davalı idarenin doğal hakkıdır. O halde her iki tarafın iddia ve savunmaları ekinde gönderdikleri belgelerin ‘karşı taraf’ça incelenememesi diye bir ilke artık çağdaş ve hukukun üstünlüğünü kabul etmiş hukuk düzenlerinde kaldırılmıştır. Nitekim gizli belgelerin karşı tarafça incelenemeyeceğine ilişkin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20. maddesindeki hüküm 10 Haziran 1994 ve 4001 sayılı Kanunla kaldırılmış bulunmaktadır.

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

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

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

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

Gizli belgeler ‘Türkiye Cumhuriyetinin güvenliğine ve yüksek menfaatlerine veya Türkiye Cumhuriyetinin güvenliği ve yüksek menfaatleri ile birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Başbakan, Genelkurmay Başkanı veya ilgili Bakan gerekçesini bildirmek suretiyle söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir’ (bakınız 1602 sayılı AYİM.K.m.52, fıkra 3). Hal böyleyken 1602 sayılı AYİM Yasasının 52. Maddesinin 4. fıkrası davalı idarenin gönderdiği ve sadece davacının özel durumuyla sınırlı olan, kesinlikle devletin güvenliğiyle ilgili olmayan ‘gizli’ belgelerin davacıya incelettirilmeyeceğini öngörmektedir ki bu son fıkra hem bir önceki fıkrayla, hem Anayasanın 36. maddesinde öngörülen ‘savunma’ hakkıyla, hem Anayasanın 10. maddesindeki ‘eşitlik’ kuralıyla, hem de temel hakların ve özgürlüklerin ‘özü’ne dokunulamayacağına, yasayla yapılabilecek sınırlamaların da ‘Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla’ sınırlandırılabilceğine ilişkin 13, 14 ve 15. maddeleriyle bağdaşmamaktadır.

Davacının davalı idarenin tesis ettiği idari işlemin hukuki sebebini oluşturma nedenlerini bilmeden savunmasını neye göre yapacağı bir ‘bilinmez’lik taşır. ‘Gizli’ dereceli belgelerin ne derece gizli olduğu, niçin davacıyı ilgilendiren bir olgunun davacıdan gizlenmesi gerektiği de üzerinde durulması gereken bir konudur. Bir kişiyi ya da ailesi fertlerinden birkaç kişiyi

ilgilendiren bir olgunun "devletin güvenliği" ile bir ilgisinin olamayacağına göre davacının kendisine ne gibi bir olumsuzluk isnat ediliyorsa davacıya bunların açıkça bildirilmesi ve davacının da kendisini savunması, karşı iddialarını ileri sürmesine olanak tanınması 'hukukun üstünlüğünü kabul eden devlet' ilkesinin doğal bir sonucudur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesiyle düzenlenen ve dolayısıyla iç hukukumuzun bir kuralı olan 'ADİL YARGILANMA HAKKI', 'adalete ulaşma hakkı' 'Right of acces to the courts' müessesesi de sadece davacıyı ilgilendiren 'gizli' belgelerin davacının incelemesini gerekli ve zorunlu kılmaktadır.

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

Diğer taraftan, davalı idarenin 'gizli' diye gönderdiği belgelerin mahkemenin gerekçeli kararında değerlendirilip tartışılamaması sonucu da doğmaktadır. Yargıç gizli belgeleri dosyayı incelerken değerlendirmekte, mevcut belgeleri 'olumsuz güvenlik belgesi' niteliğinde bulması durumunda red gerekçesinde sadece bu belgeye /belgelere atıf yapmakta yetinmek zorunda kalmaktadır. Denilebilir ki yargıcın gizli belgeyi incelemesi yeterlidir, ayrıca davacının da incelemesine gerek yoktur. Ne var ki gizli belgeyi hakim yeterince incelemesi başkadır, bu belgenin / belgelerin tarafların savunma haklarını tam olarak kullanmalarına sunmak yine başkadır. Hakim, gizli belge içeriğini 'gerekçeli karar' da açıkça tartışıp değerlendiremediğine göre Anayasa'nın 141. maddesinde öngörülen 'Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır' şeklindeki Anayasa hükmünün gereğinin yerine getirildiği de ileri sürülemeyecek demektir. " biçiminde isabetli ifadeler kullanılmıştır.

Esasen yönetilenlerin kendileri hakkında bir işlem tesis edilirken, hazırlık aşamasında bundan çoğu zaman haberdar olmayacaktır. Ancak ilgili işlem tesisinden sonra aleniyet ilkesi gereğince kişilerin kendi hakkındaki tasarruf ve bu tasarrufun gerekçeleri hakkında bilgi edinmesi artık çağdaş hukuk anlayışının bir parçası olarak telakki edilmeye başlanmıştır. Zaten idari yargıya ilişkin değişikliğin temelinde de bu düşünce hakimdir. İYUK’nda yapılan değişiklik öncesi bu konuda getirilen sınırlama dolayısı ile idarenin keyfi davranabilme ihtimali çok yüksekti. Bir yargılama esnasında bir takım belgeler gönderilmemekte ve savunma tamamen varlığından söz edilen bu belge ve bilgilere dayandırılarak yapılmaktaydı. Yine yargılama esnasında “gizli” olduğu bildirilen belgeler taraflara ve vekillerine incelettirilmemekteydi. Şu halde hakimin yalnızca bir tarafa ait iddialara dayanılarak hareket etmesi ve iddia konusu olay ya da olgu hakkında “kesin” yargıya varması, içeriğini açıklayamayacağı bu bilgilere dayalı bir gerekçe kurması gerekmekteydi. Bu anlayış, “tam vicdani kanaatle” hareket etmek durumunda olan ve “her türlü hükmünü gerekçede açıkça ortaya koymak” zorunda olan mahkeme açısından da büyük sorun teşkil etmekteydi. Bu hususlar anılan yasa değişikliğe ile çözüme ulaşmıştır.

Görüldüğü üzere “sır” kavramı oldukça geniş yorumlanabilecek bir içeriğe sahiptir. İşbu kavramın sınırlarını daha belirgin hale getirebilmek için ülkemizde de “Devlet Sırları” ve “Ticari Sırlar”a yönelik yasa tasarıları hazırlanmıştır. Buna göre Devlet Sırları Yasa Tasarısı’nın genel gerekçesinde

“Toplum için başta gelen yarar, Devletin güvenliği, milli varlığı, bütünlüğü, anayasal düzeni, iç ve dış menfaatlerini korumaktır. Sözü edilen kavram ve menfaatler, Devlete ait bazı bilgi ve belgelerin mutlaka gizli kalmasını gerektirir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ‘ifade özgürlüğü’ başlığını taşıyan 10. maddesinde, ifade özgürlüğünün

demokratik bir toplumda zorunlu tedbir niteliğinde olarak ulusal güvenlik ve ulusal yararlar gerektirdiğinde kısıtlanabileceği belirtilmiştir.

Diğer yandan, demokratik düzende aynı zamanda korunması gereken diğer bir değer de, vatandaşların, Devletin işlemleri, faaliyetleri hakkında bilgi sahibi olabilmek, haber alabilmek hak ve hürriyetleridir. Günümüzdeki yaklaşım, yönetimin bilgi verme ödevi ve bireylerin bilgi alma hakkının bir kanunla düzenlenmesi ve yine Devlet gizliliği kavramının tanımlanmasını zorunlu hale getirmiştir.

Devlete ait yararlar ile vatandaşların bilgi edinme hakkı bağdaştırılmak suretiyle bazı ülkelerde de (örneğin İspanya gibi) Devlet sırları konusu ayrı kanunla düzenlenmiştir. Bu kanunlarda Devlet sırrı olabilecek hususların vasıfları tayin ve gerektiğinde tanımları verilmekte ve bu sırları tespit ve takdir edebilecek merciler kanun tarafından açıkça gösterilmekte, böylece idarecilerin takdirine göre gereksiz konuların sır haline getirilerek vatandaşın bilgi edinme hakkının kısıtlanması önlenmektedir.” ifadesine yer verilmiştir. Yine aynı Tasarı’nın Devlet Sırrı başlığını taşıyan 3. maddesinde

“Yetkili bulunmayan kişilerce hakkında bilgi sahibi olunması hâlinde, Devletin güvenliği, millî varlığı, bütünlüğü, anayasal düzeni ve dış ilişkilerini tehlikeye düşürebilecek her türlü bilgi ve belgelerdir.

1.11.1983 tarih ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununun 4. maddesinde gösterilen görev ve faaliyetlerle ilgili olan bilgi ve belgeler birinci fıkra kapsamındadır”. biçiminde bir tanımlama ve belirlemeye gidilmiştir.

Ticari sır kavramı ise, Ticari Sırlar Kanunu Tasarısında ele alınmış buna göre ilgili Tasarı'nın 3. maddesinde

“Ticarî sır, bir ticarî işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, rakiplerince bilinmemesi ve üçüncü kişilere ve kamuya açıklanmaması gereken işletme ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan; iç kuruluş yapısı ve organizasyonu, malî, iktisadî, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, imalatının teknik özellikleri, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı ve perakendeci müşteri potansiyeli ve ağıları, izne tâbi veya tâbi olmayan sözleşme bağlantılarına ilişkin bilgi, belge, elektronik ortamdaki kayıt ve verilerden oluşur.

Ticarî sır, bu Kanun ve diğer kanunlarda öngörülen esas ve sınırlamalara tâbi olmak kaydıyla açıklanamaz, kullanılamaz ve verilemez. “ şeklinde tanımlanmıştır. Aynı Tasarı'nın 4. maddesinde banka sırrı tanımlanarak bankanın yönetim ve denetim organlarının üyeleri, mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen malî, iktisadî, kredi ve nakit durumu ile ilgili bilgilerle bankanın müşteri potansiyeli, kredi verme, mevduat toplama, yönetim esasları, diğer bankacılık hizmet ve faaliyetleri, risk pozisyonlarına ilişkin her türlü bilgi, belge, elektronik ortam kayıt ve verileri kapsam içinde mütalaa olunmuştur. Tasarı'nın 5. maddesi ise, müşteri sırrı kavramını izah etmekte olup ticarî işletme ve şirketlerin, bankaların, sigorta şirketlerinin, sermaye piyasasında ve malî sektör alanında faaliyette bulunan aracı kurum ve şirketlerin, kendi faaliyet alanlarıyla ilgili olarak müşteriyle ilişkilerinde, müşterinin şahsî, iktisadî, malî, nakit ve kredi durumuna ilişkin doğrudan veya dolayısıyla edindikleri tüm bilgi, belge, elektronik ortam kayıt ve verileri içeriğe dahil edilmiştir.

Bugün gizlilik ilkesinin idari yargıya iki biçimde yansıdığı görülmektedir. İlk olarak mahkemenin istemine rağmen “Devletin güvenliği veya yüksek menfaatleri veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin olan “ bir takım belgeler gönderilmeyebilecektir ancak bu durumda idare artık sözü geçen delillere dayalı bir savunma gerçekleştiremeyecek ya da yargılama esnasında bu savunma göz önünde bulundurulmayacaktır. Öte yandan şu hususu da vurgulamakta yarar vardır ki, “Devletin yüksek menfaati” kavramı esasen muğlak bir yapı arzietmekte olduğundan, bahsi geçen Tasarı dahilinde çeşitli ölçütlerle sınırlandırılması idari faaliyetlerin denetimini kolaylaştırabilecektir.

Gizlilik ilkesinin diğer yansımasına gelince; idari yargılama usulünde uygulanan yazılı yargılama ilkesi gereğince savcının dava ile ilgili düşünceleri ancak nihai kararlar birlikte öğrenilebilmekte; tetkik hakiminin düşüncesi ise hiç öğrenilememektedir³⁶. Bu durumda aleniyet ilkesini zedelemektedir.

1.2.3.Yazılı Yargılama İlkesi

İYUK’nun 1/2. maddesinde “Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanır ve inceleme evrak üzerinde yapılır.” hükmünü içermektedir. Yazılı yargılama usulünün hakim olduğu rejimlerde duruşmalı görülen işler istisna, incelemenin evrak üzerinden yapılması ise asıldır. Bu nedenle davanın açılmasından sonra dava dilekçesi üzerinde ilk incelemenin yapılmasının ardından bir eksiklik tespit edilmezse, ilgili dilekçe ve ekleri davalıya gönderilir. Bundan sonra davalının cevabının davacıya tebliği ve eğer varsa bir kez daha tarafların cevaplarının karşılıklı olarak birbirlerine tebliği sağlanır. Bu aşamalar sona erince dosya incelenecek ve eğer mahkeme gerek görürse kendiliğinden bir takım belge ve bilgileri isteyebilecektir. Ancak

³⁶ SUNAY, S.Ş., a.g.e., s.24

tüm aşamalarda yazılılık esastır. Özel hukukta ise istemlerin duruşma zaptına geçmesi yeterli olup, sözlü yargılama usulü asıldır. Mevcut farkı, idari davalar açısından taraflardan birinin daima idare olması ve resmi işlemler olarak adlandırılan idari işlem ve eylemlerin genel kural olarak yazılı olması veya kayıt altına alınmak zorunda bulunması teşkil eder. Zira, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tabi olması Anayasal bir zorunluluktur (A.Y. m. 125). Ayrıca idare, aleniyet ilkesi gereği istenildiği takdirde muhatabına da ilgili işlem veya eylem ile ilgili bilgi vermek mecburiyetindedir.

1.2.4.İdari Yargı Denetiminin Yaygınlığı ve Derinliği İlkesi

Bu ilke dayanağını, Anayasa'nın, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tabi kılan 125. maddesinden almaktadır. Buna göre idari yargı sadece belirli konularda değil, idarenin tüm tasarruflarına yönelik bir denetim gerçekleştirebilecektir. Üstelik ilgili denetim ülkenin tamamına dağılmış olan idarenin, her yerdeki, tüm birimleri için gerçekleştirilebilecektir.

Mahkeme uyuşmazlık konusu olan husus hakkında gerekli gördüğü her türlü incelemeyi yapabilecektir. Ancak bu yetki hukuki denetimle sınırlı olup yerindelik denetimi şeklinde olmayacaktır. Zira, 2577 sayılı İYUK 2. maddesi idari işlemler üzerindeki yargısal denetimin bu işlemlerin "yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden" hukuka uygunluklarının incelenmesiyle sınırlı olduğuna işaret etmekte; idari yargı mercilerinin yargısal denetim yaparken idarenin yerine geçecek biçimde, diğer bir ifadeyle idari işlem niteliğinde, yargısal karar veremeyecekleri ve yerindelik denetimi yapamayacakları aynı maddenin 2. bendi ile Anayasanın 125. maddesinin dördüncü fıkrasında açıkça vurgulanmış bulunmaktadır. Şu halde idari yargı yerince, bir işlem yargı denetimine tabi tutulurken, işlemin yetki, şekil, neden, konu ve maksat yönlerinden hukuka ve hizmet gereklerine uygun olup olmadığının araştırılması gerekir. Ancak her somut olayda idari takdir yetkisinin nereden başladığını tayin etmek zordur. Örneğin Danıştay verdiği

bir kararda³⁷, idarenin bir köye su getirilmesi konusunda bir karar alması ancak bunu gerçekleştirmemesi üzerine açılan davada yerel mahkemenin işlemi yerindelik denetimi sayarak, mahkemece idare adına hareket edilemeyeceğinden bahisle davayı reddetmesi üzerine,

“Dava dosyasının incelenmesinden, idarenin takdirini kullanıp içme suyunu götürmeye karar verdiği, onaylı projesini hazırladığı ve buna uygun olan işlem yapılması için yüklenici ile sözleşme yapıldığı, ancak köyünün uyuşmazlık çıkararak suya el atmasının önlenmesi istemiyle uyuşmazlığı adli yargıya intikal ettirdiği, mahkemece alınan ihtiyati tedbir kararına dayanarak idarenin projenin uygulanmasını durdurduğu, daha sonra adli yargı yerinin uyuşmazlığın görüm ve çözümünün İdare Mahkemesinin görevine girdiği gerekçesiyle görevsizlik kararı verdiği, bunun üzerine idareye başvuruda bulunan davacının isteğinin, iki köy arasındaki uyuşmazlığın giderilmesinden sonra işlemin uygulanmasına devam edileceği gerekçesiyle reddedildiği ve sözü geçen bu işlemin dava konusu edildiği anlaşılmıştır.

..... Asliye Hukuk Mahkemesi'nin görevsizlik kararı üzerine, uyuşmazlığı çıkaran Köyü muhtarlığınca, uyuşmazlığın çözümü için, İdare Mahkemesinde dava açılıp açılmadığı hususu, dosyadaki bilgi ve belgelerden çıkarılmamıştır. İdarenin de işlemin yürütülmesini, uyuşmazlığın çözümüne bağlamış olması durumunda, İdare Mahkemesinin işlemin nedenini teşkil eden uyuşmazlığın esasına girmesi gerekirken, dava konusu işlemin yargısal denetime tabi tutularak incelenmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle davanın reddi yolundaki kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile İdare Mahkemesinin 28.2.1989 gün ve E:1988/317, K:1989/85 sayılı kararının bozulmasına ve dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine 17.9.1990

³⁷ DD 8, 1989/504 E., 1990/913K., DKD., S.82-83, s.701-704

gününde oyçokluğu ile karar verildi.” demiştir. Ancak aynı kararda yer alan azlık oyunda,

“Herhangi bir köye içme ve kullanma suyu götürülmesi işinin idare hukuku yönünden bu köyde genel bir kamu hizmetinin kurulması anlamını taşıdığı açıktır. Burada sorun genel nitelikte bir kamu hizmetinin kuruluşunun dava yolu ile istenip istenemeyeceğinde toplanmaktadır. Bir kamu hizmetinin kuruluşu sırasında yasalara aykırı bir durumun ortaya çıkması veya kamu yararına aykırı bir amacın saptanması halinde dava yolu ile bu hizmetin kuruluşunun durdurulabileceğine kuşku yoktur.

Ancak başlanmış bir kamu hizmetinin yargı kararı ile durdurulması ile bu kamu hizmetinin yapımına yargı kararı ile başlanması aynı şey değildir. Yargı kararı ile genel nitelikte bir kamu hizmetinin kuruluşu sağlanamaz. Aksi bir düşünüş yargının idare yerine geçerek karar veremeyeceğine ilişkin idare hukuku ilkelerine olduğundan da daha fazla idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilmeyeceğini belirten anayasa kuralı ile İdari Yargılama Usulü Yasasının bu Anayasa kuralını değişik biçimde yineleyen ve yargı yolu ile yerindelik denetimi yapılamayacağını belirten ikinci maddesi kuralına açıkça ters düşer.

Bir örnek vermek gerekirse idarenin karayolu yapmak kamu hizmetine başlaması halinde yargı yerlerince bir kamulaştırma kararı iptal edilerek kamu hizmetinin hatalı yürütülmesi durdurulabilirse de herhangi iki nokta arasında karayolu yapmayacağını veya bir nehir üzerinde köprü yapmayacağını bildiren idarenin bu işlemi iptal edilerek yargı kararı ile karayolu veya köprü yapımının sağlanması düşünülemez.

Köy, belediye veya hiç kimsenin dava yolu ile idareyi genel bir kamu hizmeti yapmaya zorlayamayacağı açıktır. Dava konusu olayda idare köye içme ve kullanma suyu götürülmesi işini bu konuda çıkan uyuşmazlığın sonuçlanmasını ertelemeyi uygun görmüştür. Bir kamu hizmetinin yapımı

alışmalarına ancak bütçe, plan, proje, uzman ve önceliklerin belirlenmesi gibi her biri ayrıca pek çok olasılıklardan oluşan bir çok öe birlikte düşünölerek karar verilebilir.

İdare, yapım çalışmalarına neden başlanmadığını kendi hiyerarşik emirleri dışında kimseye bildirmek zorunda olmadığı gibi bildirdiğı nedenlerin doğıru olup olmadığı da yargı yolu ile denetlenemez. Çünkü idarenin gösterdiği nedenlerin doğıru olmaması halinde verilecek bir iptal kararı ile kamu hizmeti yapımına başlanılamaz ve idare bu yolla yatırım yapmaya zorlanamaz.” görüşüne yer verilmiştir. Kanaatimce, pozitif hukuk açısından azlık oyunda belirtilen düşünce daha isabetlidir. Ancak idarenin keyfi hareket etmesini önlemekte gerekmektedir. Ne var ki, bu noktada yargının idare adına ve/veya yerine karar alması da demokratik ilkelere aykırıdır.

İdari yargı denetiminin derinliğinin diğeri bir yansıması da re’sen araştırma yetkisinde kendisini göstermektedir. Buna göre mahkeme konunun aydınlanması açısından her türlü belge ve bilgiyi ilgili tüm yerlerden isteyebilecek; öte yandan tarafların hukuki tavsifleri ile bağılı olmadığından kendisi bu tavsifi gerçekleştirebilecektir.

1.2.5.Ölölölük ilkesi

Temel hak ve özgürlüklerin esas alındığı modern hukuk sistemlerinde bile bu hak ve özgürlüklerin sınırsız olmadığı kabul edilmektedir. İzah olunan sebeple bu hak ve özgürlüklerin kullanımı esnasında bir takım kısıtlamalara ihtiyaç duyulmaktadır. İşte ölölölük ilkesi, sınırlamada başvurulan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde

bulunmamasını ifade eder³⁸. 1961 Anayasası ile 1982 Anayasasının ilk halinde açıkça yer almayan bu ilke yine de bu dönemlerde Anayasa Mahkemesi tarafından ölçüt olarak kullanılmıştır. Buna göre 1987 tarihli bir kararında³⁹ “önleyici ve caydırıcı düzenleme gereksinimi ile bulunan çare arasında adaletli ve kabul edilebilir dengenin” bozulduğundan bahisle “araç ile amaç arasındaki mantıki bağ kaybolmaktadır” gerekçesi ile iptal kararı vermiştir. Yine bir kararında⁴⁰, “makul, kabul edilebilir sınırların aşılması aykırılığı oluşturur.....Makul ölçülerin aşılması bir iptal nedenidir...Yapılan sınırlamayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gerekir. Amaçla araç arasındaki makul ölçüyü aşmış görülen yeni sınırlamanın uygun olmadığı ortadadır.” hükmüne varmıştır. Yine bir kararında ⁴¹Mahkeme ilkeyi şöyle tanımlamıştır; “amaç ve sınırlama orantısının korunmasıyla ilgili ölçülülük temel ilkesinin alt ilkeleri olan yasal önlemin sınırlama amacına elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik ‘elverişlilik’, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan ‘zorunluluk –gereklilik’, ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen ‘oranlılık’ ilkeleri..”.

1982 Anayasası’nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasıyla ilgili 13. maddesi 2001 yılında değişikliğe uğramıştır ve buna göre “temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

³⁸ METİN, Y., Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin Yayınları Ankara, 2002, s. 3-10, OĞURLU, Y., Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 8-26, CHRISTIAN R., “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi”, Anayasa Yargısı, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, C. 10, 1993, s. 25-48

³⁹ AYM., 1986/12 E., 1987/4 K., AYMKD; Sayı 23, s. 85

⁴⁰ AYM., 1986/17 E., 1987/11 K., AYMKD, Sayı: 23, s. 222

⁴¹ AYM., 1988/50 E., 1989/27 K., RG., 4.10.1989-20302

biçimindedir. Ancak söz konusu ifade tarzına getirilen eleştiriler de olmuştur. Gözler⁴² konuya ilişkin olarak

“Anayasamızın 13. maddesine ölçülülük ilkesinin ilâve edilmesi yerindedir. Ancak ilâve ediliş formülü (*bu sınırlamalar... ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*) yanlıştır. 13. maddeye ilâve edilen ‘ölçülülük ilkesi’ tabiri kanun yapma tekniğine aykırıdır. ‘Ölçülülük ilkesi’ diye bir ilke, Anayasa’nın metninde geçtiğinde, sanki Anayasa’nın normlarının dışında, ayrı bir varlığı olan bir tabii hukuk ilkesine veya doktrinin ürettiği bir ilkeye Anayasa’nın atıf yaptığı gibi tuhaf bir sonuç ortaya çıkmaktadır. 13. maddede, ‘sınırlamalar... ölçülülük ilkesine aykırı olamaz’ ifadesi yerine doğrudan ‘temel hak ve hürriyetler, durumun gerektirdiği ölçüde sınırlanabilir’ gibi bir ifade kullanılmalıydı.

