

İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA USULÜ KAZANILMIŞ HAK*

Gürsel KAPLAN**

Giriş

İlk derece mahkemesinin doğru bularak uyduğu bozma kararına aykırı karar verememesini ve temyiz merciinin de ilk bozma kararı ile benimsediği esaslara aykırı şekilde bozma kararı verememesi anlamına gelen usulü kazanılmış hak kavramı ve kurumu, gerek madeni yargılama hukukunda ve gerekse idari yargılama hukukunda uygulama alanı bulmaktadır.

Yargılama hukukunun güncel teknik bazı ihtiyaçlarını karşılamak için yargısal içtihatlarla hukuk düzenine sokulmuş bulunan bu kavram ve kurum, ortaya çıktığından beri tartışma konusu olagelmekten kendini bir türlü kurtaramamıştır.

Öyle ki; kimi yazarlar bunun gerekli ve yararlı bir usul enstrümanı olduğunu savunurken; kimisi de, bunun maddi gerçeğe ulaşılmasının önünde bir engel teşkil ettiğini ve bu nedenle kesinlikle uygulanmaması gerektiğini ileri sürmektedir.

Kavram ve kurumun ilk ortaya çıktığı medeni yargılama hukukunda tartışmaların daha zengin ve daha çok veri içeriyor olduğu gözlemlendiği halde, aynı şeyi idari yargılama hukuku bakımından söylemek güçtür.

* Bu makale daha önce *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*'nde (Cilt: VIII, Sayı: 1-2, s. 115-154) yayımlanmış olmakla birlikte; gözden geçirilerek düzeltilmiş, genişletilmiş ve güncelleştirilmiştir.

** Yrd. Doç. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

Gerçekten de, usulü kazanılmış hak kavramı ve kurumu, Danıştay kararlarında –hayli tartışmalı bir şekilde de olsa– son zamanlarda kendine bir yer edinmiş olmakla birlikte; söz konusu kararlarda bu kavram ve kurumun leh ve aleyhinde ileri sürülen görüşler doyurucu olmaktan uzak olduğu gibi, doktrinde de konunun yeterince işlenmiş olduğu henüz söylenemez.

İşte bu çalışmamızla biz, “*usul ekonomisi*”, “ *tarafların yargısal kararlara olan güvenini korumak*” ve “*hukuki istikrarı sağlamak*” gibi düşüncelerle kabul edildiği ileri sürülen usulü kazanılmış hakkın idari yargılama hukukunun amacı ve yapısıyla bağdaşıp bağdaşmadığını ortaya koymak ve idarenin yargısal denetiminde zaafa yol açabileceğini düşündüğümüz bu zararlı ve tehlikeli hukuksal kurumun idari yargılama hukukunda kendine sessizce bir yer bulmakta olduğuna¹ dikkatleri çekmeye çalışmış bulunuyoruz.

Üç ana başlıktan oluşan çalışmamızda, önce maddi hukuk alanında başvurulmuş kazanılmış hak kavramına ana hatlarıyla değineceğiz; çünkü bu şekilde hem usulü kazanılmış hak kavramının daha iyi açıklığa kavuşabileceğini ve hem de onu çağrıştırdığı diğer kavramlardan ayırt etmenin daha kolay hale gelebileceğini düşünüyoruz. Esasen, aşağıda temas edeceğimiz üzere, yargılama hukukuna özgü bir kavram olan usulü kazanılmış hakkın kökeni de maddi hukukta başvurulmuş kazanılmış hak kavramına dayanmakta ve hatta oradan ithal edilerek yargılama hukukuna sokulmuş olduğu dahi söylenebilir. Bu nedenledir ki; usulü kazanılmış hakka değinmeden önce, maddi hukuk alanında yer bulmuş olan kazanılmış hak kavramı üzerinde kısaca da olsa durmanın gerekli ve yararlı olacağını düşünüyoruz. İkinci başlık altında ise, usulü kazanılmış hakkın medeni yargılama hukukundaki yeri ve uygulaması üzerinde duracağız. Zira idari yargılama hukukuna nazaran usulü kazanılmış hak kavram ve kurumunun medeni yargılama hukukundaki uygulaması hem daha eskiye dayanmakta

¹ Nitekim İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda değişiklik yapılmasını öngören tasarrufların 31. maddesinde de, “2. Kararın bozulması halinde mahkeme, dosyayı diğer bütün işlere göre öncelikle inceler ve varsa gerekli tahkik işlemlerini tamamlayarak yeniden karar verir. Bozmaya uyularak verilen kararın temyizi halinde, temyiz incelemesi, verilen bozma kararındaki esaslarla sınırlı olarak yapılır.” şeklinde bir düzenlemeye yer verilerek, İYUK’nın 50. maddesinin yukarıda belirtilen doğrultuda değiştirilmesi öngörülmekte ve böylece bu hukuksal kurum yasal bir dayanak ve düzenlemeye kavuşturulması istenmektedir. Söz konusu düzenleme için bkz., <http://www.kgm.adalet.gov.tr/iyuk.htm> (15.01.2008).

ve hem de daha yaygın ve yerleşik bir hal almış bulunmaktadır. Bu itibarla; konuyu idari yargılama hukukundaki yönüyle ele almadan önce, medeni yargılama hukukundaki durumu kısaca da olsa gözden geçirmek yararlı olacaktır. Üçüncü ve nihayet son başlık altında ise; söz konusu kavram ve kurumun idari yargılama hukukundaki yeri ve uygulanabilirliği meselesi üzerinde duracağız. Bunu yaparken, önce mevcut uygulamayı ortaya koyacağız; ardından da bunun eleştirel bir değerlendirmesini yapmaya çalışacağız.

