

İDARİ YARGININ GÜNCEL SORUNLARI VE YARGI KARARLARININ UYGULANMAMASI

Ş. Cankat TAŞKIN*

İdari Yargının pek çok sorunu bulunmaktadır. Ancak temel sorunlar şu başlıklar altında toplanabilir:

1. İdari Yargıçların Teminat ve Bağımsızlık Sorunu

Gerek adli gerekse idari yargıçların teminatı Anayasa ile güvence-
lenmiştir.

Buna göre, hiçbir makam, merci veya kişi, görülmekte olan bir da-
vayla ilgili olarak yargıçlara buyruk, yönlendiri (talimat) ve genelge
veremez. Yargıçlar, vicdani kanaatlerine göre serbestçe karar verirler.
(AY 138)

Yine AY m. 139'a göre, *“Hakimler ve savcılar azlolunamaz; kendileri
istemedikçe, Anayasa’da gösterilen yaştan önce (65 yaş) emekliye ayrılamaz;
bir mahkemenin veya bir kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, öde-
nek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz.*

*Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olan-
lar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılan-
lar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında
kanundaki istisnalar saklıdır.”*

Düzenleme son derece çağdaştır.¹ Yargıç ve savcılık güvencelerini

* Avukat, Bursa Barosu, Marmara Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans öğren-
cisi.

¹ İbrahim Ö. Kaboğlu, *“Son sözü söyleyebilme güçlüğü, yargı erkini bağımsız kılmayı ge-
rektirmiştir. Bağımsızlık, tarafsız karar verecek yargıcın haklı olanı dile getirmesi (jurisdi-
ctio) için vazgeçilmezdir. Bunun için ek koşul yargı mensuplarının güvenceli bir statüye*

çok iyi sağlamaktadır.² Ne var ki Anayasa ve yasalarla güvencelenen bu teminat yine başka bir Anayasa buyruğu ile kısıtlanmıştır. O da Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kuruluşunu ve işleyişini düzenleyen Anayasa m. 159 hükmüdür.³

Buna göre, HSYK üyelerinin üç asil üç yedek üyesi Yargıtay Genel Kurulu'nun; iki asil ve iki yedek üyesi Danıştay Genel Kurulu'nun kendi üyeleri arasından, her üyelik için gösterecekleri üçer aday içinden Cumhurbaşkanı tarafından dört yıl için seçilir ve Kurul'un başkanı da Adalet Bakanı'dır. Ayrıca, kurulda Adalet Bakanlığı müsteşarı da bulunmaktadır ve Kurul'un doğal üyesidir.⁴ Kuşkusuzdur ki bu durum Kurul'un bağımsızlığını ve tarafsızlığını zedelemektedir.⁵

Öyleyse, gerçek anlamda yargıçlık teminatını sağlamak için Adalet Bakanı ve müsteşar kuruldan çıkarılmalı; kurul kendi başkanını kendisi seçmeli (Yargıtay; Danıştay; Anayasa Mahkemesi başkanlarının seçilmesi gibi) ve yargıçlık teminatı tam olarak sağlanmalıdır.⁶

yerleştirilmesidir. Yargı erkini bağımsız kılıcı anayasal düzenlemeler giderek somut biçimde yapılmakla birlikte, adaletin gerçekleşmesi ereğinde yansız karar süreci için asıl olan, yargı mensuplarının çok güçlü bir hukuki formasyon almış olmaları, yani iyi yetişmeleridir.” görüşündedir. (Anayasa Hukuku Dersleri, 2. Bası-Ekim 2005-Legal Yayınları, s. 118 p. 4)

Yazara göre, 1961 Anayasası düzenlemesi yargıcın haklı olanı dile getirmesine daha elverişliydi: “hakimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna, hukuka ve vicadna kanunlarına göre karar verirler.” (bkz., a. g. e., dn 37)

² Emin Memiş, “Mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi, yargıçlık teminatı, yargıçlar ve savcılar yüksek kurulu, yüksek mahkemeler konuları ve 1982 Anayasa yaklaşımı önceki Anayasaya karşın yeni unsurlar içermektedir. Bu konular ayrıca değerlendirilebilir. Ancak şunu söyleyerek Anayasa Yargısı'na geçmek istiyorum:mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçlık teminatı kavramları değişik konumludur. Mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi, yargıçların ne yasama ne de yürütmeye bağlı olmadığı, onlardan bağımsız bulundukları, yasama ve yürütme organlarının yargıçlara hiçbir öğüt, ne emir ne de' talimat' veremeyeceği anlamını içerir. Oysa yargıçlık teminatı, yargıçların bağımsızlığını koruma amacına hizmet eden kurumlardan yalnızca birisidir. Şu var ki en önemli düzeyde izlenmektedir. Mahkemelerin bağımsızlığı konusu 'maddi anlamda' yargı yetkisine yöneliktir. Ancak, yargıçlar maddi anlamdaki işlemleri yanında idari nitelikli (personel ve kalem işleri) işlemler de yaparlar.” diyerek yargı bağımsızlığı kavramını değerlendirmektedir. (Türkiye'de Anayasa Gelişimleri Eğrisi, 1808-2005, Anayasa Hukuku Notları 4. Bası-2005-Filiz Kitabevi, s. 419, 420)

³ Celal Erkut, da aynı görüştedir. Bkz., İdari Yargı Reform Çalışmaları, Kamu Kudreti Ayrıcılıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı-Profesörlük çalışması, s. 315)

⁴ Erkut, “Tüm yargıçlar yönünden geçerli olan bu saptamaların yanı sıra, 7 kişiden oluşan Kurul'da sadece iki kurul üyesinin idari yargı kökenli olması ve idari yargı mensupları hakkında verilecek kararlar bakımından pratikte fazla bir söz sahibi olamamaları da dikkate alındığında “idari yargı mensupları” bakımından ayrı ve özerk bir yapılandırmanın oluşturulması gerektiği sonucu çıkmaktadır.” demektedir. (bkz., a. g. e., s. 317 p. 3)

⁵ Erkut, a. g. e., s. 317

⁶ Erkut, ise Kurul'un sadece yüksek mahkeme yargıçlarından oluşturulması gerekti-

Yargıçlar ve savcılar Adalet Bakanlığı müfettişleri tarafından denetlenmekte ve onların haklarındaki sicili bu müfettişler tutmaktadır. (AY 144). Hatta öyle ki bu müfettişleri Adalet Bakanı bizzat atmakta ve görevden alabilmektedirler.⁷

Uygulama temelde iki yönüyle eleştirilmelidir. Birincisi, yargıçları ve savcıları siyasi bir yetkeye bağlı olan (yürütmenin temsilcisi olan) bir organın denetlemesi yargı bağımsızlığı ile bağdaşmamaktadır. Kuşkusuzdur ki böyle bir durumda yargıçlar baskı altında kalarak karar verme tehlikesi içerisindedirler. Bu durum özellikle idari yargıçlar bakımından daha dikkat çekicidir. Örneğin davalısının Adalet Bakanlığı olduğu bir idari davada, yargıcın kafasından şu soru eksik olmayacak mıdır: *"Acaba aleyhe karar verirsem; hakkımda soruşturma açılabilir mi?"*

Öyleyse, bu düzenleme değiştirilmeli; yargıçları ve savcıları denetleme görevi HSYK'ya verilmeli; müfettişlerini HSYK kendisi belirlemeli ve atamalarını da kendisi yapmalıdır. Yargıçlar tümüyle HSYK'ya bağlanmalıdır.

Adli ve İdari yargı yargıç ve savcılarının denetlenmesi AY 144 hükmü değiştirilerek HSYK'ye bağlı müfettişler tarafından yapılmalıdır.⁸ Ancak, bu müfettişlerin HSYK'ye karşı bağımsızlığı da sağlanmalı ve korunmalıdır ki müfettişler HSYK yargıçlarını da denetleyebilsinler.⁹

ği düşüncesindedir. (bkz., a. g. e., s. 317 p. 2) . Yazar, Adalet Bakanı ile müsteşarının da kuruldan çıkarılması gerektiğine işaret etmektedir.

Aynı yönde bkz., Şeref Ünal, *Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminat*, TBMM Kültür ve Sanat Yayın Kurulu Yayınları, Yayın No: 65, s. 90, 91)

⁷ Nitekim 1961 Anayasası, hakimlerin denetimini Yüksek Hakimler Kurulu'na bağlı ve burası tarafından atanan müfettişlere bırakmıştır. (1961 AY-1488 sayılı kanunla değişik m. 144) -Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz., ÖZBUDUN, Ergun-Türk Anayasa Hukuku-3. Baskı-1998, Ankara YETKİN YAYINLARI, s. 336)

⁸ Erkut, *"Kanımızca idari yargı hakim ve savcılarının tüm özlük işleri, atanmaları, yükseltilmeleri gibi her konuda halihazırda Danıştay Kanunu uyarınca oluşturulmuş olan 'Danıştay Başkanlar Kurulu'nun yetkili kılınması ve doğrudan bu kurul emrinde çalışacak idari yargı müfettişleri ile yeni bir sekreteryaya düzeni oluşturulması en doğru çözüm olacaktır."* görüşündedir. (bkz., a. g. e., s. 317/p. 4)

⁹ Özbudun, a. g. e., s. 337. Ayrıca yazar eserinde *"Böyle bir kurulun bütün üyelerinin doğrudan doğruya yargı tarafından seçilmelerinin (1971 sistemi) fayda ve sakıncaları üzerinde çok söz söylenebilir. Şüphesiz böyle bir sistem, hakimlerin yasama ve yürütme organları karşısındaki bağımsızlığını en yüksek noktasına ulaştırır. Ancak öte yandan, hakimlerin hakimler tarafından seçilmesi ve bütün özlük ilerinin gene hakimler tarafından yürütülmesi anlamına gelen bu 'kooptasyon' sisteminin, bir çeşit kast zihniyetine sahip bir "yargı teokrasisi'nin oluşmasına, yargı organının toplumdaki değişmelere duyarsız kalmasına yol açabileceği de ileri sürülebilir. Üstelik, devlet bünyesi içinde son derece önemli bir görev ifa*

HSYK'nın görevleri AY m. 159/3'te belirtilmiştir. Buna göre HSYK, yargıç ve savcılarının mesleğe kabul edilmelerini, atamalarını ve yer değiştirmelerini, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapabilecektir.

Ne var ki Adalet Bakanlığı merkezinde çalıştırılacak olan yargıç ve savcılarının atamasını, bu yargıçların ya da savcılarının rızasını alarak bizzat Adalet Bakanı yapacaktır. (AY 159/6). Bu düzenleme kanaatimce sakıncalıdır. Zira Adalet Bakanı, kendi siyasi görüşüne yakın olan adayları merkeze atayabilecektir. Bu durumda da merkezde çalışan yargıçların, alacakları kararlarda ne kadar tarafsız kalabilecekleri konusu da tartışmalı hale gelecektir. Bu nedenle Adalet Bakanlığı'na atanacak yargıçları da HSYK atamalıdır.

AY 159/son hükmü; Adalet Bakanı'na gecikme sakıncası olan hallerde yargıç ve savcılarını, HSYK'nin onayını almak şartıyla bizzat ve geçici görevle atama yetkisi vermektedir ki bu düzenleme de oldukça sakıncalıdır.¹⁰

Zira öncelikle Adalet Bakanı'nın yürütmenin bir üyesi olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle de bizzat bakan tarafından atanacak yargıçların, görevlerinde ne denli tarafsız kalabilecekleri de duraksama uyandırmaktadır.

İkincisi, Adalet Bakanı bu yargıç ve savcılarını atarken hangi ölçütleri dikkate alacaktır? Bu atamaları neye göre yapacaktır? Bakanın kendi siyasi görüşüne yakın olan isimleri atayabileceği gözden uzak tutulmamalıdır.

eden böyle bir kuruluşun, dolaylı veya dolaysız olarak milli iradeye dayanmamasının, milli egemenlik ve demokrasi ilkelerine uygun düşüp düşmeyeceği de tartışılabilir. Bu nedenledir ki zamanımızda kooptasyon sistemi, saf şekliyle çok dar bir uygulama alanı bulmaktadır." demektedir. (bkz., a. g. e., s. 335-Kapanı, Münci, İcra Organları Karşısında Hakimlerin İstiklali, 1956, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 51-59'dan alıntı)

¹⁰ Erku't'a göre: "Yine bir hakim ve savcının 'geçici yetki' ile görevlendirilmesi yönündeki tasarrufun münhasıran Bakan'a bırakılmış olması ve "sürekli görev" yapmayan ve hangi zaman diliminde toplanacağı da Bakan'a bağlı bulunan Kurul'un böyle bir tasarruf hakkında sonradan onay verip vermemesinin de fazla bir önem taşımayacağı dikkate alındığında, bu hükmün de revize edilmesi gerektiği düşünülmektedir." (bkz., a. g. e., s. 317 p. 2)

Düzenlemenin diğer bir sakıncası ise, '*gecikmede sakınca*' kavramıyla neyin açıklanmak istendiğidir. Ayrıca, gecikmede sakıncayı bakan kendisi mi takdir edecektir?

Ne olursa olsun, gecikmede sakınca olan hallerde dahi atamayı HSYK yapmalıdır. Bakan tamamen devre dışı bırakılmalıdır. Aksi halde yargıçlar ve savcılar görevlerinin gerektirdiği tarafsızlıkta hareket edemeyebileceklerdir.

AY 159/1'e göre, HSYK mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar. Şu halde, HSYK bir yargı organı mıdır?

HSYK, AY'nın '*yargı*' bölümünü düzenleyen '*ÜÇÜNCÜ BÖLÜM*'ü içerisinde düzenlenmiştir. Ayrıca, m. 159 hükmü incelendiğinde, Kurul'un oluşmasının ve çalışma esaslarının da mahkeme gibi olduğu görülecektir. Bu nedenle, HSYK'ye yargı organı diyebiliriz.