Gerçekten de ‘ölçülülük ilkesi’nin kullanıldığı pozitif hukuk metinlerinde bu ilkenin adı geçmeden içeriği hüküm altına alınmaktadır. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ölçülülük ilkesi, ‘*zarurî bulunduğu derecede*’ tabiri ile ifade edilmektedir.” demektedir. Gerçekten de “ölçülülük” kelimesi ne Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ne de ek protokollerde açık olarak yer almaktadır. Ancak, ölçülülük kavramının ifade ettiği anlamın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da Sözleşme’de düzenlenen temel haklardan bu kavramın türetildiği, hatta bir adım daha atarak ölçülülük ilkesinin örtülü bir şekilde de olsa zikredilmediği hak ve özgürlükler alanında da uygulayarak uygulama alanını genelleştirdiği görülmektedir.⁴³ Örneğin Mahkeme , Belçika Eğitim Dili Davası’nda, bazı beldelerde anadilleri Fransızca olan çocukların Fransızca okullara alınmamalarını düzenleyen mevzuatın, 1. Protokolün 2. maddesinin

⁴² GÖZLER, K. "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme", Ankara Barosu Dergisi, Yıl 59, Sayı 2001/4, s.53-67.

⁴³ KURT,A, “Avrupa Hukuku’nda İyi Yönetim Hakkı Çerçevesinde Ölçülülük İlkesi” 108 sayılı Danıştay dergisi yıl 2004

birinci cümlesine uygunluğunu denetlemiştir. Mahkemeye göre, okula almama tedbirinde, gerçekleştirilmek istenen amaçla kullanılan araç arasında ölçülülük bulunmamaktadır. Bu nedenle 1. Protokolün 2. maddesinin birinci cümlesiyle bağlantılı olarak 14. madde hükmü ihlal edilmiştir⁴⁴.

Öte yandan idari yargı yerlerinin de bazı kararlarında ölçülülük ilkesine değindiğini görmekteyiz. Buna göre Sağlık Bakanlığı Sağlık Meslek Liseleri Ödül ve Disiplin Yönetmeliğinin bazı maddelerinin iptali için açılan davada Danıştay İdari Davalar Genel Kurulu⁴⁵

“Anayasasının 13. maddesinde yer alan; temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı hükmü karşısında, Anayasa ile güvence altına alınan kişinin dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği ilkelerinin, ancak Anayasa ile belirlenen çerçevede kanunla sınırlanması mümkün olup yürütmeyi oluşturan idari makamların çıkaracakları yönetmeliklerle, söz konusu ilkeleri sınırlandırıcı düzenlemeler yapması, bu ilkelerin işlerliğini azaltacak şekilde bir takım yetkileri kendinde toplaması mümkün değildir. “ ifadesine yer vermiştir.

Sonuç itibarıyla idarenin, temel hak ve özgürlükleri kısıtlamaya yönelik her türlü eylem ve işlemi yargı denetimine tâbidir. Bahsi geçen ilke de bu konuda idari yargı hakimine yol gösterici niteliktedir.

1.2.6.Delil serbestisi ilkesi

⁴⁴ KURT, A., a.g.m., s.

⁴⁵ D.D.G.K., 2003/417 E., 2005/234 K. sayılı kararı; bkz. Kazancı Hukuk Programı Mevzuat ve İçtihat Bankası

Yargılamanın genel amacı, maddi gerçeğin açığa çıkması ve ilgili mevzuat hükmünce açığa çıkan bu gerçeğe göre mahkeme tarafından karar verilmesidir. Ancak bu gerçeğin açığa çıkması esnasında hangi araçların delil niteliği arz edebileceği her yargılama usulüne göre farklılıklar gösterir. İşte bir uyuşmazlıkta nelerin delil olarak kullanılabileceği sayıca sınırlanmamışsa burada delil serbestisinden bahsedilir. Ancak belirli hususların yalnızca belirtilen delillerle ispatı sağlanabilmekte ise, burada bağlı delillerden söz edilebilir.

İdari yargılama usulünde kural olarak her şey, her şeyle ispatlanabilecektir. Yani genel anlamda delil serbestisinin varlığı söz konusudur. Ancak İYUK'nda, yargılama esnasında, 2577 sayılı Kanunda bulunmayan hükümler için 1086 sayılı Kanunda mevcut hükümlerden yararlanılmasını öngören 31. madde kapsamında yemin ve tanık delillerine değinilmemesi nedeniyle idari yargı mercileri tarafından bu iki delile başvurulmayacağı savunulmaktadır. Konu çalışmanın ikinci bölümünde detaylı olarak incelenecektir.

1.2.7.Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesi

İdari yargılama sisteminde genel kural olarak hakimi bağlayan delillere yer verilmemiştir. Bu durumda idari mahkemelerce her türlü ispat aracına başvurulabilecek ve bu araçların içeriği ile sonuca etkisini serbestçe takdir ve tayin edebilecektir. Danıştay tarafından verilen bir kararda ⁴⁶,

“Bilindiği gibi her hukuk dalının kendine özgü kuralları ve bu kuralların olayların özelliklerine göre uygulanış usulleri vardır. İdari, cezai ve medeni yargılama usulleri kanunlarıyla bu alanlarda mevcut kanun hükümlerinin ait oldukları hukuk dalının ve uygulanacak maddi olayın niteliğine ve özelliğine

⁴⁶ DD 3, 1989/3245 E., 1990/1666 K., sayılı Danıştay ilamında yer alan savcı (Yılmaz Çimen'in)düşüncesi, DKD.S.81,s.125-128

göre uygulamaya geçirilmesi amaçlanmıştır. Böyle olunca, aynı olaydan kaynaklansa bile değişik yargı düzenlerindeki değerlendirmelerin ve varılan sonuçların birbirini etkilemesi ya da birinin diğeri yerine geçmesi kanunen öngörülmedikçe kabul edilmez. Ceza yargılamasında maddi gerçek araştırıldığı halde, hukuk yargısında hukuki, yani şekli gerçeğe yetinilmektedir. İdari yargılama usulünde ise hukuki ve maddi gerçeği hakim in re'sen araştırma yetkisi vardır. İdari, cezai ve medeni yargılama usullerinde delil sistemleri arasında farklılık bulunmaktadır.

Ceza yargısında maddi gerçek arandığı için, şekli gerçeği aramakla yetinen hukuk yargısından farklı olarak ceza hakimi, hem delil hem de delillerin değerlendirilmesi yönünden serbest bırakılmış ve vicdani delil sistemi kabul edilmiştir. Öyle ki, duruşmada sanığın suçunu ikrar etmesi bile hakimi bağlamaz.” ifadesine yer verilerek idari yargı hakim inin de maddi gerçeğe ulaşılması açısından her türlü delili serbestçe değerlendirebileceği vurgulanmıştır. Elbette bu husus keyfiliğe kaçır bir hal almamalıdır. İdari yargı hakim inin verdiği tüm kararlar gibi, hangi delilin ne şekilde değerlendirildiği de gerekçeli olarak açıklanmalıdır.

Adli yargı ile idari yargı alanındaki farklılıklara değinildikten sonra delil kavramının içeriğine ve yine deliller açısından idare hukukunda görülen farklılıklara değinmek gerekecektir.

II. BÖLÜM

GENEL OLARAK İSPAT ve DELİL KAVRAMLARI

2.1.İSPAT KAVRAMI

2.1.1.Tanımı ve önemi

Doktrinde ispat kavramının tanımlanmasında benzer ifadelerin kullanıldığı gözlenmektedir. Örneğin Postacioğlu¹ ispat kavramını "bir vakianın doğruluğuna hakimi inandırmak" olarak tanımlarken Umar-Yılmaz², "bir olayın veya hukuksal durumun varlığı veya yokluğu hakkında yargıçta kanaat uyandırmak için girişilen inandırma eylemi" biçiminde ifade etmişlerdir. Yine Önen'e³ göre ispat, bir davada ileri sürülen sav ve savunmaların doğruluğuna hakimi inandırmaktır ve bu kanıtlama işlemi nesnel olaylar üstünde olur.

Görüldüğü üzere bir hakkın varlığı ya da hukuk nazarında dikkate alınabilirliği o hakkın kanıtlanması ile mümkündür ve kural olarak, hukuksal sonucun doğduğunu iddia eden tarafın söz konusu olgunun varlığını ya da olayın gerçekleştiğini ispatlaması gerekir. Hakların güvence altına alınması hukuk devletinin bir gereği olduğuna ve ancak kanıtlanabilen bir hak pratik sonuçlar doğurabildiğine göre kanıtlama ve kanıtlama araçları konusu hukuk devleti ile yakından ilgilidir. Zira, Anayasa'nın 36/1. maddesinde " Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." denmiştir. Buradaki meşru vasıta ve yollar ifadesi ise, kanıtlama

¹ POSTACIOĞLU, İ.,E., "Medeni Usul Hukuku Dersleri", Sulhi Garan Matbaası İstanbul, 1980, sh.450

² UMAR,B.,-YILMAZ,E., "İspat Yüğü" İstanbul, 1970, s.3

³ ÖNEN,E., "Medeni Hukuka Giriş", İstanbul,1986, sh.

araçlarını kapsamakta olup; bu durumda kanıtlama işinin başlı başına bir hak olduğunun kabulü gerekmektedir⁴.

Tüm bu tanımlardan da anlaşılacağı üzere bir davada hukuk kurallarının hukuki bir sonuç bağladığı olay ya da olguların varlığı ya da yokluğuna yönelik iddiada bulunan bir şahsın kendi lehine bir karar verilmesini sağlamak amacıyla, sav ve savunmalarının gerçekliği konusunda hakim üzerinde kanaat oluşturma eylemine ispat adı verilir ve bu kavram hukuk devleti ile adil yargılama ilkeleri ile doğrudan bağlantılıdır.

2.1.2.İspatın Konusu

İspatın konusunu, davayla ilgili maddi vakıaların ya da olguların gerçek olup olmadığına....(hakimi)... inandırmaya yönelik faaliyetler ve belgeler; maddi olaylar oluşturmaktadır⁵. Kural olarak hukuk kaidelerinin ispatı gerekmez ve bunları davaya bakan hakim kendiliğinden araştırmak ve uygulamakla yükümlüdür. Ancak bazı durumlarda hukuk kurallarının mevcudiyetinin de ispatı gerekebilir⁶.

-Devletler özel hukukuna ilişkin bir hukuk kuralının uygulanması gerekirse, iddiasını bu kurala dayandıran taraf ispatla mükelleftir.

-Yaygın olmayan bir örf ve adet hukukunun uygulanmasını isteyen taraf, bu kuralı ispatla mükelleftir.

Yine bazı müelliflerce Resmi Gazetede yayımlanmamış yönetmeliklerin de hakim tarafından bilinmesinin beklenemeyeceği; bu durumda da ana kuraldan ayrılarak, hak iddiasını bu nitelikteki bir yönetmeliğe dayandıran kimsenin iddiasını ispatla yükümlü tutulması

⁴ ELÇİM, M., a.g.t. ,s.19,20

⁵ ŞENLEN, S., S., "İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İsbat ve Delil Hususları", İstanbul, 1997; ELÇİM, M., a.g.t., s.21

⁶ AKİPEK, J., "Türk Medeni Hukuku", I. Cilt, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 209

gerektiği dūřüncesi öne sürölmüřtür⁷. Esas olarak hukuk kurallarının ispatına gerek olmadığı genel kuralına getirilen istisnaların amacı tüm mevzuatı bilmesine imkan bulunmayan hakimlere yardımcı olmak olduğundan kanaatimce somut olaya göre makul şartlarda hakimin bilgi sahibi olmasının beklenemeyeceği hususlarda bu istisna genişletilebilir nitelikte görölmelidir.

2.1.3.İspat İşlemini Oluşturan Olay ve Olguların Nitelikleri

- a. Bu olay ve olgular uyuşmazlığın çözümünü etkileyebilecek nitelikte olmalıdır. Eğer mevzuat tarafından hiçbir hukuki sonuç öngörölmemişse bu olay ya da olguların kanıtlanmasına gerek yoktur.
- b. Olayların çekişmeli olması gerekir. Aksi halde ispatında taraflar açısından bir yarar yoktur.
- c. Herkes tarafından bilinen olayların da kanıtlanmasına gerek yoktur.

2.2.İSPAT YÜKÜ KAVRAMI

2.2.1.Genel Olarak

Bir olayda hangi çekişmeli vakıaların ispat edileceği tespit olunduktan sonra, bu olayları kimin ispat edeceği meselesi gündeme gelir. Bir başka deyişle ispat olunacak hususların belirlenmesinin ardından ispat yükünün davanın hangi tarafında olması gerektiği sorunu baş gösterecektir. Doktrinde konuya ilişkin olarak yapılan tanımlara örnek vermek gerekirse “(ispat yükü) muayyen bir vakıanın, davada, taraflardan biri tarafından ispat edilmesi mecburiyeti(dir)”⁸. Yine bir başka tanıma göre, belli bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediğinin anlaşılamaması yüzünden yargıcın aleyhte bir kararıyla

⁷ ELÇİM, M. a.g.t., s. 25

⁸POSTACIOĞLU, a.g.e.,1970, s. 455

karşılaşmak tehlikesidir⁹ ki, burada davayı kaybetmek tehlikesinden değil, aleyhte bir kararla karşılaşılmaktan söz edilmiştir.

İspat yükünün kime ait olduğunun tespiti bir noktada, o olayı düzenleyen hukuk kuralından kimin lehine sonuç çıkarılabildiğinin de tespitidir¹⁰. Ancak ispat yükü zorunluluk değil, yükümlülüktür. Şu halde ispat külfeti kendisinde olan taraf bu yükümü yerine getirmezse aleyhte bir kararla karşılaşabilecektir. Ancak sırf bu yüzden bir müeyyideye tabi olmayacaktır.

İspat yükü ile ilgili en önemli sorun hangi iddiaya ilişkin olarak kimin kanıtlama yükümlülüğünün bulunduğu tespittir. Bunu belirleyen kurallara ise ispat kuralları denir. İspat yükü konusunda genel kural Medeni Kanun'un 6. maddesinde "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür." biçiminde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre hakim uygulanacak hukuk kuralından kimin lehine hak ya da yetki doğduğunu gözeterek ispatla yükümlü tarafı belirleyecektir. Örneğin, bir memura disiplin cezası verilmesi için buna ilişkin maddi olay idare tarafından ispatlanmalıdır. Ancak bir iddianın gerçekliğinin hangi tarafça ispatlanacağı özel bir kanun hükmü ile düzenlenmişse, ispat yükü taraf değiştirebilir. Öte yandan taraflardan biri sav ve savunmalarını olağan bir duruma dayandırmışsa ispat yükü yine bu olağan durumun aksini iddia eden tarafa düşecektir. Lehine bir karine olan tarafta, o olayı ispat etmekle yükümlü değildir. İddiasını resmi sicil ve senetlere dayandıran tarafa da ispat külfeti yüklenmez. İspat külfetini taraflar arasında düzenlenen sözleşmelerle belirlemekte mümkündür. Yine ispat yükü kanıtlara kolay ulaşabilecek tarafa yüklenebilecektir.

2.2.2.İspat Yükünün Önemi

⁹ UMAR, B.; YILMAZ, E., "İspat Yükü", s.3

¹⁰ ŞENGÜL, S., "Özel Hukukta ve Vergi Hukukunda Delil Sistemi" Maliye Dergisi (Eylül-Ekim 1987) S:47, s. 70

2.2.2.1.Hukuk Yargılaması Açısından

Taraflarca hazırlama ilkesinin hakim olduğu hukuk yargılamasında yargıç, kural olarak tarafların sunduğu delillerle bağlıdır ve re'sen araştırmaya girişemez. Ancak tarafların sunduğu bu deliller uyumsuzluğun çözümü için yeterli kanaati oluşturabilecek nitelikte değilse, yargıç, çözüm için ispat yükünün taraflardan hangisine düştüğüne karar verecek; ispat yükü kendisinde olan taraf bu yükümünü yerine getirirse lehte bir karara, getiremezse aleyhte bir karara varılacaktır.

2.2.2.2.Ceza Yargılaması Açısından

Ceza yargılaması re'sen araştırma ve delil serbestisi ilkelerinin en yoğun uygulandığı alan olduğu için genel anlamda kanıtlama yükü sorunu yaşanmamaktadır. Teorik bazda, gerek mahkemenin gerek kamu adına iddia makamı olan savcının sanık leh ve aleyhine tüm hususları tespitle yükümlü olması dolayısı ile bu sorunun olmadığı kabul edilebilir. Ancak kanaatimce uygulamada gerek mahkemelerdeki iş yoğunluğu, gerek delil toplama işinin tamamen kolluk güçlerine bırakılmış olması; büyükşehirler haricinde bu delillerin bilimsel anlamda toplanma ve incelenme olasılığının azalması gibi nedenlerle her halükarda ispat konusu ve ispat yükü sorunu önemini korumaktadır. Ülkemiz açısından ceza yargılamasında ispat konusu ve ispat yükü alanında uygulamada görülen sorunların giderilebilmesi için ilk etapta kriminal laboratuvarlarının sayısının artırılması gerektiği aşıkardır. Zira söz konusu birimler ancak Ankara, İstanbul, İzmir, Diyarbakır, Adana, Erzurum, Samsun, Bursa, Antalya ve Kayseri'de faaliyet göstermektedir¹¹. Yine Adalet Bakanlığı'na bağlı Adli Tıp Kurumu yirmi merkezde¹² hizmet vermektedir. Bu da pek çok yerde bilimsel incelemelerin yapılamadığı, pek çok delilin yeterince incelenemediği anlamına gelmektedir. Şu halde bahse konu laboratuvarlar belli merkezlerde toplansa bile, taşınabilirliği olan her türlü

¹¹ Bkz. www.kpl.gov.tr.

¹² Bkz. www.hukuki.net/adlitip_adres.

delilin bozulmadan ve en çabuk biçimde ulaştırılabilmesi için gerekli imkanların sağlanması zaruridir kanısındaım. Üstelik yine gerek adli tıbbı ait laboratuvarların gerek emniyet kriminal laboratuvarların her türlü teknik imkanla donatılması ve hem bu laboratuvar incelemelerini yapacak hem de olay yeri inceleme araştırma birimlerindeki personelin eğitimine özel önem verilmelidir. İşbu sebeple kanaatimce kaybolması ihtimali olan deliller haricinde tüm delillerin toplanması işi de bu işi için özel eğitim alan kimselerce gerçekleştirilmelidir.

Ceza yargılamasında kanıtlamaya ilişkin önemli bir hususta “in dubio pro reo” olarak adlandırılan şüphenin sanık lehine yorumlanmasını gerektiren ilkenin varlığıdır. şu halde sanık aleyhindeki iddia, masum bir insanın cezalandırılmasındansa bir suçlunun serbest kalmasını daha doğru kabul eden bu ilke gereğince, tamamen kanıtlanmadan, ilgili hakkında ceza verilemez.

2.2.2.3.İdari Yargılama Açısından

İdari yargılamada da ceza yargılamasında olduğu gibi re’sen araştırma ilkesi geçerlidir. Bu sebeple mahkemenin pasif kalmadığı bu alanda da kanıtlama yükünün bir sorun olmadığı düşünülebilecektir. Ancak uygulama açısından bu görüşün haklılığını savunmak gttr. Öncelikle mahkeme tarafından yapılan araştırmalara rağmen bir belirsizliğin sürmesi söz konusu olabilir. Mahkemenin bu durum karşısında nasıl bir karara varacağı ceza yargısındaki gibi açık değildir ve mahkemenin uyuşmazlığı zme bağlama zorunluluğu da devam etmektedir. İdari yargılama alanında ceza yargısında olduğu gibi kanıtları elde etmekle yükümlü bir savcılık makamı ve yardımcı kolluk güçleri de mevcut değildir. Mahkemenin etkinliğinin söz konusu olduğu yargılama biçimlerinde, hakimlerinde kendilerine düşün görevi taraflara bırakmasını engellemek amacıyla ispat yükü diye bir düşünceye yer verilemeyeceği iddia olunsa da bunun çok

gerçekçi bir çözüm olmadığı açıktır¹³. Bununla birlikte idari yargıda ispat yüküne hukuk yargısından daha az başvurulacağı, yine tarafların sundukları delillerin akabinde yapılacak re'sen araştırmaya karşın belirsizliğin sürmesi halinde bu yükümlülüğün gündeme geleceği dikkate alınmalıdır. Öte yandan idari yargılamanın bir özelliği olarak delillerin çoğunun idarenin elinde olması da ispat yüküne daha az başvurulmasını gerektirecektir.

2.2.3.İdari Yargıda İspat Yükünün Belirlenmesi

İYUK'nun 3/2. ve 16/5. maddelerinde görülmekte olan davaya ilişkin olarak delil sunma zorunluluğu getirilmiş fakat ispat yükünün hangi tarafta olduğu açık olarak belirtilmemiştir. Her ne kadar burada da MK'nun 6. maddesinde yer alan genel kuraldan istifade etmek mümkün ise de, idari yargılama usulünün kendine has yönlerinin olması ve taraflar arasındaki güç dengesizliği, bu soruna hukuk yargılamasından farklı yaklaşılmasını gerektirmektedir¹⁴.

İdari işlem ve eylemin icrasından evvel yapılan hazırlık çalışmaları kamunun bilgisi dışında cereyan etmektedir. İdare bu çalışmalar sonucu yaptığı idari işlemi tebliğ, idari eylemi ise icra suretiyle ilgiliye bildirmektedir¹⁵. İşbu sebeple de idari yargılama usulünde istisnai durumlar haricinde idare davalı konumunda, idarenin tasarrufundan etkilenen kimse ise davacı konumundadır. Ancak idarenin çoğu zaman belgelerin tamamını ya da çok büyük bölümünü elinde tuttuğu gözetildiğinde, davacıdan tüm kanıtları sunması beklenemez. Hatta askeri idari yargıda kimi zaman rastlandığı üzere, bazı durumlarda davalı yargılama safhasında dahi kendisine ilişkin işlem ya da eylemin sebebini öğrenememektedir. Şu halde idari yargıda hakim re'sen hareket edecek ilgili belgelerin getirilmesi hangi taraf için imkan dahilinde ise yahut taraflardan hangisinin bu delillere ulaşması daha kolay ise

¹³ ELÇİM, M., a.g.t., s 29-30

¹⁴ ELÇİM, M., a.g.t., s.37

¹⁵ ŞENLEN, S.,a.g.e., s. 29

ispat yükünü o tarafa yükleyecektir. Zira, idare tarafından yürütülen idari faaliyetler konusunda somut olayın gereklerine göre ilgilinin rızasının aranmayabileceği ve idarenin takdir yetkisine sahip olması ilkeleri idare hukuku açısından genel geçer kurallar ise de bu prensipler, hukuk devleti ve yapılan işlem ve eylemin hukuka uygun olması zorunluluğu ile sınırlıdır. Nitekim idare tarafından tesis edilen her işlemin, söz konusu işleme temel teşkil eden mülhaza ve düşünceleri ifade eden işlemin sebep unsurunu barındırması zorunludur. Yine nedenlerin işlem metninde gösterilmesi anlamına gelen gerekçe ile sebep arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır. Sebep, işlemin temeli ile, iç hukuka uygunluk ile; gerekçe ise, işlemin sunuluşu ile, dış hukuka uygunluk ile ilgilidir ve bir yargılama esnasında mahkemece istendiği takdirde işlemin gerekçesi sunulmalıdır.

Sonuç olarak mahkeme somut olaya göre bir değerlendirme yapacaktır ve örneğin gerekli şartları haiz olduğunu beyan ederek idareden bir talepte bulunan kimse¹⁶ bu iddiasını ispatla yükümlendirilecektir. Yine taraflardan birisi iddiasını olağan bir duruma dayandırır ise ispat yükü karşı tarafa ait olacaktır. Öte yandan ilgiliye yapılan bir bildirimin tarihini ispat yükü de idareye ait kabul edilmektedir. Ancak davacı tarafından ileri sürülen iddiaların ispatına yönelik belgeler davalı idarenin elinde bulunduğu takdirde ana kuraldan ayrılarak kanıtlama yükünü davacı lehine hafifletecektir¹⁷.

2.3.DELİL KAVRAMI:

2.3.1.Genel Olarak

Usul hukukunda delil, taraflar arasında gerçekliği tartışmalı olan vakianın doğruluğuna hakimi inandırma faaliyetinde kullanılan vasıtaları ifade

¹⁶ Örneğin ruhsat alımında gereken niteliklere haiz olduğu davacı tarafından kanıtlanacaktır.

¹⁷ ŞENLEN,S., S., a.g.e., s. 30

eder¹⁸. Bir davada tarafların maddi hukukun kendilerine tanıdığı bir hakkın varolup olmadığına ilişkin olayları ispat etmek için başvurduğu ispat araçları olan deliller uyuşmazlığın aydınlatılması için dayanak teşkil ederler.

HUMK madde 238’de delil “davanın halline tesir edebilecek münazaalı hususların ispatı için başvuru vasıtalarıdır.” şeklinde ifade olunmuştur. Görüldüğü üzere delil bir davadaki çekişmeli hususların ispatına yarar ve konusunu iddia ve savunmaların esasını teşkil eden maddi vakıalar oluşturur.