Çalışmamız şayet bu alanda bir tartışmanın başlamasına vesile teşkil edebilirse, amacına ulaşmış sayılacaktır.

I. Maddi Hukukta Kazanılmış Hak Kavram ve Kurumu

Hemen belirtmek gerekir ki; yargılama hukukunda kullanılan usulü kazanılmış hak kavramı gibi maddi hukukta kullanılan kazanılmış hak kavramı da içeriği ve sınırları ile kapsamı ve konusu yönlerinden belirsiz olup, henüz üzerinde anlaşma sağlanamamış bir kavramdır.² Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında,³ *“kazanılmış hak sözcüğü, hukukun en belirsiz, uygulama sahası çok dar, genel hukuksal durumlarda konu edilemeyen bir kavramdır.”* Diyerek, bu duruma işaret etmiş bulunmaktadır.

Maddi hukuk alanında başvuru kazanılmış hak kavramının kökeni özel hukuk olmakla birlikte; idare hukukunda da kavramın aynı adla veya *“müesses durum”*, *“kurulu düzen”* gibi değişik adlarla ve fakat

² Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt: I, Hak Kitabevi, İstanbul 1966, s. 481; Yücel Oğurlu, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Seçkin, Ankara 2003, s. 25, 109 ve 110.

³ Anayasa Mahkemesinin, 25.10.1990 tarih ve E. 1989/23, K. 1990/26 sayılı kararı, Resmi Gazete, Tarih: 09.01.1991, Sayı: 20750. Yüksek Mahkeme başka bir kararında da aynı yönde belirlemelerde bulunmuştur: *“Kamu hukukunda kazanılmış haklar, söz konusu kuralların kişilere uygulanması ile ortaya çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında da belirtildiği üzere, gerek öğretide ve gerek uygulamada tanımı çeşitli görüşe ve kabule elverişli bir kavram olan kazanılmış hak, özel hukuk ve kamu hukuku alanında bireyler açısından önemli bir konudur ve genel olarak, bir hak sağlamaya elverişli nesnel yasa kurallarının bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznel hakkın korunması anlamında kabul edilir.”*, Anayasa Mahkemesinin, 28.09.1988 tarih ve E. 1988/12, K. 1988/32 sayılı kararı, Resmi Gazete, Tarih: 11.12.1988, Sayı: 20015; aynı yönde başka bir karar için bkz: Anayasa Mahkemesinin, 20.04.2001 tarih ve E. 2000/50, K. 2001/67 sayılı kararı, Resmi Gazete, Tarih: 07.11.2001, Sayı: 24576.

genellikle yine aynı anlamda olmak üzere sıkça kullanıldığına tanık olunmaktadır.⁴ Söz konusu kavramların hangi anlamda kullanıldığına bakıldığında ise; genel olarak, “sonradan yapılacak hukuki işlemlerle önceden yaratılmış bulunan hukuksal durumların değiştirilememesinin” kasdedildiği anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle, ilgili kişinin lehine olarak ortaya çıkmış bulunan bir hukuksal durum yahut statünün idare tarafından tek taraflı bir şekilde sona erdirilememesini; erdirilebildiği durumlarda ise, meydana gelen hak kaybının tazminat ödenmek suretiyle telâfi edilmesini ifade etmektedir.⁵ Daha sentetik bir yaklaşım ve kuşatıcı bir ifadeyle şöyle de diyebiliriz: Kazanılmış hak kavramı ile objektif ve genel hukuksal durumun birel (bireysel) bir işlemle kişi için özel bir hukuksal duruma dönüşmesi; hukuka aykırı işlemlerde ise, bunlardan bir süre yararlanılması suretiyle elde edilmiş bulunan hukuksal sonuçların korunmaya değer hale gelmiş olması yani üçüncü kişilerden bir şey isteyebilmek veya onları bir şey yapmak zorunda bırakmak biçiminde hak sahipliği kazanılması ve söz konusu hak karşılanmadıkça ya da boşluğu doldurulmadıkça tek taraflı bir idari işlem veya eylemle geri alınabilmesi mümkün olmayan bir hukuki olanak ve yetkinin doğmuş olması anlatılmak istenmektedir.⁶

Kazanılmış hak ile ilgili olarak bu söylediklerimizden, onun bireylerin hukuki menfaatlerinin korunması amacına hizmet eden hukuki güvenlik, hukuki istikrar ilkesi ile genel menfaatin gereği olan hukuka uygun idare arasında kurulan denge eksenine oturduğu açıkça anlaşılmaktadır.⁷ Bu cümleden olarak, kazanılmış hakkın ileri sürülebildiği durumlarda kamu yararı ile özel çıkarın karşı karşıya gelmesi ve gi-

⁴ İl Han Özyay, *Günüşiğinde Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 430; Oğurlu, a. g. e., s. 23.

⁵ Turgut Tan, *İdari İşlemin Geri Alınması*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara 1970, s. 65.

⁶ Aynı yönde bkz, Erol Alpar, “İdare Hukukunda Kazanılmış Hak Kavramı ve Uygulaması”, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, Sayı: 15, s. 6; Oğurlu, a. g. e., s. 28 vd.