Ancak, HSYK yalnızca yargıçların ve savcılarının özlük haklarını, disiplin, atama, görevden alma ve göreve başlama gibi konuları düzenlediğinden; yargılama işlevini icra ettiği alan çok sınırlıdır. O da yalnızca yargıç ve savcılarının meslekten atılmalarına ya da yargıç ve savcılara verilen cezalarla ilgili konularla sınırlı olmaktadır. Bu nedenle, Yargıtay, Danıştay ve hatta Anayasa Mahkemesi gibi toplumun genelini ya da aynı statüdeki bir bölümünü değil de yalnızca belli bir meslek grubunu ilgilendiren kararlar alıyor olması nedeniyle teknik anlamda bir mahkeme de değildir. Kurulun aldığı kararlar bu yönüyle, idari kararlardır.

Öte yandan, yürürlükteki mevzuat gereğince yargıç ve savcılarının göreve başlamaları için gerekli olan yazılı sınavı ÖSYM; sözlü sınavı ise Adalet Bakanlığı'nın üst bürokratlarından oluşan bir kurul yapmaktadır. Bu şekildeki bir sınav sisteminin bulunması ve mesleğe alınacakların seçiminde HSYK'nin tamamen devre dışı bırakılmış olması da daha mesleğe alım aşamasında Adalet Bakanlığı'nın ve dolayısıyla da hükümetin, kendi siyasi görüşüne yakın olan adayları seçebileceği ve yargının siyasallaştığı kuşkusunu akıllara getirmektedir.¹¹

¹¹ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için Mahir Ersin Germeç, Yargıtay 18. HD Başkanı, "Ülkemizde Yargı Bağımsız mı? Yargıçlar Güvenceli mi?" konulu makale, **BBD** 80. sayı s. 65 vd

2. Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun Kararlarına Karşı Yargıya Gidilememesi

HSYK kararları AY 159/4 hükmüne göre kesindir ve bunlarla ilgili herhangi bir yargısal başvuru yapılamaz.¹²

Burada akla şu soru da gelmiyor değil: “Acaba herhangi bir yargıcın ya da savcının meslekten ihraç edilmesi oturumu görüşülürken; o oturumda ‘Bakanın ya da müsteşarın görüşünün tersine oy kullanacak olan bir HSYK üyesi, kendisini de Adalet Bakanlığı müfettişlerinin denetleyeceğini düşün-duğünde ne kadar tarafsız oy kullanabilecektir?’”

Yine aynı şekilde, acaba konu AİHM’e taşınsa AİHM’in görüşü ne olacaktır? Güçlü bir olasılıktır ki bu tip bir olayda ülkemiz AİHM’den mahkum olacaktır. Şu halde çözüm ne olabilir?

Doğru çözümün Anayasa Mahkemesi’nde ayrı bir daire oluşturularak, HSYK kararlarına karşı bu daireye başvuru olanağı tanınması olduğunu düşünmekteyim. Buna gerekçe olarak da AY m. 148 hükmünü göstermekteyim. M. 148/3 hükmüne göre, AYM’nin Yargıtay, Danıştay, Sayıştay üyelerini görevleriyle ilgili suçlar nedeniyle Yüce Divan sıfatıyla yargılaması mümkün olduğuna göre, HSYK kararlarına karşı da AYM’ne başvurulabilmesi mümkün olmalıdır. Bunu sağlamak bakımından da AY 148/3 hükmüne bir cümle eklenerek AYM’nin HSYK kararlarını da kesin olarak karara bağlayacağı düzenlenebilir. Aynı doğrultuda, AY 159/4 hükmü de değiştirilerek ‘HSYK kararlarına karşı AYM’ne başvurulabilir. AYM’nin kararları kesindir.’ Şeklinde bir düzenlemeye gidilmesi yerinde olacaktır.

3. İdarenin Bazı İşlemlerinin ve Bazı İdari Kurumların İşlemlerinin yargı Denetimine Tabi Olmaması

Hukuk devletinin en temel kurallarından birisi, her türlü idari işlemin yargı denetimine tabi olmasıdır. Nitekim bu hususu AY md 125/1 şöyle belirtmektedir: “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.”

¹² Ünal’a göre AY’nın bu hükmü ile HSYK kararlarına karşı yargı denetimi kapatılmış değildir. Zira HSYK itirazlarını değerlendiren kurul da yargıçlık güvenceleri esasına göre çalışmaktadır. Ancak yapılması gereken, Adalet Bakanı ile müsteşarı itiraz oturumlarından çıkaracak düzenlemeyi sağlamaktır. Bu takdirde kurulun bağımsızlığı da sağlanabilecektir. (bkz., a. g. e., s. 91)

HSYK kararları AY 159/4 gereğince yargı denetimi dışındadır. AY, başka bazı işlemleri de yargı denetimi dışında bırakmıştır.

Bunlar şunlardır:

"1-) Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler; Yüksek Askeri Şura Kararları (AY 125/2)¹³

2-) "Kanun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde, ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir (AY 125/6)"

3-) "Uyarma ve kınama cezaları ile ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz."¹⁴

4-) "Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamaz." (AY 159/4)¹⁵

5-) "Sayıştay kararlarına karşı idari yargı yoluna başvurulamaz." (AY 160/1. c. son)

Tüm bu kısıtlamaların bireylerin AY 36 ile güvencelenen hak arama hürriyetini ve AY m. 2'de güvencelenen 'hukuk devleti' ilkesini

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz., Yıldırım, Turan, Türkiye'nin İdari Teşkilatı, Alkım Yayınları-2. Baskı, 1999, s. 52 vd.

¹⁴ Akgüner, Tayfun, Kamu Personel Yönetimi, Der Yayınları, 3. Baskı. s. 163, "Anılan maddenin gerekçesine göre, kamu hizmeti görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları mensupları hakkında yapılacak disiplin koşturmalarında ve disiplin cezası uygulamalarında, ilgiliye suçlandığı hususun bildirilmesi, ilgilinin dinlenmesi, savunmasını yapma olanağının tanınması güvence altına alınmıştır. Madde, uyarma ve kınama cezaları dışındaki bütün disiplin cezalarına karşı yargı denetimi yolunu açık tutmuş bulunmaktadır. İlk bakışta uyarma ve kınama cezalarının disiplin cezaları sıralamasında yaptırım açısından hafif olmaları nedeniyle Yargı denetimi dışında tutulduğu izlenimi doğmakta ise de gerek Anayasa'nın 125/1 maddesinin İdari Yargı denetimi konusunda getirdiği ilke, gerek bu cezaların üstler tarafından doğrudan verilebilmesi olanağının bulunmasının, keyfiliğe ve takdir yetkisinin kötüye kullanılabileceği olgularından hareketle, uyarma ve kınama cezalarının da idari yargı denetimine açık olması ve yargı denetimi dışında bırakılmaması gerektiğini düşünüyoruz." demektedir.

Aynı yöndeki başka bir görüşü ise Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük, şöyle belirtmektedir: (Yönetim Hukuku, 13. Baskı, 1999 Ankara Turhan Kitabevi, s. 202): "Anayasa'nın 129. maddesinde, uyarma ve kınama cezaları dışında kalan disiplin cezalarının yargı denetiminin dışında bırakılmayacağı belirtilmiştir. Devlet memurları kanununun düzenlemesi Anayasa'ya uygun düşmektedir. Buna karşın Anayasa'nın uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapatabilme olanağını yasa koyucuya tanınması ve Devlet Memurları Kanunu'nun da yargı yolunu kapatmasının, hukuk devleti ve hak arama özgürlüğü açısından yerinde bir düzenleme olduğu söylenemez.

¹⁵ Geniş bilgi için bkz., Germec, a. g. m., s. 66

zedelediğini; bu nedenle de AY değişikliği yapılarak bu hükümlerin yeniden ve yargı denetimine elverişli hale getirilmesi gerektiği görülmüştür.¹⁶

4. Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Verilişindeki Güçlükler ve Gerek Anayasal Gerekse Yasal Koşullar Nedeniyle Bu Kararların Gerçek İşlevinden Uzaklaşması

Yürütmenin durdurulması kurumu idari yargı uygulamasında amacından sapmıştır. Yürütmenin durdurulması kararı AY 125/5 ve İYUK'un 27. maddesinde belirtilen koşulların birlikte varlığı halinde verilebilecektir. Buna göre, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu şartların birlikte var olması durumunda, gerekçesi de açıklanarak yürütmenin durdurulmasına karar verilebilecektir.

Ne var ki çoğu kez bir olayda bu iki şartın birlikte gerçekleşmesi ya olanaksızdır ya da gerçekleşmesini beklemek durumunda gerekten çok önemli hukuka aykırılıklar veya hak yitimleri söz konusu olabilecektir. Bu nedenle, uygulamada idare mahkemeleri ve Danıştay çoğu kez bu iki koşulun birlikte var olmasını beklemeksizin karar vermektedirler.

Bu iki koşulun bir arada bulunması durumunda yargıç zaten iptal kararı vereceğinden yürütmenin durdurulması kurumunun bir anlamı da kalmayacaktır.¹⁷ O halde yapılması gereken, koşullardan birinin bulunması durumunda; özellikle de telafisi güç ya da olanaksız zarar tehlikesi bulunması durumunda, diğer koşulun gerçekleşmesini beklemeksizin yürütmenin durdurulmasına karar vermektir. Bu iki koşuldaki biri varsa yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmelidir.¹⁸ Bu

¹⁶ Erkut, "İfade edelim ki tüm bu anayasal kısıtlamaların kaldırılması yönünde gerekli anayasal değişiklikler de gerçekleştirilmelidir." görüşündedir. (bkz., a. g. e., s. 318 p. 6)

¹⁷ Ramazan Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, Kasım 2004, 3. Baskı, s. 208, dn 428 (İlhan Özay'ın görüşü). Aynı yönde Erkut, a. g. e., s. 320, dn. 4, "TESEV'in bir araştırmasına göre, yürütmenin durdurulması talebi reddedilen 387 dosyadan 320'sinde davanın esas bakımından da ret ile sonuçlandığı (% 82, 7); buna mukabil sadece 62 dosyada iptal kararı verildiği (%16) ; yürütmenin durdurulması talebinin kabul edildiği 150 dosyadan 123'ünde (%82) nihai kararın da iptalle sonuçlandığı ve sadece 27 dosyada (%18) davanın reddedildiği görülmüştür."

¹⁸ İlhan Özay, *Yargısal Korunma*, s. 174, İstanbul 2002; Murat Sezginer, "İdare Mahkemesinin Yürütmeyi Durdurma Kararı Üzerine" konulu makalesi, *Türk Hukuk Enstitüsü*

iki koşulun bir arada bulunmasının aranması gerek Anayasa’da gerekse İYUK m. 27’de aranması öğretide eleştirilmektedir.¹⁹

Açık hukuka aykırılıktan anlaşılan, dava dilekçesine veya işlem dosyasına “ilk bakışta” anlaşılabilecek türden bir hukuka aykırılıktır. Yalnız, buradaki hukuka aykırılık sıradan bir insanın değil; yargıcın mesleki bilgi ve deneyimlerine dayanarak, özel bir araştırma yapmaksızın, ilk bakışta anlayabileceği türden bir hukuka aykırılık olmalıdır.²⁰ İlk bakışta anlaşılan hukuka aykırılık ise, ancak yetki unsuruna ilişkin çok açık tecavüzlerde veya yokluk hallerinde mümkün olabilmektedir. Zaten tüm bu aşamalar geçilmişse dava esastan karara bağlanabilecektir.

İlk görünüşte anlaşılabilen hukuka aykırılık kavramı, ne yazık ki uygulamada çoğu kez yeterince anlaşılamadığından, yürütmenin durdurulmasına karar vermek için yargıçlar çoğu kez idarenin savunmasını almaktadırlar. Oysaki idarenin savunması alınmaksızın da yürütmenin durdurulmasına karar verilebilecektir.²¹

Çağlayan’a göre, Anayasa ve yasada düzenlenen yürütmenin durdurulmasına ilişkin koşullar yürütmenin durdurulması kurumunu olumsuz yönde etkilemektedir. Bu durum kişilerin hak ve menfaatlerinin korunmasını güçleştirmektedir. Bu yüzden mahkemeler yasanın ve anayasanın açık hükmüne rağmen, bu hükümlere aykırı kararlar vermektedir. Bu koşulların yeniden gözden geçirilerek, yapılacak bir değişiklikle, iki koşuldan birinin varlığının yürütmenin durdurulması kararı verebilmek için yeterli sayılmalıdır.²²

Ben de bu görüşün doğru bulduğumu ve yürütmenin durdurulması kurumundan yeterli verimi elde etmek için bu koşullardan yalnızca birinin varlığını aramanın uygun olacağını düşünmekteyim.

Erkut ise bu soruna çözüm getirmekte ve Anayasa’nın 125/5. maddesinin ve buna bağlı olarak da İYUK 27/2 hükmünün yeniden yeniden ve şu şekilde yazılmasını önermektedir:²³

Dergisi, 1996, yıl 1, sayı 3, s. 12 (aktaran, Çağlayan, a. g. e., s. 209)

¹⁹ Çağlayan, a. g. e., s. 209; Erkut, a. g. e., s. 319; p. 1

²⁰ Çağlayan, a. g. e., s. 208/p. son.

Aynı yönde bkz., Turgut Candan, “İdari Yargılama Usul kanununda Yapılan Son Değişiklikler Çerçevesinde Yürütmenin Durdurulması Müessesesi 1” *Mali Ekonomik Sosyal Yaklaşım*, 1994, sayı 22, s. 38 (aktaran, Çağlayan, a. g. e., s. 208)

²¹ İlhan Özay, *Yargısal Korunma*, s. 171

²² Çağlayan, a. g. e., s. 211 p. 2

²³ Erkut, a. g. e., s. 319 p. 3-4-5

“AY 125/5: ‘İdari işlemin hukuka aykırı olduğuna ve uygulanması halinde telafisi güç durumların ortaya çıkabileceğine mahkemece kanaat getirilmesi halinde ya da yargılamanın seyrinin gerekli kıldığı durumlarda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.”