Delillerin özelliklerini incelendiğinde delillerin akılcı ve gerçekçi olması gerektiği görülmektedir. Öte yandan bir vasıtanın delil olarak nitelendirilebilmesi için uyuşmazlık konusu olay ya da olguyla bağlantılı bulunması zaruridir. Yine bu vasıtanın hukuki bir nitelik taşıması için uyuşmazlığın halli açısından önemli olması ve hukuka aykırı olmaması zorunludur. Nitekim delillerin bahsolunan özelliklerine değinilen ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda¹⁹,

“CMUK’nun 254. maddesinin 1. fıkrası; ‘Mahkeme, irad ve ikame edilen delilleri duruşmadan ve tahkikattan edineceği kanaate göre takdir eder.’ hükmünü taşımaktadır. Görüldüğü gibi ceza yargılaması hukukunda vicdani delil sistemi benimsenmiştir. Bu sistemle ifade edilmek istenen hem delil serbestliği hem de delillerin değerlendirilmesi serbestliğidir. Ceza yargılamasında somut gerçek arandığından, yargıcı bu gerçeğe götürebilecek her şey delil olabilir. Ancak, hükme dayanak alınan delillerin gerçekçi, akılcı, olayı temsil edici, kanıtlayıcı ve hukuka uygun bulunmaları gerekir. Bu belirlemeler ceza yargılamasında şekli duruma değil, somut gerçeğe itibar edileceğini ortaya koymaktadır. Aksinin kabulü hak ve adalet duygularını yaralayacaktır.” ifadesi kullanılmıştır. Ayrıca özel kanunlarda da bir vasıtanın delil olarak kullanılmasının belirli şartlara bağlandığı hallerde,

¹⁸ BİLGE, N.; ÖNEN, E., “Medeni Yargılama Hukuku Dersleri” Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s.492

¹⁹ Y.C.G.K., 2005/5-74 E., 2000/79 K., YKD Ağustos-2000, s. 1283

bunun geçerli bir kanıt olarak değerlendirilebilmesi bahsedilen şartları taşımasına bağlıdır. Örneğin, idari yargılama aşamasında delil tespitinin idari yargı mercilerince yapılacağı kuralına karşın hukuk mahkemelerince yapılan tespit ile elde edilen vasıtalar burada ispat vasıtası olarak kullanılamayacaktır. Yine yargılama esnasında kullanılan kanıtlar tarafların inceleme ve tartışmasına açıktır.

Deliller, ispat yükü kendisine düşen tarafça gösterilir. Taraflarca hazırlama ilkesinin hakim olduğu yargılama usullerinde, deliller taraflarca ve dava ya da cevap dilekçesine ekli olarak yahut hakim tarafından verilen süreye tabi olarak ayrı bir dilekçe ile sunulur. Bu aşamadan sonra elde edilecek deliller ise ancak hakimin yargılamaya dahil olması konusunda karar alması ile değerlendirmeye alınır.

Re’sen araştırma ilkesinin uygulandığı yargı kollarında da taraflar dava ve cevap dilekçelerinde delillerini sunarlar. Ancak ceza yargılamasında dava sonuçlanıncaya kadar her zaman delil sunmak mümkündür. İdari yargılama usulünde ise tarafların vaktinde ibraz edememeleri için haklı gerekçe göstermesi halinde deliller muhakemeye dahil edilir. Ancak burada çoğu zaman idarenin elinde olan ve davacının lehine haklar doğurabilecek kanıtların mahkemece lüzum görülmesi halinde ilgili merciden istenmesi söz konusudur ve mahkeme tarafından re’sen araştırma yetkisi davanın her aşamasında kullanılabilecektir. Delil gösterme yükü ile ispat yükü arasındaki farkları ise şu şekilde sıralamak mümkündür²⁰:

-İspat yükü maddi hukuka ilişkin bir sorun iken, delil gösterme yükü yargılama hukukuna ilişkindir.

-İspat yüküne ilişkin kurallar hangi olay bakımından yargıcın aleyhte kararıyla karşılaşmak riskinin kimin üzerinde olduğunu gösterirken, delil gösterme kuralları ise ispat işinin biçimini ve yöntemini belirler.

²⁰EROĞLU,M., “Türk Vergi Hukukunda Delil Sistemi”, Yayınlanmamış Tez, 1998, Konya

2.3.2.Delillerin Hasredilmesi

Bir tarafın, ispatla yükümlü olduğu bir vakıayı ispat için bütün delillerin gösterilmesine ve bundan başka delili olmadığını bildirmesine delillerin hasredilmesi denir²¹. Delillerin hasredilmesindeki amaç yargılamayı çabuklaştırmaktır ve hukuk yargılamasında bu aşamadan sonra ancak istisnaen hakim kararı ile yeni bir delil sunulabilir. Fakat idari davalarda tarafların delillerini hasretmelerini istemek idari yargının bünyesine uygun düşmeyecektir²².

2.3.3.Delillerin İncelenmesi

Davada ilgili delillerin mahkemeye ibrazından sonra, hakim tarafından belirlenen bir oturumda, sunulan deliller arasından davanın halline yönelik olanların ayrılıp o dava yönünden değerlendirilmesine delillerin incelenmesi denir²³. Deliller niteliklerine göre dosya üzerinde ya da keşif yolu ile uyuşmazlık konusu menkul veya gayrimenkulün bulunduğu yerde veya bilirkişi marifetiyle davanın halline müteallik vasıta üzerinde gerçekleştirilebilir. Delillerin mümkün olduğu kadar bir bütünlük içinde incelenmesi daha sağlıklı bir çözüme ulaşılmasını temin edecektir.

2.3.4.Delillerin Takdiri

Hakim önüne gelen davada sunulan delilleri vicdani kanaatine göre, serbestçe ve elbette somut olayın özelliklerine göre değerlendirebilecektir. İdari yargılama usulünde delil serbestisi ilkesi geçerlidir²⁴ ve bu ilke gereği deliller nitelikleri açısından sınırlandırılmamıştır. Şu halde kanuna aykırı olmayan tüm delillerle iddiaların ispatı sağlanabilecektir. Hakim eğer taraflarca kendisine sunulan delilleri uyuşmazlığın hallinde yeterli bulmazsa

²¹ KURU,B.; ARSLAN R.; EJDER Y., ”Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı”, Ankara , 1999, s.349

²² ŞENLEN, S., S., a.g.e., s.34

²³ ŞENLEN,S., S., a.g.e., s. 35

²⁴ ŞENLEN,S., S., a.g.e., s.35

her aşamada ihtiyaç duyduğu kanıtların getirtilmesini re'sen isteyebilecek ve değerlendirmelerini buna göre yapacaktır. Tüm bu değerlendirmelerde hakimın sahip olduğu serbest takdir yetkisi hukuk devleti ilkesi ile sınırlı olup, her halükarda elde edilen veriler ışığında karar verilmesi gerekecektir.

2.3.5.Delil Sistemleri

Delil sisteminden amaç, uyuşmazlık konusu olan bir olayın ne gibi delillerle ispat edileceği keyfiyetidir²⁵. Bu konuda çeşitli tasnifler yapmak mümkündür. Ancak delillerin kaynağı gözetildiğinde eski dönemlerde dini delil²⁶ sistemi uygulanırken günümüzde ilmi delil²⁷ sisteminin uygulandığı görülmektedir. Bundan başka delillerin değerlendirilmesinde hakimın rolü ya da bu delillerin uyuşmazlığın ispatındaki yeri açısından ise ikili bir ayırım yapmak mümkündür. Buna göre deliller;

2.3.5.1.Kanuni Delil Sistemi

Bu delil sistemi, belli hususların kanunlarda gösterilen belli delillerle ve hakimi bağlayacak şekilde ispat edilmesi esasına dayanır. Kanuni delil sisteminde nelerin delil olarak kullanılabileceği kanun tarafından belirlenir. Bu durumda hakim sadece bu kanıtları değerlendirir. Ayrıca bazı delillerin varlığı halinde başka bir değerlendirme ve derinleştirmeye gerek kalmaksızın uyuşmazlık konusu olay ispatlanmış sayılmaktadır²⁸. Nitekim HUMK'nun 287. maddesinde "Kanunun muayyen delille ispatını emreylediği hususlar başka surette ispat olunamaz" hükmü getirilmiş ve böylece subjektif haklar emniyete alınmaya çalışılmıştır.

²⁵ KARAKOÇ, Y., "Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi" Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 1994, s.24

²⁶ Burada haklı tarafın Tanrı'nın yardımından istifade edeceği görüşü benimsenmiştir ve mesela bir olayda suçlunun bulunması için düello yönteminin uygulanması ile kazanan tarafın Tanrı'nın iradesi doğrultusunda belirlendiği düşüncesiyle haklılığını kanıtladığı varsayılmıştır. Bu yöntem özellikle Ortaçağ döneminde uygulanmıştır.

²⁷ Bu sistemde ise veriler bilimsel yöntemlerle elde edilmekte ve değerlendirilmektedir.

²⁸ EROĞLU, M., a.g.t., s. 16

2.3.5.2.Takdiri Delil Sistemi

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

İdari yargılama hukukunda kamu gücünün ağır olduğu bir yapı söz konusu olduğu için önceden belirlenmiş deliller ile davacı aleyhine olan dengesizliğin arttırılmaması ya da kamu yararının söz konusu olduğu alanlarda böylesi bir sınırlama ile davalının ispat vasıtalarının kısıtlanarak bir hak kaybına yol açılmaması için kanıt araçları sayıca sınırlanmamış ve takdiri delil sistemi benimsenmiştir.

“Kural olarak her şey, her şeyle kanıtlanabilir. İYUK’nun 20. maddesinin 1. fıkrasında yer alan, ‘Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler.’ kuralı aynı zamanda kanıt serbestisi ilkesini ifade etmektedir”²⁹. Ancak delil sistemleri açısından bu şekilde bir tasnife gidilse de hiçbir yargı kolunda esas olarak salt kanuni ya da takdiri delil sistemine yer verilmemekte, ilgili yargılama alanının özellikleri gözetilerek bu delil sistemlerinden biri ağırlıklı olarak uygulanmaktadır.

2.3.6.Delilerin Sınıflandırılması

2.3.6.1. Doğrudan Delil

²⁹ ELÇİM, M., a.g.t., s. 46

Bu sınıflandırma delillerin ispata konu olan olayla ilişkisinin doğrudan ya da dolaylı olmasına göre yapılmaktadır. Bir kimsenin beş duyusuyla uyuşmazlık konusu olayın kurucu unsurları hakkında topladığı bilgiler doğrudan delildir³⁰. Örneğin senet doğrudan bir delildir.

Eğer delille ispata konu olan olay arasında dolaylı bir ilişki söz konusu ise, bu olayın çözümünde kullanılan delil ancak zihni bir faaliyet ile ilgili olayla bağdaştırılabiliyorsa burada dolaylı bir delilden söz edilir. Örneğin kamulaştırma esnasında baz alınan rayiç bedel dolaylı bir delildir.

2.3.6.2.Yasak Delil-Yasal Delil

Bu ayırım delillerin elde edilme yönteminin mevzuata uygunluğu ya da değerlendirilebilir olup olmaması ile ilişkilidir. Kimi müelliflere göre hukuka aykırı yolla elde edilmiş olsa bile bu delillerin değerlendirilmesi yasal kabul edilmektedir³¹. Ancak kanaatimce korunan menfaatler gözetildiğinde hukuk devleti ilkesi gereğince yasak yöntemlerle elde edilen deliller her hangi bir yolla dosyaya girmiş olsa bile değerlendirilmemeli hatta tümü ile dosyadan çıkarılmalıdır.

2.3.6.3. Kişisel Delil-Nesnel Delil

Yargılama konusu olayla ilgili olarak bilgi sahibi olan kimselerin açıklamaları kişisel delil olarak adlandırılmaktadır. Olayın ispatına yarayan eşya ile bu olayın vukuunu açıklayan her türlü ispat vasıtasına ise nesnel delil denir.

2.3.6.4. Sınırlı Delil-Serbest Delil

³⁰ KARAKOÇ, Y., a.g.t., s. 18

³¹ EROĞLU, M., a.g.t., s. 22

Bu tasnif ise delil niteliği kazanımının belli şartlara bağlı olup olmamasına göre yapılmıştır. Sınırlı delilin özelliği, yargılama esnasında geçerlilik kazanmasının bir takım şartların varlığına bağlı tutulmasıdır. Örneğin, vergi hukukunda tanık beyanı ancak vergiyi doğuran olayla açık ve tabii bir ilgisinin bulunmasına bağlıdır³².

2.3.6.5. Re'sen Müracaat Edilebilen Delil-Re'sen Müracaat Edilemeyen Delil

Bu sınıflandırma daha ziyade yargılama usullerine yöneliktir. Şayet uyuşmazlık konusu olayda hakim tarafların talepleri ile bağlı kalmaksızın bazı delillere kendiliğinden müracaat edebiliyorsa re'sen müracaat edilebilen deliller, aksi halde re'sen müracaat edilemeyen deliller söz konusu olur.

2.3.6.6. Bağlı Delil –Serbest Delil

Bu tasnif delillerin önceden hazırlanıp hazırlanamamasına göre yapılmıştır. Bağlı delil hakim serbest değerlendirmesine tabi olmayan ve uyuşmazlığın önceden belirlenmiş delillerle çözümlenmesine dayanan delillerdir³³. Serbest delil herhangi bir sınırlamaya tabi olmayan ve hakim serbest takdirine dayanarak değerlendirdiği delildir. Elbette hakim bu değerlendirmelerde keyfiliğe kaçır bir tutum izleyemeyecek ve hukuk kaideleri, mantık kuralları ve genel yaşam deneyimi ile uyumlu bir çözüm arayacaktır.

2.3.6.7. Kesin Delil-Takdiri Delil

2.3.6.7.1.Kesin delil

³² Vergi Usul Kanunu m. 3

³³ KARAKOÇ, Y., a.g.t. ,s.17

Kesin delillerin başlıca niteliği hakimi bağlayıcı olmasıdır. Hukuk yargılamasında kabul edilen kesin deliller ikrar, senet, kesin hüküm ve yemindir.

2.3.6.7.1.1.İkrar:

İkrar kabul manasını taşır ve bir kimsenin yargılama esnasında kendi aleyhine sonuç doğuran bir olayı, o yargılamanın yürütüldüğü mahkeme önünde kabul etmesidir. Mahkeme içi ikrar hukuk yargılamasında kesin delil sayılmaktadır. Kişinin mahkeme dışındaki ikrarı ise, ispat usullerine tabi olup takdiren değerlendirilir. İkrar uyuşmazlığa konu olay veya olgu hakkındaki kabuldür ve ancak karşı tarafın iddialarına ilişkin olarak ikrarda bulunulabilir. Taraflar iddiayı bütünüyle kabul edebileceği gibi kısmen de kabul edebilecektir. Buna göre,

- Tarafın, kendi aleyhinde sonuç doğuracak olay ya da olguyu bütünüyle, hukuken önem taşıyan herhangi bir değişiklik ve ekleme yapmadan kabul etmesine “basit ikrar” denir.
- Davalı veya davacı karşı tarafın iddialarının doğru olduğunu bildirir fakat olayın vasfının (hukuki niteliğinin) farklı olduğunu beyan ederse vasıflı ikrar (gerekçeli, mevsuf ikrar) söz konusu olur.Yani karşı tarafın iddialarının davalı veya davacı tarafından tamamen değil ancak bazı olaylar bakımından uyuşma olacak şekilde kabulü; geri kalan olayların değişik biçimde kabul edilmesi tarzında yapılan ve üzerinde anlaşama sağlanmamış olayların ispatsız kalması durumunda dava veya savunma temelini yokluğu sonucuna varılarak dava veya savunmanın reddi zorunluluğu bulunan ikrar çeşidine “vasıflı ikrar” denir³⁴.
- Bir tarafça hasmın ileri sürdüğü iddiaların kabulüne rağmen bu olayın bağlandığı hukuki sonucu hükümden düşüren ve bu

³⁴ UMAR, B., YILMAZ,E. a.g.e.,1980, s.199,200

vakıanın doğumu ile ilgili bulunmayan başka bir vakıa eklemesine “bileşik ikrar” denir.

İkrar eden kural olarak ondan dönemez . Ancak ikrar eden, ikrarın maddi bir hatadan doğduğunu ispatlayarak bu ikrardan dönebilir. Bu halde de ikrar eden, hem ikrar edilen vakıanın gerçeğe uygun olmadığını hem de ikrarın maddi bir hatadan kaynaklandığını ispatla mükelleftir³⁵.

Eski dönemlerde kimi müellifler ikrarı delillerin kraliçesi (regina probationum) olarak tasvir etmekteydi. Ancak ikrarı delil olarak kabul etmeyen ve feragat hükmünde olduğunu savunanlar da olmuştur. İkrarın hukuki niteliği konusunda bir diğer görüş ise usuli bir işlem olduğu ve tespit gereğini ortadan kaldırdığıdır³⁶. Günümüzde ikrarın delillerin kraliçesi olarak değerlendirilmediği ve “kesin” delil niteliği taşıdığı hukuk yargılaması dışında esasen artık tek başına yeterli ve hiçbir şüpheyi yer bırakmayacak bir delil olarak kabul görmediği açıktır. Nitekim örneğin boşanma davalarında da Medeni Kanun’un 184/3. maddesinde açıkça (davanın sebebini oluşturan olay ve olguların varlığına vicdanen kanaat etmedikten sonra) tarafların bu konudaki ikrarlarının hakimi bağlamadığı hükmü getirilmiştir. Delil kavramının tanımı ve ikrarın, dava konusu iddiaların kabulü manası taşıdığı göz önüne alındığında bir ispat vasıtası olarak kabulü gerekeceği kanısındayım. Çünkü ikrarın çeşitleri incelendiğinde yalnızca ve tümü ile savın doğruluğunu kabul etmek manasına gelmediği, bu nedenle her zaman bir haktan feragat sonucunu doğurmayacağı ve yine doğurduğu hukuki sonuçlar açısından yalnızca bir tespit olarak değerlendirilmediği görülecektir.

2.3.6.7.1.2.Senet:

³⁵ UMAR,B., YILMAZ,E. a.g.e.,1980, s .353

³⁶ UMAR,B., YILMAZ,E. a.g.e.,1980, s.191,192

Senet, HUMK 287. maddede “bir kimsenin meydana getirdiği veya getirttiği ve kendi aleyhine delil teşkil eden yazılı belge” şeklinde tanımlanmıştır.

Hukuk yargılamasında senet kesin delil olarak nitelendirilmekle bir senede dayanan iddiaların ancak aynı değerdeki belgelerle çürütülebileceği kabul olunmuştur. Ayrıca belli bir miktarın³⁷ üzerindeki uyuşmazlıklara ilişkin iddialar ancak senetle ispat edilebilir ve ancak bu miktarın altındaki meblağlar için tanık beyanına başvurulabilir.

Senetler resmi bir kişi ya da kurum tarafından oluşturulmuşsa resmi belge olarak; özel kişi ya da kuruluşlarca oluşturulmuşlarsa adi ya da özel belge olarak adlandırılırlar.

Bir senet ona dayanan kimsenin elinde ise bu kimse tarafından mahkemeye ibrazı zorunludur. Eğer senet karşı tarafın elindeyse bu durumda öncelikle hakim ilgili senedin uyuşmazlığın çözümünde etkili olup olmadığı hususunu değerlendirecek; eğer ilgili olduğu kanısına varırsa karşı taraftan bu senedin ibrazını isteyecektir. Eğer karşı taraf senedin kendisinde olduğunu ikrar ederse (yazılı isteme rağmen cevap verilmemesi de zımni ikrardır) ve fakat senedi mahkemeye sunmazsa, makul sebeplerinin ispatı ile mazeret ileri süremediği takdirde mahkeme iddiaların kabulü yolunda karar verebilir.

Mahkemenin karşı taraftan istediği senet getirilmezse ve bu senedin olmadığı beyan edilirse, senedin varlığına dayanan taraf, karşı tarafa, bu senedin elinde bulunmadığına ve özenle aradığı halde bulamadığına ve kendisine karşı kullanılmaması için senedi yok etmediğine ve saklamadığına ve senedin nerede kimin elinde bulunduğunu bilmediğine dair yemin teklif

³⁷ HUMK m. 288 uyarınca, güncellenen ve şu anda kural olarak 400,00 YTL ve üzerindeki meblağlara ilişkin iddialar ancak senetle ispatlanabilir.

edebilir. Eğer senet üçüncü kişinin elindeyse bu kimseden talep edilmesi mümkündür.

Belgeler elle yahut makine vasıtası ile yazılmak suretiyle yani yazılı olarak düzenlenebileceği gibi resim, heykel, kroki, proje, plan tarzında da bir nesnenin durumunu ya da şeklini tespiti yarar nitelikte hazırlanabilir. Öte yandan ses ve görüntü yoluyla elde edilen bantlar, diskler ve fotoğraflarda kapsama dahil edilebilecektir.

2.3.6.7.1.3.Yemin

Yemin tarafların iddiasının doğruluğunu ispat için “Allah’ı ve namusu üzerine” doğruyu söylediğini beyan etmesidir. Bir olayın doğruluğu hususunda yemin edilirse, artık o olay hakkında başka delil gösterilmesine gerek yoktur. Yemin delili hukuk yargılaması açısından kesin delil niteliği arzeder.

Taraf yemini ve hakim tarafından re’sen teklif edilen yemin olmak üzere iki çeşit yemin vardır. “Taraf yemini” (kat’i yemin), davanın çözümlenmesine etkisi olan bir vakianın ispatı için, ispat yükü kendisine düşen tarafın diğer tarafa teklif ettiği yemindir.

Hakim delillerin değerlendirilmesi sonrası, uyuşmazlık konusu olay hakkında tam bir kanaate sahip olamazsa, olayın aydınlatılabilmesi için taraflardan birine yemin verdirebilir. Buna ise “re’sen yemin teklifi” ya da “tamamlayıcı yemin” denilir.

Kendisine yemin teklif edilen kimse, yemin teklifine icabet eder ve yemini ederse artık ilgili olay kesin olarak kanıtlanmış sayılacaktır. Ancak yemin yöneltlen taraf, yeminin sonuçlarının hatırlatılmasına rağmen, bir özrü olmaksızın mahkeme tarafından belirtilen günde gelmez ya da yemin

etmezse, olayın iddia edenin aktardığı biçimde gerçekleştiği varsayılır. Nitekim buna ilişkin bir Yargıtay kararında³⁸,

“Mahkemece, davacının davalıya yemin teklif ettiği, davalının yemin davetiyesinin tebliğine rağmen belirtilen günde duruşmaya gelmediğinden bahisle yeminden kaçınmış sayılarak davanın kabulüne karar verilmiştir. HUMK’nun 337/1. fıkrasında ‘yemin için çağrılacak kimseye geçerli bir özrü olmaksızın yemin için tayin olunan günde gelmediği takdirde yeminden kaçınmış ve yemin edeceği vakıaların sabit olmuş sayılacağına karar verileceği çıkarılacak davetiyede yazılmak suretiyle bildirilir. Tayin edilen günde o kimse gelmezse yeminden kaçınmış ve yemin edeceği vakıaların da sabit olmuş sayılmasına karar verilir’ denilmektedir. Davalı vekili davalının yemin için davet edildiği gün duruşmada müvekkilinin duruşmaya yetişeceği umuduyla yurt dışına çıktığını, rahatsızlığı nedeniyle yetişemediğini bildirerek, bir haftalık süre içinde hazır olacağını ve süre verilmesini istemiştir. Temyiz layihasına ekli belgelerden de davalının gerçekten yurt dışına gittiği anlaşılmaktadır. Mahkemece davalının vekili marifetiyle bildirdiği bu mazeret kabul edilerek davalıya istediği mehlin verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.” şeklinde hükme varmıştır.

Yemin mahkeme huzurunda alenen icra olunur. Hakim yemin konusu hakkında sorusunu beyan ederek, durumun önemini anlatır ve yalan yere yemin etmenin sonuçlarını hatırlatır. Bundan sonra yemin teklifi yapılır ve hakim yemin eden tarafın ifadesini tutanağa geçirdikten sonra, yemin eden tarafa bu ifadede sebat edip etmediğini sorar. Eğer kişi bu esnada sebat etmediğini bildirirse yeminin hükmü kalmaz³⁹.