⁷ Özge Aksoylu, “Yargıcın Bakış Açısıyla İdare Hukukunda ‘Kazanılmış Hak’ Kavramı”, *Yıldızhan Yayla’ya Armağan*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No: 4, Birinci Baskı, İstanbul 2003, s. 65. Anayasa Mahkemesinin bir kararında da, “kazanılmış haklara saygı ilkesi, hukukun genel ilkeleri ve hukuk devleti kavramı içerisinde yer alır. Bu ilkenin amacı ise, bireylerin hukuki güvenliğini sağlamaktır”, denilerek, aynı belirlemelerde bulunulmuştur. Bkz, Anayasa Mahkemesinin, 10.04.2003 tarih ve E. 2002/112, K. 2003/33 sayılı kararı, *Resmî Gazete*, Tarih: 04.11.2003, Sayı: 25279.

derek çatışması ihtimali nedeniyledir ki, birçok yazar⁸ kamu hukuku alanında kazanılmış hakka yer olmadığını ileri sürmektedir. Aslında, kazanılmış hakkın ne olduğu, hukukta yeri bulunup bulunmadığı meselesi etrafındaki tartışma ve belirsizlik, kamu hukukundaki kadar olmasa da özel hukukta da söz konusudur.⁹ Gerçi, özel hukuk alanında hiç olmazsa her konu (örneğin, mülkiyet, miras vb.) kendi yönünden ve kendi sınırları içinde incelenip az çok belli bir açıklığa kavuşturulabilmiştir.¹⁰ Fakat aynı şeyi idare hukuku veya genel olarak kamu hukuku bakımından söylemek için henüz erkendir.¹¹ Aralarındaki köklü yapısal farklılıklar nedeniyle, özel hukuk alanında ortaya konulan çözümlemeleri ve çözüm önerilerinin idare hukukunda aynen kabul etmeye de olanak yoktur.¹² Hal böyle olunca, kavramın idare hukuku yönünden ayrıca irdelenmesine ve tanımlanmasına ihtiyaç olduğu açıktır. Bu ihtiyaca cevap vermek için son zamanlarda bazı bilimsel

⁸ Örneğin Onar, adı geçen eserinin 482-483. sayfasında aynen şöyle yazmaktadır: “İdare hukukunun statülere dayanan objektif, tanzimi tasarruflarla dokunan nesçinde (=dokusunda) müktesep hak mefhumu hiçbir zaman bahis mevzuu olamaz. Burada müktesep hak ancak statünün şartları dairesinde ferdi bir durum doğduktan yani umumi durum ferdi duruma inkılap ettikten sonra bahis mevzuu olabilir. Mesela memurun maaşı işledikten ve bu suretle ferdi bir alacak haline inkılap ettikten sonra müktesep bir haktan bahsedilebilir. Bir talebe, bu sıfatını muhafaza ettikçe, talebe statüsü içinde umumi bir hukuki duruma maliktir ve hiçbir müktesep hakkı yoktur. Müktesep hak bir sertifika veya bir diploma olmak suretiyle ferdi bir durum iktisap ettikten sonra doğabilir.

Esasen idare hukukunun bir statü hukuku oluşunun sebebini bu hukukun ve onun en mühim mevzuu olan amme hizmetlerinin dayandığı umumi menfaatin hususi menfaate üstünlüğü prensibi ile izah ederken bu esasın müktesep hak mefhumu ile telif edilemeyeceğini, amme menfaatinin icap ettirdiği değişikliklere ferdi ve hususi menfaati temsil eden sübjektif hak telakkisinin mani olamayacağını söylemiştik.”

Özyörük de, “Fertlerin idare karşısında sübjektif hakları yoktur” diyerek, Onar ile aynı görüşü paylaşmaktadır. Bkz. Mukbil Özyörük, *İdare Hukuku Dersleri* (1972-1973, Teksir, Ankara 1972-1973, s. 209; ayrıca sayfa, 234-235. Buna karşılık, Duran ise, kurulmuş durumlarla, kazanılmış hakları korumanın; hukuki ilişkilerde istikrar sağlamak ihtiyaç ve zorunluluğundan doğmuş sosyal bir hukuk kuralı olduğunu söylemektedir. Bkz. Lutfi Duran, *İdare Hukuku Meseleleri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1964, s. 403; Tan (a. g. e., s. 65), Tolon, (Kemal Doğu Tolon, “İptal ve Tam Yargı Davalarında Kazanılmış Hak”, *İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler-III*, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara 1980, s. 181), Alpar (a. g. m., s. 6) ve Oğurlu (a. g. e., s. 287) da, Duran ile aynı fikirdedir.

⁹ Onar, a. g. e., s. 481.

¹⁰ Tolon, a. g. m., s. 171.

¹¹ Onar, a. g. e., s. 481; Özyörük, a. g. e., s. 234-235; Tolon, a. g. m., s. 171; Alpar, a. g. m., s. 7; Aksoylu, a. g. m., s. 65.

¹² Oğurlu, a. g. e., s. 288; Aksoylu, a. g. m., s. 65.

incelemeler yapılmış ise de, mesele üzerinde yine de henüz bir “ittifak” sağlanabilmiş değildir.¹³

İdari yargı yerlerinin yaklaşımına bakıldığında ise, kavrama fonksiyonel bir yapı ve karakter kazandırıldığı görülmektedir. Gerçekten de, yargısal pratiğe bakıldığında, yargı yerlerinin bu konuda kesin bir tanım vererek kendilerini bağlamaktan kaçınmak amacıyla olsa gerek, her olaya göre ayrı ayrı inceleme yapıp karar verme yolunu, yani ampirik metoda yönelmeyi yeğlemiş bulundukları görülmektedir.¹⁴ Kazanılmış hak kavramının yargısal içtihatlarda bürünmüş olduğu bu niteliği, yani fonksiyonel ve esnek olması, bir bakıma onun temel niteliği ve hatta varlık nedeni olmuştur denilebilir.¹⁵ Çünkü uygulamaya bakıldığında, söz konusu kavram ve kurumun, değişen hukuksal koşullar nedeniyle önceki hukuksal koşullar zamanında doğmuş bulunan öznel ve somut hukuksal durum yahut statülerden kurtarılabilecek olanları kurtarmak için başvurulmuş bir maymuncuk rolü oynadığı görülmektedir. İşte bu özelliği, onun tanımlanamaz olduğunun ya da tanımını yapmaya kalkışmanın ne denli güç olduğunu apaçık bir şekilde ortaya koymaktadır.¹⁶ Bu nedenledir ki, bazı yazarlar onu hiç tanımlamamanın belki de niteliğine ve işlevine daha uygun düşeceğini düşünmektedirler.¹⁷ Zira bunlara göre, yapılacak her tanım denemesi, somut bir olaydaki kazanılmış hakkı bu korumanın kapsamı dışında tutma riskini de beraberinde taşır ve belki de Danıştay’da bu riske girmek istemediği içindir ki kavramı tanımlamak yerine, ona yüklediği anlamı her somut olaya göre ayrıca ortaya koymayı tercih etmiştir.¹⁸