Bu görüşe ek olarak, kişisel önerim İYUK m. 27/2’nin şöyle düzenlenmesinin uygun olacağı yönündedir: *“Danıştay veya idare mahkemeleri, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç ve imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarından ‘birinin’ gerçekleşmesi durumunda, gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler.”*

Erkut, yürütmenin durdurulması kararlarının çok geç verildiğinden²⁴ hareket ederek; davanın açılmasının, özellikle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin idari işlemler bakımından kendiliğinden işlemin yürütmesini durdurması yönünde, halen Alman Hukuku’nda uygulanmakta olan bir yasal düzenlemeye gitmenin uygun olacağını belirtmektedir.²⁵ Yine yazara göre, bu sisteme geçilmese bile Fransa’da 2000 yılından beri uygulanmakta olan “refere” yargıç sistemi sorunu çözecektir.²⁶

Fransız Sitemindeki yargıç, davanın açılmasıyla birlikte mahkemece yetkilendirilmekte ve dava konusu işlemin uygulanması durumunda belli hakların kullanılmasında telafisi güç ya da olanaksız sonuçların ortaya çıkabileceğine kanaat getirirse, başvurudan itibaren 48 saat içerisinde idari işlemin uygulamaya konulmasını durdurma ve idareye işlemi uygulamaması için talimat vermektedir.

²⁴ Erkut, a. g. e., s. 320-dn 4/2 :*“Yürütmenin durdurulmasının talep edildiği 576 dosyada yapılan incelemede talep hakkında ortalama 132 gün sonra karar verildiği görülmüştür. Ayrıca, 570 dosyada yapılan incelemede de, yürütmenin durdurulması hakkında karar verildikten sonra, davanın esastan karara bağlanması ortalama 256 gün sürmektedir. Son olarak, 576 dosya üzerinde yapılan incelemede, yürütmenin durdurulması taleplerinin davanın açıldığı tarihten itibaren ilk 30 gün içinde karara bağlandığı dosyaların genelde oranı sadece % 6,8; ilk 60 gün içindeki karar oranı % 14,4; ilk 90 gün içindeki karar oranı % 30,4; ilk 120 gün içindeki karar oranı % 45; ilk 150 gün içindeki karar oranı ise % 57,5 olarak saptanmış; ayrıca, %27,3 oranındaki toplam 150 dosyada bu sürenin 200 günün üstüne çıktığı görülmüştür. Ayrıca yürütmenin durdurulmasının talep edildiği 572 dosyadan sadece 23 dosyada (%4) yargıcın cevap sürelerini kısalttığı ve yine sadece 2 dosyada (%0,3) tebligatın memur eliyle yapılmasına karar verildiği saptanmıştır ki tüm bu saptamalardan da anlaşılabileceği gibi, bugün yürütmenin durdurulması müessesesinin varlık sebebi bu veriler çerçevesinde tartışılır bir konuma gelmiştir.”* demektedir.

²⁵ Erkut, a. g. e., s. 321 p. 2

²⁶ Erkut, a. g. e., s. 321 p. 3

Kuşkusuz bu düzenlemelere gidebilmek için hem Anayasa m/125/5 hem İYUK md 27/2 hükmü yeniden ve tartışmalara mahal vermeyecek biçimde düzenlenmelidir.

5. İdare Mahkemelerinin İş Yüğü Sorunu

Türk yargı sistemi oldukça ağır işlemektedir. Bu, yalnızca idari yargı için değil, adli yargı için de ciddi bir sorundur. Sorunun çözümü için Avrupa modellerine bakılmalı ve özellikle Avusturya Modeli bize ışık tutmalıdır.²⁷

Buna göre, Avusturya yargılamasında hakimın esas bakımından davayı sevk yetkisi ile, hakime vakıalara ilişkin iddiaları ve delil ikamesi taleplerini, davayı geciktirme kastı taşıdığı gerekçesiyle kabule şayan bulmama veya ret imkanı tanınması; kanun yolu aşamasında yeni delil sunma yasağı; tarafların dilekçeyle mahkemeye başvurarak; mahkemeye, yapmakta geciktiği veya potansiyel olarak gecikmiş işlemler için süre vermesi (yani mahkemeden belirleyeceği süre içerisinde bu işlemi yerine getirmesini isteme; bu durumda mahkeme bu işlemi dört hafta içerisinde yapacaktır; eğer yapamıyorsa ya da işlemin yapılması olanaksız görünmekteyse, istemi üst mahkemeye aktaracaktır. Üst mahkeme, süre istemi hakkında en kısa sürede karar verecektir. İnceleme sonunda alt mahkemenin gecikmesi olmadığı ya da işlemin yerine getirildiği anlaşılmaktaysa istem reddolunacaktır.)²⁸ gibi önlemler, yargılamayı hızlandırıcı bazı önlemlerdir.

Nitekim Avusturya'da alına önlemler nedeniyle yargılama süreleri oldukça kısalmış ve 1993 yılı istatistiklerine göre üst mahkeme olan Bezirksgericht'teki tüm davaların yalnızca % 1'i; ilk derece mahkemesi olan Gerichtshof'taki davaların ise sadece % 5,4'ü bir yıldan uzun sürmüştür. Ayrıca, Avusturya 1997'ye dek AİHM'de verilen tüm kararlarda % 10'luk bir dilime sahip olmasına rağmen, bunlardan pek azı uzun yargılama süresiyle ilgilidir. En son 1995 istatistiğine göre, AİHM'de incelemeye layık görülen 14 başvurudan ikisi uzun süren yargılamaya ilişkindir.²⁹

²⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Prof. Dr. Kamil Yıldırım, *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, Alkım yayınları, 2001, 2. Baskı, s. 1 vd. (Prof. Dr. Dr. hc. Walter H. Rechberger'in 16 Nisan 1997'de Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde verdiği konferansın çevirisi)

²⁸ Yıldırım, K., a. g. e., s. 10 vd.

²⁹ Yıldırım, K., a. g. e., s. 9

Görüldüğü gibi, Avusturya Modeli örnek alındığında yargılama sistemimiz hızlanacaktır. Bu nedenle, idari yargı sistemimiz, buna benzer bir model örnek alınarak yeniden düzenlenmelidir.

6. İdare Mahkemelerinin, Özellikle Büyük İllerde Çalışma Sistemlerini Düzenleyerek “İşbölümü” İlkesini Benimsemesi Durumunda İş Yükünün Azalacağına Dikkate Alınması

Özellikle büyük illerde, idari uyuşmazlıkların sayısındaki artış ve idare mahkemelerindeki iş yükü fazla olduğundan, idare mahkemelerinin de Danıştay gibi kendi aralarında iş bölümü yapmalarında yarar bulunmaktadır. Bu da yargılamayı hızlandıracaktır.

7. Posta Sisteminin Ağır Çalışması ve Sürekli Gelen Zamlar Nedeniyle Hukuka Uygun Taleplerin Masrafın Tamamlanması İçin Süre Verilmesi Nedeniyle Reddi; Bu Nedenle Yargılamanın Gereksiz Yere Uzaması

Posta ücretlerine gelen zamlar nedeniyle idari tebligatların yapılması güçleşmekte ve bu nedenle de yargılama gereksiz yere uzayabilmektedir. Bunu önlemek, yargılamanın gereksiz yere uzamasının önüne geçmek için; gelecek zamlardan etkilenmeyecek bir sisteme gitmek şarttır.³⁰

Ayrıca, böyle bir sisteme geçildiğinde, yargılama aşamasında pul eksikliği nedeniyle duruşmaya ara verilmeyecek, yargılama da bu nedenle uzamamış olacaktır ki bu durum idare mahkemelerinin hızlı işlemesi için önemlidir.

8. Karar Düzeltme Kurumunun Varlığının İdari Yargının İşleyişini Güçleştirmesi; Yargılamayı Gereksiz Yere Uzatması

Karar düzeltme kurumu, idari yargıda yargılamanın uzamasına neden olmaktadır. Zira kararı veren yer ile kararı inceleyen yer aynıdır. Bu da hem inceleme yeri aynı yer olduğundan sağlıklı karar veri-

³⁰ Erkut, bu konuda “Adalet pulu” sistemine geçmeyi önermektedir. (bkz., a. g. e., s. 323/c)

lememesine hem de yargılamanın gereksiz yere uzamasına neden olmaktadır. Bu durum da özellikle bu yola salt davayı uzatmak amacıyla başvuran taraf nedeniyle, yargılamanın uzamasına yol açmaktadır. Karar düzeltme kurumunun, olağanüstü kanun yolu olması nedeniyle tamamen kaldırılmasının daha yararlı olacağını düşünmekteyim.³¹

9. Dilekçelere ve Şekle İlişkin Düzenlemeler Yeniden Gözden Geçirilmelidir

İdari yargıda dilekçe kuralları çok katı uygulanmakta, bu da çeşitli hak yitimlerine yol açmaktadır. Bu nedenle, dilekçe inceleme ve değerlendirme aşaması yeniden düzenlenmelidir. Bunun için yapılabilecek başlıca işlemler şunlardır:

Erkut'a göre, İYUK 14 ve 15 hükümleri, dava dilekçesinin yaklaşık 20-25 gün sonra karşı tarafa gönderilmesine neden olmaktadır. Ayrıca, bu düzenlemeler idari yargılama usulünün kamu düzeninden olması esasına da aykırıdır.³² Yazara göre, dilekçe unsurlarındaki eksikliğin dışındaki bir eksikliği anlayabilmek için, mahkemenin idareden ilgili dosyayı istetmesi gerekecektir ki bu da yargılamanın uzamasına neden olmaktadır.

Burada özellikle İYUK 15/1-d hükmü gereğince, İYUK 3 ve 5'e göre yazılan dilekçelerin düzenlenmesi için, ilgiliye 30 günlük süre verilmesi üzerinde durmakta yarar vardır. Bir dilekçede, İYUK 3'teki koşullardan biri dahi eksikse o dilekçe reddoluncak; ilgiliye eksikliğin tamamlanması için 30 günlük süre verilecek; bu süre içerisinde de eksiklikler giderilmez ya da aynı yanlışlıklar yinelenirse dava reddolunacaktır. (İYUK 15/5)

Düzenlemenin yeniden gözden geçirilmesi gerektiği görüşündeyim. Zira, düzenleme bu şekliyle AY 36 ile güvencelenen hak arama hürriyetine aykırıdır. Bir dilekçede İYUK 3'te belirtilen eksikliklerden yalnızca iptali istenen idari işlemin tarihi (tebliğ tarihi) ve davanın sebepleri eksikse, kişiye eksikliği düzeltmek için süre verilmelidir. Ancak, buna karşılık örneğin dilekçe karşı taraf sayısından bir fazla değilse reddolunacak mıdır? Hatta diyelim ki karşı taraf sayısından

³¹ Erkut'a göre, karar düzeltmeye gereksiz yere başvurana para cezası verilmelidir. (a. g. e., s. 327)

³² Erkut, a. g. e., s. 322, başlık a.

eksik dilekçe verildi ve kişi 30 gün içerisinde bu konudaki eksikliği de gidermedi; İYUK 15/5 hükmü gereğince kişinin davası reddolunacaktır. Bunun çok ağır bir yaptırım olduğu kanaatindeyim.

Bu halde, davayı reddetmek yerine; hukuk usulündeki gibi, dava dosyasının işlemten kaldırılması³³ yaptırımı getirilirse hak yitimleri de önlenmiş olacaktır.³⁴ Dosyanın işlemten kaldırılması ile dava açılmamış sayılmaz. Aksine, dava HUMK 409'da belirtilen 3 aylık süre için durmuş olur. Başka bir deyişle, davanın işlemten kaldırılması ile dosya derdest kalmaya devam eder.³⁵

Burada yapılması gereken, yasa hükmünü değiştirmek ve öncelikle yalnızca iptali istenen işlemin tebliğ tarihinin ve bu işlemin tarih ve sayısı (hukuki sebep) açıklanmadığı takdirde giderim için süre verilir demek daha doğru olacaktır.

30 günlük süre uzundur. Eksiklik gidermek için 10 günlük süre yeterlidir. Bu şekilde yargılamanın uzamasının da önüne geçilmiş olacaktır.

Bu düzenlemeyi tamamlayacak diğer bir düzenleme ise, replik-düplik aşamalarının kaldırılmasıdır (İYUK 20).³⁶ Bu sağlandığında yargılama daha da hızlanacaktır. Zira Erku'ta göre, İYUK m. 20 ile zaten idare yargıcına yargılamayı tarafların iradesinden bağımsız olarak inceleme yetkisi verilmiştir. Durum böyle olunca, idari yargıç, dava ve yanıt dilekçeleriyle eklerinden, gerekli kanaate ulaşırsa replik ve düplik aşamalarını atlayarak, doğrudan doğruya esastan karar verebilecektir. Bu da kuşkusuz ki yargılama sürecini oldukça kısaltacaktır.

Dilekçelerle ilgili yapılması gereken diğer bir düzenleme de İYUK m. 5 hükmündedir. İYUK m. 5'e göre, kural olarak, her idari işlem için ayrı bir dilekçe ile dava açmak gerekmektedir. Ancak, olayın özelliği gereği idari işlemler arasında maddi ve hukuki yönden bağılılık bulunması ya da taraflar arasında hak ve çıkarlarda birlik bulunması durumunda aynı dilekçe ile birden çok işlemin iptali istenebilir. Aksi halde dilekçe İYUK m. 15'e göre geri gönderilecek; ilgilie 30 günlük süre

³³ Uygulamada buna 'müracaata bırakmak' da denilmektedir. Kurum HUMK m. 409'da düzenlenmiştir.

³⁴ İşlemden kaldırma hakkında ayrıntılı bilgi için Kuru-/ Arslan/ Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 12. Baskı, 2000 Yılı, Yetkin Yayınları, s. 673 vd.

³⁵ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, *a. g. e.*, s. 675

³⁶ Erku't, *a. g. e.*, s. 323

verilecek; 30 gün içerisinde eksiklik giderilmezse, İYUK m. 15/5 gereğince dava reddolunacaktır.

Uygulamada Danıştay bu hükmü çoğu kararında yanlış yorumlamakta ve aslında aralarında maddi ve hukuki bağlantı bulunan işlemler hakkında tek bir dilekçe ile dava açılması nedeniyle dilekçeyi geri göndermektedir.³⁷ Böyle bir durumda, aralarında maddi ve hukuki bağlantı bulunan pek çok işlem için tek dilekçe ile iptal istendiğinde bu işlemler hakkında aynı mahkeme karar verecektir. Bu da kuşkusuz; aynı konuyla ilgili farklı kararların verilmesini önleyecek ve aynı zamanda usul ekonomisi açısından da yararlı olacaktır. Aksi halde, aynı konuyla ilgili, farklı mahkemelerin farklı kararları söz konusu olabilecektir ki bu da dava süresinin uzaması demektir. Bu durumda, etkin ve adil yargılanma da engellenmiş olacaktır.