³⁸ YHD 13, 2002/5305 E. 2002/5650 K., bkz. Kazancı İçtihat Programı

³⁹ KURU, B.; ARSLAN R.; YILMAZ E.; a.g.e., s. 396-398

Yemin deliline başvurabilmek için ilgili tarafın dava veya cevap dilekçesinde yemin deliline başvuracağını bildirmesi gerekmektedir. Açıkça bu delilden yararlanılacağı belirtilmişse veya “vs. delil “ yahut “her türlü yasal delil” gibi ifadeler kullanmışsa ilgili tarafa yemin hakkının kullandırılması gereği Yargıtay kararlarında ifadesini bulmuştur. Örneğin Yargıtay bir kararında ⁴⁰,

“Davacılar güven altında verilen imzalı boş sözleşmenin hile ile anlaşmaya aykırı doldurulduğunu iddia etmişlerdir. Burada hileden değil, güvenilerek verilen beyaza imzalı kağıdın sözleşmeye aykırı doldurulduğundan söz edilebilir. Davacı, belgenin elinden hile ile alındığını iddia etmediğine göre belgenin anlaşmaya aykırı doldurulduğunu yazılı delil ile ispat edebilir. Davacılar iddialarını yasal delillerle isbat edemedikleri açıktır. Ne var ki davacılar dava dilekçelerindeki vs. delil sözleriyle yemin deliline de dayanmış olduklarından yemin hakları hatırlatılarak hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden sözleşmenin iptaline karar verilmesi usule ve yasaya aykırıdır.

Öte yandan, davacı ile olan sözleşmenin feshedildiği ve 1990-1991 dönemi kirasının ödendiği de aynı şekilde yazılı delille kanıtlanamamıştır. Bu iddialar yönünden de az yukarıda açıklanan gerekçe altında davacıların yemin haklarına göre işlem yapılması gerekir.

Ancak, yemin insana özgü bir nitelik gösterir ve şu halde sadece özel hukuk gerçek kişileri arasında vuku bulan uyuşmazlıklar esnasında geçerliliği söz konusudur.

2.3.6.7.1.4. Kesin Hüküm

Kesin hüküm, yapılan bir yargılama neticesinde bir uyuşmazlık hakkında karara varılması ile ortaya çıkan sonuçtur. İkiye ayrılarak incelenebilir;

⁴⁰ YHD 13 1992/4710 E., 1992/5438 K. YKD. Bkz. Corpus İçtihat Programı

- Şekli anlamda kesin hüküm: bir kararın şekli anlamda kesinliği ile, o karara karşı artık olağan yasa yollarına başvurulamaması kastedilir. Yani dava son bulmuştur ve hükme ilişkin olarak başvurulabilecek olağan kanun yolu yoktur. Hukukumuzda bu konuda açık bir düzenleme mevcut değildir⁴¹.
- Maddi anlamda kesin hüküm, tarafları, konusu ve sebepleri aynı olan bir uyuşmazlık hakkında tekrar yargılama yapılmasını engeller.

HUMK'nun 237. maddesinde maddi anlamda kesin hüküm düzenlenmiştir. Buna göre çekişmeli yargıya ilişkin nihai kararlar kesin hükme elverişli bir nitelik arzeder. Kesin hükmün etkilerine değinilecek olursa öncelikle kesin hüküm, hükmü veren mahkeme dahil tüm mahkemeleri bağlar. Yani müddeabihi, tarafları ve konusu aynı olan bir konuda kesin hüküm verilmişse diğer mahkemeler tarafından yeniden inceleme konusu yapılmaz. Danıştay 5. Dairesi bir kararında⁴² hem bu noktaya temas etmiş ve hem de hüküm fıkrası ile gerekçenin birbirinden ayrı düşünülmeden kesin hükmün konusunu teşkil ettiğinin altını çizmiştir. Kararda,

“Bir yargı yerince yasada gösterilen usullere göre verilen karar, itiraz ve temyiz yollarından geçerek veya itiraz ve temyiz süreleri sona ererek kesinleştikten sonra yargılamanın iadesi gibi bazı istisnaların dışında artık değişmez bir nitelik kazanır, hiçbir makam, merci hatta kararı vermiş olan yargı yeri dahi başka bir kararıyla onu değiştiremez. İşte yargı kararlarının bu değişmezlik kuvvet ve niteliğine kesin hüküm (muhkem kaziye) denilmektedir. Yine kesin hüküm halini alan bir yargı kararının sadece hüküm fıkrası itibariyle değil aynı zamanda gerekçesi itibariyle de en başta davanın taraflarını bağladığı, bunların kesin hükme bağlanan bir

⁴¹ ŞENGÜL, S., a.g.m., s.73

⁴² DD 5, 1993/689 1995/3549 K., DKD., S.91,s.102

uyuşmazlığın yeniden tartışılmasını hukuken mümkün kılacak bir olanağa sebep bulunmadıkları ve yargı yerinin de kesin hükümle çözümlenen uyuşmazlık hakkında yeniden karar veremeyeceği açıktır.” İfadeleri kullanılmıştır.

Kesin hükmün bir davanın tekrar inceleme konusu yapılmasına engel teşkil etmesine ilişkin bir istisna, görevsiz yargı yeri tarafından verilen karara ilişkin olarak görevli yargı yeri tarafından inceleme yapılabileceği konusunda görülen içtihadi eğilimdir. Gerçekten de Danıştay bir kararında⁴³,

“Davacının, er olarak askerlik görevini yapmakta iken sakat kaldığından bahisle vazife malullüğü aylığı bağlanması isteminin reddine ilişkin işlemin iptali talebiyle açılan dava sonunda... (yerel mahkemece), davanın kesin hüküm nedeniyle incelenme olanağı bulunmadığı gerekçesiyle reddi yolunda verilen kararın; davacı tarafından temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.

.....Temyize konu edilen kararda, idare mahkemesince verilen görevsizlik kararının dairemizce bozulması üzerine bozmaya uyulduğu belirtildiğinden, mahkeme bu davada görevli olduğunu kabul etmiş bulunmaktadır. Bu kabulün diğer bir hukuki sonucu da, davaya başka bir idari yargı merciinde bakılmaması, bakılmış olması halinde de verilen kararın davada asıl görevli mahkemece dikkate alınmamasıdır. Diğer bir deyişle, dairemizce verilen bozma kararı ile vazife malullüğü aylığı bağlanmamasına ilişkin dava konusu uyuşmazlıkta görevli olmadığı belirlenen Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin verdiği kararın, bozma kararına uyarak davaya bakan asıl görevli mahkemece kesin hüküm olarak kabul edilmesi ve bu davada kesin hüküm teşkil etmesine hukuken olanak bulunmamaktadır.

Bu itibarla, ortada kesin hüküm bulunmadığından idare mahkemesince dava konusu uyuşmazlığın esasının incelenmesi suretiyle bir karar verilmesi gerekirken davanın kesin hüküm nedeniyle inceleme olanağı

⁴³ DD 10, 1992/1932E. ,1993/4342 K., DBB.

bulunmadığı gerekçesiyle reddi yolunda verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, davacının temyiz isteminin kabulü(ne)...karar verildi.” şeklinde hükme varmıştır.

Öte yandan, kesin hükmün bulunmaması gereği dava şartlarındandır. Bir davanın konusunu oluşturan uyuşmazlığın, daha önce kesin bir hükümle çözümlenmiş olması nedeniyle, mahkemece yeniden inceleme konusu yapılamayacağına ilişkin usuli itiraza kesin hüküm itirazı denir ve kesin hüküm, kesin bir delil olarak nitelendirilmektedir. Ancak bir davada verilen kesin hüküm, bu davanın taraflarınca başka birine karşı açılan ya da üçüncü kişi tarafından bu davada taraf olan kimselere karşı açılacak bir davada kesin delil değil takdiri delil olarak değerlendirilecektir. Yani maddi anlamda kesin hüküm, beyan edici niteliğe sahip, hale ve geçmişe etkili olan fakat yalnızca taraflar ve haleflere etki eden bir karar olma özelliği taşır⁴⁴.

2.3.6.7.2.Takdiri delil

Söz konusu deliller hakimi bağlayıcı niteliği haiz değildir ve hukuk yargılaması bakımından tanık, bilirkişi, keşif gibi kanıtlar takdiri delil niteliği arzeder.

2.3.6.7.2.1.Bilirkişi

Günümüzde uyuşmazlıkların konusu oldukça genişlemiştir. Ancak hakimlerin önlerine gelen tüm uyuşmazlıkları bir çözüme bağlamak zorunda oldukları gözetildiğinde; kendileri tarafından mesleğin gerektirdiği genel ve hukuki bilgilerinin davanın halline yetmediği durumlarda yani özel ve teknik⁴⁵ bilgiyi gerektiren hallerde o konuda uzman olan kimselerin oy ve düşüncesine başvurulur. İşte ”yargılama faaliyeti sırasında, hakim in uzmanlık alanına

⁴⁴ KURU, B.; ARSLAN R.; EJDER Y., a.g.e., s. 629-632

⁴⁵ Teknik “bir sanat, bir bilim, bir meslek dalında kullanılan yöntemler” olarak tanımlanmaktadır; bkz. Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, Ankara, 2001

girmeyen bir konuda, hakimi ve yargılama sujelerini aydınlatan ve bu vesileyle yargılamanın seyrini etkileyen, kendisine başvuru alan uzman ve bilgi sahibi olan kişi(ler)⁴⁶ bilirkişi⁴⁷ denir.

Hukuki konularda uzman bir kimse olan hakimin her konuda hukuki bilgisine dayanarak çözüm üretmesine olanak yoktur. Bu sebeple de dava konusu olgu ve vakıaların aydınlatılmasında konuya ilişkin olarak detaylı bir bilgi birikimine sahip kimselerin yardımına başvurulacak ve fakat onların görüşleri hakimi bağlayıcı bir nitelik arzetyemeyecek; yol gösterici bir konumu haiz olacaktır.

Bilirkişilik kurumunun hukuki niteliği konusunda doktrinde değişik görüşler mevcuttur. Bazı yazarlar⁴⁸, bilirkişi görüşünün diğer ispat vasıtaları gibi bir delil olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunurken karşıt görüşte olan yazarlar⁴⁹, bunun yalnızca delillerin değerlendirilmesi aracı olduğu görüşünü savunmaktadır. Bu görüş taraftarları⁵⁰ bilirkişinin tıpkı bir belgeyi okumamıza yarayan bir gözlüğe benzeterek,

“(bu) gözlük nasıl delil değilse, bilirkişi ve onun mütalaası da delil değildir. İspat vasıtası olan delil, parmak izi veya belge gibi, muhtevasının öğrenilmesi küçük önermeyi teşkil eden şeydir. İspat konusunda hüküm verebilmek için hem delil muhtevasının öğrenilmesi hem de büyük önermeyi teşkil edecek tecrübe kaidesinin bilinmesi gerekebilir. Bunu sağlayan bilirkişi mütalaası elbet delilden farklıdır” ifadesine yer vermişlerdir.

⁴⁶ KÖROĞLU, H., ”En Son Değişiklikleriyle Uygulamada ve İçtihatlarda Türk Mahkemelerinde Bilirkişilik ve Bilirkişi Kurumları” Seçkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 51

⁴⁷ HUMK’nda ehli-vukuf olarak adlandırılmışlardır; bkz. m. 275 vd.

⁴⁸ POSTACIOĞLU, İ.,E.,a.g.e., s. 652

⁴⁹ ÖZTÜRK B.,ERDEM M., ÖZBEK V.Ö.,”Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku ” Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000, s. 517, TOROSLU N.,”Ceza Muhakemesi Hukuku” Savaş Yayınevi, Ankara, 1999, s.184

⁵⁰ KUNTER N.;YENİSEY F., “Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku” Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 555

Bu iki görüşü birleştiren karma görüş taraftarlarına⁵¹ göre; ispat konusu olan olayı temsil eden iz ve eserler ancak bilirkişi incelemesi sonucunda, bilirkişinin görüşünden öğrenebiliyorsa, bu durumda bilirkişinin mütalaası delil niteliğini taşır. Ancak bilirkişi, yargılama makamına sadece teknik bilgiyi veriyor ya da deneyim kuralını açıklıyor ve bu kuralın uygulanması yoluyla bazı sonuçlar çıkarılmasına yardımcı oluyorsa, bu durumda bilirkişi hakime yardımcı bir konumda bulunduğundan mütalaası delil sayılmaz.

Bu değerlendirmelerde delillerin yargılama usullerinin özelliklerine göre şekillendiği görülmektedir. Genel olarak ceza yargısında bilirkişi görüşünden delillerin açıklanması için faydalandığı; hukuk yargısında ise iz ve eserlerin bilirkişi görüşü ile öğrenildiği görülmektedir. Ancak hukuk sistemindeki düzenlemeler gözetildiğinde usul kanunlarına göre uygulamada bilirkişi görüşünün delil niteliğinde kabul edildiğini söylemek mümkündür. Kanaatimce teorik bazda değerlendirme yapıldığında konu karma görüş ışığında çözüme kavuşturulmalıdır. Ancak uygulamada bilirkişi mütalaası deliller arasında gösterilmekte ve genellikle de uzman görüşüne mahkeme tarafından oldukça itibar edilmektedir. Hatta iş yoğunluğu ve hukuki ilişkilerin çeşitlenmesi sebebiyle hukuksal sorunlara ilişkin hususlarda bile bilirkişi kurumuna müracaat edildiği görülmektedir. Ancak bu durum bir hakimin genel hukuk bilgisi ve mantığı ile çözmesi zorunlu konularda da bilirkişiye başvurulması halinde temyizde bozma sebebi olarak kabul edilmektedir. Nitekim Yargıtay bir kararında⁵²,

“Usulün 275. maddesi hükmünce çözümlenmesi özel ve teknik bilgiye bağlı hususlarda hakim, bilirkişinin oy bilgisini almaya karar verebilir. Mahkeme, olayda davalının sorumluluğunu tayin için bilirkişiye başvurmuştur. Davada sorumluluk yönünden ulaşılabilecek sonuç tamamen bir yargı görevidir. Hakim, hukuki sonucu yargı ödevi gereği olarak kendisi de

⁵¹ KÖROĞLU, a.g.e., s .55

⁵²YHD. 4, 1982/6084 E 1982/7436 K., bkz. Corpus İçtihat Programı

değerlendirecektir. Kendisine Türk Milleti adına yargı görevi verilen hakimin, hukuk kurallarını bildiği ve bunları değişik olaylarda değerlendirebileceği tartışmasızdır. Nitekim, HUMK'nun 2494 sayılı Yasayla yapılan değişiklikle 'Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez' hükmü getirilmiştir. Kişilik hakkı, hak arama özgürlüğü kavramları ile kişilik hakkının zarar görmesi halinde bunun sonuçlarını düzenleyen kurallar, hakimlik mesleğinin gereği olarak bilinmesi gerekli bilgiler kapsamı içindedir. O halde; mahkemenin, davaya konu olan şikayet hakkının kullanılması olayında sorumluluğunun belirlenmesi için bilirkişiye başvurusu usul ve yasaya aykırıdır." şeklinde hüküm kurmuştur. Ancak yine aynı Daire tarafından verilen bir başka kararda⁵³ dava konusu televizyonun değerinin belirlenerek konunun çözümü için Türk Ulusu adına yargı gücünü kullanan hakimin genel kültür ve bilgisinin yeterli olduğu; bilirkişiye başvurulmasının usul ve yasaya aykırı olduğu belirtilmiştir. Bugün her türlü tazminat ve faiz hesaplarının yapılması için dahi bilirkişiye başvurulmasını kabul eden ve bilirkişi görüşüne itibar eden Yüksek Mahkeme'nin bu kararı genel uygulama ile çelişir nitelik arz etmektedir.

Bilirkişilerin nitelikleri incelendiğinde ise ilk aranması gereken husus kendisinden görüş istenen konuda uzman olmasıdır. Bu nedenle hakim uzmanlığı belirlemede her zaman kesin ve objektif ölçütler olmasa bile ilgili alanda kişinin yeterli bilgi ve tecrübeye sahip olduğuna diploma, ruhsatname gibi belgelerden faydalanarak karar verebilecektir. Ayrıca bilirkişinin tarafsız ve saygın olması da önemli bir şarttır. HUMK, bu tarafsızlığı emniyete alabilmek için bilirkişiye yemin ettirilebilmesine ya da Kanun'da vazedilen sebeplerle reddine karar verilmesine imkan tanımıştır. Elbette kendisine başvuru konunda aydınlatma görevini taşıyan bilirkişinin konumu yargılama içinde oldukça önemlidir. Hatta bilirkişi mütalaasının vaktinde ulaşmaması yüzünden pek çok olayda yargılama safhasının uzadığına da şahit olmak mümkündür. Ancak bu hususta her ne kadar pek fazla işletilmesine bile Kanun

⁵³YHD. 4, 1989/6364 E. 1989/7388K., Kazancı İçtihat Programı

tarafından müeyyideye bağlanan bir konudur. Nitekim Yargıtay⁵⁴ bu konuda bilirkişilerin, TCK'nun 282. maddesi gereği hakim tarafından görevlendirildiği için ilgili bilirkişi ile devlet arasında özel bir bağ kurulduğu, vereceği rapor nedeniyle de hakim tarafından verilen hükme iştirak etmesi söz konusu olduğundan TCK'nun 279. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendinde gösterilen "adli bir kamu görevi yapan kimseler" tabiri içine girmesi gerektiğine ve Ceza Yasası uygulamasında memur sayılması gerektiğine karar vermiştir.

Bilirkişi incelemesinin nasıl yapılacağı hususuna gelince,

"hakim dava dosyasını inceledikten sonra bilirkişiye sorulacak soruları belirler ve bunları bilirkişiye bildirerek bunlar hakkında görüşlerini bildirmesini ister. Bilirkişi gerekli incelemeleri yapar ve gerek duyduğu noktalarda taraflara soru sorabilir. Ancak inceleme sırasında taraflardan biri hazır değilse, bilirkişi hazır olan tarafa soru sormaz. Bu konu önceden hakim tarafından kendisine hatırlatılır. Bilirkişiye sorulan sorular doğrultusunda görüşünü bildirmesi için makul bir süre verilir. Bu süre üç ayı geçemez. Yapılan bütün işlemler bir tutanakla tespit edilir...Hakim bilirkişiye başvurmadan yani bilirkişiye sorulacak soruları belirlemeden önce, davanın o andaki durumu hakkında tam bilgi sahibi olmak, davadaki maddi olay ve olgulara ilişkin sorunları birbirinden ayırmak ve maddi olay ve olgulara ilişkin sorunlarla hukuki sorunları birbirinden ayırmak ve maddi olay ve olgulara ilişkin olup da cevaplandıramadığı sorunları saptamak zorundadır."⁵⁵

2.3.6.7.2.2.Keşif

Keşfi "hakimin dava konusu şeyi inceleyerek onun hakkında bütün duyuları ile bilgi edinmesi"⁵⁶ olarak tanımlamak mümkündür. Ancak HUMK 363. maddesinde sadece taşınmaz malların hakim tarafından yerinde görülüp

⁵⁴ Y.C.G.K. 1985/410 E. 1985/595K. ve 1989/275 E. 1989/332K. sayılı kararı, bkz. Kazancı İçtihat Programı

⁵⁵ ELÇİM, M, a.g.t., s. 75

⁵⁶ KURU, B.; ARSLAN R.; EJDER Y.; a.g.e., s. 520

incelenmesi bu biçimde adlandırmaktadır ve 367. maddedeki düzenleme ile gayrimenkuller dışındaki şeyler hakkında hakimın bütün duyuları ile bilgi edinmesini özel hüküm sebepleri başlığında incelemektedir. Keşfe mahkemece kendiliğinden karar verilebileceği gibi, taraflardan birinin istemesi üzerine de karar verilebilir. Keşfin yapılacağı gün ve saat taraflara yazılı olarak bildirilir.

Uygulamada keşif için bir naip üye atanmaktadır ancak kurul halinde keşif yapılması da mümkündür. Eğer keşfin yapılacağı mahal davanın görüldüğü yer mahkemesinin yargı alanının dışında ise, keşif, keşif konusunun bulunduğu ilgili yer mahkemesince de yapılabilir. HUMK'nda yer alan düzenleme⁵⁷ ışığında keşifte tanık ve bilirkişi dinlenebileceği düzenlenmiştir.

Oytan'a⁵⁸ göre, "keşif hakimın bizzat görerek, müşahade ederek, tetkik ederek tam bilgi ve kanaat edinmesine imkan vermesi; davanın esastan karara bağlanmasını çok az geciktirmesi taraflara fazla ilave masraf yüklememesi gibi sebeplerle bilirkişi incelemesine nazaran daha avantajlı görülmektedir". Ancak iş yükünün ağır olduğu yerlerde uygulamanın ağırlıklı olarak keşifte bilirkişinin de yer alması biçiminde gerçekleşmesi sebebiyle ve keşif masrafının pek çok kez bilirkişi masrafının üstünde olması sebebiyle kanımca bu düşünceye katılmak mümkün değildir. Ancak elbetteki tüm dosya kapsamını bilen ve yargı gücünü kullanan hakimın yapacağı incelemelerin önemi yadsınamaz.

Yargı yerlerince, eğer bir keşif sonrası yeterli açıklık sağlanamamışsa yeniden keşif yapılabilecek; keşif esnasında bilirkişi dinlenebilecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında⁵⁹, iki kez aynı yere yapılan keşif

⁵⁷ m. 365

⁵⁸ OYTAN., M., "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. 63

⁵⁹ Y.H.G.K. 2002/8-184 E., 2002/188 K. ,s. 214

esnasında mahkemenin gözlemleri ve çelişen bilirkişi raporlarının varlığı nedeniyle imar ihya ve zilyetliğe dayalı tescil isteğine ilişkin olarak yerel mahkeme tarafından verilen kararı bozmuştur ve “Mahallinde 14.5.1999 tarihinde yapılan keşifte dinlenen ziraat mühendisi bilirkişi Nurdan Ö. raporunda, dava konusu taşınmazın yeri, toprak yapısı, konumu itibarıyla 3. sınıf tarım arazisi olduğunu mütalaa etmiş; aynı bilirkişi, 20.10.1999 tarihinde yapılan keşif sonunda düzenlediği raporda ise önceki keşifte kendisine gösterilen arazinin daha doğuda kaldığını, davaya konu taşınmazın taşlık kayalık, üzerinde yabancı bitki florası mevcut, engebeli bir yapıda olduğunu, imar ihyanın söz konusu olmadığını belirtmiştir.

Bu durumda iki keşif sonunda düzenlenen bilirkişi raporları arasında açıkça çelişki bulunduğu, dosyadaki bilgi ve belgelere göre çelişkinin giderilemediği; ayrıca, keşiflerde tutulan tutanaklardaki mahkeme gözleminin de birbirinden farklı olduğu, raporlarda taşınmazın niteliğinin bir kuşkuyla yer vermeyecek, şekilde saptanmadığı anlaşılmaktadır. O itibarla yerel mahkeme kararı yerinde değildir.” şeklinde hükme varmıştır.

2.3.6.7.2.3.Tanık

Davaya taraf olmayan ve fakat dava ile ilgili olay ve olgular hakkında, dava dışında bizzat bilgi sahibi olan kimselere tanık denir. Tanık delilinin değerine gelince, geçmişte görülen, duyulan ya da yaşanan bir olaya ilişkin olarak yararlanılacak olan tanık beyanı kişilerin hatırlamada çekebilecekleri güçlükler, algı zayıflıkları, kişisel kanaat, inanç ve görüşlerle taraflı bir anlatımın vaki olabileceği endişesi, baskı ve tehdit unsurları ya da sempati veya menfaat elde etme kaygısı ile doğruların veya tümüyle yaşananların anlatılabileceği düşüncesi ile zayıf bir delil olarak nitelendirilmektedir.

Elbetteki tanığın yaşadığı sosyal ortam, yaşı, karakteri, taraflara olan duygusal yakınlığı gibi pek çok faktör ifadesini etkileyebilecektir. Buna rağmen tanık beyanı hem hukuk hem de ceza yargısında çok sık başvurulmuş ve çoğunlukla itibar edilen bir kanıttır.

Hukuk yargılamasında tanıkla kanıtlama imkanı senede bağlanması imkansız hukuki işlem ve hukuki fiiller ile belirli mablağın altındaki konularla sınırlandırılmıştır. Ceza yargılaması açısından ise delil serbestisi hakim olduğundan tanıkla ispat hususunda bir sınırlandırma bulunmamaktadır. Ancak bir takım yargı içtihatları ile getirilen bazı sınırlamalara rastlamak mümkündür. Buna göre örneğin tanığa karşı tanık dinlenmeyeceği⁶⁰ şeklinde; esasında neden belirli bir tanığın ifadesinin üstün tutulduğunun yahut neden tamamen bir tanık beyanının esas alınarak hüküm kurulduğunun izahının güç olduğu bir sınırlandırma getirilmiştir. Zira, tüm beyanlar dinlenmeden taraflardan hangisinin doğruyu söylediği bilinemeyecektir. Elbetteki tüm tanıkların dinlenmesi yargılama faaliyetini geciktirebilecektir. Bu nedenle mahkemenin gösterilen tanığı dinlememesi ya da bu beyanlara ilişkin yapılacak değerlendirme tamamen kendi takdirindedir. Ancak “diğer deliller aracılığı ile suçun işlenip işlenmediği konusunda yeterli bir kanaatin oluşması, dinlenilmesi istenen tanığın konuyla ilgisi bulunmadığı ya da konuyu aydınlatamayacağı” gibi gerekçeler haricinde sırf bir konuya ilişkin olarak herhangi bir tanığın dinlendiği ve onun beyanının başka tanıklar aracılığı ile çürütülmesine olanak olmadığı şeklinde bir mantığın ceza yargılaması gibi kişi hürriyetini ilgilendiren bir alanda kabulü kanaatimce doğru değildir.