Sonuç itibariyle; mevcut hukuksal durum ve yargısal pratiğe bakıldığında, kazanılmış hak kavram ve kurumunun teoriden öte pratikte yargı kararlarıyla açıklanabilen ve uygulanabilen bir kavram haline gelmiş olduğu söylemek yanlış olmayacaktır.¹⁹

¹³ Nitekim konuyu karşılaştırmalı hukuk perspektifinde ele alan Oğurlu’nun anılan çalışması da bu alandaki düşünce farklılığını açıkça ortaya koymaktadır.

¹⁴ Aksoylu, *a. g. m.*, s. 66 vd.; Oğurlu, *a. g. e.*, s. 110 vd.; Tan, *a. g. e.*, s. 64-65. Yukarıda (dipnot: 3 ve 7) yer vermiş olduğumuz Anayasa Mahkemesi kararlarına bakıldığında, Yüksek Mahkemenin de aynı yaklaşım içinde olduğu görülmektedir.

¹⁵ Tan, *a. g. e.*, s. 65; Aksoylu, *a. g. m.*, s. 65 vd.

¹⁶ Tan, *a. g. e.*, s. 65; Oğurlu, *a. g. e.*, s. 112.

¹⁷ Aksoylu, *a. g. m.*, s. 66; Oğurlu, *a. g. e.*, s. 112.

¹⁸ Aksoylu, *a. g. m.*, s. 66.

¹⁹ Aksoylu, *a. g. m.*, s. 66; Oğurlu, *a. g. e.*, s. 112 vd.

Yukarıdaki durum gibi, bir ülkedeki yasalara uygun olarak elde edilen hakların yahut hukuki durumların etkilerini, bu hakların yahut hukuki durumların doğumunu değişik koşullara bağlayan bir mevzuata sahip başka bir ülkede sürdürmesi söz konusu olunca yine kazanılmış hak kavramına başvurulmakta ve böylece, yabancı ülkede başka bir ülkede farklı koşullara uygun olarak elde edilen hak ve hukuki durumların etkilerini sürdürebilmesi sağlanmış olmaktadır.²⁰ Görüldüğü üzere, kazanılmış hak kavramına devletler özel hukuku alanında da başvurulmakta ve fakat bu alanda da kavram ve konu üzerinde bir fikir birliği sağlanamamış olduğunu eklemek gerekir.²¹

II. Medeni Yargılama Hukukunda Usulü Kazanılmış Hak Kavram ve Kurumu

Türk hukuk uygulamasının, yargılamanın bazı gereksinimlerinin karşılanması için *“maddi hukuktan ödünç alarak uygulamaya soktuğu”*²² usulü kazanılmış hak kavramı, *“bir davada, mahkemenin veya tarafların yapmış olduğu bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine (diğeri aleyhine) doğmuş ve kendine uyulması zorunlu olan”*²³ bir hakkı ifade etmektedir.

Pozitif hukuk kuralları ile düzenlenmediği halde, Yargıtay içtihatları ile uygulamaya sokulmuş bulunan usulü kazanılmış hakkın medeni yargılama hukukunda oldukça yaygın ve yerleşik bir uygulaması bulunmaktadır. Böyle olmakla birlikte; söz konusu kavram ve kurumun uygulama alanı ile kapsamı başından beri tartışma konusu olageldiği gibi, kavram ve kurumun bizatihi kendisi de dahi hep tartışma konusu olmuştur. Gerçekten de, ileride temas edeceğimiz üzere, usulü kazanılmış hakka Yargıtay kararlarıyla her defasında yeni istisnalar getirilmekte²⁴ ve böylece söz konusu kavram ve kurumun sınırları yeniden çizilmekte; öte yandan, bahsi geçen kavram ve kurumu adlan-

²⁰ Vedat R. Seviğ, “Türkiye’nin Devletler Hususi Hukuku Sisteminde Müktesep Haklar Nazariyesinin Tatbik Şartları”, *İ.H.F.M.*, Cilt: XXVIII, Sayı: I, 1962, s. 132.

²¹ Bu konuda geniş açıklama ve farklı görüşler için bkz. Seviğ, *a. g. m.*, s. 101-132.

²² Metin Tuluay, “Usule İlişkin Kazanılmış Hak”, *D.Ü.H.F.D.*, Sayı: 2, s. 61.

²³ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt: IV, İläveli Beşinci Baskı, Evrim Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1991, s. 3411.