10. Kısa ve matbu karar yazılabilmesi esası getirilmelidir

Özellikle yürütmenin durdurulması kararlarının gerekçeli olarak yazılması ve bu kararların tebliğe çıkarılıyor oluşu yargılamanın uzamasına neden olmaktadır. Bunu önlemek için, yürütmenin durdurulması kararları bakımından matbu formlar hazırlanmalı ve verilen yürütmenin durdurulması kararları bu matbu formlara geçirilmelidir. Böylece, bu kısa karar sayesinde esas hakkındaki hükme kadar, hem taraflar örneğin yürütmenin durdurulmasına karar verildiğini öğrenebilecek hem de yargılama süreci gereksiz yere uzamamış olacaktır.

³⁷ “Uludağ Milli Parkı 1. Gelişim Bölgesinde yapılacak olan telesiyej ve telesky hattı kurulmasına ilişkin olarak, 16. 3. 2004 günlü, 1370/13163 sayılı işlemle yapılan 1/25000 ölçekli Uludağ Yöresi Çevre Düzeni İmar Planının; ‘bu planın onaylanmasına ilişkin’ 18. 3. 2004 günlü B. 18. ÇED. 011. 00. 01/1370 sayılı Çevre ve Orman Bakanlığı işleminin; Bursa 2020 yılı 1/100.000 Çiçekli Çevre Düzeni Planında Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından yapılan değişiklik işleminin; 1/1000 ölçekli Uludağ Yöresi Mekanik Tesisler Uygulama İmar Planının Bayındırlık ve İskan Bakanlığı’nca 13. 4. 2004 gününde onaylanmasına ilişkin işlemin; bu alanın Çevre ve Orman Bakanlığınca Kültür ve Turizm Bakanlığına tahsisine ilişkin 27. 4. 2004 günlü, B. 18. 0. DKM. 0. 02. 05-04-1/120-1 sayılı işlemin; Çevre Düzeni Planlarının Yapılması Esaslarına Dair Yönetmeliğin 13 ve 17. maddelerinin iptali istenilmektedir.

... İYUK 5. maddesinin 1. fıkrasında her idari işlem için ayrı ayrı dava açılacağı, ancak aralarında ‘maddi ve hukuki yönden bağılılık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunan birden çok işleme karşı’ bir dilekçe ile dava açılabilmesi düzenlenmiştir.

Bakılan davada iptali istenen imar mevzuatından kaynaklanan işlemler ile uyumsuzluk konusu bölgenin Çevre ve Orman Bakanlığı’na tahsisi işleminin yargısal denetimi birbirinden ayrı olarak yapılacağından anılan işlemlere karşı ayrı ayrı dava açılması gerekmektedir.” (Danıştay 6. Daire 2005-6571 E. -2005-6036 K ve 6. 12. 2005 günlü ilamı)

Ayrıca, bu kısa kararların tebliği de memur eliyle yapılacak olursa, özellikle yürütmenin durdurulması kararları ya da diğer ara kararları (örneğin keşif kararı) için tebligatta geçen zaman boş yere yitirilmemiş de olacaktır.

11. Duruşma Kuralları ve Tanık Dinleme ile Silahların Eşitliğinin Sağlanmasına Yönelik Düzenlenmeler Getirilmelidir

Özellikle duruşma açma ve tanık dinleme idari yargının önemli sorunlarından. Hem duruşma açmanın uygulamada çoğu kez talep edilmemesi, hem de edilen taleplerin de çoğu kez makul bir gerekçe gösterilmeksizin reddedilmesi AİHS 6 anlamında adil yargılanma hakkının ihlal edilmesine ve yargılamanın amaçlarından olan '*maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına*' engel olmaktadır.

Bu sorun bilhassa tam yargı davalarında bireylerin zararlarını kanıtlamaları bakımından idari yargıya başvurmalarının önünde engel olabilmekte ve bu nedenle bireyler adli yargıda tazminat davası yoluyla haklarını aramak durumunda kalmaktadırlar. Durum böyle olunca, adli yargı görevsizliğe karar verebilmektedir.

İdari yargıda tanık dinletilememesi nedeniyle, çoğu kez olay yeterince aydınlatılamamaktadır. Bu durum hem silahların eşitliği ilkesi nedeniyle AİHS m. 6'ya aykırılık taşımakta hem de verilen görevsizlik kararı nedeniyle yargılama uzamakta ve adalet gecikmektedir.

İYUK'ta tanık dinlemeye ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olması önemli bir eksikliktir. Öte yandan, İYUK 31 hükmü dikkatle okunduğunda, tanıklık bakımından HUMK'a gönderme yapılmadığı da görülebilecektir. Aynı şekilde, 'duruşma' başlığını taşıyan İYUK 17 ve duruşmanın kurallarını belirten İYUK 18 hükmü de tanığa yer vermemektedir. Öyleyse, idari yargıda tanık dinlenebilecek midir?

Av. Güney Dinç'e³⁸ göre, idari yargıda tanık dinlenmemesinin herhangi bir hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Bu durum, AİHS m. 6/3. d'de belirtilen ve "*her sanığın iddia tanıklarını sorguya çekme; savunma tanıklarını da iddia tanıkları ile eşit koşullar altında dinletme*" hakkı olarak tanımlanan; adil yargılanma hakkının önemli koşullarından biri

³⁸ İzmir Barosu Üyesi

olan “silahların eşitliği” ilkesinin önünde ciddi bir engel oluşturmaktadır.³⁹

Nitekim AİHM, 1993 tarihli Dombo Beheer B. V. /Hollanda Kararında “Ulusal mahkemelerin, her davada adil yargılamanın gereklerinin yerine getirilip getirilmediğini değerlendirme görevi vardır” diyerek, idare hukuku bakımından da adil yargılanmasının sağlanmasının önemine dikkat çekmiştir.⁴⁰

İdari yargıda tanık dinlenmemesi, yasal bir engel olmamasına rağmen yanlış bir uygulamadır. Ancak idare mahkemeleri, davalı idarenin ajanlarının tespitlerine dayanarak yaptıkları tanık anlatımlarına dayanarak karar vermekten çekinmemektedirler. Oysa soruşturulan kişinin beyanları çoğu kez tutanağa dahi geçmemektedir.⁴¹

AİHM’e göre, adil (doğru) yargılamanın ilk ve en önemli gereği taraflar arasında “silahların eşitliği”; yani mahkeme önünde sahip bulunulan hak ve yükümler bakımından taraflar arasında (iddia ve savunma; davacı ve davalı) tam bir eşitliğin gözetilmesi; bu dengenin yargılama boyunca korunması; başka bir deyişle mücadelenin eşit silahlarla yapılmasıdır.⁴² (Delcourt-Belçika:17. 1. 1970)⁴³

Şu halde, yapılması gereken, İYUK m. 17 ve 18’i yeniden düzenleyerek idari yargıda da tanık dinlemenin yolunu açılmak veya İYUK 31 hükmünde tanıklığa ilişkin hususlar bakımından da HUMK’a gönderme yapmaktır. Adil yargılanma hakkının sağlanması bakımından bu şarttır.

Duruşma açılması da kolaylaştırılmalıdır. Zaten, tanık dinleyebilmek için duruşma açmak gerekmektedir. İdari yargılama bakımından da medeni yargılamada olduğu gibi, duruşmalı iş kuralı; dosya üzerinden iş ayrıkası olmalıdır.

Silahların eşitliği ilkesini sağlamaya yönelik olarak idari yargıda alınabilecek diğer bazı önlemler ise⁴⁴ bireylerin, kendileriyle ilgili olan ve “gizli” kaydı taşıyan bilgi ve belgelere ulaşamamaları nedeniyle

³⁹ Dinç, *TBB Dergisi*, 57. sayı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre Silahların Eşitliği konulu makale, s. 297 vd.

⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz., Dinç, a. g. m., s. 303

⁴¹ Dinç, a. g. m., s. 304-p. 2

⁴² Gölcüklü, Feyyaz/Gözübüyük, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, 2002, 3. Bası, s. 297; p. 529/a

⁴³ Kararın tam metni için Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, C. 1, 2004 Baskı, Legal yayınları, s. 67 vd.

⁴⁴ Erkut, a. g. e., s. 327-331

yargılama sürecinin uzamasını önleyici tedbirler almak; adil yargılanmayı sağlayıcı önlemlere başvurmak ve savunma hakkının kısıtlanmasının önüne geçmek;⁴⁵ özellikle İYUK m. 7’de belirtilmiş olan dava açma sürelerini yeniden düzenleyerek; idari yargı bakımından sürelerde yeknesaklık sağlamak⁴⁶ sayılabilir.

Ayrıca, Danıştay kararlarının düzenli olarak *Resmi Gazete*’de ya da internette yayınlanması da özellikle imar ve çevre uygulamaları bakımından bireylerin haklarını öğrenmelerini sağlayacaktır. İdari yargıda, özellikle çevre ve imar uygulamaları açısından İYUK 2’de aranan “*menfaat ihlali*” geniş yorumlanmakta ve o yerde yaşıyor olmak dahi dava açmak için yeterli sayılmaktadır.⁴⁷

Öğretide Erkut, idari yargıda asli müdahaleye izin verilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁴⁸ Buna gerekçe olarak da genellikle ruhsat, izin, atama gibi işlemler sonucunda hak sahibi durumuna gelmiş olan işlemin muhataplarının çoğu kez kendi lehine sonuçlar doğurmuş olan işlemler hakkında bilgi sahibi olamadıklarını, sonuçtan en çok kendileri etkilenecek olmalarına rağmen yargılamaya katılamadıklarını belirtmekte ve ancak yanlarında davaya katıldıkları tarafla birlikte hareket etme mecburiyetinde olduklarını belirtmektedir. Bu nedenle de idari yargıya asli müdahale getirilmeli ve davadan doğrudan doğruya etkilenen kişilerin de davada taraf olması sağlanmalıdır, demektedir.⁴⁹ Gerçekten de idari yargıda asli müdahale imkanının tanınmıyor oluşu önemli bir eksikliktir ve ciddi hak yitimlerine yol açabilecektir.⁵⁰

İdari yargıcın İYUK 20 ile verilen ve kendiliğinden hareket edebilme olanağı tanıyan yetkileri vardır ki bu yetkiler arasında dava dosyası için gerekli gördüğü her türlü bilgiyi istemek de bulunmaktadır.⁵¹

⁴⁵ Bu bağlamda özellikle idari yargıda avukatın dosyadan belge fotokopisi alabilmesi için dilekçe ile başvurusunun istenmesi çoğu kez savunma hakkını kısıtlamaktadır.

⁴⁶ İYUK 7’de, dava açma süresi Danıştay ve idare mahkemeleri için 60; vergi mahkemeleri içinse 30 gün olarak belirlenmiştir. Ayrıca, 60 günlük süreye ‘özel yasalar’ ayrışması da konmuştur.

⁴⁷ Memiş, Emin, *Çevre ve Çevre İdare Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006, s. 384 vd.

⁴⁸ Erkut, a. g. e., s. 329.

⁴⁹ Erkut, a. g. e., s. 329.

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için Gözübüyük, a. g. e., s. 379, 380.

⁵¹ Bu talebi ilgili makam yerine getirmek zorundadır. Meğerki istenen belge devletin güvenliğini etkileyici nitelikte olsun. Bu durumda da ilgili Bakan ya da Başbakan gerekçesini göstererek bu belgeleri vermekten kaçınabilir. Ancak, bunun idare bakımından ağır bir yaptırımı da vardır: “Verilmeyen belgelere dayanan savunmaya

Ancak bu geniş yetkiler İYUK 31 ile kısıtlanmıştır.

Aslında, taraflarca getirme ilkesinin egemen olduğu⁵² medeni yargılama hukuku kuralları, kendiliğinden araştırma ilkesinin egemen olduğu idari yargılama usulü kurallarına göre ayrı özelliklere sahiptir. Bu nedenle, idari yargıcın yetkilerini kısıtlayan ve HUMK'a göndermede bulunan İYUK 31. maddesi yeniden ve idari yargılama usulünün özelliğine uygun şekilde düzenlenmelidir.⁵³

12. Adli Tatile İlişkin Hükümler Yeniden Düzenlenmelidir

Adli tatil bir gerekliliktir. Ancak, Erkut'un⁵⁴ da haklı olarak belirttiği gibi, adli tatilin bir hafta öncesinden başlayıp; tatilin bir hafta sonrasına dek uzanan dikkat bozuklukları da gözetildiğinde; adliyelerde verimli iş yapmak yaklaşık 2 ay boyunca neredeyse olanaksızlaşmaktadır. Erkut, burada tatilin ikiye bölünmesini ve 15'er günlük dönemler halinde, dosya devirlerine denk gelecek şekilde tatil yapılmasını önermektedir ki doğru bir yaklaşımdır.

Buna ek olarak, adli tatilde yalnızca acele işlerin ve yürütmenin durdurulması kararlarının görüşüleceği hükmünün de (İYUK 62) buna göre yeniden düzenlenmesinin ve nöbetçi mahkeme esasının kaldırılarak mahkemelerin çalışmalarında sürekliliğinin sağlanması uygun olacaktır. (İYUK 61)

Böylece yargı süreleri de gereksiz yere uzamayacak ve AİHS m. 6 ve AY m. 36 ile anlamını bulan “*adil yargılanma hakkı*” da uygulamaya yerleşecektir.

13. Yargı Öncesi Kurulların Bazı Uyuşmazlıkları Çözmesi Sağlanmalıdır

Erkut'a göre, bir uyuşmazlık yargıya taşınmadan önce, öncelikle o konuda uzmanlaşmış, bağımsız idari kurullar önünde ele alınmalıdır.⁵⁵ Böylece, hem idari yargının yükü azalacak; hem de konusunda

itibar edilemez” (İYUK 20).

⁵² Taraflarca getirme ilkesinin ayrıntıları için bkz., Yıldırım, K., a. g. e., s. 17-42.

⁵³ Erkut, a. g. e., s. 331.

⁵⁴ Erkut, a. g. e., s. 325, bölüm 1.