⁶⁰ Örneğin Ankara 4. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2004/316 E. sayılı dosyasına ilişkin olarak dinlenen bir tanık beyanının doğru olmadığına başka tanıkların beyanları ile ispatlanabileceği savunmasına karşın Mahkeme Heyeti istemi, söz konusu gerekçe ile reddetmiştir.

2.4.İDARİ YARGILAMA USULÜ VE DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

2.4.1.Genel olarak

İYUK'nun 31. maddesinde,

“1. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hakimın davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sukûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır. (Ek cümle: 05/04/1990 - 3622/11 md.; Değişik cümle: 10/06/1994 - 4001/14 md.) Ancak, davanın ihbarı ve bilirkişi seçimi Danıştay, mahkeme veya hakim tarafından re'sen yapılır.

2. Bu Kanun ve yukarıdaki fıkra uyarınca Hukuk Usulü Muhakemesi Kanunu'na atıfta bulunulan haller saklı kalmak üzere, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.” hükmü getirilmiştir. Buna göre Kanun'da özel olarak hüküm bulunmayan hallerde HUMK'nda delillere ilişkin olarak vazedilen ilkeler geçerli olacaktır. Ancak idari yargılama usulü içerik ve özü itibarı ile hukuk yargılamasından farklı nitelikler taşıdığından bir takım farklılıklar görülmektedir.

“İdari davanın yapısı ve seyrine göre, resmi senet ve idari makamlarca tanzim edilen ve aksi ispatlanana kadar doğruluğu kabul edilen (MK. m. 7) resmi belgeler, sicil kayıtları, VUK hükümlerine göre tutulan defterler, düzenlenene belgeler mükellefçe inceleme esnasında kabul edilen hususlar (ikrar), defter, fatura, makbuz, müstahsil fişi, bordro, resmi kayıt ve mukaveleler, defter kayıtları, keşif ve bilirkişi incelemeleri, tanık beyanları(!),

bizzat olayın içinde bulunan ve hep birden yükümlü aleyhine beyanda bulunmalarına imkan bulunmayan alıcı beyanları, vergiyi doğuran olaya taraf olan kişilerin yazılı ve sözlü açıklamaları, işlem dosyası delil olarak kullanılmaktadır.

Ayrıca Danıştay kararlarında sık sık bahsedilen ve maddi delil denilen bir tür delil daha vardır. 231 sayılı VUK md. 148'e göre 'mükelleflerden ve mükellefle iktisadi münasebette olan gerçek ve tüzel kişilerden bilgi istenebilir. İşte bu yolla toplanan bilgiler, Danıştay'ın sürekli içtihatlarına göre, maddi delil niteliğindedir.⁶¹

İdari yargıda delillerin değerlendirilmesindeki özellikler ve farklılıklar ise şu şekilde belirtilebilir.

2.4.1.1.Senet delili açısından

İdari yargılama usulünde diğer usullerde olduğu gibi en geçerli deliller olarak belge niteliğindeki kanıtlara başvurulmaktadır. Şayet bu nitelikteki kanıtlar olayı aydınlatmaya yetmezse diğer delillere başvurulmaktadır. İdari yargılama usulünde her türlü belgeden kanıt olarak yararlanma imkanı vardır. Ancak hukuk yargılamasından farklı olarak kesin delil değil takdiri delil olarak hükme sahiptir⁶². Belge hakimi bağlayıcı bir nitelik taşımadığı gibi aksinin ispatı da yine hukuk yargılamasının tersine diğer kanıtlarla ortaya konulabilir. Ancak bu husus resmi belgelerin idari yargıdaki önemini azaltmamakta, uygulamada pek çok uyuşmazlığın halinde resmi belgeler ışığında karar verilmektedir⁶³.

⁶¹ ŞENLEN, S., S., a.g.e., s. 40, 41

⁶² Şenlen'e göre İdari Yargılama Usulünde mevcut olan farklılıklar delillerin Medeni Yargılama usulünde olduğu gibi kesin-delil takdiri delil ayrımının yapılmasına engel teşkil etmemektedir bkz..., ŞENLEN, S., S., a.g.e., s. 40

⁶³ DD 10, 1997/3198E., 1999/4799 K., DKD. Sayı 103 s. 867

İdari yargıda taraflardan biri daima idare yani resmi bir merci olduğu için genellikle resmi ve yazılı belgelere başvurulmaktadır. Ancak özel belgelerle ispat hususunda da hiçbir kısıtlama söz konusu değildir.

Ses ve görüntü tespit eden belgelerin kullanılması konusunda da idari yargılama açısından bir sınırlama söz konusu değildir. Hatta “son zamanlarda sıkça görülen, televizyon kapatma işlemlerine karşı açılan davlarda, kapatmaya neden olan program ya da film mahkemeye sunulmakta ve mahkeme heyeti de diğer incelemeler yanında söz konusu program ya da filmi izlemek suretiyle de bir kanaat edinmeye çalışmaktadır⁶⁴.”

2.4.1.2. Bilirkişi delili açısından

Uygulamaya yön veren Danıştay içtihatlarına bakıldığında, uyuşmazlığın çözümünün özel ve teknik bir bilgiyi gerektirmesi durumunda bilirkişiye başvurmanın zorunlu olduğu görüşünün hakim olduğu göze çarpmaktadır. Yüksek Mahkeme bir kararında⁶⁵, bir imzanın sahteliğinin belirlenmesinin teknik ve özel bir bilgiyi gerektirmesi sebebiyle ve

“Bir dava mahkemesinin görevi, maddi olaya hukuk kuralları uygulayarak taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmekten ibarettir. Bu uyuşmazlığın çözümünde teknik bilgiyi gerektiren konularda sağlıklı bir sonuca ulaşabilmek için bilirkişiye başvurmak zorunludur.” gerekçesiyle yerel mahkemenin bilirkişiye başvurulmadan karar vermesini isabetsiz bulmuştur. Ancak Danıştay’ın üzerinde hassasiyetle durduğu bir diğer konuda bilirkişiye gerçekten hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilginin yetersiz olması durumunda başvurulması gereğidir ki bu konuda Mahkemenin verdiği bir kararda⁶⁶;

⁶⁴ ELÇİM, M., a.g.t., s. 57

⁶⁵ DD 3, 1986/241 E., 1986/1402 K., DBB.

⁶⁶ DD 7, 1992/8390 E., 1995/1528 K., DBB.

“577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesinin atıfta bulunduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 276. maddesinde, bilirkişi incelemesine, dava ile ilgili olup çözümü hakim tarafından bilinmeyen özel ve teknik bilginin gerekli olduğu hallerde başvurulacağı, anılan yasanın 286. maddesinde de hakimin delilleri serbestçe takdir edeceği, bilirkişi raporunun hakimi bağlamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Bilirkişilik ise, hakime, önüne gelen bir ihtilafı çözmek için gerekli olan özel ve teknik bilgiyi sağlamak amacına yönelik bir müessese olup bilirkişinin hukuki tavsif yapma gibi bir görevi, bilirkişi raporunun da davayı sona erdirici bir karar niteliği bulunmamaktadır. Uyuşmazlığı çözüme bağlayacak kararı verme görev ve yetkisi hakime aittir.

Vergi inceleme raporunda sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı olduğu belirtilen ve ihtilafı dönemde vergi indirimine dayanak teşkil eden faturaların gerçeği yansıtmadığı hususu hukuki bir ihtilaf olup hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenebilecekken ve inceleme raporundaki ifadeler, tespitler irdelenmek suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, bilirkişi raporunda, bu hususun incelenmesi istenmediği halde yükümlü şirketin sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanmadığı kanaatine varıldığı belirtilmesi üzerine mahkemece bilirkişi raporuna aynen uyulmak suretiyle hiç bir irdeleme yapılmaksızın karar verilmesi yerinde görülmemiştir.

Diğer taraftan, açıktan üretimin olup olmadığı hususunun tespiti için mahkemece uyuşmazlığın teknik bilgi ve ihtisası gerektirdiğinden bahisle bilirkişi incelemesi yaptırılmasında hukuka aykırılık bulunmamakta ise de vergi inceleme raporu ile bilirkişi raporu mukayese edilmeksizin ve bilirkişi raporuna katılma sebepleri açıklanmaksızın karar verilmesinde bu bakımdan da isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüne, yukarıda belirtilen hususlar gözönünde bulundurulmak suretiyle bir karar verilmek üzere mahkeme kararının bozulmasına, 11.4.1995 gününde oyçokluğu ile karar verildi.” hükmüne varılmıştır.

Bilirkişi görüşü neticeten takdiri bir kanıt olmakla birlikte, Danıştay, hakimın gerekçesiz olarak bilirkişi raporunun aksine karar veremeyeceğini⁶⁷, eğer yeterli görmezse ek bir rapor ya da yeni bir bilirkişi mütalaasından yararlanması gerektiğini kabul etmektedir⁶⁸. Ama elbette hakim, sunulan görüşün başlangıçta eksikliğini duyduğu özel ve teknik bilgiyi vermesi halinde ve fakat bilirkişinin ulaştığı sonucu doğru bulmaması sebebiyle, somut gerekçelerini de ortaya koymak suretiyle bilirkişi mütalaasının aksine kanaat belirtebilir.

“İdare mahkemeleri de yerine göre, bilirkişi görüşünün aksine kararlar vermektedirler. Örneğin⁶⁹, esas binaya bitişik olarak yapılan bir odunluğun imar mevzuatına aykırı olduğu gerekçesiyle yapılan şikayet üzerine yıktırılmasına ilişkin Belediye Encümeni kararının iptali istemiyle açılan bir davada, Ankara 6. İdare Mahkemesince şu şekilde karar verilmiştir:

....Ancak her ne kadar bilirkişi raporunun sonuç kısmında söz konusu odunluğun inşasının imar mevzuatına uygun olduğu belirtilmekte ise de; raporun içeriğinde 23 pafta 22 ada 602 parsel üzerindeki bina ile 387 no’lu parsel sınırı arasında 2.20 metre mesafe olduğu, müştemilatın yapıldığı binanın tabanı ile komşu parselin bahçesi arasında 2.10 metre kot farkı bulunduğu, bu kot farkı sebebiyle yapılan istinat duvarı üzerine 0.75 metre korkuluk betonu atılmak suretiyle kapatılarak iki bina arasındaki boşluğun zemin seviyesinde kömürlük olarak kullanıldığının saptandığının belirtilmesi karşısında imar mevzuatına uygunluğundan bahsedilemeyeceği görülerek

⁶⁷ Örn. DD. 4, 1990/4255 E., 1992/4873 K., DBB.

⁶⁸ Örn. DD. 3, 1990/724 E., 1990/3170 K., DKD., s. 82-83, S.207-211

⁶⁹ Ankara 6. İdare Mahkemesi’nin 22.09.1999 tarih ve E. 1998/1246, K. 1999/1844 sayılı kararı

davalı idarenin itirazları da dikkate alınmak suretiyle bilirkişi raporuna itibar edilmemiştir. Dosyadaki teknik bilgi ve belgeler karar vermeye yeterli bulunduğundan yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmasına gerek görülmemiştir. Bu durumda yukarıda yer alan madde hükümlerine aykırı olarak yan cephede yer alan odunluğun yan bahçe mesafesinin ihlali sonucu doğurması nedeniyle anılan yerin yıktırılmasına ilişkin işlemde mevzuata aykırılık bulunmamaktadır. ⁷⁰.

Hakimin gerektiğinde bilirkişi raporunun aksine karar verebilmesi kendisini bilirkişi yerine koyması anlamına gelmemelidir⁷¹. Öte yandan bir yargılama faaliyeti esnasında hakimin birbiri ile çelişen, farklı teknik gerekçeler içeren ve aykırı saptamalarda bulunan bilirkişi raporları ile karşılaşması durumunda, bu raporlardan birini tercih etmek yerine aradaki çelişkiyi giderecek bir başka bilirkişi raporu ile hareket etmesi gerekmektedir. Nitekim Danıştay bir kararında⁷²;

“Manisa İdare Mahkemesince; olayda, davalı idarenin kusurunun bulunmadığı yolundaki son rapor esas alınmak suretiyle davanın reddine karar verilmiş ise de; sözkonusu raporu düzenleyenlerin aynı meslek grubundan seçilmesi, bilirkişi heyeti oluşturulurken zararı doğuran olayın özelini de göz-önüne alınarak konunun uzmanı (jeolog-inşaat mühendisi v.b.) olan kişilerden yararlanılmaması, zararın varlığı konusundaki raporlar arasındaki açık çelişkinin ayrı bir bilirkişi incelemesi yapılmak veya bu konuda ek rapor alınarak giderilmemiş olması nedeniyle eksik incelemeye dayalı olarak verildiği anlaşılan idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.” hükmüne varılmıştır. İdarenin ağır hizmet kusuruna dayalı olarak, Sivas’ta yaşanan otel yakma eylemine ilişkin olarak Danıştay tarafından verilen kararda⁷³ da

⁷⁰ ELÇİM,M. a.g.t.,s.,67,68 Anılan karar yayınlanmamış olup müellifçe dava dosyasından alınmıştır.

⁷¹ DD 7, 1984/61 E., 1984/1778 K., DKD S.58,59,,s. 230

⁷² DD 10, 1991/4210 E., 1993/1126 K., DKD, S. 88, s. 506,507

⁷³ DD. 10, 1994/ 7359E., 1995/3559 K., DKD.,S.91

“Dava dosyasında bulunan bilgi ve belgelerin incelenmesinden maddi zararın tespitine ilişkin üç ayrı raporun dosyada bulunduğu görülmektedir. Bunlardan birincisi ... Cumhuriyet Savcılığının 1993- 2212 hazırlık no`suna kayıtlı dosyada bulunan olay yeri keşif tutanağında belirtilen, otelde yangın ve tahribat sonucu 5 milyar lira civarında maddi zarar olduğuna ilişkin 3.7.1993 günlü tesbittir. İkinci tesbit, Maliye ve Gümrük Bakanlığı'nın istemi üzerine ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 1993/124- 109 D.İş dosya nosuna kayıtlı olarak, bir inşaat mühendisi bir mimar ve bir elektrik mühendisinden oluşan üç kişilik bilirkişi heyetince ... otelinin yanmasından dolayı meydana gelen zararın 1.753.605.677 lira olduğunu belirten 5.07.1993 günlü rapordur. Üçüncüsü ise davacılar tarafından; ... Olayları nedeniyle ... Otel ve ... Restaurant ile davacı ... ait otomobilin yanması sonucu meydana gelen zararı belirlemeye yönelik ... 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin 1993/128- 106 esasına kayıtlı dosyada; İnşaat mühendisi, mimar, elektrik mühendisi, makina mühendisi ve otel işletmecisinden oluşan beş kişilik bilirkişi heyetince düzenlenen ve 3.524.972.851 lira zarar olduğunu bildiren 6.7.1993 günü tesbite dayalı 22.7.1993 tarihli rapordur.

Davacı gerek davalı idareye yaptığı 26.7.1993 günlü başvurusunda gerekse 28.9.1993 günlü dava dilekçesinde ... 3. Asliye Hukuk Mahkemesince, yaptırılan ... Otel, ... Restaurant ve 1971 model Ford marka otomobile ilişkin tesbitte belirtilen miktardan ... Sigorta A.Ş. tarafından ödenen 1.050.000.000 lira sigorta bedeli düştükten sonra kalan 2.474.972.851 lira maddi zararın tazminini istemektedir. İdare mahkemesince, ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesince yapılan tesbit esas alınmak suretiyle ve belirlenen 1.753.605.677. lira zarardan 1.050.000.000 lira sigorta bedelini düştükten sonra kalan 703.605.677 liranın tazminine karar verilmiştir.

Ancak davacının dayanak aldığı rapor ile mahkemece karara esas alınan raporun incelenmesinden, raporlar arasında maddi zarar açısından 1.771.367.174 lira fark bulunmaktadır. Ayrıca karara esas alınan raporun sadece ... Oteldeki zararı belirlemeye yönelik olduğu, ... Restaurant ve otele

ilişkin bir belirleme içermediği, ayrıca zarara uğrayan mal ve eşya kalemlerinde hazinenin ve davacının tesbitleri arasında miktar açısından da farklılıklar olduğu görülmektedir.

Bu durumda, İdare mahkemesince davacıların ... Otelin, ... Restaurantın ve 1971 model Ford marka otomobilin yanması sonucu uğradıkları maddi zararın tesbiti açısından, iki rapor arasındaki çelişkileri giderecek ve dosya üzerinden yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle karar verilmesi gerekir. Bu yeni yaptırılacak bilirkişi incelemesinde, otelin iki yıldızlı, restaurantın 2. sınıf restaurant turizm işletme belgesine sahip olduğu da dikkate alınmak ve yıpranma payları düşülmek suretiyle maddi zararın tesbiti gerekir. Bu açıdan eksik incelemeye dayalı rapora dayanarak 703.605.677 lira maddi zararın tazmini yolunda verilen İdare mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.” hükmüne varmıştır.

İdari yargılama usulünde(İYUK m. 31), hukuk yargılamasından farklı olarak, bilirkişi seçiminin mahkemece yapılacağı hususu açıkça hükme bağlanmıştır. Bilirkişinin seçiminde ise Danıştay içtihatlarında oldukça üzerinde durulan nokta seçilen kimsenin uyuşmazlık konusunda uzman olmasıdır. Yüksek Mahkemenin bu konuda verdiği bir kararda⁷⁴

“Dosyanın incelenmesinden: davacı şirket tarafından ithal edilen, diskete kayıtlı, Excel 4.0 ve office 2.40 isimli bilgisayar programları ile bu programların kullanılabilmesi için gerekli bilgileri, kullanım hakkını, referansları ve kılavuzu içeren manuel ve software isimli eşyanın, gümrük giriş beyannamesinde, iki guruba ayrılarak; bilgisayar programlarının, "otomatik bilgi işlem makinelerinde kullanılan türden veri veya bilgi içerenler" olarak 85.24 pozisyonunda: manuel ve software isimli eşyanın da "okul kitapları, teknik, ilmi ve sanata ait olanlar" olarak 4901.99.31 pozisyonunda beyan edilip vergilerinin ödendiği; davalı idarece, daha sonra, beyanname muhteviyatı eşyanın tamamının "otomatik bilgi işlem makinelerinde kullanılan türden veri veya bilgi içeren mesnetlerden" olduğundan bahisle ek tahakkuk

⁷⁴ DD 7, 1998/804 E., 1999/1935 K., DKD., S.102, s. 454

yapıldığı; ek tahakkuka vaki itirazın reddi üzerine açılan idari davada ise vergi mahkemesince, ... Elektrik-Elektronik Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. ...'na yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen rapordaki açıklamalara dayanılarak, beyanın doğru olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verildiği anlaşılmıştır.

Yargılama Hukuku'nda, bilirkişi, davanın çözümünün gerektirdiği özel veya teknik bilgiyi yargıca sağlayan kişi olarak tanımlanmaktadır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 31'inci maddesinin 1 inci fıkrasında göndermede bulunulan, "Ehlivukuf" başlıklı 275 inci maddesinde, mahkemenin, çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar vereceği yolundaki düzenlemesi, Kanun Koyucu'nun da bu tanımlı benimsediğini göstermektedir. Buna göre; çözümü, yargıcın mesleği gereği bilmek durumunda olmadığı, özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren davada bilirkişilik yapabilecek olanların, kendilerinden istenilen bu bilgi konusunda uzman olmaları, bilirkişilik müessesinin, yapılan bu tanımında ortaya konulan, niteliği gereğidir. Ayrıca; yargılama sonunda verilen kararın güvenilirliği bakımından seçilen bilirkişinin kendisinden istenilen özel veya teknik bilgi konusundaki uzmanlığının, davanın taraflarında herhangi bir kuşkuyla yol açmayacak biçimde açık olması da zorunludur. Söz konusu açıklık ise, ancak, bilirkişinin kendisinden istenilen bu bilgiye mesleği gereği sahip bulunması ile sağlanabilir niteliktedir.

Yukarıda açıklandığı üzere; davada, davalı idare, bilgisayar programları içeren disketlerle birlikte ithal olunan manuel ve software isimli eşyaların, otomatik bilgi işlem makinalarında kullanılan türden veri veya bilgi içeren mesnetlerden olduğunu; davacı ise, okul kitabı, teknik, ilmi ve sanata ait kitap niteliğinde bulunduğunu iddia etmektedir. Bu eşyaların, disketlerde kayıtlı bilgisayar programlarının kullanılabilmesi için gerekli bilgileri, kullanım hakkını, referansları ve kılavuzu içerdiği tartışmasızdır. Böyle olunca, adı geçen eşyaların, okul kitabı ya da teknik, ilmi ve sanata ait kitap

sayılabilmeleri, herşeyden önce, otomatik bilgi işlem makinalarında kullanılan türden veri veya bilgi içeren mesnetlerden olmadıklarının tespitine bağlıdır. Başka anlatımla; dava konusu uyuşmazlığın çözümü için, öncelikle, anılan eşyaların söz konusu mesnetlerden olmadıklarının belirlenmesi gerekmektedir. Bu belirleme ise bilirkişinin, bilgisayar programcılığı ya da mühendisliği konusunda eğitilmiş olmasıyla olanaklıdır. Oysa; davada, bilirkişi olarak, elektrik - elektronik fakültesi öğretim üyesi seçilmiştir. Bu kişiden, bilgisayar programcılığı veya mühendisliği ile ilgili teknik bilgi gerektiren konuda uzmanlık beklenmesi mümkün değildir. Nitekim, düzenlediği raporda, niteliklerinin belirlenmesi istenilen eşyaların otomatik bilgi işlem makinalarında kullanılan türden veri veya bilgi içeren mesnetlerden olarak değerlendirilemeyeceği söylenirken, "kanımca" sözcüğünün kullanılmış olması da, bilirkişinin konunun uzmanı olmadığını göstermektedir. Görüldüğü üzere; davada, bilirkişi seçiminde hata yapılmıştır. Bu yüzden; söz konusu bilirkişinin düzenlediği rapora dayanılarak verilen temyize konu kararda isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin kabulüne: dava hakkında, konunun uzmanı bilgisayar mühendislerinden seçilecek bilirkişiye yeniden inceleme yaptırılmak suretiyle, karar verilmek üzere, mahkeme kararının bozulmasına; bozma kararı üzerine mahkemece yeniden verilecek kararlar birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına.... oybirliği ile karar verildi.” denmiştir.

İYUK ile HUMK arasında görülen bir diğer farklılık da hakim bilirkişi incelemesi kararı vermesinin ardından taraflardan hangisinin bilirkişi masrafını üstleneceğini belirlemesi; verilen süre içinde ilgili taraf bu masrafı yatırmazsa bilirkişi dinlenmesi talebinden vazgeçmiş sayılacağına kabul edilmesine karşılık idari yargıda bilirkişi incelemesi için gerekli ücretin yatırılmaması durumunda ilgili meblağın daha sonra haksız çıkan tarafa

yükletilmek üzere hazinece karşılanmasına karar verilmesi kabul edilmesidir. Örneğin, Danıştay tarafından verilen bir kararda⁷⁵

“...mahkemece şirketin (bu) matrah kalemleri ile ilgili olarak ileri sürdüğü iddiaların tespiti amacıyla yaptırılmasına gerek gördüğü bilirkişi incelemesi için gerekli masrafın şirketçe verilen müddet içinde mahkeme veznesine yatırılmaması ve ek süre talebinde de bulunulmaması nedeniyle iddiaların kanıtlanamadığı gerekçesiyle ikmalen matrah farklarına ilişkin tarhiyat incelenmeksizin reddedilmiştir, idari yargı sisteminde re'sen araştırma ilkesi esastır. Bu ilke 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20'nci maddesinde; Danıştay, İdare ve vergi mahkemelerinin bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeleri kendiliklerinden yapacaklarının hükme bağlanması suretiyle açıklanmıştır.

Bilirkişi incelemesi içinse 2577 sayılı Kanunun 31'inci maddesiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa gönderme yapılmıştır. Bu Kanunun 275 inci maddesinde mahkemenin çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar vereceği, hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemeyeceği hükmüne yer verildikten sonra aynı Kanunun 415 inci maddesinde ise, re'sen icrası emrolunan muamelenin istilzam ettiği masrafı iki taraftan birinin veya her ikisinin tediye etmesine karar verilerek bunun için takdir olunacak meblağın mahkeme kalemine tevdi olunacağı, tayin olunan müddet içinde işbu muameleye ait masraf tediye olunmaz ise ileride icap edenlerden istifa olunmak şartıyla Devlet hazinesinden tediye olunmasına karar verilebileceği hükme bağlanmıştır.