²⁴ M. Kâmil Yıldırım, “Medeni yargılama hukukunda Reformatio In Peius Yasağı”, *Facultatis Decima Anniversaria*, 10. Yıl Armağanı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1993, s. 158-159.

dırma konusunda dahi Yargıtay kararlarında bir birlik bulunmamaktadır. Örneğin, Yargıtay kararlarına bakıldığında yalnızca bir kararda²⁵ bile, “usule ait müktesep hak”, “usule ait müktesep hak müessesesi” ve “usulü müktesep hak” gibi, anlam itibarıyla farklı olmasa bile ifade tarzı bakımından birbirinden farklı kavramların kullanıldığı görülmektedir. Yargıtay’ın başka kararlarına bakıldığında ise, “usule ilişkin kazanılmış hak müessesesi”²⁶, “usulü kazanılmış hak”²⁷, “usule ilişkin bir hak”²⁸, “usulen kazanılmış hak”²⁹, “kazanılmış usulü hak”³⁰, “kazanılmış hak”³¹, “usule ait müktesep hak esası”³², “usule ilişkin kazanılmış hak kuralı”³³, “usule ilişkin kazanılmış bir hak”³⁴ ve nihayet “kesinleşmiş ve kazanılmış hak”³⁵ gibi, birbirinden farklı kavramların kullanıldığı görülmektedir.

Doktrindeki durum da Yargıtay’ın içinde bulunduğu durumdan pek farklı değildir. Örneğin, Kuru aynı eserinde hem “usulü müktesep hak” ve hem de “usule ilişkin kazanılmış hak” kavramlarını birlikte kullanmaktadır.³⁶ Buna karşılık, birçok yazar yalnızca “usulü müktesep

²⁵ Yargıtay’ın, 09.05.1960 tarih ve E. 1960/21, K. 1960/9 sayılı İçtihadı Bileştirme Kararı, *Resmi Gazete*, Tarih: 28.06.1960, Sayı: 10537, (Kuru, a. g. e., s. 3413).

²⁶ Hukuk Genel Kurulunun, 09.1982 tarih ve E 1982/7-1978, K. 1982/785 sayılı kararı, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, 1983/4, s. 478-480, (Kuru, a. g. e., s. 3415).

²⁷ Hukuk Genel Kurulunun, 05.05.1971 tarih ve E. 1971/1-415, K. 1971/292 sayılı kararı, *İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi*, 1972/135, s. 952-953, (Kuru, a. g. e., s. 3415).

²⁸ Hukuk Genel Kurulunun, 21.04.1965 tarih ve E. 1965/1-91, K. 1965/184 sayılı kararı, *Resmi Kararlar Dergisi*, 1966/4, s. 4345, (Kuru, a. g. e., s. 3419).

²⁹ Hukuk Genel Kurulunun, 24.04.1973 tarih ve E. 1973/1-1630, K. 1965/184 sayılı kararı, *İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi*, 1973/152, s. 2198-2200, (Kuru, a. g. e., s. 3436).

³⁰ Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin, 07.04.1977 tarih ve E. 1977/6018, K. 1977/2683 sayılı kararı, *İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi*, 1977/200, s. 5530-5531, (Kuru, a. g. e., s. 3438).

³¹ Hukuk Genel Kurulunun, 10.06.1983 tarih ve E. 1983/10-328, K. 1983/652 sayılı kararı, *İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi*, 1983/274, s. 2156-2158, (Kuru, a. g. e., s. 3439).

³² Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin, 29.04.1974 tarih ve E. 1974/736, K. 1974/1139 sayılı kararı, *Resmi Kararlar Dergisi*, 1974/6-8, s. 280, (Necip Bilge/Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Üçüncü Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s. 673-674, dipnot 89).

³³ Hukuk Genel Kurulunun, 20.02.1963 tarih ve E. 1963/78, K. 1963/23 sayılı kararı, *Ankara Barosu Dergisi*, 1963/3, s. 368, (Bilge/Önen, a. g. e., s. 671, dipnot 83).

³⁴ Hukuk Genel Kurulunun, 10.11.1965 tarih ve E. 1965/91079, K. 1965/413 sayılı kararı, *Ankara Barosu Dergisi*, 1966/1, s. 56, (Kuru, a. g. e., s. 3418).

³⁵ Hukuk Genel Kurulunun, 20.11.1968 tarih ve E. 1968/1-1366, K. 1968/764 sayılı kararı, *Resmi Kararlar Dergisi*, 1969/5, s. 134-136, (Kuru, a. g. e., s. 3435).

³⁶ Kuru, a. g. e., s. 3411-3442 arasında kavramı her iki şekilde de kullanmaktadır. Yazar başka bir incelemesinde de aynı şekilde hareket etmektedir. Bkz. Baki Kuru, “Usulü Müktesep Hak”, Recai Seçkin’e Armağan, A.Ü.H.F.Y., Ankara 1974, s. 395-409; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, *Medeni Yargılama Hukuku (Ders Kitabı)*, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 18. Baskı, Ankara 2007, s. 673-679 arasında da kavramın

hak” kavramını kullanmaktadır.³⁷ Bu arada, bazı yazarlar da yalnızca *“usule ilişkin kazanılmış hak”*³⁸ ifadesini kullanırken; kimisi de, *“usule ait kazanılmış hak müessesesi”* ve *“usulü kazanılmış hak”*³⁹ kavramını bir arada kullanmaktadır.

Bizim usulü kazanılmış hak şeklinde kullanmayı tercih ettiğimiz⁴⁰ kavramı, görüldüğü gibi, medeni yargılama hukuku yazarları değişik şekillerde kullanmaktadırlar. Doktrinde, bu şekilde birbirinden az çok farklı adlandırmaların nihayetinde aynı kavram ve kuruma işaret ettikleri için çok da önemli olmadığı söylenebilir. Ancak bu durum, bir bakıma, söz konusu kavram ve kurum etrafındaki tartışmaların ve fikir ayrılıklarının da bir işaretidir ve bu yönüyle anlamlı ve önemlidir. Bu konudaki farklı görüş ve yaklaşımlara ilerde yer vereceğiz. Fakat önce usule ilişkin kazanılmış hakkı daha yakından görmek için aşağıdaki hususlara temas etmek yararlı olur.