⁵⁵ Erkut, a. g. e., s. 324.

uzmanlaşmış kurulların vereceği kararlar yarı-yargısal nitelik taşıdığından, bireylerin hukuki tatmini de sağlanmış olacaktır. Yarı-yargısal kurullara örnek olarak kanaatimce Özelleştirme Yüksek Kurulu, Bilgi Değerlendirme Yüksek Kurulu ya da Kamu Denetçiliği Kurulu verilebilir.

14. İYUK m. 2 Değiştirilerek İdari Dava Türlerindeki Sınırlandırmalar Kaldırılmalı Böylece AY m. 36 Anlamında Hak Arama Hürriyeti Yeniden ve Sınırsız Olarak Düzenlenmelidir

Erkut'a göre, İYUK m. 2'deki dava türleri sınırlıdır ve bu durum kişilerin idare önünde hak aramalarını kısıtlamaktadır.⁵⁶

Erkut, İYUK m. 2 hükmü ile AY 154 ve 155. maddelerinde belirtilmemiş olmasına rağmen idari dava türlerine sınır konduğu görüşündedir. İYUK m. 2 yalnızca iptal, tam yargı ve idari sözleşmelerden doğan taraflar arasındaki uyuşmazlıkları çözümlemektedir. Yazara göre, yasa koyucu, anayasa ile getirilen düzenlemeleri kısıtlamıştır. Fakat bu durum sadece "*dava formatı*" bakımındandır.⁵⁷

Kanaatimce, idari yargılamada dava türleri bakımından bir sınırlamaya gidildiğini savunmak doğru bir yaklaşım değildir. Bu açıdan bakılırsa, medeni yargılamada da dava türleri sınırlandırılmıştır. Her hukuk dalı, kendi konusu ile ilgili olan hakları korur. Aksi takdirde aslında medeni yargılamanın konusuna giren bir uyuşmazlık idari yargıda görülecektir ki ülkemiz yargılama sistemi "*yargı birliği*" ilkesiyle çalışmadığından, bu durum önemli sakıncalara yol açabilecektir.

Konuya "*görev*" yönünden bakılması gerektiğini ve her yargılama dalının kendi alanıyla ilgili olan davalar bakımından hak aramaya olanak verdiğini hatırlatmakla yetiniyorum.

15. İdarenin Takdir Hakkı Üzerinde Tam Yargısal Denetim Sağlanmalıdır

Anayasa'nın 125/4 hükmüne göre idari mahkemeler ancak hukuka uygunluk denetimi yapabilecek; buna karşın idarenin yerine geç-

⁵⁶ Erkut, *a. g. e.*, s. 333

⁵⁷ Erkut, *a. g. e.*, s. 333

rek, idari işlemin yerindeliğini ve uygulamasını denetleyemeyeceklerdir. Durum böyle olunca, idare mahkemesinin kararını uygulamak yönündeki ‘inisiyatif’ de yine idarede olacaktır. Fakat ülkemizde yargı kararlarına idare tarafından genellikle “uymama” yönünde bir eğilim olduğundan, idari işlemin yerindeliğinin denetimi de önem kazanmaktadır.⁵⁸ Dolayısıyla Anayasa’nın bu hükmü yeniden düzenlenmeli ve idarenin takdir hakkı üzerinde de yargı denetimi sağlanmalıdır.

16. İdari Kararların Hukuka Uygunluğu Karinesinin Sonucu Olan ve İdareye Başvuru Üzerine İdarenin Sessiz Kalması (İYUK 10-11)⁵⁹

İYUK m. 10/2 ve 11/2 hükmüne göre, ilgililerin idareye başvurusu üzerine, idare 60 gün içerisinde bu istemi yanıtlamazsa, istemi zımnen reddetmiş sayılır.

Bu durumda dava açma görevi bireylere düştüğünden, gerek idari yargıya başvurunun pahalı oluşu gerekse bireylerin çoğu kez bu nedenle ya da başka nedenle (örneğin idareyle uğraşmak istememeleri gibi) dava açmamaları sonucunda hak yitimlerinin ortaya çıkması söz konusu olabilmektedir.

Diğer bir sakınca ise, başvuran bireylerin idari yargıya gitmeleri için 60 günün bitmesini beklemeleridir. Bu durumda da çoğu kez idare bir işlem veya eylem tesis etmiş ve bu işlemin veya eylemin sonuçları ortaya çıkmaya başlamış olabilmektedir. Bireyler, ancak 60. günün sonundan itibaren dava açabileceklerinden, idareye karşı haklarını geç alabilme durumuna düşebilmektedirler. Kaldı ki idari yargı ne yazık ki oldukça yavaş çalışmaktadır. 60. günün sonunda açılan bir dava üzerine en erken 3-4 ayda yürütmenin durdurulmasına karar verilebilecek; yargılamanın esastan çözüme bağlanması ise-temyiz aşaması dahil-yaklaşık 2 yılı bulacaktır. Bu süre de oldukça uzundur.

Bu nedenle, bireylerin idare karşısındaki mağduriyetinin ve idarenin kötü niyetinin önlenmesi için yasa değiştirilmeli ve 60 gün içinde yanıt vermeyen idarenin talebi ‘*kabul etmiş sayılması*’ kuralı konmalıdır. Böylece idarenin kötü niyetle sessiz kalmasının önüne geçilmesi

⁵⁸ Konu, 20. Başlıkta “Yargı Kararlarının Uygulanmaması” adı altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

⁵⁹ Konu, 18. Başlıkta ayrıntılı olarak incelenmiştir.

sağlanmış ve idareye yanıt verme yükümlülüğü getirilmiş olacaktır. Kamulaştırma yasasındaki gibi haklı olduğunu düşünen idare yargı yoluna gitmek durumunda kalmalı; bireyler buna zorlanmamalıdır.

Oysa yürürlükteki mevzuat idareye “nasıl olsa yanıt vermezsem kişi dava açmak durumunda kalacak” rahatlığı vermekte ve idare yanıt vermemeye eğilimine girmektedir.

17. Yargı Harçları Azaltılmalı ve Yoksul Durumda Olanlar İçin ‘Adli Yardım’ Kurumu Daha İşlevsel Kılınmalıdır

İdari yargılamadaki harçlar medeni yargılamaya kıyasla oldukça yüksektir. Bu durum, AY 36 ile güvencelenen “hak arama hürriyeti” ile adil yargılanma hakkını ihlal etmektedir. Hukuk devletinin en temel ilkelerinden biri de adil yargılanma hakkının korunmasıdır. Bireylerin, yüksek yargı harçları nedeniyle idari yargıda haklarını arayamıyor oluşları ve Türk yargı sisteminde adli yardım kurumunun yeterli işlev ve sahip olmaması ciddi hak yitimlerine yol açmaktadır.

Bu nedenle, AİHS 6 ve AY 36 anlamında, adil yargılanma sağlanması için idari yargıdaki harçlar yeniden düzenlenmeli ve oranları düşürülmelidir. Hatta çevre ve imar uygulamaları gibi, kamu yararını yakından ilgilendiren uyuşmazlıklar harçtan muaf tutulmalıdır.

18. Bilgi Edinme Hakkı Yasası, Dilekçe Yasası ve İYUK ile Anayasa Koşut Hale Getirilmeli; Bu Yasalardaki Süreler Eşitlenmelidir

4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Yasası, bilgiye erişim için 15 günlük süre öngörmüştür. Buna göre, görev alanıyla ilgili bir konuda kendisine başvuru alan idare, 15 gün içerisinde ilgiliye istediği bilgiyi vermek; bilgiye 15 gün içerisinde ulaşamıyorsa, yine aynı süre içerisinde bunun gerekçesini de belirtmek durumundadır. Bu halde idarenin bilgi verme süresi 30 güne çıkacaktır.

Ancak ilgili, bu yasaya göre değil de olağan usule göre bir dilekçe ile idareye başvurduğunda idarenin bu talebe yanıt süresi ne olacaktır?⁶⁰

⁶⁰ Dilekçe hakkı ile ilgili daha geniş bilgi için bkz., Kaboğlu, a. g. e., s. 253

3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'da dilekçelere 30 gün içerisinde yanıt verileceği belirtilmektedir.⁶¹ Bu durumda, idareden bir işlem yapmasını ya da bir eylemde bulunmasını isteyen bir dilekçe en geç 30 gün içerisinde yanıtlanmak durumundadır. Oysa Bilgi Edinme Yasası'na göre, ilgili kamu kuruluşuna başvurarak bilgi isteyen kimseye bu kamu kuruluşu, kural olarak, en geç 15 gün içinde yanıt verecektir. Şu halde, İYUK m. 10/2 ve 11/2'deki "*idari makamların sessiz kalması*" bakımından öngörülen 60 günlük sürenin anlamı nedir?

Burada, kamu kurumundan bilgi isteyen kimseye yanıt verilmemesi üzerine kişinin idari yargıya başvurması için Bilgi Edinme Yasası'ndaki 15 günlük sürenin esas alınması gerektiği kanaatindeyim. Aksi takdirde, kişinin dilekçesi 60 gün içerisinde yanıtlanmayabilecek ve kişi dava açma süresinin başlaması için 60. günün bitmesini beklemek durumunda kalabilecektir.

Kanaatimce, hem İYUK'a göre "*özel yasa*" olmaları; hem bireyin lehine olmaları hem de öncelik sonralık ilişkisi bakımından değerlendirildiğinde, Dilekçe Yasası'nın ve Bilgi Edinme Yasası'nın başvurulara yanıt süresini düzenleyen 7 ve 11. maddelerinin İYUK 10 ve 11'den daha sonraki tarihte yürürlüğe girmiş olmaları birlikte değerlendirildiğinde, İYUK m. 10/2 ve 11/2'deki 60 günlük sürenin zımnen yürürlükten kalktığı kabul edilmelidir. Buna göre, Dilekçe Yasası m. 7 gereğince, idare talepleri en geç 30 gün içerisinde yanıtlamak durumunda olduğundan, dava açma süresi de en geç 30. günün sonunda başlayacaktır. Hatta gerek Dilekçe Yasası m. 7'nin gerekse dilekçe hakkını düzenleyen AY m. 74/2'nin idareye talepleri "*yazılı olarak*" yanıtlama yükümlülüğü getirdiği gözetildiğinde, artık idare hukukunda idarenin "*Susma Hakkı*" olmadığının kabul edilmesi de bir zorunluluk olacaktır. AY m. 74/2 hükmüne "*gecikmeksizin, dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir*" ek ibaresinin 2001 değişiklikleriyle eklendiği de gözetecek olursa, bu yaklaşımın hukuki temellere oturduğu da anlaşılabilecektir.

⁶¹ 3071 sayılı Dilekçe Yasası m. 7 (Değişik: 2/1/2003-4778/27 m.)

"Türk vatandaşlarının ve Türkiye'de ikamet eden yabancıların kendileri ve kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri konusunda yetkili makamlara yaptıkları başvuruların sonucu veya yapılmakta olan işlemin safahatı hakkında dilekçe sahiplerine en geç otuz gün içinde gerekçeli olarak cevap verilir. İşlem safahatının duyurulması halinde alınan sonuç ayrıca bildirilir."

Ancak yine de, dava açma süresinin ne zaman başladığı yönündeki tartışmalara son vermek bakımından, her üç yasa arasında birlik sağlanmalı, bireylerin lehine olan Bilgi Edinme Yasası'ndaki 15 günlük süre hem Dilekçe Yasası hem de İYUK bakımından uygulanmalıdır. Bunun için de kuşkusuz İYUK'un ve Dilekçe Yasası'nın yeniden düzenlenmesi gerekecektir.

19. İdari Yargıda Görev Alan Yargıçların Hukuk Fakültesi Mezunu Olmalarının Sağlanması ve Bu Yönüyle Adli Yargı ile İdari Yargı Arasında Koşutluk Sağlanması

İdare mahkemelerine 2576 sayılı kanunun⁶² geçici 1. maddesi gereğince, hukuk fakültesi mezunu olmayan bölümlerden de yargıç ve savcı atanabilmektedir.⁶³

Bu uygulamanın ve 2576 sayılı yasanın geçici 1. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatindeyim. Zira, AY 140/1 hükmüne göre, hakimlik ve savcılık meslekleri ancak “meslekten” hakim ve savcılar aracılığıyla yürütülür.⁶⁴ Oysaki hem söz konusu düzenlemelerin “geçici” nitelikte oluşu hem de AY 140/1 hükmünün açıkça; hakimlik ve savcılık mesleğinin “meslekten” gelen hakim ve savcılar eliyle yürütüleceğini belirtmiş olması karşısında, iktisat, siyaset, maliye mezunlarının idari yargıda görev almaları hukuki gereklerle bağdaşmamaktadır.

Düzenleme, idare hukukunun temel kavramlarının uygulamaya yerleşmesi açısından da oldukça sakıncalıdır. Zira bazı kavramların çözümü için hukuk bilgisi gereklidir. Örneğin hizmet kusuru bir idare hukuku tekniği konusudur. Hukuk mezunu olmayan birinin bu konuda vereceği kararlar sağlıklı olmayabilecektir.⁶⁵

⁶² Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun, 6 Ocak 1982-20 Ocak 1982 tarih ve 17580 sayılı RG

⁶³ Geç. m. 1/2 : “Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 5 yıllık süre içinde, idari yargı hakim adaylığından atanacakların yanı sıra; idare mahkemeleri başkan ve üyeliklerine, hukuk veya hukuk bilgisine programlarında yer veren siyasal bilimler, idari bilimler, iktisat ve maliye alanında öğrenimlerini yapmış olma şartıyla. . . ile daha önce bu görevlerde bulunmuş olmak şartıyla halen bir kamu görevi yapmakta olanlar atanabilirler.” (3. fıkrada da benzer bir düzenleme bulunmaktadır.

⁶⁴ AY 140/1.: “Hakimler ve savcılar adli ve idari yargı hakim ve savcıları olarak görev yaparlar. Bu görevler ‘meslekten’ hakim ve savcılar eliyle yürütülür.”