Bu hükümler uyarınca vergi mahkemesince ikmalen matrah farkları için ileri sürülen iddiaların şirketin defter ve belgeleri üzerinden incelenerek bir çözüme ulaşabilmesi için öncelikle, defter ve belgelerin mahkemece

⁷⁵ DD 4, 1988/3360 E. 1990/238 K., DKD S. 80, s.188

incelenmesi yoluna gidilmesi, bu suretle bir sonuca ulaşmanın mümkün olmaması halinde ise bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verilerek bu iş için gereken masrafın öncelikle tarafların birinden veya her iki taraftan birden istenilmesi, bu mümkün olmadığı takdirde ise masrafın ileride haksız çıkandan alınmak üzere Devlet hazinesinden karşılanması gerekmektedir.

Bu nedenle vergi mahkemesince yasaların bu açık hükümlerine rağmen, bilirkişi incelemesi için gereken masrafın yükümlü şirketçe süresinde ödenmediği ve ek süre isteminde de bulunulmadığı gerekçesiyle, iddiaların kanıtlanamadığı kabul edilerek, ikmalen tarhiyata ilişkin davanın reddedilmesinde yasal isabet görülmemiştir.” biçiminde karar verilmiştir.

Danıştay içtihatları yargılama safhası başladıktan sonra bilirkişi incelemesinin mutlaka idari yargı yerlerince yapılması gerektiği yolundadır. Mahkemenin bu konuda verdiği bir kararda;

“Dava, ... 323 parsel sayılı taşınmaza inşaat ruhsatı verilmesi yolundaki başvurunun reddine ilişkin 15.10.1990 günlü, 3686 sayılı davalı idare işleminin ve taşınmazın otopark yeri olarak ayrılmasına ilişkin imar planının iptali istemiyle açılmış, idare mahkemesince; mahallinde yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen rapor ile dosyadaki bilgi ve belgelerin birlikte incelenmesinden dava konusu taşınmazın otopark alanı olarak tahsis edilmesinin planlama esaslarına, şehircilik ilkelerine ve kamu yararına uygun olmadığı sonucuna varıldığından dava konusu işlemlerin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare vekili tarafından temyiz edilmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İdari Davalarda Delillerin Tespiti" başlıklı 58. maddesinin 2. fıkrasında "Davaya bakan Danıştay, idare ve vergi mahkemeleri istemi uygun gördüğü takdirde üyelerden birini bu işle görevlendirebileceği gibi, tespitin mahalli idari veya adli yargı mercilerince yaptırılmasına da karar verebilir" hükmü kurala bağlanmış bulunmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden mahkemece yukarıda anılan yasa hükmü dayanak alınarak uyuşmazlığın çözümü için yapılması gerekli görülen keşif ve bilirkişi incelemesinin mahalli adli yargı merciince yaptırılması yolunda karar alındığı, bunun üzerine adli yargı mercinin tesbit ettiği bilirkişi tarafından mahallinde yapılan inceleme sonucunda hazırlanan rapor esas alınarak dava konusu işlemlerin iptaline karar verildiği anlaşılmaktadır.

Yukarıda anılan yasa hükmü delillerin tespitine ilişkin düzenlemeyi içermekte olup idari yargı yerlerince keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılması yolunda mahalli idari veya adli yargı mercilerinin görevlendirileceği yolunda karar alınabileceğine ilişkin hüküm taşımamaktadır.

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

Açıklanan nedenlerle temyize konu Diyarbakır İdare Mahkemesinin 10.2.1994 günlü. E:1991/71 K:1994/61 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 9.3.1995 gününde oybirliğine karar verildi.” denmiştir. Danıştay uygulaması pek çok noktada idari yargıda görülen uyuşmazlıklara ilişkin işlemlerin ancak yine idari yargı yerlerince gerçekleşmesi yolundadır. Ancak bu tutumun tüm işlemler açısından doğru olduğuna katılmak kanaatimce mümkün değildir. Adli yargı yerlerince bilirkişi incelemesi yapılmasının kabul edilmemesi ise ancak görülmekte olan uyuşmazlığın ya da uygulanan idari yargılama usulünün kendine özgü nitelik taşıdığı alanlarda, yani idare mahkemesi hakiminin uzmanlığını gerektiren konularda haklılığı savunulabilecek bir durumdur.

2.4.1.3.Yemin Delili Açısından

İdari davalarda, taraflardan biri daima tüzel bir kişilik olan idaredir. Yemin delili ise içsel bir olgu olduğuna, insana has bir nitelik taşıdığına göre idari yargıda bu delile başvurulmayışı olağandır. Zira idare de insanlar tarafından temsil edilmekle birlikte işlemler fert adına yapılmamakta, idari yapının bütünselliği içerisinde çok zaman ilgili eylem ve işlemin gerçekleşmesi pek çok kimsenin tasarrufları ile mümkün olmaktadır. Elbette çoğu zaman hiyerarşik düzen içerisinde tek bir sorumlu bulmak mümkündür; ancak, neticen idari davalarda bu delilin kullanılması, söz konusu içsellik ile bağdaşmayacaktır. Üstelik yeminin bir delil olarak kullanılması VUK’nda kesin olarak yasaklanmıştır. Buna göre VUK madde 3/B “Vergiye doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir. “hükmünü getirmiştir. Şenlen’e göre, bu ifadenin tersinden, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti dışında kalan hususların ispatı için yemin deliline başvurulabilecektir⁷⁶. Ancak idari davalarda, bünyelerine uygun olmadığı için yemin deliline başvurulmamaktadır.

2.4.1.4. Keşif Delili Açısından

İYUK 31. madde ile HUMK’nun keşifle ilgili hükümlerine yollama yapılmıştır. Ancak özel hüküm sebepleri konusunda böyle bir yollama mevcut değildir. Kanaatimce burada keşif ibaresi geniş algılanmalıdır. Zira ihtiyaç duyduğu tüm kanıtlara re’sen hareket ederek ulaşma yetkisine sahip olan idari yargı hakiminin gayrimenkuller dışındaki şeylere ilişkin olarak keşif kararı alamaması düşünülemez. Ancak Danıştay verdiği bir kararda⁷⁷;

“ ...keşfin, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 363 üncü maddesindeki yalın anlatımdan dolayı sadece taraflar arasında kimi özellikleri

⁷⁶ ŞENLEN,S.,S., a.g.e., s.62

⁷⁷ DD 4, 1985/5491 e., 1987/3507 K., DKD. S. 70,71, s. 208

tartışmalı olan taşınmaz ve eklentilerinin gözlem konusu yapılmak üzere kullanılması zorunludur.” şeklinde bir karar vermiştir. Fakat uygulamada örneğin, Gümrük Mevzuatına konu olan pek çok eşyanın nev’inin tespiti ancak hakim bunlar üzerinde yapacağı inceleme ile mümkün olabilmektedir. Eğer bu hususun ayırt edilmesi özel ve teknik bilgiyi gerektirecekse zaten sorunun çözümü için bilirkişiye başvurulacaktır. Buna ihtiyaç görülmemesi halinde ise; meselenin halli hakim genel hukuk bilgisi ile gerçekleştirilebilecekse keşif ibaresinin dar algılanması kanaatimce doğru değildir.

Keşif kararının ardından gerekli meblağın kararda belirtilen tarafça yatırılmaması yine istemle bağlı hukuk yargısında talepten vazgeçme olarak değerlendirilirken, idari yargıda, yargılama sonunda kaybeden tarafa rücu kaydıyla hazinece karşılanır.

Danıştay’ın keşif yapılırken usul ekonomisinin gözetilerek naip üye vasıtası ile bu işlemin gerçekleştirilmesi yolundaki tutumu da bu hususta mahkemeye tam bir takdir hakkı tanınması gerektiği düşüncesi ile eleştirilmiştir⁷⁸.

2.4.1.5. Tanık Delili Açısından

İdari yargıda tanık dinlenip dinlenemeyeceği hususu tartışmalıdır.

Doktrinde bir kısım görüş, İYUK’nun 31. maddesinde tanıkla ilgili olarak HUMK’na bir atıf yapılmadığı ve burada yazılı yargılama usulünün hakim olduğu gerekçesi ile idari yargıda delil olarak tanık beyanına başvurulamayacağı⁷⁹ yönündedir. Kanun koyucunun bilerek tanıkla ispat konusunda yollama yapmadığı düşüncesinde olan bu görüş taraftarları eğer idari yargılama usulünün bünyesine uygun bir kanıtlama aracı olarak

⁷⁸ ELÇİM, M., a.g.t., s. 76

⁷⁹ ŞENLEN, S., S., a.g.e. s. 61

görülmüş olsa idi, vergi yargılamasında⁸⁰ olduğu gibi açık bir ifadenin kullanılacağını savunmaktadırlar. Ayrıca yine İYUK bünyesinde duruşma esnasında tarafların dinlenilmesi konusu düzenlenmişken (m. 18/39) tanıkların dinlenilmesi hususuna yer verilmemiş olması da bu fikri savunanlar tarafından dayanak olarak gösterilmektedir.

Diğer bir takım görüş taraftarlarına göre idari yargıda da tanık beyanı delil niteliğini haizdir⁸¹. Zira mahkemenin görevi, önüne gelen davayı adil bir çözüme kavuşturmadır. Ancak mevcut deliller maddi vakıyı aydınlatmaya yetmiyorsa, eğer tarafların da bu konuda bir başvurusu olmuşsa tanık ifadesine başvurulması gereklidir ki en doğru çözüme varılabilsin⁸². Bu görüşü savunan müelliflere göre burada, idari yargıda tanık beyanının delil niteliği taşıyıp taşımadığı değil, zaten uygulamada örneğin adli yargı yerlerince veya noterlerce tespit olunan ifadelerin kullanıldığı gözetildiğinde, idari yargı yerlerince tanık dinlenip dinlenemeyeceği hususu tartışılmalıdır⁸³.

Uygulamaya bakıldığında Danıştay içtihatlarında bu sorunun menfi olarak çözüldüğü ve iş yükü kaygısı, idari yargı yerlerinin belirli illerde teşkilatlanmış bulunması ve yazılı yargılama usulünün geçerli olması, pozitif hukukta bu konuda açık bir düzenlemenin bulunmaması, tanığı hazır bulundurmanın zorluğu gibi sebeplerle tanık dinlenilmeyeceği görüşünün hakim olduğu görülmektedir. Örneğin Yüksek Mahkeme bir kararında⁸⁴,

“ İdari Yargılama Usulü Kanununda, yazılı yargılama usulü esas alındığına ve esasen İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesinde

⁸⁰ Nitekim V.U.K. nun 3. maddesinde “vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesi ispatlama vasıtası olarak kullanılamaz.” ifadesine yer verilmiştir. Bu maddenin yorumundan konuyla açık ve tabii ilgisi olan kimselerin tanık sıfatı ile beyanına başvurulabileceği çıkmaktadır.

⁸¹ ELÇİM, m., a.g.t., s. 82

⁸² HONDU, S., “İdari Yargılama Usulünde Tanık ”I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1. Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs, Ankara, 1990, s. 264. Ancak bu yazıda özet olarak müspet hukuktaki ihtiyaca rağmen tanık dinlenmesinin mümkün olmadığı vurgulanmıştır.

⁸³ ELÇİM, m., a.g.t., s. 82

⁸⁴ DD3 1986/1201E 1986/2706 K., DKD S.66-67, s. 187

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun şahadete ilişkin hükümlerine atıfta bulunmadığına göre, yükümlüden canlı hayvan satın alan kasap'ın Vergi Mahkemesince duruşmada şahit olarak dinlenmesinde, şahide yemin teklif edilmesinde ve yemine icabet etmediği nedeniyle yemin teklif edilen hususun ikrar edildiğinin kabulü suretiyle delil olarak değerlendirilerek karar verilmesinde Kanun ve usul hükümlerin uyarlık bulunmamaktadır.” şeklinde karar vermiştir. Yine başka bir kararında⁸⁵ “hafızaya dayanan şahadetin zayıf ve çürük bir delil olduğu, hafıza kudretinin marazi sakatlıkları bulunabileceği, bunun kişiden kişiye değiştiği ve menfaat, kişiye duyulan sempati gibi hissi nedenlerin etkisi ile gerçeğe uymayabileceği(ni)” vurgulamıştır. Yine Danıştay, idare mahkemesince, davacının tez savunma sınavında başarılı olduğu ve tutulan tutanağa sehven oybirliğiyle ret kararı yazılmış olabileceği yolundaki iddialar üzerine açılan davada, ara kararı ile 5 jüri üyesine, ilgilinin doktora tez sınavında başarılı olup olmadığının, oybirliğiyle verilen ret kararının sehven verilip verilmediği sorulmuş, cevaben gönderilen jüri üyelerinin ifadelerinden, 3 jüri üyesinin olumlu oy kullandığının anlaşıldığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmesi üzerine ilgili kararın temyizi dolayısı ile verdiği kararda⁸⁶;

“2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 1. maddesinin 2. fıkrasında, Danıştay, Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanacağı ve incelemenin evrak üzerinde yapılacağı, 20. maddesinde Danıştay ile İdare ve Vergi Mahkemelerinin, bakmakta olduğu davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerince yapacakları, belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebileceği, 31. maddesinde ise, bu kanunda hüküm bulunmayan hususlarda, hakimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü, şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin

⁸⁵ DD 13, 1973/3995E. 1974/2240 K., aktaran ŞENLEN, S., S., a.g.e., s .59

⁸⁶ DD. 8, 2003/3369 E., 2004/917 K. DBB.

tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükununu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası hükümlerinin uygulanacağı kuralları yer almıştır.

İdare mahkemesince, davacının tez savunma sınavında başarılı olduğu ve tutulan tutanağa sehven oybirliğiyle ret kararı yazılmış olabileceği yolundaki iddialar üzerine, ara kararı ile 5 jüri üyesine, ilgilinin doktora tez sınavında başarılı olup olmadığı, oybirliğiyle verilen ret kararının sehven verilip verilmediği sorulmuş, cevaben gönderilen jüri üyelerinin ifadelerinden, 3 jüri üyesinin olumlu oy kullandığının anlaşıldığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir.

Anılan Yasa hükümleri ve yerleşmiş idari yargılama usulü ilkelerine göre; yazılı yargılama yapmak zorunda olan idari yargı yerlerinin kendiliğinden yapacakları her çeşit inceleme için, lüzum gördükleri ve taraflar veya ilgili yerlerden isteyebilecekleri evrak ve bilgiler kapsamında, tanık veya şahit dinlenmesi yada ifade alınması şeklinde bir yöntem bulunmamaktadır. Ayrıca, Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasına atıfta bulunulan konular arasında da bu yönde bir kural mevcut değildir.

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

Açıklanan nedenlerle Konya İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan mahkemeye gönderilmesine 25.02.2004 gününde oybirliği ile karar verildi.” ifadesini kullanmıştır. Konunun muhatapları olan jüri üyelerinin beyanlarına yazılı yargılama usulü ilkesine aykırılık taşıdığı gerekçesi ile itibar edilmeyerek bilirkişiye başvurulmasına karar verilmesi kanaatimce isabetli değildir. Zira Anayasa’nın 38. maddesinde her türlü meşru vasıttan yararlanılarak savunma yapılabileceği belirtilmiştir. Şu halde esas sorun “meşru vasıta”

kavramından anlaşılması gerekenin ne olduğudur. Meşru vasıta kavramı, kullanılması mevzuat tarafından açıkça yasaklanmamış ve bir uyumsuzlukla ilgili olan her türlü delil olarak değerlendirilmelidir. Zira yasa maddesinde amaçlanan, menfaatler dengesinin de gözetilerek savunma hakkının korunmasıdır. Şu halde idari yargı yerlerince tanık dinlenmesi hususunun mevzuatta açıkça yasaklanmadığı; olayların aydınlatılmasında da yararlı olacağı ve hatta kimi zaman elzem olduğu gözetildiğinde Anayasal güvence ile korunan temel insan haklarından biri olan savunma hakkının ve adil yargılanma ilkesinin bir gereği olarak idari yargı yerlerince de tanık dinlenebilmeli ve tanık delili bu yargı kolunda da meşru vasıtalar arasında sayılmalıdır.

Öte yandan HUMK'na yapılan yollama gereğince idari yargıda kullanılan delil tespiti, keşif gibi bünyesinde tanık delilini de barındıran kurumlar söz konusu olduğunda dahi, Danıştay'ın tutumu değişmemekte, bunların idari yargının bünyesine uyduğu ölçüde kullanılabileceği görüşünün mevcut olduğu görülmektedir. Örneğin bir kararında Danıştay⁸⁷;

“Dava, ... 323 parsel sayılı taşınmaza inşaat ruhsatı verilmesi yolundaki başvurunun reddine ilişkin 15.10.1990 günlü, 3686 sayılı davalı idare işleminin ve taşınmazın otopark yeri olarak ayrılmasına ilişkin imar planının iptali istemiyle açılmış, idare mahkemesince; mahallinde yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen rapor ile dosyadaki bilgi ve belgelerin birlikte incelenmesinden dava konusu taşınmazın otopark alanı olarak tahsis edilmesinin planlama esaslarına, şehircilik ilkelerine ve kamu yararına uygun olmadığı sonucuna varıldığından dava konusu işlemlerin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare vekili tarafından temyiz edilmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 'İdari Davalarda Delillerin Tespiti' başlıklı 58. maddesinin 2. fıkrasında 'Davaya bakan Danıştay, İdare ve Vergi Mahkemeleri istemi uygun gördüğü takdirde

⁸⁷ DD 6 , 1994/3089E., 1995/925 K., DKD. S. 91, s. 601-603

üyelerden birini bu işle görevlendirebileceği gibi, tespitin mahalli idari veya adli yargı mercilerince yaptırılmasına da karar verebilir' hükmü kurala bağlanmış bulunmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden mahkemece yukarıda anılan yasa hükmü dayanak alınarak uyuşmazlığın çözümü için yapılması gerekli görülen keşif ve bilirkişi incelemesinin mahalli adli yargı merciince yaptırılması yolunda karar alındığı, bunun üzerine adli yargı mercinin tesbit ettiği bilirkişi tarafından mahallinde yapılan inceleme sonucunda hazırlanan rapor esas alınarak dava konusu işlemlerin iptaline karar verildiği anlaşılmaktadır.

Yukarıda anılan yasa hükmü delillerin tespitine ilişkin düzenlemeyi içermekte olup idari yargı yerlerince keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılması yolunda mahalli idari veya adli yargı mercilerinin görevlendirileceği yolunda karar alınabileceğine ilişkin hüküm taşımamaktadır.

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

Ancak, kimi zaman elde edilen deliller olayı tüm şüphelerden arındıracak şekilde çözememektedir. Örneğin, idarenin eylemlerinden kaynaklanan konulara ilişkin olarak tam bir açıklığın sağlanması bazen tanık dinlenilmesini gerektirmektedir. Öte yandan özellikle kamu görevlilerine açılan disiplin cezaları konusunda şahit beyanlarının alınması hususu çoğu kere zorunluluk arzemektedir. Yine örneğin⁸⁸, telafi sınavında başarısız olan bir öğrenci idare mahkemesinde bu işleme karşı açtığı davada, sınavın

⁸⁸ HONDU, S., a.g.m. s. 266

yapılacağı gün okula geldiğini, öğretmeni aradığını, fakat hocanın 18:00'a kadar okula gelmediğini, bu nedenle sınava giremediğini iddia etmekte ve birlikte bulunduğu arkadaşının ifadesine başvurulmasını istemektedir. Bu konuda eğer ilgili hocanın okula gelip gelmediği okul kayıtlarından çıkartılabilecekse elbette resmi kayıtlar tanık delilinin üzerinde bir değer gösterecektir⁸⁹. Yine "Marmara Üniversitesi'nde bir dekan, öğretim üyelerinden birini 'Bayrak törenlerine muntazaman katılmadığı...' gerekçesiyle Anabilim Dalı Başkanlığı'ndan alıyor. Öğretim üyesinin iddiası ise 'Bayrak töreninden sonra öğretim üyelerinin boy sırasına dizilerek Dağ Başını Duman Aldı Marşı eşliğinde uygun adım yürütülmesi'dir"⁹⁰. Somut olaylarda olduğu üzere fiili bir olayın ilgilisi tarafından ispatı ancak tanık ifadesi ile gerçekleştirilebiliyorsa idari yargılama açısından durum ne olacaktır? Burada ağırlıklı olarak şu hususun vurgulanması gerekmektedir ki; idari faaliyete tanık beyanıyla müdahale edilmesi ya da bu delil vasıtasıyla yazılı belge ve bilgileri, resmi kayıtları etkisizleştirme söz konusu değildir. Ancak yargılama faaliyeti esnasında mahkemede tam bir kanaatin oluşabilmesi tanıkların beyanına başvurulmasını gerektiriyorsa hakimin böyle bir kısıtlamaya tabi tutulmaması gerekmektedir.

"Bu konu ile ilgili önemli bir nokta , idari 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."⁹¹

Kanaatimce mahkemelerin görevi yalnızca bir uyuşmazlık konusunda karar vermek değil, en doğru kararı vermek olduğuna göre ve hele ki bu konudaki değerlendirmelerin mahkemenin elindeki delillerle sağlanması söz konusu olduğuna göre idari yargı hakimi hiçbir kısıtlamaya tabi tutulmaksızın

⁸⁹ HONDU, S., "Selçuk Hondu'ya Sorulan Sorular ve Cevapları" I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1. Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs , Ankara , 1990, s. 290

⁹⁰ ÖZAY, İ., H., " Selçuk Hondu'ya Sorulan Sorular ve Cevapları" I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1. Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs, Ankara, 1990, s. 291

⁹¹ ELÇİM, M., a.g.t., s.84

şahit dinlenmesine karar verebilmelidir. Bu mevcut duruşmaları da anlamlı hale getirebileceği gibi, olaya tanık olduğunu bildiren kimseyi aracısız olarak bizzat dinleyecek hakimin mesleki tecrübe ve yönelteceği sorular aracılığı ile daha sağlıklı bir karar vermesi söz konusu olabilecektir. Öte yandan tanığı dinleyip dinlememekte; dinlenen tanığın beyanına itibar edip etmemekte tamamen hakimin taktirindedir. Doktrinde de idari yargıda şahit dinlenmesinin gerekli olduğu konusunda büyük ölçüde görüş birliği mevcuttur⁹². Ancak tartışma mevzuu pozitif hukuk açısından mevzuata göre tanık dinlenmesinde bir engel olup olmadığı noktasıdır. Buna göre mevzuatın buna imkan tanımadığı görüşünü savunan yazarlar⁹³, Danıştay uygulamalarının da bu yönde olmasını olağan kabul etmektedirler. Daha önceleri de değinildiği üzere bu görüşe dayanak olarak HUMK'na herhangi bir yollama yapılmayışı ve Kanun'da bu konunun bilinçli olarak düzenlenmediği görüşüne karşılık; kanun koyucunun, idari yargı yerlerince şahit dinlenilmesini engellenmek istemesi halinde açık bir hükümle bunu yapılabileceği görüşü savunulmaktadır. Bu fikri savunanlar, uygulamada duyulan ihtiyaç, hak arama özgürlüğü ve hukuk devleti ilkeleriyle birlikte düşünüldüğünde yapılması gerekenin bunu engelleyecek bir hükmün vazedilmemiş olması karşısında mahkeme içtihatları ile mevcut sınırlamayı aşmak olduğu görüşündedirler⁹⁴. Öte yandan zaten idari yargı yerleri dolaylı yoldan elde edilen şahit ifadelerine itibar ederek karar verebilmektedirler. Örneğin Danıştay bir kararında⁹⁵

“Ankara 10. İdare Mahkemesi: davacılar murisinin muhtemel ölüm nedeni Hastanesinin 28.4.1992 tarihli ölüm raporunda hipertansiyona bağlı cardiovascular hastalık olarak belirtilmişse de, muris ...'ün yangın

⁹² ELÇİM, M., a.g.t., s.84 vd., HONDU, S., a.g.m., s.263 vd., BEREKET, Z., ”İdari Yargılama Usulünün Yazılılık Özelliği ve Tanık İfadelerinin Noterlerce Alınması” Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Kasım 1996, S. 92, s.34

⁹³ GÖZÜBÜYÜK, Ş., Tan, T., ”İdare Hukuku”, Cilt II, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001 S.984, Çırakman, E., ”Hukuk Yargılama Usulünün İdari Yargıda Uygulanması”, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara 10,11,12 Haziran 1982 , s.111

⁹⁴ KARAKOÇ, Y., a.g.t., s.239; ELÇİM, M., a.g.t., s. 86

⁹⁵ DD 10,1996/1839E. 1997/2585K., DKD. S.95, s. 626

söndürme çalışmalarına bizzat katılarak uğraş verdiği ve sözkonusu rahatsızlığının bu uğraşın hemen ardından meydana geldiği şahit ifadeleriyle anlaşıldığından, ölüm olayının görevinin neden ve tesiriyle oluştuğunun kabulü ve 2330 sayılı Yasa kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gerekçeleriyle dava konusu işlemi iptal etmiş ve ödenmesi gereken nakdi tazminat tutarının başvuru tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte tazminine karar vermiştir...Bu durumda, 5434 sayılı Yasanın 45. maddesinde öngörüldüğü haliyle ölümünün barışta güven ve asayiş koruma görevini yaptığı sırada ve bu görevinin neden ve tesiriyle meydana geldiği Emekli Sandığı tarafından kabul edilerek vazife malullüğü hükümleri uygulanan ve davalı tarafından görevli iken şehit olduğundan bahisle şehit kayıt defterine kaydedilen ...'ün mirasçılarının, 2330 sayılı Yasa kapsamında tanınan haklardan faydalandırılmaları zorunlu olup, aksi yönde tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır...Açıklanan nedenlerle davalının temyiz isteminin reddine, Ankara 10. İdare Mahkemesinin 29.12.1995 tarih ve E:1994/1358, K:1995/1714 sayılı kararının, yukarıdaki gerekçelerle birlikte onanmasına, ara kararıyla istenilen tahsis dosyasının Emekli Sandığına iadesine 25.6.1997 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.” şeklinde bir karar vermiştir. Görüldüğü üzere bu olayın oluş biçiminin şahit ifadesi haricinde öğrenilebilmesi mümkün değildir ve olay sonrası tutulan tutanaklardaki şahit beyanlarına dayanılarak hüküm kurulmuştur. Yine Danıştay 6. Dairesi⁹⁶ bir kararında,

“Davacı inşaat yerinin gösterilmesi maksadıyla idareye yazılı bir müracaatta bulunmamakla beraber şifahen müracaatta bulunduğunu ve bunun üzerine mahaline geldiklerini , yapı yeri ve röperlerinin gösterildiğini iddia etmekte ve bunu tevsikan mahaline gelen fen adamı(nın)...noterlikten alınmış beyanını ibraz etmektedir.” diyerek noter tarafından alınan beyanı kararına esas almıştır. Yine, Asliye Hukuk Mahkemesince görev yönünden

⁹⁶ DD 6, 1971/629 E., 1971/2334 K.,DKD,S.5, s.,196

reddolunan bir davada bu mahkemece toplanan diğer deliller ve tanık ifadeleri de Danıştay kararında esas alınmıştır⁹⁷.