A. Usulü Kazanılmış Hakkın Hukuksal Dayanağı

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, usulü kazanılmış hak, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlenmemiştir. Ancak, Yargıtay’a göre, *“...bu şekilde usule ait müktesep hakka ilişkin açık bir hüküm konulmuş değilse de, Yargıtay’ın bozma kararının hakka ve usule uygun karar verilmesini sağlamaktan ibaret olan gayesi ve muhakeme usulünün hakka varma ve hakkı bulma maksadıyla kabul edilmiş bulunmasının yanında, hukuki alanda*

her iki şekilde de kullanıldığı görülmektedir.

³⁷ Kavramı yalnızca bu şekilde kullananlar için bkz. Bilge/Önen, *a. g. e.*, s. 671-675; İlhan E. Postacıoğlu, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Genişletilmiş 5. Bası, İ.Ü.H.F.Y., İstanbul 1970, Sayı: 622-634; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, Cilt: I-II, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Baskı, Nesil Matbaacılık, İstanbul 2000, s. 877-898; Saim Üstündağ, “Temyizin Nakzından Sonraki Hukuki Durum”, *İ.Ü.H.F.M.*, C.XXVIII, Sayı: 1, 1962, s. 133-192; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, *Medeni Yargılama Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2007, s. 588-598; Yıldırım, *a. g. m.*, s. 155-162.

³⁸ Tuluay, *a. g. m.* s. 61-67; Güzin Akgündüz/Saadettin Saltık, “Usul Hukukunda Kazanılmış Hak”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 2, 1993, s. 166.

³⁹ Timuçin Muşul, “Medeni yargılama hukukunda Ara Kararları”, *D.Ü.H.F.D.*, Sayı: 4, s. 233-234.

⁴⁰ Kavramı bu şekilde kullanmayı tercih etmemizin birinci nedeni bunun Yargıtay’ın ve doktrinin genellikle kullandığı usulü müktesep hak kavramına karşılık gelmesidir. İkincisi ise, kavramın idari yargılama usulünde Danıştay ve doktrin tarafından yalnızca bu şekilde kullanılmış olmasındandır.

istikrar gayesine dahi ermek üzere kabul edilmiş bulunması bakımından, usule ait müktesep hak müessesesi, usul kanununun dayandığı ana esaslardandır ve amme intizamı ile ilgilidir. Esasen, hukukun kaynağı, sadece kanun olmayıp, mahkeme içtihatları dahi hukukun kaynaklarından oldukları cihetle, söz konusu usulü müktesep hak için kanunda açık hüküm bulunmaması, onun kabul edilmemesini gerektirmez.”⁴¹

Fakat bununla birlikte, Yargıtay’ın bir içtihadı birleştirme kararında,⁴² “...bozma sebeplerinin şümülü dışında kalmış cihetlerin kesinleşmiş sayılması, davaların uzamasını önlemek maksadıyla kabul edilmiş çok önemli bir usulü hükümdür” şeklinde bir ifade kullanılmış olmakla, usulü kazanılmış hakkın, adeta usul kanununda yer almış olduğu şeklinde bir izlenim uyandırmaktadır. Ancak, gerçekte ise Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda buna yer verilmemiştir ve yukarıda yer verilen 1960 tarihli ve 21/9 sayılı içtihadı birleştirme kararında da bu durum açıkça ifade edilmiştir.

Yargıtay, her ne kadar, usulü kazanılmış hakkın kabulü için yasa da açık bir düzenleme bulunmasına ihtiyaç bulunmadığını söylemekte ise de; bunun için yasal bir destek ve dayanak arama çabasından da geri kalmamıştır. Örneğin, bir içtihadı birleştirme kararında⁴³ Yargıtay aynen, “Hakem kararları da, mahkeme kararları gibi, tarafları bağlayıcı, ve ‘kesin hüküm’ vasıf ve mahiyetindedir. Bilindiği üzere, kesin hüküm gayesi taraflar arasındaki uyuşmazlıkları bir daha ortaya atılamayacak bir şekilde halletmekten ibarettir. Mahkeme kararları için öngörülen ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 237. maddesinde yer alan ‘kesin hüküm’ şartları hakem kararları içinde aynen caridir. Yukarıda işaret edildiği üzere, hakem kararları da mahkeme kararları gibi taraflar için ‘kesin hüküm’ niteliği taşıdığı için, Yargıtay’ın bozma sebepleri dışında kalan hususların kesinleşeceği tabidir. 09.05.1960 gün ve 21/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında da belirtildiği veçhile bozmaya uymakla bir taraf yararına ‘usulü müktesep hak’ doğar. Artık bozmanın kapsamına girmeyen hususlarda

⁴¹ Yargıtay’ın, 09.05.1960 tarih ve E. 1960/21, K. 1960/9 sayılı içtihadı birleştirme kararı, *Resmi Gazete*, Tarih: 28.06.1960, S. 10537, (Kuru, a. g. e., s. 3413). Söz konusu kararla ilgili geniş bir inceleme için bkz., Kuru, a. g. m., s. 395-409; Üstündağ, a. g. m., s. 133-192.

⁴² Yargıtay’ın, 04.02.1959 tarih ve E. 1957/13, K. 1959/5 sayılı içtihadı birleştirme kararı, *Resmi Gazete*, Tarih: 28.04.1959, Sayı: 10395, (Kuru, a. g. m., s. 401, dipnot 15).