⁶⁵ Örneğin idarenin hizmet kusurunda yargıcın kusurun unsurlarına göre olayı değerlendirmesi gerekecektir. Aynı şekilde, imar ve çevre uygulamaları gibi konular-

Şu halde, adil yargılanmanın sağlanması bakımından, idari yargıçlarının tamamının hukuk fakültesi mezunu olması koşulu yasaya konmalı, diğer fakültelerden mezun olup da yargıçlık görevini sürdürenler ise özellikle imar uygulamaları ve vergi gibi teknik konularda yararlanılmak üzere mahkemelerde “raportör üye” olarak bulundurulmalıdır. Ancak nihai kararı verecek olanlar tam bir hukuk eğitimi almış olan, meslekten yargıçlar olmalıdır.

20. Türk İdare Hukuku Bakımından Yargı Kararlarının Uygulanması Sorunu

Türk İdare Hukuku’nun en önemli sorunu yargı kararlarının uygulanmamasıdır. Bu durum çeşitli şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Örneğin görevden alınan bir memurun idari yargı kararıyla tekrar göreve başlatılması üzerine idarenin bu memuru göreve başlatmaması ya da statüsüne uymayan bir göreve başlatması veya göreve başlatıldıktan hemen sonra yeniden görevden alması, idare hukukunda yargı kararlarının etkililiği konusundaki en basit örneklerdendir.

Ben bu çalışmamda Bursa Barosu Çevre Hukuku Komisyonu ile birlikte yürütmekte olduğumuz hukuk mücadelesinde karşılaştığım; idari yargı kararlarının uygulanmaması ile ilgili iki örnek (Uludağ ve Cargill)⁶⁶ üzerinde durup konuyu somutlaştırmaya çalışacağım.

A. ULUDAĞ SÜRECİ

Uludağ Milli Park Alanı sınırları, Uludağ’la ilgili daha önceden verilmiş olan yargı kararlarına rağmen, Bakanlar Kurulu’nun 17.03.2006 tarih ve 2006/10189 sayılı kararı ile daraltmış; bu karara karşı da Danıştay’a dava açılmış ve Danıştay yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir. Konumuzla olan ilgisi nedeniyle dava dilekçemizin ilgili bölümlerini aynen aşağıya alıyorum:

da Danıştay ve idare mahkemeleri yanlış olarak; Avukatlık Kanunu’nun 76. maddesine ve Danıştay İDDGK kararlarına rağmen uzun süre baroların dava ehliyetini kabul etmemişlerdir. Ancak Danıştay’ın son içtihatlarıyla bu yanlış yaklaşım değişmeye başlamıştır. (Danıştay 6. Dairesi 2005/ 7264 E; 2006-2539 K. ve 8. 5. 3006 tarihli kararı)

⁶⁶ Bu konularla ilgili bilgi ve belgeler, benim de üyesi bulunduğum Bursa Barosu Çevre Hukuku Komisyonu’nun arşivlerinden alınmıştır.

“Bakanlar Kurulu daha önce de Uludağ Milli Parkı’nı doğrudan etkileyen iki karar almış; ancak her iki karar da Danıştay’ca iptal edilmiş ve iptal kararları kesinleşmiştir.

Danıştay 6. Dairesi, 1998-1455. E. ; 1999-5011 K. ve 20.10.1999 tarihli kararı ile Bakanlar Kurulu’nun 6. 1. 1998 gün ve 98/10496 sayılı benzer mahiyetteki kararını iptal etmiş; yine aynı daire 2000-2435 E. 2002-2504 K ve 7. 9. 2001 tarihli aynı mahiyetteki ikinci kararı ile de 20.01.2000 gün ve 2000-196 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı’nı, bilirkişi raporlarını da dikkate alarak işlemde kamu yararı bulunmaması nedeniyle iptal etmiştir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu da 2002-925 E. ve 2003-409 K. 6.6.2003 tarihli kararında, ek 2 ve ek 3’te sunmuş olduğumuz ve yukarıda kısaca açıkladığımız bilirkişi raporlarında belirtilen sakıncalara da değinerek, Danıştay 6. Dairesi’nin 2000-2435 E ve 7.9.2001 tarihli kararını ONAMIŞ-TIR.

Ayrıca, Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir. Bu ilke de kaynağını Anayasa’nın 2. maddesinden almaktadır.

Yine Anayasamızın 138/son maddesine göre, yasama organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.

Yukarıda karar tarih ve sayıları verilen DANIŞTAY kararları ile yöreye yeni tesis yapılması ve yörenin turizm amaçlı kullanılması engellenmiştir. Anayasa’nın 138/son maddesi yargı kararlarına uyulmasını zorunlu hale getirmiştir. Karar Anayasa’ya aykırı olduğu gibi, alınan kararda kamu yararı da yoktur. Karar iptal edilmezse, gerek Uludağ gerekse Türkiye’deki diğer milli parklar için benzer kararlar alınacak ve o bölgeler yapılaşmaya, turizme açılacaktır. Bakanlar Kurulu Kararı ile hukuk dolanılmaktadır! Karar bu nedenle de iptal edilmelidir.

Kaldı ki alınan bir kararla önceki yargı kararlarını bertaraf etmek, yargı kararlarına uymamak bir yana; bu kararları tamamen kaldırmak demektir! Bu yolla idareye yargı kararlarını kaldırma ve yeni fiili bir durum yaratma olanağı tanımak hukuk devleti ilkesinin de onarılamaz derecede zedelenmesi anlamına gelecektir

Bakanlar Kurulu, 17.03.2006 tarih ve 2006/10189 sayılı kararı ile Uludağ Milli Parkı sınırlarını daraltmış; bu karar 01.04.2006 tarih ve 26126 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir

Bakanlar Kurulu, daha önce de 13.02.2006 tarih ve 2006/10035 sayılı kararı ile Uludağ Milli Parkı'nın sınırlarını daraltmış; bu karar 28.02.2006 tarih ve 26094 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmişti. Ancak yoğun kamuoyu baskısı nedeniyle Bakanlar Kurulu bu karardan dönerek yukarıda iptalini istediğimiz kararlar milli park alanını yeniden belirlemiştir.

İYUK 28 hükmüne göre, idarenin yargı kararlarını uygulaması bir zorunluluktur; hatta Anayasa m. 138'e göre, bu zorunluluk bir "anayasal zorunluluk"tur!

Şu halde, konuyla ilgili önceki üç yargı kararını tamamen etkisiz bırakmaya yönelik olan iptalini istediğimiz Bakanlar Kurulu kararı, AY 138/son ve İYUK m. 28 ile güvencelenen; hukuk devletin temel ilkelerinden olan "hukukun üstünlüğü" ilkesini ortadan kaldırmaya yönelik açık bir girişim olduğundan; kararın iptal edilmesi gerekmektedir!

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de "Taşkın vd. Türkiye" Kararında ve 2005 yılı içerisinde Türkiye'yi mahkum ettiği son kararlarından biri olan "Okuy ve Diğerleri-Türkiye" kararında, yargı kararlarının uygulanmamasının etkin hukuki korunma hakkını yok ettiğini; bir hukuk devletinde yargı kararlarını uygulamakla yükümlü olan idarenin bu kararları uygulamamasının sözleşmenin 13. maddesini ihlal ettiğine kanaat getirmiştir."

Görüldüğü gibi, idare Uludağ'la ilgili önceki 3 Danıştay kararına rağmen yine bir karar almış ve aldığı kararla, önceki Danıştay kararlarında, milli park olması nedeniyle yapılaşmaya açılmayacağı belirtilen alanı milli park statüsünden çıkararak, önceki yargı kararlarını da tamamen ortadan kaldırmayı amaçlamıştır. Açılan son dava da halen derdesttir ve Danıştay bu davada yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir.⁶⁷

B. CARGILL⁶⁸ SÜRECİ

Yargı kararlarının uygulanmaması bakımından incelenmesi gereken ikinci süreç Cargill sürecidir. Burada da aynen Uludağ sürecinde

⁶⁷ Danıştay 10. Daire, 17. 8. 2006 gün ve 2006/4778 E sayılı kararı (gerek bu kararda belirtilen gerekse öğretide oybirliğiyle kabul edilen görüşe göre, yürütmenin durdurulması kararları da aynen iptal, tam yargı kararları ve diğer ara kararları gibi uygulanacaktır. 30 günlük uygulama süresi, idare için bir hak değildir; bu süre üst sınırdır.) Çağlayan, a. g. e., s. 216 vd)

⁶⁸ Cargill AŞ Bursa, Orhangazi Gemiç ve Gürle Köyleri'nde 1997 yılında kurulmuş olan ve mısır unundan nişasta ve yapay şeker (glikoz) üreten bir ABD şirkettir.

yaşandığı gibi, hatta ondan daha da vahim olmak üzere, şirket aleyhine çevreye verdiği zarar; kuruluşunun hukuka aykırı olması; fay hattına kurulmuş olması; kurulduğu yerin birinci sınıf tarım arazisi olması nedeniyle verilen pek çok⁶⁹ yargı kararı da uygulanmamış; hatta bu nedenle sorumlular hakkında suç duyurusunda bulunulmuş; sorumlulara tazminat davası açılmıştır.

Cargill’le ilgili bugüne dek pek çok dava açılmış; bunların tümü için de yürütmenin durdurulması (bazıları için iptal kararı da alındı; ancak bir kısmı halen derdesttir) kararı alınmıştır. Bu kararlar şunlardır:

1. Bursa Barosu Başkanlığı’nın da aralarında bulunduğu bir grup kişi ve sivil toplum örgütü Bursa’nın eski Orhangazi, yeni Gemlik İlçesi, Gemiç ve Gürle Köyleri mevkiinde yer alan 194 m²’lik alanda Cargill Tarım San. Tic. AŞ unvanlı firmaya nişasta fabrikası kurulmasına olanak tanıyan, Başbakanlık Yüksek Planlama Kurulu’nun 9 aralık 1997 gün ve 97/ T-89 sayılı kararı ile, bu karara uygun 1/1000 ölçekli mevzi imar planı yapılmasına ilişkin Bursa Valiliği İl İdare Kurulu’nun 30 Nisan 1998 gün ve 1998/ 4.118 sayılı kararı ve 17.06.1998 gün ve 12/79 sayılı inşaat ruhsatı verilmesine dair kararın iptali için Bursa 2. İdare Mahkemesi’nde iptal davası açmışlardır. İptal nedeni olarak da Cargill’e ait tesisin tarımsal amaçlı olmaktan çok, tarım ürünü kullanan bir sanayi tesisi olduğunu ve bu nedenle doğaya vereceği zararın bilirkişi raporlarıyla kanıtlandığını, İznik Gölü ve bu gölü besleyen Karsak Deresi’nin Bursa Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu’nun çeşitli kararları ile koruma altına alındığını; buna göre içme ve kullanma suyunun kaynağı niteliğinde olan bu kaynakları besleyen tüm sulara, akar veya kuru derelere atık su boşaltılamayacağını göstermişlerdir.

Yapılan yargılamalar sonucunda Bursa 2. İdare Mahkemesi, 8 Kasım 2004 gün, 2004/ 990 E. ve 2004/ 1560 karar sayılı kararı ile Cargill’le ilgili alınan tüm kararların iptaline karar vermiştir.

2. Yukarıda belirtilen dava sürerken, iptal davasına konu mevzi imar planı değişikliğinin 1/25000 ölçekli plana aykırılığını gören ida-

⁶⁹ Şirketle ilgili verilen ve uygulanmayan tam 7 idari yargı kararı bulunmaktadır. Ayrıca, yargı kararlarını uygulamayan sorumlular hakkında suç duyurusunda bulunulmuş; sorumlulara tazminat davası açılmış ve kararı uygulamayan sorumlularla ilgili yapılan iç hukuk başvurularından sonuç alınamadığından, 1. 7. 2005 tarihinde Türkiye, Bursa Barosu Başkanlığı öncülüğünde AİHM’e şikayet edilmiştir.

re, plan değiştirmeye yetkili olan Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'nın 14 Ağustos 1998 tarihli kararı ile bu planda değişiklik yapmış; adı geçen karar aleyhine Danıştay'da dava açılmış, Danıştay 6. Dairesi, 26 Kasım 2002 gün, 2002/4839-5652 sayılı kararı ile bu işlemin iptaline karar vermiştir.

3. Bursa Valiliği İl İdare Kurulu bu kez de yukarıda anılan mahkeme kararını etkisiz kılmak amacıyla iptal edilen mevzi imar planını değiştirmiş, 28 Aralık 1999 onay tarihli 1/1000 ölçekli mevzi imar değişikliği kararı ile 25.08.2000 gün 16-06 yapı ruhsatı vermiştir. Bu işlem aleyhine açılan dava sonunda Bursa 2. İdare Mahkemesi 8 Kasım 2004 gün, 2004/ 1127 E; 2004/1561 K. sayılı kararıyla bu işlemi de iptal etmiştir.

4. Çevreye zarar verdiği ve kapatılması gerektiği mahkeme kararlarıyla belgelenen Cargill AŞ'ye "*deşarj ve emisyon izni*" verilmesine ilişkin Bursa İl Mahalli Çevre Kurulu'nun 10 Ağustos 2000 gün ve 10 sayılı kararı aleyhine açılan dava sonunda, Bursa 2. İdare Mahkemesi bu işlemi 30 Kasım 2004 gün, 2004/ 1105 E; 2004/ 1633 K. sayılı kararıyla iptal etmiştir.

5. Tüm bu iptal ve yürütmenin durdurulması kararlarına rağmen, bu kez Bakanlar Kurulu 5.7.2005 tarih ve 25866 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanan 2005/8944 sayılı kararıyla, Cargill AŞ'nin de içinde bulunduğu alanı "*Özel Endüstri Bölgesi*" ilan etmiş; bu karar da Bursa Barosu Başkanlığı'nın da aralarında bulunduğu bir grup davacı tarafından idari yargıya taşınmış ve Danıştay 10. Dairesi 8.2.2006 tarih ve 2005-6613 E sayılı kararıyla; Bakanlar Kurulu işleminin yürütmesini durdurmuştur.

6. En son süreçte Bursa 3. İdare Mahkemesi, 12.9.2006 tarih ve 2006/1138 E ve 2006-1464 K sayılı ilamı ile Gemlik Belediyesi'nin vermiş olduğu 1/1000 ölçekli mevzi imar plan değişikliği ile Cargill AŞ hakkında verilen yapı ruhsatı izninin iptaline ilişkin işlemi iptal etmiştir.