İdari yargılama usulüne egemen ilkeler baz alındığında, kanıt serbestisi ilkesinin varlığı göze çarpmaktadır. Maddi gerçeği bulma amacından hareket ederek ve genel itibarı ile taraflar arasında idare lehine varolan güç dengesizliğinin buna sebebiyet verdiği düşünüldüğünde gerekli hallerde tanık dinlenilebilmelidir.

Öte yandan yazılılık ilkesi yargılamanın şekline ilişkin olduğuna göre uyuşmazlığın esasında kullanılacak deliller açısından sınırlayıcı bir etkisi olmamalıdır. Kaldı ki vergi yargılaması da yazılı yargılama usulüne tabidir. Ancak uyuşmazlıkla doğrudan ilgili kimselerin şهادeti burada delil niteliği taşımaktadır.

Diğer ülkelerdeki uygulamalara baktığımız zaman da şahit ifadelerinin bir şekilde yargı safhasına dahil edildiği görülmektedir. Örneğin Fransa’da, idare yargı yerlerince ilgili düzenlemelere yapılan atıflarla, yazılı yargılama yöntemlerinin mahkemeyi aydınlatmaya yetmediği durumlarda sık sık anket adı altında tanık beyanlarına başvurulmaktadır. Esasen Fransız Danıştay’ının yargılama usullerine ait düzenlemelerde bu uygulamaya değinilmediği halde, zaman zaman ve özellikle seçimlere ilişkin konularda anket usulü ile tanık ifadesine başvurduğuna rastlanılmaktadır.

Anket uygulamasında tanık sayısı belirli değildir ve bunları gösteren taraf vazgeçmedikçe hepsinin dinlenmesi gerekecektir.⁹⁸

İtalya’da da kamu personeli ile ilgili uyuşmazlıklarda yargıcın tanık dinlemesi mümkün görülmektedir⁹⁹.

⁹⁷ DD 12.,1966/908 E., 1968/3, aktaran YORGANCIOĞLU,E., ”Danıştay Yargılama Usulünde Re’sen İnceleme Yetkisi” İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler,Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara, 1976, s. 237

⁹⁸ OYTAN, M., “Türk ve Fransız Hukukunda Bilirkişi İncelemesi ,Keşif ,Delil Tespiti, Anket Uygulaması ve Sahteliğin İleri Sürülmesi” Türk İdare Dergisi, S. 398, Yıl 65, Mart 1993, s.78-79

Alman İdari Yasası da tanık dinlenmesine izin vermektedir¹⁰⁰.

Sonuç olarak idari yargılamada mahkemenin önüne gelen kimi uyuşmazlıkların tam olarak çözüme kavuşturulması için tanık beyanlarına delil olarak başvurulma zorunluluğunun hissedildiği ve diğer ülkelerin uygulamalarında şahit ifadesine başvurulmasına cevaz verildiği görülmektedir. Kanaatimce de tanık beyanları, mahkemece ihtiyaç hissedilirse idari yargıda da delil olarak kullanılmalı ve mahkeme tanığı bizzat dinleyebilmelidir.

2.4.2.DELİL TESPİTİ

2.4.2.1.Genel Olarak

Deliller kural olarak, bir dava açılmasından sonra, iddiaların ispatı için ileri sürülecek, ya taraflarca bizzat mahkemeye sunulacak ya yine taraflarca getirilmesi istenecek ya da mahkeme kendiliğinden bu delillerin yargılamaya dahil edilmesine karar verecektir. Ancak bazı hallerde süren bir davada delillerin incelenmesi safhasına geçilmeden veya daha sonra açılacak bir davaya ilişkin olarak bir takım kanıtların belirlenmesi yoluna gidildiği görülmektedir. İşte “delil tespiti”¹⁰¹ ileride açılacak bir davada kullanılacak olan veya derdest olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş bulunan

⁹⁹ ELÇİM, M. a.g.t, s.96

¹⁰⁰ AZRAK, Ü., “Yargı ve İdare İki Fonksiyonun Karşılaşması Üzerine Teorik Bir Deneme” İ.Ü.H.F.M., S. 1-4

¹⁰¹ Doktrinde yapılmış olan diğer tanımlar için bkz: ALANGOYA, Y. ” Medeni Usul Hukuku Esasları” İstanbul 2000, s.328; KURU, B. ” Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu”, Ankara, 1968, s. 4426; PEKCANITEZ, H; ATALAY, O; ÖZEKES, M., ” Medeni Usul Hukuku”, 2. B., Ankara 2001, s. 573; YILMAZ, E. “Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri”, C. 2, Ankara 2001, s. 1335

¹⁰¹ AKYOL, L., “Medeni Usul Hukukunda Delillerin Tespiti” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2003 s.46

¹⁰¹ TANRIVER, S., ” Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı”, Ankara 1998, s. 6, 46., ÖZKAN, H., “Açıklamalı-İçtihatlı İhtiyatı Tedbir, Delil Tespiti Ve İhtiyatı Haciz İle Kamu Alacağının Tahsilinde İhtiyatı Haciz”, Adalet Yayınevi, Ankara, 1997, s. 268; PEKCANITEZ, H; ATALAY, O; ÖZEKES, M., a.g.e., Ankara 2001, s. 573; YILMAZ, E. a.g.e., C. 2, Ankara 2001, s. 1335

delillerin, kaybolması veya ispat gücünün azalması gibi tehlikeleri bertaraf etmek amacıyla, tahkik edilme aşamasından önce incelenmesini veya mevcut bir durumun korunmasını sağlayan usuli bir kurumdur¹⁰². Nitekim HUMK'nun 369. maddesinde “Kanunu Medeni hükmü mahfuz kalmak şartıyla ancak şimdiden zabıt ve tespit olunmazsa ileride zayi olacağı veya ikamesinde çok müşkülât çıkacağı melhuz olan deliller bu fasıl hükmüne tevfikân tespit olunabilir.” hükmü vazedilmiştir.

Yasada bir ayırım yapılmadığı için kesin ve takdiri nitelikteki tüm delillerin tespiti istenebilir.

Delil tespiti bir dava olmadığından tespitin yapılması ile dava açmanın maddi hukuk ve usul hukuku anlamında doğurduğu bir kısım sonuçlar oluşmayacaktır. Örneğin, delil tespiti talebinden sonra, tespit talebine ilişkin dilekçede gösterilen hasma karşı, aynı konu ile ilgili ve aynı sebebe dayanarak dava açılırsa, bu derdestlik durumu meydana getirmez.¹⁰³

Delil tespiti talebi zamanaşımını kesmez. Ancak zamanaşımının öğrenme ile başladığı hallerde, tespit talebinde bulunma tarihi önem kazanır. Zira bu halde, delil tespiti talebi ile mahkemeye başvurulduğu tarih, talepte bulunanın o hususu öğrenmiş olduğu tarih kabul edilir.

HUMK'nun 370. maddesinde “ Delillerin tespiti için salahiyyetli olan mahkeme, davanın rüyet edildiği veyahut dava ikame olunmamış ise en seri ve en az masrafla delilin tespiti kabil bulunduğu mahkeme veya sulh hakimidir.” denilerek yetkili mahkeme belirlenmiştir. Müelliflerin çoğu hem yetkili hem görevli mahkemenin aynı olduğu görüşündedir¹⁰⁴. Buna karşın diğer bir takım görüş taraftarları¹⁰⁵ “...Ülkemizde artık tek hakimli yargı

¹⁰² AKYOL, L., a.g.t., s.48

¹⁰³ TANRIVER, S., a.g.e., s. 6- 46., ÖZKAN, H., a.g.e., s. 268

¹⁰⁴ Örneğin KURU, B., a.g.e., s.4428

¹⁰⁵ ÖZKAN, H., a.g.e., s. 269 vd.

çevresi kalmamıştır. Her yargı çevresinde asliye teşkilatı oluşmuştur. Asliye ve sulh hakimleri aynı çatı altında görev yapmaktadırlar. Hal böyle olunca , 370. maddenin öngördüğü en seri ve en az masrafla delilin tespitini kabil bulunduğu mahkeme unsurunun, sadece ve sadece mahal itibarı ile selahiyeti kapsadığı kesinlikle ortaya çıkar. Zira aynı çatı altında çalışan mahkemeler ve hakimler için kolaylık ve ucuzluk koşullarının oluşamayacağı kuşkusuzdur.” savını ileri sürmektedir. Ancak uygulamada genel olarak delil tespitinin sulh mahkemelerince yapıldığı görülmektedir. Kanaatimce çıkması muhtemel problemler gözetildiğinde bu husus açık bir düzenleme gerektirmektedir.

Delil tespiti ayrı bir dava olmayıp, açılmış veya açılacak olan, davaya bağlı bir işlem olması nedeniyle, delil tespitine ilişkin işlemler ile ilgili dosya, esas dava dosyasının içine konulur ve onun eki sayılır .

Delil tespiti sırasında yapılan ve bu şekilde delil tespiti dosyasında yer alan ikrar, mahkeme içi ikrar sayılır.

Delil tespiti ayrı bir dava olmadığı için ıslah edilemez. Bu talebe karşı dava açılmayacağı gibi, müdahalede edilemez.

Delil tespitinin hukuki niteliği konusunda doktrinde bir görüş birliği mevcut değildir. Bir görüş, delil tespitini açılmış veya açılacak olan “ davaya bağlı bir işlem “ olarak nitelendirmektedir. Bu konuda ileri sürülen bir başka görüş ise delil tespitinin, açılmış veya açılacak bir davada ileri sürülecek olan, fakat henüz inceleme sırası gelmemiş delillere yönelik bir çeşit ihtiyati tedbir olduğudur. Ayrıca delil tespiti işleminin, üst bir kavram olarak geçici hukuki himaye tedbirleri içinde delillere yönelik koruma sağlayan bir geçici hukuki himaye tedbiri türü olduğu da savunulmuştur.

Delil tespiti kararı bir ara karardır. Dolayısıyla delil tespiti talebinin mahkeme tarafından kabul edilmesi ve bunun üzerine bu kararın icra edilmesi ise usul işlemi sayılabilir¹⁰⁶.

Delil tespitinin koşulları ise şu şekilde sıralanabilecektir:

- Delil tespiti derdest veya açılacak bir davaya dayalı olmalıdır.
- Tespit isteminde bulunan kişinin , açılmış ya da açılacak olan bu davada taraf olması gerekir.
- Delillerin bu şekilde önceden tespitinde istem sahibinin hukuki yararı bulunmalıdır.

Bu kanıtların tespiti sadece varlığına ilişkin olup, bu işlemin mahkemece yapılmış olması değerlendirme aşamasında delile bağlayıcı bir özellik katmaz. Üstelik bu tespit sonrası taraflardan her biri saptanmış delilleri kullanabilecektir.

Tespit işlemine deliller farklı yargı çevresinde ise diğer yargı çevresinde bulunan delillerin tespiti işlemi için talimatla diğer delillerin bulunduğu mahkemeden tespit isteme olanağının varolup olmadığı da tartışmalıdır. Buna göre bazı müellifler¹⁰⁷ her ne kadar uygulamada buna rastlanılsa da bu isteklerin yasal olmadığı görüşündedirler. Ancak kanaatimce buna imkan tanınarak işlemler hızlandırılmalıdır.

Delil tespiti istemi konusunda verilecek karar pek tabii olarak ya kabuldür ya da reddir. Delil tespiti işleminin reddine ilişkin olarak ise itiraz ya da temyize gidilemez. Zira bu konuda pozitif hukukta bir düzenleme mevcut değildir. Ancak kanaatimce bu konuda bir düzenlemeye gidilmeli ve olası hak kayıpları engellenmelidir.

¹⁰⁶ BERKİN,N., “Medeni Usul Hukuku Esasları”,Hamle Matbaası, İstanbul,1969, s. 122.

¹⁰⁷ ÖZKAN,H., a.g.e., s.275

Delil tespiti yapıldıktan sonra ise, yapılan tespite ilişkin olarak karşı tarafın itiraz hakkı vardır. Bu itiraz tespiti yapan hakim tarafın incelenir. İtiraz tespit işleminde hata yapıldığına ilişkin olabileceği gibi eğer bilirkişi marifetiyle yapılan bir tespit işlemi varsa bilirkişi raporuna karşı da itiraz ileri sürülebilecektir. İtiraz sonrası, bu istem reddolunabileceği gibi yeni bir tespit işlemi yapılabilir; yeni veya ek bir bilirkişi raporu istenebilir.

Bu konuda değinilmesi gereken bir nokta ise noterler tarafından yapılan tespitlerdir. Nitekim Noterlik Kanunu'nun 61. maddesinde "Noterler bir şeyin veya bir yerin hal ve şeklini, kıymetini, ilgili şahısların kimlik ve ifadelerini tespit ederler.." denmektedir. Elbette HUMK bünyesinde düzenlenen delil tespiti kurumu, mahkeme aracılığı ile icra edilen ve gerektiğinde hakimin tanık dinleyebildiği, gerekli gördüğü hallerde yemine başvurabildiği, soru sorabildiği, açılmış ya da açılacak bir dava münasebetiyle başvurulacak bir kurumdur. Ancak Noterlik Kanunu çerçevesinde yer alan delil tespiti kurumunda noterin tespiti istenen delilin nerede ve ne amaçla kullanılacağını araştırmak gibi sorumluluk ve yetkisi yoktur. Öte yandan noterler hukuki ihtilafa ilişkin olarak tanık dinleyebilmekte, ancak ceza davalarına ilişkin olarak ise tanık ifadesine başvuramamaktadırlar¹⁰⁸. Buna rağmen noterler tarafından yapılan tespit işlemleri aksi ispatlanana kadar geçerlidir. Şu halde pratikte tespit işleminin yapılışındaki farklılıklar haricinde delil olarak her ikisi de takdiri delil niteliğini arzedecektir. Fakat mahkemece yapılan tespit esnasında gerekli hallerde bilirkişi dinlenmesi, yemin kurumuna başvurulabildiği gözetildiğinde, noter tarafından yapılan tespit işlemi özellikle delilin kaybolması, ortadan kalkması gibi durumlarda, yani tekrar bu tespitin mahkemece yapılmasının güç ya da imkansız olması ile idari yargıda tanıkların mahkemece dinlenmemesi hallerinde önem taşıyacaktır.

¹⁰⁸Bkz., 20.05.1975 Gün ve 1983 sayılı Türkiye Noterler Birliği Genelgesi

2.4.2.2. İdari Yargıda Delillerin Tespiti

Tarafların, iddia ve savunmalarını dayandırdıkları delillerin, kaybolması veya ileri sürülmesinde güçlük çıkması gibi bir tehlikesinin bulunması halinde, adli yargıda olduğu gibi idari yargıda da delillerin tespit edilmesine gerek duyulabilir. Bu durumda ilgilinin yargılama esnasında kullanılmak üzere bahse konu delillerin saptanmasını istemesi gerekebilecektir. İşte bu nedenle İYUK 31. maddesinde HUMK'na yaptığı yollamayla ve yine 58. maddesinde yer alan düzenleme ile delil tespitinin yapılabileceğini hükme bağlamıştır.

“Delil tespiti hususu ilk olarak 521 sayılı yürürlükten kaldırılmış olan Danıştay Kanunu ve daha sonra yürürlüğe giren 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu ile düzenlenmiştir. 521 sayılı eski Danıştay Kanunu 88. maddesinde delillerin tespiti konusunda, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa açıkça yollamada bulunmuştur. 521 Sayılı Danıştay Kanunu'nun 90. maddesinde, ‘ taraflar Danıştay’da idari dava açıldıktan sonra bu davaya ilişkin delillerin tespitini ancak Danıştay’dan isteyebilirler’ hükmü yer almaktaydı. Bu maddenin gerekçesinde ise ‘Danıştay da açılmış veya açılacak davalarda da delillerin tespiti lüzumu hâsıl olmaktadır. Danıştay’ca delil tespiti yapılması, usulü dairesinde dava açıldıktan ve bu davanın, Danıştay’ın görevine girdiği anlaşıldıktan sonra mümkün olabilir. Bu itibarla tasarıda dava açılmadan önce Danıştay’a delil tespiti görevi verilmiştir’ ifadesi yer almıştır. 521 sayılı mülga Danıştay Kanunu’nun açık hükmü ve gerekçesi nedeniyle Danıştay’da henüz dava açılmadan önce yapılan delil tespiti talepleri reddedilmiştir. Dava açılmadan önce delil tespiti taleplerinin adli yargı yerlerince karar bağlanabileceği şeklinde bir uygulama bulunmaktaydı. Ancak, dava açıldıktan sonra delil tespiti talebinin Danıştay’a yapılabileceği kuralı getirilmiştir. Dava açıldıktan sonra delil tespitinin ancak Danıştay dan istenebileceği kuralı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 58. maddesinde de benimsenmiştir.”¹⁰⁹

¹⁰⁹ AKYOL, L., a.g.t., s.50

2577 sayılı Kanunu'nun 58. maddesinde “ taraflar idari dava açtıktan sonra bu davalara ilişkin delillerin tespitini ancak davaya bakan Danıştay, idare ve vergi mahkemelerinden isteyebilirler” şeklinde getirilen düzenleme ile idari yargıda dava açıldıktan sonra yapılacak delil tespiti taleplerinin sadece ilgili idari yargı yerlerine yöneltilebileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak dava açılmadan önce baş gösterecek delil tespiti ihtiyacına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durumda HUMK'na yapılan atıf gereğince yetkili ve görevli mahkemenin tespiti yoluna gidilmelidir.

Esasen idari yargılama yerlerince dava açılmadan önce delillerin tespitinin yapılmasında mevzuat açısından bir engel yoktur. Ancak Danıştay içtihatlarına göre, idari dava açmadan önce, idari yargı yerlerinden delillerin tespitinin istenmesi mümkün değildir. Buna göre dava açılmadan önce idari yargı yerlerinden delil tespiti talebinde bulunulması halinde bu talebin reddedilmesi gerekir¹¹⁰. Danıştay'a göre, ilgili, idari dava açılmadan önce adli yargı yerlerine başvurarak delil tespiti talebinde bulunabilir. Danıştay'ın bu tutumu delillerin tespiti konusunda yollama yapılan HUMK'nun 370. maddesinde yer alan “dava ikame olunmamış ise en seri ve en az masrafla delilin tespitinin kabil bulunduğu mahkeme “ hükmü ile bağdaşmamaktadır¹¹¹.

Danıştay kararları incelendiğinde idari dava açılmadan önce delil tespitinin adli yargı yerleri tarafından yapılması gerektiğine ilişkin sonuca nasıl ulaşıldığına dair bir gerekçe sunulmadığı görülmektedir. Ancak, adli yargı mercilerince maddi vakıaların tespitine ilişkin olarak verilen kararların aksi ispatlanmadıkça hukuki geçerliliğini muhafaza etmesi nedeniyle idari yargı alanında da kullanılabileceği biçiminde Yüksek Mahkeme içtihatlarına rastlanmaktadır. Kanaatimce adli yargı ağının genişliği gözetilerek ve idari yargının yükünün daha da arttırılmaması amaçlanarak bu şekilde bir hükme

¹¹⁰ DD 10, 1965/3483 E. 1966/1189 K., DKD, S.103-106, s. 380

¹¹¹ GÖZÜBÜYÜK,Ş., a.g.e., s. 472; KURU,B., a.g.e., s. 4435

varılmıştır. Ne var ki idari davalar açıldığı andan itibaren delil tespiti dahil her türlü işlemin idari yargı yerlerince yapılması gerektiği görüşünde olan Danıştay'ın bu iki tutumu birbiri ile çelişmektedir. Zira Danıştay tarafından, idari yargı kolunda görülen teşkilat sorununa karşın, dava açıldıktan sonra ancak idari yargı mercilerince delil tespiti yapılabileceği öngörülmektedir. Dava açılmadan önce adli yargı makamlarınca yapılan tespitler geçerli bir delil olarak kabul edilirken, dava açıldıktan sonra ilgili tespitlerin başka mahkemelerce yapılamaması ilginç bir detaydır. Çünkü eğer tespiti yapılacak delilin özelliği, yalnızca idari yargı hakimi tarafından yorumlanabilmesine olanak tanıyorsa, bu halde zaten görülmekte olan dava esnasında hakim bunu tayin ve takdir edebilecek; diğer zaruret duyulan hallerde ise adli hakim, bilirkişi ile birlikte delil saptamasında bulunabilecektir. Öte yandan örneğin bir idari davaya konu delilin kaybolması, bozulması, kısaca kullanılamaz hale gelmesi tehlikesi karşısında veya tanık dinlenilmesini gerektiren hallerde noterden yapılan bir tespite itibar edildiği gözetildiğinde neden adli yargı yerlerince yapılan tespitin kabul görmediğini anlamak mümkün değildir. Nitekim Danıştay tarafından verilen bir kararda¹¹² davacının izinsiz olarak görevine devam etmemesi sebebiyle görevden çekilmiş sayılmasına ilişkin olarak tesis edilen idari işlemin iptali için açılan davada, idarenin herhangi bir belge sunmamasına karşın davacının, noterde alınan tanık beyanları doğrultusunda işyerinde olduğunun kanıtlandığına hükmedilmiştir.

2.4.3.İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUNU TASARISI

Uygulamanın çok daha fazla önem kazandığı idari yargı alanında ihtiyaçlar doğrultusunda yerleşik içtihatların aksine bir takım değişikliklerin yapılması gereği açıktır. İşbu sebeple İYUK'nda değişiklik yapılması için yasa tasarısı hazırlanmıştır. Söz konusu tasarının delillere ilişkin maddeleri

¹¹² DD 5, 1981/2124 E. 1985/2532 K., DKD Y.16, S.62,63, s. 201

incelendiğinde, 2577 sayılı Kanun'un 31. maddesinden sonra getirilmesi planlanan ve "kabul" başlığını taşıyan 31/c fıkrasında;

"Kabul, şarta bağlı olmaksızın her aşamada, iptal davasında dava konusu idari işlemin yetkili makam tarafından geri alındığına; tam yargı davasında ise davacı talebinin kısmen veya tamamen kabul edildiğine ilişkin idare beyanının yargı merciine yazılı olarak bildirilmesidir.