⁴³ Yargıtay’ın 23.10.1972 tarih ve E. 1972/2, K. 1972/12 sayılı içtihadı birleştirme kararı, *Resmi Gazete*, Tarih: 18.12.1972, Sayı: 14395, (Tuluay, a. g. m. s. 64).

yeni bir karar verilemez." diyerek, usulü kazanılmış hakka kesin hüküm kavramı ve kurumu içinde bir yer arayıp bulmaya çalışmıştır.⁴⁴

Ne var ki, usulü kazanılmış hakkın mevzuatta bir dayanağının bulunmadığı açıktır. Fakat Tuluay'ın belirttiği gibi, mevzuatta dayanağının bulunmayışı söz konusu müessesenin reddi için tek başına yeterli bir sebep değildir ve bu nedenle Yargıtay'ın bu kurumu ihdas gerekçesine hak verilebilir.⁴⁵

Sonuç itibariyle; usulü kazanılmış hak kavram ve kurumu ilk kez Yargıtay'ın 04.02.1959 gün ve 13/5 sayılı içtihadı birleştirme kararında⁴⁶ ifadesini bulmuş ise de, bu müesseseyi en iyi ve kapsamlı bir şekilde dile getiren Yargıtay'ın 09.05.1960 gün ve 21/9 sayılı içtihadı birleştirme kararı olmuştur ve sonraki Yargıtay kararları, hep bu içtihadı birleştirme kararına uygun olarak ve ekseriya ona atıf yaparak usulü kazanılmış hakkı çeşitli olaylara aynı şekilde uygulaya gelmişlerdir.⁴⁷ Dolayısıyla, tekrar etmek gerekirse, usulü kazanılmış hak hukuki dayanağını Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndan değil, Yargıtay içtihatlarından almaktadır.

B. Usulü Kazanılmış Hakkın Anlam ve Kapsamı

Söz konusu haktan bahsedebilmek için, her şeyden önce, bozma yönünde verilmiş bir kararın mevcudiyeti şarttır.⁴⁸ Bozmaya uyan mahkeme, artık bozma kararı gereğince inceleme yapmak ve hüküm vermek zorundadır.⁴⁹ Dolayısıyla, mahkeme bozmaya uyma kararından dönerek ısrar kararı veremeyeceği gibi, hükmünün bozma kararı dışında kalmak suretiyle kesinleşen kısımları hakkında da yeniden tahkikat yapıp yeni bir karar veremez.⁵⁰ Bundan başka; hüküm mahkemesi Yargıtay'ın bozma kararına uyduğu takdirde, bozma kararında belirtilen fiili ve hukuki esaslara göre yargılama yapmak zorundadır.⁵¹

⁴⁴ Tuluay, *a. g. m.* s. 64.

⁴⁵ Tuluay, *a. g. m.* s. 64.

⁴⁶ Karar için bkz: *Resmi Gazete*, Tarih: 28.4.1959, Sayı: 10193.

⁴⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz, *a. g. e.*, s. 756.

⁴⁸ Yıldırım, *a. g. m.*, s. 157; Akgündüz/Saltık, *a. g. m.*, s. 166.

⁴⁹ Kuru, *a. g. e.*, s. 3412; Akgündüz/Saltık, *a. g. m.*, s. 166.

⁵⁰ Kuru, *a. g. m.*, s. 395; Akgündüz/Saltık, *a. g. m.*, s. 166.

⁵¹ Bilge/Önen, *a. g. e.*, s. 670.

Böylece, bozmaya uymakla; ilgili taraf lehine, bozma dışında kalan hususlar yönünden usulü kazanılmış hakkın doğduğu ve bunu gerek hüküm mahkemesinin ve gerekse Yargıtay'ın ihlâl edemeyeceği sonucuna varılmaktadır.⁵² Yani, bozma kararına uyulması ile oluşan usulü kazanılmış hak yalnızca ilk derece (hüküm) mahkemesini değil ve fakat aynı zamanda önceki kararda "bozma" görüşü bildirmiş olan Yargıtay ilgili dairesi bakımından da bağlayıcı olacaktır. Öyle ki, Yargıtay ilgili dairesi de artık ilk bozma ilâmına aykırı olacak şekilde ikinci bir bozma kararı veremez.⁵³

Görüldüğü gibi usulü kazanılmış hakkın ortaya çıkmasını sağlayan geri dönülemez yargısal süreç, hüküm mahkemesinin bozmaya uyma yönünde bir "ara kararı" vermesiyle başlamaktadır. Fakat aslında Türk hukukunda hâkimin kendisi veya kendisinden önce davaya bakan hâkim tarafından evvelce verilmiş olan ara kararlarından dönebileceği kural olarak kabul edilmektedir.⁵⁴ Buna gerekçe olarak da, herhangi bir ara kararı vermekle hâkimin işle yani baktığı dava ile alakasını kesmemesi gösterilmektedir. Dolayısıyla, hâkim hata ettiğini anladığı takdirde, bundan rücu edebilir ve sırf bu rücu keyfiyeti başlı başına bir temyiz sebebi teşkil etmez.⁵⁵ Genel durum böyle olmakla birlikte, usulü kazanılmış hak bu kuralın bir istisnası olarak sayılmaktadır.⁵⁶ Buna göre, bozmaya uyma yönünde verilmiş bulunan ara kararından kararı veren hâkim dönemeyeceği gibi; kararı veren hâkimin mahkemeden ayrılması ve yerine başka bir hâkimin gelip davaya devam etmesi halinde bu hâkim de artık o ara kararı ile bağlı olacaktır ve doğru bulmasa dahi yine o ara kararı yönünde işlem yapıp yargılamayı yürütmek zorunda kalacaktır.⁵⁷