7. Danıştay 6. Dairesi, 14.6.2006 tarih ve 2006-2467 E sayılı ilamıyla, 1/25.000 ölçekli İznik Gölü Çevre Düzeni İmar Planı'nın iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle açılan davada yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir.

Ne var ki idari makamlar bu kararların hiçbirini uygulamamışlardır. Bunun üzerine de Bursa Barosu Başkanlığı ve bir grup başvuru,

01. 07. 2005 tarihinde AİHM'e sözleşmenin 2 (yaşam hakkı); 6 (adil yargılanma hakkı); 8 (sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı) ve 13. (etkili başvurudan yararlanma hakkı) maddelerinin ihlali iddiasıyla başvurmuşlar; Mahkeme bu başvuruyu "*Bursa Barosu ve Diğerleri-Türkiye*" adıyla kayda alarak esastan görüşmeye başlamıştır.

Ayrıca, yargı kararlarını uygulamayan sorumlular hakkında asliye hukuk mahkemesinde kişisel kusura dayanılarak tazminat davası açılmış ve Cumhuriyet Başsavcılığı'na da suç duyurusunda bulunulmuştur.

Ancak İçişleri Bakanlığı kararı uygulamayan vali hakkında koğuşturma izni vermemiştir. Bunun üzerine, Baro Başkanlığı ve bir grup vatandaş Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na itiraz etmişlerdir.

İtirazı görüşen Danıştay 1. Dairesi, 2005-1377 E ve 2006-83 K ve 14.01.2006 tarih sayılı ilamıyla Cargill AŞ hakkındaki kararları yerine getirmeyen vali hakkında İçişleri Bakanlığı'nın 7.11.2005 gün ve 2005/220 K sayılı kararını Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazı üzerine kaldırmış ve sorumlu valinin yargılanmasına karar vermiştir.⁷⁰

⁷⁰ Karardan dikkat çekici paragraflar şöyledir: "... Nişasta fabrikası kurulmasına olanak sağlayan işlemler hakkında yargılama süreci devam ederken Bakanlar Kurulu'nun 24. 7. 2002 günlü; 2002/7 sayılı prensip kararıyla, istihdam imkanı sağlayan, kullanacağı mısırın büyük kısmını iç piyasadan sağlayan ve su kirliliği yaratmayan tesisin faaliyetine devam etmesinin uygun görüldüğü, yargı yerlerince verilen kararların uygulanmasında B. . Valiliği'nce düşünülen duraksama üzerine görüş istendiği Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Md'nün... 2003 günlü, 2504 sayılı yazısıyla, bahsi geçen Bakanlar Kurulu Prensip Kararına uyulması gerektiğinin hatırlatıldığı; bu yazı gereği olarak da Çevre ve Orman Bakanlığı Çevre Yönetimi Genel Müdürlüğü'nün... 2003 günlü, 227 sayılı yazısı ile Prensip Kararına göre uygulama yapılmasının B. . . Valiliği'nden istendiği, anılan yazılar esas alınarak mahkeme kararının halen uygulanmadığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 138. maddesinde yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararına uymak zorunda olduğu, bu organlar ile idarenin mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği, 2577 sayılı İYUK 28. maddesinde, idarenin, mahkemenin esas ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararların icaplarına göre, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya **meccur** olduğu, uygulama süresinin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçmeyeceği, 52. maddesinde ise, temyiz veya itiraz yoluna başvurulmuş olmasının mahkeme kararının yürütmesini durdurmayacağı hükme bağlanmıştır.

Öte yandan Anayasa'nın 137. maddesinde, kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimsenin, üstünden aldığı emri yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görmesi halinde yerine getirmeyeceği ve bu aykırılığı o emri verene bildireceği, üstün emrinde ısrar etmesi ve bu emri yazı ile yenilemesi halinde emri yerine getireceği, bu halde emri yerine getirenin sorumlu olmayacağı, ancak konusu suç teşkil

Karar, yargı kararını uygulamamaya yönelik olarak, idarenin bir başka idari kuruma verdiği emri “kanunsuz emir” (AY 137) sayması bakımından Türk İdare hukukunda bir devrim niteliğindedir. Ayrıca, kararda, yargı kararlarının uygulanmaması yönünde verilen idari emre uyan görevlinin de “konusu suç olan emri yerine getirdiği için sorumlu olduğu” belirtilmiş ve Türk İdare hukukunda bu yönüyle de devrim niteliğinde bir karar verilmiştir.⁷¹

Yine Danıştay 10. Dairesi, 2005-6613 E ve 8.2.2006 tarihli kararında idarenin yargı kararlarını ortadan kaldırmaya yönelik bir yasal düzenlemeye girişemeyeceğini belirtmiştir.⁷²

Ancak tüm bu uğraşlara rağmen, yargı kararlarını uygulamamakta direnen idarenin bir yazısı, Türk Hukuk Sisteminde yargı kararlarının etkinliği ve idarenin bu kararlara uymak yönündeki istencinin boyutunu tüm çıplaklığı ile ortaya koymaktadır.⁷³

Başbakanlık Hukuk Müşavirliği tarafından Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı’na Cargill’le ilgili, yukarıda belirtmiş olduğum 7 yargı kararına rağmen gönderilen 20.04.2006 tarihli yazının 4. paragrafındaki şu ifadeler de dikkat çekici ve düşündürücüdür:

“Bursa İli Orhangazi İlçesi Gemiç ve Gürle Köyleri Karapınar Mevkiinde Kurulu bulunan Cargill Tarım ve Ticaret AŞ’ye ait mısır işletme tesislerinin kurulmasına ve faaliyetine imkan veren işlemin iptali talebiyle Bursa. İlindeki bazı meslek kuruluşları ve şahıslar tarafından gerek idare mahkemeleri gerekse Danıştay nezdinde açılan davaların idare aleyhinde sonuçlanmakta olduğu malumunuzdur. . . .

eden emrin hiçbir suretle yerine getirilemeyeceği, yerine getiren kimsenin sorumluluktan kurtulamayacağı hükmü yer almakta olup, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 11. maddesinde de buna paralel bir düzenleme yer almaktadır.

Buna göre, B. . İli, G. . . İlçesi, G. . . ve G. . . Köyleri mevkiindeki Cargill Tarım Sanayi ve Ticaret AŞ’nin nişasta fabrikası kurmasına olanak tanıyan Bakanlar Kurulu Kararının, Başbakanlık Çevre Bakanlığı yazılarının kanunsuz emir oldukları anlaşıldığından bunlara dayanılarak yargı kararlarının yerine getirilmemesinde ilgilinin sorumluluğunun bulunduğu sonucuna varılmıştır. ’

⁷¹ Kararın önemli bölümleri için bkz., dn. 70.

⁷² “Anılan yasa hükmünde yer alan ‘kurulduğu dönemde geçerli olan imar planları’ ifadesinin idari yargı yerince hukuka aykırılığı saptanarak iptal edilmiş olan planları kapsamadığının, geçerli sayılan planların hukuka uygun planlar olduğunun kabulü zorunlu bulunmaktadır. Esasen idari yargı yerince iptal edilmiş olan imar planlarının geçerli sayılması yolunda yargı kararlarını etkisiz kılacak yasal düzenleme yapılması düşünülemez.” (Danıştay 10. Dairesi, 2005-6613 E ve 8. 2. 2006 tarihli kararı)

⁷³ Kararda Başbakanlık müsteşarının imzasının bulunması (adını vermiyoruz) da ayrı bir hukuk faciasıdır.

... "1-5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Koruma Kanunu'nda yapılacak bir değişiklikle ildeki kamu kurum ve kuruluşları ile üniversite temsilcileri yanında sivil toplum örgütü temsilcilerinin katılımıyla oluşan Toprak Kurulu'nun bu kanundan kaynaklanan yetkisinin, tarım ürünü işleyen ve ileri teknoloji kullanan mevcut tesislerin bulunduğu alanlar için Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı'na devredilmesinin sağlanabileceği ve böylece sivil toplum örgütlerinin bu konudaki olumsuz tutumlarının bertaraf edilebileceği;

2- 5403 sayılı kanunun geçici 1. maddesinde yer alan gerekli izinler alınmadan tarım dışı kullanıma açılmış ve tarımsal bütünlüğü bozmayan tarım arazilerinin istenilen amaçla kullanımı için Bakanlığa müracaatta tanınan 6 aylık sürenin yapılacak bir Kanun değişikliği ile 6 ay daha uzatılmasının şirketin izinlerini yenileyebilmesine imkan vereceği ve böylece faaliyetine devamını sağlayabileceği görüşleri ortaya konmuştur."

Açıkça görülmektedir ki idare yargının aleyhine verdiği kararlardan rahatsızlık duymakta, hatta bırakın rahatsızlık duymayı, bu kararları uygulamamak için çeşitli çareler aramaktadır. Ancak bu durumun, Anayasa'nın 138/son hükmüne aykırı olduğu ortadadır.

İdarenin bir bireyinin bu yönde bir girişimde bulunması tam anlamıyla "Anayasa ihlalidir."

Yukarıda değinmiş olduğum Danıştay 1. Dairesinin kararında (bkz., dn. 70) da belirtildiği gibi, bu emir, konusu suç olan bir emirdir. Şu halde, böyle bir eylemde bulunan idare ajanı hakkında nasıl bir hukuki çareye başvurulabilir?

Türk Hukuku'nda, bu durumdaki bir ajana karşı asliye hukuk mahkemelerinde bireysel kusura dayanılarak tazminat davası açılabilmesi olanaklıdır.

Ayrıca, İYUK 28/4 gereğince; "kusuru kanıtlamak" koşuluyla idareye veya ajanına karşı da tam yargı davası açılabilir.

Ancak, ne yazık ki Türk hukuk sistemi bakımından yargı kararını uygulamayan sorumlular hakkında cezai koğuşturmaya girişmek çoğu kez etkisiz olmaktadır.

Görüşüme göre, yargı kararlarını uygulamayan sorumlular hakkında Cumhuriyet Savcıları doğrudan doğruya soruşturma açabilmeli; bu kişiler hakkında TCK'ya özel bir hüküm konmalı⁷⁴ ve bu kişile-

⁷⁴ Hüküm şöyle düzenlenebilir : "... Yargı kararını uygulamayan ya da bu kararın uygu-

rin cezası paraya çevrilmemeli; ertelenmemelidir.⁷⁵ Hatta buna işlerlik kazandırabilmek için AY 138'e bir ek fıkra eklenmelidir.⁷⁶ Memurlar bakımından bunu sağlayabilmek için de AY 129/son hükmü değiştirilmeli ve özel yasalardaki tüm engeller de kaldırılmalıdır.⁷⁷

Yasama dokunulmazlıkları da kararları uygulamamakta direnen milletvekilleri ve bakanların da yargılanmasını sağlamak için kaldırılmalıdır. Bu yönde AY 83/2 hükmü yeniden düzenlenmelidir.⁷⁸ Ayrıca, AY 125/4 yeniden düzenlenmeli ve idare mahkemeleri, yargı kararlarının uygulanmasını denetlemek bakımından 'yerindelik' denetimi yapabilmelidir.

İYUK 28/4 gereğince idareye karşı tam yargı davası da açılabilir gibi, kararı uygulamayan kamu görevlisine de tazminat davası açılabilir.⁷⁹ Fakat bunun için yasada aranan kasıt unsuru kaldırılmalıdır. Aksi halde, hükümden istenilen sonuç alınamayacaktır.⁸⁰

Ayrıca, İYUK 28/4 hükmünü daha işlevsel kılabilmek için, kararın uygulanmaması nedeniyle tazminat ödemek durumunda kalan idarenin, kararı uygulamayan kamu görevlisine rücu etmesi ve bunu

lanmasında gecikme ve ihmal gösteren kamu görevlisi hakkında, kararı uygulamamanın bir zarara yol açıp açmadığına bakılmaksızın 1 yıldan 5 yıla kadar hapis ve 1000 YTL'den 5000 YTL'ye kadar para cezası verilir. Verilen para hapis cezası ertelenemez; paraya çevrilemez."

5237 sayılı TCK'da bu kişiler 257. maddedeki "görevin gereklerini yerine getirmemek"ten yargılanacaklardır. Ancak burada, kamu görevlisinin eyleminin kamuya zarar vermesi koşulu aranmaktadır ki kanaatimce bu yeterli bir düzenleme değildir. Ayrıca, verilecek ceza da 6 aydan 3 yıla dek değişmektedir. Paraya çevrilmesi ve ertelenmesi de mümkündür.

⁷⁵ Bu hükmün TCK'nın 4. kısmında düzenlenen (m. 267 vd) "adliye karşı suçlar" başlığına konmasının uygun olacağı düşüncesindeyim.

⁷⁶ Fıkra şöyle düzenlenebilir: "Mahkeme kararlarına uymakta gecikmesi görülen ya da bu kararları yerine getirmeyen kamu görevlileri hakkında Cumhuriyet Savcıları tarafından doğrudan soruşturma başlatılabilir."

⁷⁷ Anayasa metnine yargı kararını uygulamayan memurlar hakkında Cumhuriyet Savcıları tarafından doğrudan soruşturma açılabilir hükmü konmalıdır.

⁷⁸ Yine bu hükmü de yargı kararlarını uygulamayan milletvekilleri hakkında Cumhuriyet Savcıları tarafından doğrudan soruşturma başlatılabileceği yönünde bir fıkra eklenmesi yerinde olacaktır.