Davayı kabul, iptal ve tam yargı kararlarının hukuki sonuçlarını doğurur.

Yargılama giderleri kabul eden tarafa yüklenir." şeklinde bir tanımlama ve bu tanıma ilişkin hukuki neticenin kabul edildiği görülmektedir. Burada ikrarın, nitelik açısından kesin delil olarak kabul edildiği anlamı çıkarılabilir.

Bundan başka , söz konusu tasarıda idari yargı yerlerinin, re'sen veya istem üzerine davayla ilgili araştırma ve incelemelerin yapılabilmesi için davanın her aşamasında keşfe karar verebileceklerine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmektedir. HUMK'ndan ayrı olarak keşfin yalnızca taşınmazlara ilişkin yapılabileceğine dair idari yargılama prosedürüne uygun bir düzenleme yapıldığı dikkati çekmektedir. Ancak idari yargıda keşif başlığı altında nedenleri incelendiği üzere keşif kavramının dar yorumlanması sakıncalıdır ve söz konusu fıkranın taşınır malların incelenmesinin de dahil edilerek yeniden düzenlenmesi gerekecektir. Mevcut tasarıda, bahse konu düzenlemede keşfin istinabe suretiyle gerçekleştirilebileceği de belirtilmiştir. Yine, "Tarafların istemi üzerine veya re'sen konuyla ilgisi belirlenen kişiler keşif sırasında dinlenebilir ve beyanları tutanağa kaydedilir." ifadesi kullanılmıştır. Ancak, "konuyla ilgisi olan kimselerin" nasıl belirleneceği ya da konuyla ilgili olmak kavramlarının yeterince açık düzenlenmediği kanısındayım. Eğer bu ilgililer tanık konumunda ise, idari yargının genel uygulamasından vazgeçilip uygulamada tanık dinlenmesine cevaz mı verilecektir? Eğer keşif esnasında tanık dinlenebilecekse mahkemelerde

dinlenmesi yolunun açıldığı mı kabul edilecektir? Yahut bu yalnızca keşfe özgü bir nitelik olarak görülecekse söz konusu ayırımın gerekçesi ne olacaktır? Kanaatimce bu fıkra öncesinde idari yargı yerlerinde tanık dinlenmesine yönelik bir düzenleme yapılmalı eğer uygulamaya paralel biçimde tanık dinlenmesi uygun bulunmamakta ise keşif esnasında dinlenebilecek “ilgililer” deyimini açıklığa kavuşturulmalıdır.

Tasarıda oldukça ayrıntılı olarak bilirkişi kurumuna yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme

“Danıştay, mahkeme veya hâkim, çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren durumlarda bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözülmesi olanağı bulunan konularda bilirkişiye başvurulamaz.

Bilirkişi incelemesine gerek görülen hallerde Danıştay veya mahkeme, bilirkişi incelemesini heyet halinde yaptırabileceği gibi, incelemeyi yaptırmak üzere bir üyeyi de görevlendirebilir. Tek hâkimle bakılan davalarda bu inceleme hâkim tarafından yaptırılır.

Bilirkişi seçimi Danıştay, mahkeme veya hâkim tarafından resen yapılır ve seçilen bilirkişilerin isim ve unvanları taraflara tebliğ olunur.

Belli konularda oy ve düşüncesini bildirmek için resmen görevlendirilmiş kişi ve kuruluşlar varsa bilirkişi bunlar arasından seçilir.

Danıştay, mahkeme veya hâkim bilirkişi olarak bir kişi görevlendirebileceği gibi üç veya beş kişiden oluşan bir kurul da görevlendirebilir.

Bilgisine başvurulacak hususu bilmeksizin meslek ve sanatını yapmasına olanak bulunmayan ve açıkça meslek ve sanatını icra eden

kimseler, uzmanlıkları konusunda bilirkişiliği kabul etmek zorundadırlar. Bunlar yalnız 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda yer alan tanıklar hakkındaki çekinme nedenlerinden dolayı bilirkişilikten çekinebilirler.

.....Görevli üye veya hâkim bilirkişi raporunun kaç örnek olacağını ve iki ayı geçmemek üzere verilecek süreyi belirler; bilirkişilerin başvurusu üzerine işin niteliğine göre bir ayı geçmemek üzere ek süre verilebilir.

.....Bilirkişinin ücreti üye veya hâkim tarafından takdir olunur. Bilirkişi ücretinin süre verilip iki kez istenilmesine rağmen yatırılmaması halinde dosyadaki bilgi ve belgelere göre karar verilir. Bilirkişi incelemesi yaptırılmasına mahkemece kendiliğinden karar verilmişse, bilirkişi ücretinin taraflardan veya Devlet hazinesinden tahsil edilmesi yoluna gidilir. Bilirkişi ücretiyle ilgili ilkeler keşif giderlerinde de uygulanır.

.....Bilirkişinin oy ve görüşleri hâkimi ve mahkemeyi bağlamaz.” şeklindedir. Ancak burada uygulamanın dışına çıkan ya da ışık tutacağını düşündüren; kısaca yenilik getiren bir yönün mevcut bulunmadığı görüşündeyim. Örneğin bilirkişinin, kendisine verilen süre içinde raporunu teslim etmemesi halinde nasıl bir müeyyide uygulanacaktır? Yine söz konusu süre kaybı dolayısı ile maddi edim içeren uyuşmazlıklarda işleyebilecek faiz alacağından kim sorumlu tutulacaktır? Taraflarca istenen bilirkişi incelemesi konusunda iki kez ücret yatırılmamışsa ve fakat makul olarak nitelendirilebilecek bir gerekçe sunulur ve tekrar süre istenirse mahkeme söz konusu istemi kanunun lafzına dayanarak inceleme yapmaksızın red mi edecektir?

Söz konusu tasarıda delil ve ispat kavramlarına yönelik düzenlemeler bunlardan ibaret olup kanaatimce oldukça eksiktir ve bugün uygulamada karşılaşılan sorunların çözümü için yeterli olmayacaktır. İşbu sebeplerle idari yargıda nelerin delil olarak kabul edileceğine ilişkin daha net çizgiler koyan bir düzenleme gerçekleştirilmelidir.

SONUÇ:

Bir ülkede hak ve adaletin temini, evrensel nitelikteki insan haklarını da kapsayacak biçimde, idarenin de hukuka bağlı olduğu düzenlemelerin varlığı ile mümkündür. Zira idarenin, bir devlete ait tüm kamu gücü ve otoritesini elinde tuttuğu düşünüldüğünde, bireyler karşısındaki üstünlüğü tartışmasızdır. Ancak gerçek anlamda hukuk devleti ilkesini hayata geçirme çabası içinde olan ülkelerde, mevcut eşitsizliğin, idarenin keyfi davranmasına imkan vermemesi için, yargısal denetim metodu kabul edilmiştir. Buna göre öncelikle idarenin faaliyet alanları, bu alanlardaki takdir yetkisi ve tüm hak ve yetkileri ile ödevleri önceden belirlenmektedir. Eğer idarenin tasarruflarından ötürü bir uyumsuzluk mevzubahis olursa konu yargıya taşınacak ve bir inceleme başlatılacaktır.

İdari tasarruflar, başta amaç ve kapsam yönünden olmak üzere özel hukuk tasarruflarından ayrılmaktadır. Doğal olarak idare hukuku ile özel hukuk ve adli yargı ile idari yargılama sistemi arasında bir takım farklılıklar oluşmuştur. Ülkemizde idari uyumsuzlıklardan kaynaklanan davaların halli idari yargı düzeni içinde sağlanmakta yani ayrı bir teşkilat ve yargılama sistemi mevcut bulunmaktadır.

İdare hukuku genç bir hukuk dalı olması sebebiyle sürekli değişmekte; içtihatlarla yön bulmakta ve idarenin fonksiyonlarının gelişmesine eşdeğer olarak şekillenmektedir. Elbette bu şekillenmede ihtiyaçlar ön plana çıkmaktadır. Mevcut ihtiyaçlardan biri şu ana kadar pek ele alınmayan delil kavramı ve içeriğine ilişkin bir takım düzenlemelere gidilmesi gereğidir. Gerçekten de yargılama esnasında, maddi gerçeğin tam anlamıyla ortaya çıkması, dava konusu iddiaların ispatı ile mümkün olmakta bu nedenle de ispat vasıtaları önem kazanmaktadır. Zira hakim, mevcut ispat vasıtalarını mevzuat çerçevesinde değerlendirerek bir hükme varacaktır. Konu ispat vasıtaları olan deliller açısından incelendiğinde İYUK'nda, HUMK'na yapılan atıf dolayısı ile delillerin değerlendirilmesi ve bu delillerin tespiti noktalarında

genel anlamda bir paralellik gözlenmektedir. Bu konudaki ayrılıklara gelince; örneğin idari uyuşmazlıkların bünyesine uygun olmadığı için yemin delili idari yargıda bir ispat vasıtası olarak kullanılamayacaktır. Öte yandan içtihatlar doğrultusunda yerleşen görüş dolayısı ile, yazılı yargılama usulünün uygulandığı bu yargı kolunda, idari yargı yerlerince tanık dinlenememektedir. Oysa tanık delilinin, gerekli hallerde kullanılamayacağına ilişkin açık bir kural vazedilmemiştir. Esasen re'sen araştırma ilkesi de kapsam olarak buna olanak sağlamaktadır. Üstelik idari yargının konusuna giren birtakım uyuşmazlıklarda olayın tam olarak aydınlatılabilmesi için tanık dinlenmesi elzemdir. Bu çalışmada yerleşik içtihada bahse konu gerekçelerle karşı çıkılmıştır. Yine idari yargı alanında tartışmaya sebep olan bir diğer konu idari yargı yerlerinde dava açılmadan önce delil tespiti yapıp yapılamayacağı konusudur. Yargı içtihatları bu aşamada idari yargı mercilerinden talepte bulunulamayacağı yönündedir. Oysa bu husus delillerin tespitine ilişkin olarak HUMK'nun 370. maddesinde "Delillerin tesbiti için salahiyyetli olan mahkeme, davanın rüyet edildiği veyahut dava ikame olunmamış ise en seri ve en az masrafla delilin tesbiti kabil bulunduğu mahkeme veya sulh hakimidir." biçiminde vazedilen hükme aykırıdır. Ancak bu tespitin yapılamayacağına ilişkin içtihada, idari yargı yerlerinin iş yükünü artırmamak ve tüm ülke çapında adli yargı ağının çok daha yaygın olması temel teşkil etmiştir. Ancak bu durumda, idari davaların açılmasından sonra diğer yargı yerlerince yapılan delil tespitlerine neden itibar edilmediği tartışılabilir. Öte yandan idari yargı yerlerinin, noterlerce yapılan delil tespitini delil olarak göz önünde bulundurmalarına karşın neden adli yargı hakiminin yaptığı tespitin kabul görmediğini anlamak zordur. İşte bu çalışmada özellikle bu noktalara temas olunmaya ve konular yargı kararları ile doktrinsel görüşler yardımıyla desteklenmeye çalışılmıştır.

Bundan başka idari yargılama sürecinde gizlilik ilkesi ile delillerin çoğu zaman idarenin elinde bulunması, yargısal denetimi güçleştiren noktalardır ki çalışmada bu konulara da yer verilmiştir

Neticeten bu çalışmada hem idare hukukunun ayrı bir yargı kolu olarak ayrılmasının sebeplerine ve hem de idari yargılama sistemi içerisinde delil kavramının arzettiği önem ile kendine has özelliklerine değinilmeye çalışılmıştır. Bunun için öncelikle genel olarak delil kavramının içeriği incelenmiş; adli yargı sistemi içerinde delil kavramı daha yerleşik bir hal aldığı için her iki sistem açısından uygulanabilir yönler göz önünde bulundurularak, idare hukuku anlamında özellik gösteren konulara ve uygulamaya temas olunmuştur.

KAYNAKÇA:

AKILLIOĞLU, Tekin “ Yönetim Önünde Savunma Hakları” , TODAİE Yayınları, Ankara,1983

AKILLIOĞLU, Tekin, “ Yönetimde Açıklık, Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı” 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İkinci Kitap,Kamu Yönetimi 1-4 Mayıs,Ankara,1990

AKİPEK,Jale.,”Türk Medeni Hukuku”,I. Cilt,,Sevinç Matbaası,Ankara,1973

AKYOL, Leyla. “Medeni Usul Hukukunda Delillerin Tespiti” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara,2003

ALANGOYA, Yavuz” Medeni Usul Hukuku Esasları “İstanbul 2000,

ALDAN, Mehmet “ İdari Yargıda Kısıtlanan Savunma Hakkı”, 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs,Ankara,1990

AZRAK, Ali Ülkü “ Millileştirme ve İdare Hukuku “ , İstanbul, 1976

AZRAK, Ali Ülkü “Yargı Ve İdare İki Fonksiyonun Karşılaşması Üzerine Teorik Bir Deneme” İÜHFM, sayı 1-4

BALTA, Tahsin Bekir, “İdare Hukuku”,Ankara Üniversitesi Yayınları Ankara, 1971

BEREKET, Zuhul “ Hukukun Genel İlkeleri Ve Danıştay” ,Yetkin Yayınları, Ankara, 1995

BEREKET, Zuhul,”İdari Yargılama Usulünün Yazılılık Özelliği Ve Tanık İfadelerinin Noterlerce Alınması” Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Kasım 1996,Sayı 92

BİLGİN, Pertev,”İdare Hukuku Dersleri, İdare Hukukuna Giriş “İstanbul,1996

CANDAN Turgut, “Tesbit Davası Ve İdari Yargı”, Danıştay Dergisi, S. 72-73, syf.3-7

ÇAĞLAYAN Ramazan, “ İdari Yargı Kararlarının Sonuçları Ve Uygulanması” Seçkin Yayınları, Ankara, 2000

ÇIRAKMAN Erol, “Hukuk Yargılama Usulünün İdari Yargıda Uygulanması”, İdari Yargıda Son gelişmeler Sempozyumu., Ankara, 1982, syf. 102-112

DERYAL, Yahya “Türk Hukukunda Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporu Örnekleri”, Beta Yayınları, İstanbul, 2001

DURAN,Lütfi “İdari İşlemlerden Sorumluluk” , İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası., Sayı 3-4, 466

DURAN, Lütfi “İdari Yargı Adlileşti-II “, İstanbul Barosu Dergisi, C. 56, S. 7-8-9, syf.257-265

DURAN, Lütfi “İdari Yargı mı, Yargısal Denetim Benzeri mi?” ,İktisat ve maliye Dergisi. , C. 28,S.10, syf. 431-435

DURAN, Lütfü, “ İdare Hukuku Ders Notları “ İstanbul Üniversitesi Yayınları İstanbul,1982

ELÇİM ,M., “Hukuk Devleti Açısından İdari Yargılama Usulünde Kanıtlama Yöntemi ve Araçları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli, 2001

EREM,F., “ Türk Ceza Hukuku”,Seçkin Yayınevi,Ankara, 1985

EROĞLU,M., “Türk Vergi Hukukunda Delil Sistemi”,Yayınlanmamış Tez,1998,Konya

GÖZÜBÜYÜK, Şeref “Devlete Karşı Suçlarda Bilirkişilik” Adalet Dergisi, C. 70, S.5, syf. 293-294

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, “ Yönetmelik Yargı”, Turhan Kitabevi ,Ankara, 1998

GÖZÜBÜYÜK,Ş.,Tan,T.,”İdare Hukuku”,Cilt II,Genel Esaslar,Turhan Kitabevi, Ankara,2001

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, “Yönetim Hukuku” ,Turhan Kitabevi,Ankara, 1998

GÜNDAY, Metin “1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsam Ve Sınırları” 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs, Ankara,1990

GÜNDAY, Metin, “ İdare Hukuku” İmaj Yayıncılık, Ankara,1997

HONDU, Selçuk, “İdari Yargılama Usulünde Tanık ”I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1. Kitap,İdari Yargı,1-4 Mayıs ,Ankara ,1990

KABOĞLU, İbrahim, Ö.,” Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Jürisprundansı Ve İdari Kararların Gerekçeli Olma Zorunluluğu” , I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1. Kitap,İdari Yargı,1-4 Mayıs ,Ankara ,1990

KALAY, Ali “ Bilirkişi Kurumu Fayda ve Sakıncaları “Maliye Dergisi, S. 48, syf. 148-159

KARAKOÇ Yusuf “Vergi Yargılaması Hukukunda Bilirkişilik Uygulaması”, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, Y.1 s.5,syf 8-19

KARATEPE, Şükrü, “İdarenin Takdir Yetkisi “Türk İdare Dergisi, Yıl:63,Eylül 1991,s.392

KARAVELİOĞLU, Celal, “Açıklamalı ve En Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu”, Trabzon, 1993

KAYGISIZ, Mustafa, “ Hukuk Sistemimizde Olay Yeri İncelemesi Delil ve Bilirkişilik” Ankara ,1998

KIRATLI, Metin, “Danıştayın İdarenin Takdir Yetkisini Denetlemesi “, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, Sayı:6 s. 31

KÖROĞLU, Hasan,”En Son Değişiklikleriyle Uygulamada ve İçtihatlarda Türk Mahkemelerinde Bilirkişilik ve Bilirkişi Kurumları” Seçkin Yayınları, Ankara 2001

KUNTER N.,YENİSEY F., “Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku” Beta Yayınları, İstanbul 2000,

KURT Şahin, “Hukuk Davalarında Keşif “ Adalet Dergisi , C.75, S. 1,syf. 48-61

KURU Baki” Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu”,Sevinç Matbaası, Ankara, 1968

KURU,Baki,ARSLAN Ramazan.,EJDER Yılmaz.,”Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı”,Yetkin Yayınları,Ankara ,1999

MÜLAYİM, Ziya Gökalp; GÜNEŞ, Turan “ Yeni Bilirkişi Rehberi” ,Ankara,1986

ONAR Sıddık Sami,” İdare Hukukunun Umumi Esasları”, İsmail Akgün Matbaası, ,İstanbul,1960

OYTAN, Muammer, “ Yargılamanın Yargılama Teknikleri İle Sınırlanması”, 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs, Ankara,1990

OYTAN., Muammer, “Türk Ve Fransız Hukukunda Bilirkişi İncelemesi ,Keşif,Delil Tespiti, Anket Uygulaması Ve Sahteliğin İleri Sürülmesi “ Türk İdare Dergisi ,Yıl:65,Sayı 398,Mart 1993

ÖNEN Ergun “Medeni Yargılama Hukuku”,Sevinç Matbaası ,Ankara, 1979

ÖZAY, İl Han “ İkinci Bine Kavuşurken Günışığında Yönetim”,Alfa Yayınları, İstanbul, 1992

ÖZAY İl Han “ Türkiye’de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı” İdari Yargıda Son gelişmeler Sempozyumu, Ankara, 1982, syf. 11-31

ÖZBUDUN, Ergun “ Türk Anayasa Hukuku” ,Ankara,1998

ÖZDEŞ, Orhan, “İdari Yargı Ve Yargılama Usulünün Özellikleri” Danıştay Dergisi, Yıl: 4, S: 12-13

ÖZKAN, Hasan, “Açıklamalı-İçtihatlı İhtiyati Tedbir Delil Tespiti ve İhtiyati Haciz İle Kamu Alacağının Tahsilinde İhtiyati Haciz “ ,Ankara, 1997

ÖZSOYLU Kırdar “ İdari Yargıda Tesbit Davalarının Yeri “ Danıştay Dergisi, S. 68-69, syf. 136-139

ÖZTÜRK Bahri,ERDEM M., ÖZBEK V.Ö.,”Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku ”Seçkin Yayınevi, Ankara,2000

PEKCANITEZ, Hakan;ATALAY, Oğuz; ÖZEKES, Muhammet ” Medeni Usul Hukuku”,, Ankara 2001

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

POSTACIOĞLU, İlhan, “Medeni Usul Hukuku Dersleri”, Sulhi Garan Matbaası İstanbul,1980

RENAİD DENOİX DE SAINT MARK VE DANTİEL LABETOULLE “ Fransız İdari Yargı Hakiminin Dava Dosyasının Tekemmülü Safhasında Haiz Olduğu Yetkiler” Çev: Erçetin YORGANCIOĞLU, Danıştay Dergisi Cumhuriyetin 50. Yılı Özel Sayısı

SUNAY ŞENLEN Süheyla” İdari Yargılama Usulü’ne Hakim Olan İlkeler Karşısında İsbat ve Delil Hususları” İstanbul, 1997

ŞENGÜL Selami, “ Özel Hukukta ve Vergi Hukukunda Delil Sistemi”, Maliye Dergisi, C.47, S.1, syf. 68-86

ŞENGÜN Kemal Oğuz,“ Bilirkişi Sorumluluğu ve Sonuçları “,Adalet Dergisi, S.7, syf. 456-473

TAN, Turgut, "İdarenin Özel Hukuk Alanındaki İşlemleri "125. Yıl II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi-İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri" 10-14 Mayıs Ankara, 1993

TANRIVER, S." Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı", Ankara 1998

TELLİ, Semih, Tekin, "İdari Yargıda Kesin Hüküm", İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler",Ankara, 1986

TOROSLU Necdet, "Ceza Muhakemesi Hukuku" Savaş Yayınevi, Ankara,1999

TUNCAY Aydın, ÖZDEŞ Orhan, BAŞPINAR, Recep " İdari Yargılama Usulü " Yüzyıl Boyunca Danıştay,2. Bası, Ankara, 1986

TUNCAY,A.,H., .," İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları",Danıştay Başkanlığı Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları,No:14, 1972,Ankara

TUNGA Onur,"Hukuk Devleti ve Savunma Hakkı", Ankara Barosu Dergisi, C. 44, s.5-6, syf. 703-710

UMAR Bilge, "İsbat Yüğü",Kazancı Yayınları, Büyükçekmece, 1980

ÜSTÜNDAĞ, Saim, " Medeni Yargılama Hukuku", C. I-II, İstanbul-1992

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı, Veldet, "Türk Anayasası Açısından Hukuk Devleti", Danıştay Dergisi S.11

YAVUZ, Nihat " Adli İsbat", Adalet Dergisi, C. 68, S. 1-2, syf. 381-399

YAYLA, Yıldızhan, " Conseil d'Etat'ın Yapısı, İşlevi ve Yaklaşımı Üzerine "İdare Hukuku Ve İlimleri Dergisi, S.1/1 ,1980

YENİCE Kazım, ESİN Yüksel " Açıklamalı Notlu- İctihatlı İdari Yargılama Usulü" Ankara, 1990

YORGANCIOĞLU, Erçetin,"Danıştay Yargılama Usulünde Re'sen İnceleme Yetkisi", İdare Hukuku Ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler,Danıştay Başkanlığı, Ankara, 1976,syf. 219-251

ZABUNOĞLU, Yahya, "İdari Yargılama Usulü: Genel İlkeler Pozitif Düzenlemeler" , İdari Yargıda Son gelişmeler Sempozyumu, Ankara, 1982, syf. 87-101

ÖZET

Ülkemiz Anayasası'na göre herkes kendini meşru delillerle savunabilir. Burada delilin ne anlama geldiği önem kazanmaktadır. Bu tez, delilin içeriğini ile sav ve savunma esnasında kullanılan araçlar anlamına gelen delilin hangi türlerinin idare hukukunda kullanıldığını incelemektedir.

Esasen Türk idare hukuku Fransız idare hukuku kaynaklıdır. Ancak uygulamada bir takım farklılıklar oluşmuştur. Örneğin ülkemizde idari yargı yerleri tanık dinlememektedir. Fakat idari yargılama sistemine sahip pek çok ülke bu sorunu farklı ad altında tanık dinlemek gibi yollarla çözmüştür. Elbette uyuşmazlıkların adil çözümü şarttır. Bu nedenle bu tezde tanık dinlemenin önemi, genellikle idarenin elinde bulunmakta olan yazılı belgelerin idare hukukundaki yeri, bilirkişi faktörü ve Türk idare hukukunda dar anlamada kullanılan keşif incelenmiştir. Sonuç olarak Türk idare hukukunun yeniden yapılandırılması gerekmektedir.

ABSTRACT

According to Constitution of our country, everyone can defence his/herself with every kind of evidence that is legal. In there, the meaning of evidence becomes important. This disertation analyses the concept of evidence which that used while alleging or defending and the types of evidence that can available in administrative jurisdiction.

In fact Turkish administrative law is roots in French law. But there becomes some difference in practice. For example administrative courts don't examine the witness in our country. But most of country that use administrative law solves this problem in some other ways like examine this people in an other name instead of witness. Of course it's necessary to solve the cases in fairly. So that this desertation reviews the importance of witness and the place of documents in administrative law that which is usually in administration's hand, authority's factor, exploration that which is used in limited meaning in our Turkish administrative law. Finally, necessity of our administrative law is reclamation again from the beginning.