⁷⁹ Daha geniş bilgi için Memiş, Emin, *Kanun Hükmünde Anlaşma ve Danıştay Uygulaması*, 1. Baskı, Ağustos 2004, Alfa Yayınları, özellikle s. 114 vd

⁸⁰ Çağlayan, a. g. e., s. 290 : "Danıştay'ın yargı kararlarının yerine getirilmemesi dolayısıyla açılan davalarda, bir zararın doğmuş olmasını ve illiyet bağıını sıkı sıkıya aramkata olması, yargı kararlarının uygulanmamasından doğan sorumluluk esaslarına uymamaktadır." demektedir.

sağlamak için de öncelikle AY 40/son ve 129/5 hükümlerinin buyurucu hale getirilmesi gerekmektedir.⁸¹

Yargıtay Ceza Daireleri de çeşitli tarihli istikrar kazanmış olan içtihatlarında, Yargı kararlarını uygulamayan sorumlular hakkında 765 sayılı TCK'nın 228. maddesinden (5237 sayılı TCK 257) mahkumiyet hükmü kurmuştur.⁸²

Yargıtay CGK, atama işlemi birkaç kez iptal edilmesine rağmen, her seferinde ilgili kişiyi görevine atamayan veya görevinden alan ve böylece yargı kararlarını fiilen uygulanamaz hale getiren kamu görevlisini de aslında yargı kararını etkisiz ve anlamsız kıldığı için cezaya mahkum etmiştir.⁸³

Yine AİHM, *'Taşkın vd Türkiye'* ve *'Okuy vd Türkiye'* davalarında, Türkiye'yi yargı kararlarının uygulanmamasının bireylerin hukukun etkin korunma hakkını ortadan kaldırdığı gerekçesi ile, Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlalinden ötürü mahkum etmiştir.

C. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA YARGI DENETİMİ⁸⁴

Karşılaştırmalı hukukta değişik yöntemlerle yargı kararlarının denetimi sağlanmaktadır. Burada kısaca Alman, Fransız, İtalyan ve İngiliz Hukuku'nda yargı kararlarının uygulanmasının denetlenmesinden bahsedeceğim.⁸⁵

⁸¹ AY 40/son ve 129/5 hükmü şu anda idareye memuruna rücu bakımından takdir hakkı tanımaktadır.

⁸² Kararlardaki şu ifadeler dikkat çekicidir: *"Anayasa'nın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti, demokratik sosyal bir hukuk devletidir. Bu temel ilkenin gereği olarak, Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu, 138. maddesinin son fıkrasında ise Yasama ve Yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda bulunduğu kuralları getirilmiştir. Bu anayasal düzenlemelerden, diğer çağcıl anayasalarda olduğu gibi yargı organları kararlarının, yasama, yürütme organlarıyla yönetimi bağladığı, bu organların ve yönetimin yargı kararlarını değiştiremeyecekleri gibi, bunların yerine getirilmesini de geciktiremeyecekleri açıkça anlaşılmaktadır. Bunun aksini düşünmek, diğer bir deyişle yargı kararlarını önemsenememek, Devleti hukukun dışına, üstüne çıkarmak anlamına gelir."* (CGK 2003/26 E-8 K ve 4. 2. 2003 tarihli kararı. Aynı yönde 4. CD 2000/5861 E-6973 K; 23. 10. 2000 tarihli kararı; CGK 2003/26 E-8 K ve 4. 2. 2003 tarihli kararı; CGK 1998/4-122 K ve 5. 5. 1998 sayılı kararı, CGK 2003/4-63E; 2003-37 K; 11. 3. 2003 tarihli kararı).

⁸³ CGK 2003/4-63 E-2003/37 K ve 11. 3. 2003 tarihli ilamu.

⁸⁴ Çağlayan, a. g. e., s. 257 vd.

⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz., Çağlayan, a. g. e., s. 257-278.

1. Alman Hukukunda Yargı Kararlarının Uygulanmasının Denetlenmesi

Almanya’da ilk derece mahkemesi, yargı kararlarının uygulanıp uygulanmadığını da denetlemektedir. İdare eğer kararı uygulamakta direnirse, idareye para cezası ya da kararı uygulamayan sorumluya hapis cezası uygulanabilmektedir.

İdareye kesilen para cezasının tahsil edilip edilmediğini de yine kararı veren mahkeme denetlemekte ve paranın tahsil edilmesini sağlamaktadır. Oysaki Türk Hukuk sisteminde İİK md 82 ⁸⁶ hükmü idareden para tahsil edilmesine engeldir.⁸⁷

Alman mahkemeleri bunun için, vatandaşların şikayeti üzerine idareye 1 aydan çok olmamak üzere süre verir ve bu süre içerisinde idareden kararı uygulamasını ister. Karar yine uygulanmazsa, kararı uygulamayan sorumlular hakkında “yerine getirmeme koğuşturması” açılarak “yerine getirme emri” çıkarılır ve sorumlular hakkında haciz ya da hapis yoluyla zorlayıcı önlemler alınır.

2. Fransız Hukuku

Fransa’da, Almanya’dakinden farklı olarak, kararı veren mahkeme değil, kararı denetleyen mahkeme (temyiz mercii) kararın yerine getirilmesini de sağlamaktadır. Bunun için Danıştay’da ayrı bir daire açılmıştır. Daireye, yargı kararının yorumu ve uygulanması bakımından sorun yaşayan idare de başvurabilmekte ve daireden görüş alabilmektedir.

Kararı yerine getirmediği tespit edilen idareye “*parasal itaatsizlik cezası*” verilmektedir. Bu cezanın, kararın uygulanmamasından doğan zararı gidermeye yönelik olan tazminatla bir ilgisi yoktur. Ceza, caydırmak amacıyla verilmektedir. Ayrıca tazminat istenebilir.

Cezanın etkili olmasını sağlamak bakımından, kararı uygulamayan kamu görevlileri de parasal itaatsizlik cezasına benzer bir cezai yaptırımla karşılaşır.

Cezanın özelliği, mağdur olan kişiye, kararın yerine getirilmediği her gün için belli bir miktar para ödemeye idareyi zorlamaktır.

⁸⁶ İİK 82/1 :Aşağıdaki şeyler haczolunamaz” Devlet malları ile mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar”.

⁸⁷ Geniş bilgi için bkz., Çağlayan, a. g. e., s. 233 vd.

Hem idare hem de kararı uygulamayan sorumlu böyle bir yaptırımla karşılaşmamak için, cezayı ödemememek adına kararı uygulama yönünde adım atmaktadırlar. Eşdeyişle, parasal itaatsizlik cezası Fransız Hukuku'nda oldukça etkili bir denetim yoludur.

3. İtalyan Hukuku

İtalya'da, yargı kararlarının uygulanmasının sağlanması bakımından “uygulama davası” adı verilen bir yöntem izlenmektedir. Buna göre, kararın uygulanmaması nedeniyle mağdur olan ilgili, idare mahkemesine başvurarak bir dava açar.

Mahkeme, kararın uygulanmadığını tespit eder. İdareye, kararın uygulanması için buyruk verebileceği gibi, idareden yeni bir karar almasını da isteyebilir. Mahkeme gerekirse bunu tespit etmek ve kararın uygulanmasını sağlamak için de bir görevli atar. Bu görevlinin, idare üzerinde yaptırım uygulama yetkisi de bulunmaktadır.

Bizde ise, gerek AY 125 ve 138 gerekse İYUK 2 hükmü değerlendirildiğinde, mahkemelerin idarenin yerine geçerek işlem tesis edemeyeceği, yalnızca hukuka aykırılığı tespit edebilecekleri tartışma dışıdır. Ancak, Danıştay özellikle memur görevden almalarının iptaline ilişkin verdiği bazı kararlarda “görevden alma işleminin iptaline, memurun yeniden boş kadroya atanmasına” demektedir. Hatta bazı kararlarında da “görevden alma işleminin iptaline, iptal kararı geçmişe yürüdüğünden, yerine yapılan atama işlemi de hukuka aykırı sayılacağından, o atamanın da iptaline” diyebilmektedir. Ancak Danıştay'ın bunun aksine kararları da bulunmaktadır.⁸⁸

4. İngiliz ve Amerikan Hukuku

Anglo-Sakson Hukuk sistemine dahil olan İngiltere ve Amerika'da yargı birliği ilkesi geçerli olduğundan, orada ayrı bir idari yargı yoktur. İdari işlemlerin hukuka uygunluğunu genel mahkemeler yapmaktadır.

Genel mahkemeler, idari işlemleri ya sonradan iptal eder (certiorati), ya işlem uygulamaya geçirilmeden bu işlemin yapılmasını engel-

⁸⁸ Çağlayan, a. g. e., 199-200-201

ler (prohibition) ya idareyi bir işlemi yerine getirmeye zorlar (mandamus); ya hukuka aykırı olan işlemin uygulanmasını geçici bir süre için durdurur (injonction) ya da en az etkili yol olarak, tarafların o uyuşmazlıktaki haklarının neler olduğunu açıklar.

Demek oluyor ki İngiltere’de yargıç idareye buyruk verebilmektedir. Özellikle “*mandamus*” tedbiri bakımından bu daha belirgindir. Aynı yöntem ABD’de de uygulanmaktadır. Amaç, idare ajanını görevini yapmaya zorlamaktır. İdare ajanı buna rağmen görevini yapmazsa düzene itaatsizlikten cezalandırılacaktır.

D. YARGI KARARLARININ UYGULANMASININ YARGI ORGANI DIŞINDAKİ YÖNTEMLERLE DENETİMİ⁸⁹

Yukarıda belirtmiş olduğum yargısal denetimin yanı sıra, yargısal denetim kadar etkili olmayan fakat uygulanmasında da yarar bulunan başka yöntemler de bulunmaktadır.

Bunlar, idari denetim, yasama organı eliyle denetim, ayrı bir denetim organı eliyle denetim şeklindeki başlıklarda toplanabilecektir.

1. İdari Denetim

Yargı kararlarının uygulanmasının idari denetimi çeşitli şekillerde olabilecektir. Bunun İçin bireylerin idareye doğrudan ya da hiyerarşik yoldan başvurusu mümkün olabilecektir.

Hiyerarşik başvuru, yargı kararını uygulamakla yükümlü olan memurun üstüne başvurmadır. Böylece, kararı uygulamayan kamu görevlisi üstüne şikayet edilerek kararın uygulanması sağlanabilmektedir.

Diğer bir idari denetim yolu ise, kararı uygulamayan idare hakkında idari vesayet denetimine tabi olması durumunda bu makama başvurmadır.

2. Yasama Organı Eliyle Denetim

Bu yöntem 1982 Anayasası’nda “*dilekçe hakkı*” başlığı ile 74. maddede düzenlemiştir.

⁸⁹ Çağlayan, a. g. e., s. 245 vd

İdare dilekçeyi kabul etmek, ilgili makama aktarmak, incelemek ve yazılı olarak yanıtlamak durumundadır. Ancak, ne yazık ki bu kurum çok etkili şekilde işletilememektedir.

3. Ayrı Bir Organın Denetimi

Bu tip denetimde, aslında yargısal niteliğe sahip olmayan fakat idareye yol gösterici işlemler yapabilen ve bağımsız çalışabilen, idareye öneriler sunabilen bir kurum; yani “ombudsmanlık” önemli işlev üstlenmektedir.⁹⁰

Ombudsmanlık, farklı şekillerde de olsa pek çok devlette uygulanmaktadır. Ombudsmanın görevi idareyi yasama organı adına denetlemektir. Zaten yetkisini de yasama organından alır.⁹¹

İdarenin denetiminde diğer yöntemler ise bağımsız idari otoriteler⁹² ile Cumhurbaşkanlığı’na bağlı olan ve geniş yetkilerle donatılmış bulunan Devlet Denetleme Kurulu’dur.⁹³ Kurulun yetkileri oldukça geniştir. Ne var ki kurulu bireysel başvurularla harekete geçirmek olanak dışı olduğundan, kurulun denetimi bazen yetersiz kalabilmektedir.

E. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Sonuç olarak diyebiliriz ki idarenin çeşitli şekillerde denetlenebilmesi mümkündür. Fakat ne olursa olsun, önemli olan idarenin yargısal denetiminin sağlanması ve bunun da etkin kılınmasıdır. Özellikle idari yargı kararlarının uygulanmasını sağlamak bu bakımdan çok önemlidir. Kanaatimce, Türk İdare Hukuku bakımından yargı kararlarının uygulanmasını sağlamak için B Bölümünde önerilen çözümler ya da yukarıda C-1 ve C-2’de aktarmaya çalıştığım Alman veya Fransız sistemi benimsenebilir.

⁹⁰ Türkiye’de ombudsmanlık “kamu denetçiliği” adı altında 13. 10. 2006 tarih ve 26318 sayılı REGA’da yayımlanarak yürürlüğe giren 5548 sayılı “Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu” ile uygulanmaya başlanmıştır. Kamu denetçiliği kurumu, bu çalışmanın kapsamı dışında kaldığından konuya yalnızca değinilmekle yetinilmiştir.

⁹¹ Bilgi için bkz., Kaboğlu, *a. g. e.*, s. 251; Çağlayan, *a. g. e.*, s. 248.

⁹² BİO’ya örnek olarak RTÜK, Rekabet Kurulu ve Bilgi Değerlendirme Yüksek Kurulu gösterilebilir.

⁹³ Ayrıntılı bilgi için Çağlayan, *a. g. e.*, s. 248 vd.

Ya da Erkut'un önerdiği gibi İYUK m. 28yeniden yazılarak, yargı kararlarının yerine getirilmemesi ile ilgili olarak taraflara, bireylere, katılanlara, hatta dava dışı üçüncü kişilere başvuru olanağı tanınabilir.⁹⁴

Fakat hangi yöntemin uygulanacağından çok, hukuk devletinin temel niteliklerinden sayılan “*yargısal korunma*”nın etkililiğini kurmak ve yerleştirmek gerek ulusumuzun hukuki ve siyasi gelişimi gerekse adil yargılanma hakkının Türk İdare Hukuku'na yerleşmesi bakımından önemlidir.

İdari yargının sorunları çeşitlidir ve bazıları artık ne yazık ki derinleşmiştir. Çözüm için yeni ve çağdaş ilkelerle donatılmış, adil yargılanma ilkesini bünyesinde barındıran bir İdari Yargılama Yasası derhal çıkarılmalıdır.

⁹⁴ Erkut, *a. g. e.*, s. 332. Yazar burada, yargı kararlarının uygulanmasının denetimi için Danıştay bünyesinde yapılandırılacak yeni bir kurul oluşturulmasını, bu kurula da “yargısal emir dahil” her türlü yaptırım yetkisi verilmesini savunmaktadır. Ayrıca, bu kurulun, idareye kuralların nasıl uygulanacağı konusunda duraksama içerisine girdiğinde; bu kuralların uygulanması konusunda danışmanlık görevi yapmasını da önermektedir. (bkz., *a. g. e.*, s. 332 dn 6)