Bu arada şunu da belirtelim ki; yerleşik uygulamaya göre, usu-

⁵² Bilge/Önen, *a. g. e.*, s. 670; Üstündağ'ın belirttiğine göre, mukayeseli hukukta Alman Temyiz Mahkemesi bozma ilâmına her şeye rağmen bağlılığı şu ifadeleri kullanılarak belirtmektedir. "Temyiz Mahkemesi bir kanun hükmünü atlayarak veya yanlış tatbik ederek bozma kararı vermiş olsa bile, yine de bu bozma ilâmına mahalli mahkemenin ve Temyiz Mahkemesinin bağlılığı devam eder ve ihtilaf artık hukuka aykırı da olsa bozma ilâmındaki esaslar uyarınca halledilmek gerekir." (Üstündağ, *a. g. e.*, s. 884).

⁵³ Akgündüz/Saltık, *a. g. m.*, s. 168.

⁵⁴ Muşul, *a. g. m.*, s. 233-234; Postacıoğlu, *a. g. e.*, s. 622; Tuluay, *a. g. m.* s. 65-66; Karşı fikir için bkz. Üstündağ, *a. g. m.*, s. 769 vd.

⁵⁵ Postacıoğlu, *a. g. e.*, s. 622; Akgündüz/Saltık, *a. g. m.*, s. 167.

⁵⁶ Postacıoğlu, *a. g. e.*, s. 622; Akgündüz/Saltık, *a. g. m.*, s. 167-168.

⁵⁷ Muşul, *a. g. m.*, s. 234; Tuluay, *a. g. m.* s. 66.

lû kazanılmış hakkın gerçekleşebilmesi için bozmaya uyma kararının açık olması şart değildir. Başka bir deyişle, “fiili” yahut “eylemli” şekilde bozmaya uyma halinde de, açıkça bozmaya uyma yönünde verilmiş bulunan ara kararı ile aynı hukuki sonuç ortaya çıkacaktır. Nitekim Yargıtay’a göre, “mahkemenin bozmaya uymadığını bildirmekle beraber, bozmada gösterilen yönlerden birisini içine alacak şekilde inceleme yapmaya karar vermesi bozmaya eylemli bir uymadır.”⁵⁸ Yargıtay, bu şekilde yerel mahkemece ısrar kararı verildiği halde, fiilen bozmadaki esaslar dairesinde muamele yapılmış olmasını bozmaya eylemli uyma şeklinde yorumlayarak, böyle bir kararın genel kurulda değil, bozma kararı veren özel dairede incelenmesi gerektiğini kabul etmektedir.⁵⁹

Yargıtay’ı usulü kazanılmış hak şeklindeki bir müesseseyi kabul götüren nedenler ise; kendi ifadesiyle, “*usul kanunumuzda bu şekilde usule ait müktesep hakka ilişkin açık bir hüküm konulmuş değilse de, temyizden bozma kararının hakka ve usule uygun karar verilmesini sağlamaktan ibaret olan gayesi ve muhakeme usulünün hakka varma, hakkı bulma maksadıyla kabul edilmiş olması yanında hukuki alanda istikrar gayesine dahi ermek üzere kabul edilmiş bulunması bakımından usule ait müktesep hak müessesesi, usul kanununun dayandığı ana esaslardandır ve amme intizamı ile ilgilidir*”⁶⁰ şeklindeki gerekçeler olmuştur.

Doktrinde ise, daha farklı gerekçelerin dile getirildiği görülmektedir. Örneğin, Üstündağ bu müessesenin ortaya çıkmasını ülkemizde istinaf mahkemelerinin bulunmaması ile açıklamaya çalışmaktadır. Yazara göre, Bu mahkemelerin bulunmamasından dolayı, yerel mahkemenin kararını Temyiz Mahkemesine karşı ısrar ederek, temyizce tasdikine kadar Temyiz Mahkemesine götürülebilmesinden doğacak gecikmeleri bertaraf etmek amacından kaynaklanmıştır.⁶¹ Bu görüş hak verilebilir. Fakat eklemek gerekir ki, bu görüş daha ziyade şöyle bir ihtimalle doğrudur: eğer bozma kararından sonra yerel mahkemenin ısrar kararına karşı ilgili tarafça temyiz yoluna başvurulmuş olursa

⁵⁸ Hukuk Genel Kurulu’nun 03.10.1962 tarih ve E. 1962/156, K. 1962/63 sayılı kararı, *Adalet Dergisi*, 1963/1-2, s. 159, (Bilge/Önen, *a. g. e.*, s. 671, dipnot 181). İleride (s. 29) açıklayacağımız gibi, Danıştay’ın uygulaması da aynı yöndedir.

⁵⁹ Bilge/Önen, *a. g. e.*, s. 670.

⁶⁰ Yargıtay’ın yukarıda anılan 09.05.1960 tarih ve 21/9 sayılı içtihadı birleştirme kararından.

⁶¹ Üstündağ, *a. g. m.*, s. 143-144; Yıldırım ise, bunun istinaf mahkemesinin bulunmayışı ile bir ilgisinin olmadığını belirtmektedir (Yıldırım, *a. g. m.*, s. 173).

bu takdirde doğrudur.⁶² Zira ancak bu takdirde yargılama sürecinin bozmaya uyma ihtimaline göre uzayabilmesi söz konusu olabilmektedir. Ters ihtimalde ise, böyle bir uzama söz konusu olmayacağına göre, usulü kazanılmış hakkın yalnızca yargılama sürecindeki muhtemel gecikmelerin sakıncalarını gidermek ya da daha genel bir ifade ile usul ekonomisinin gerekleri ile kabul edildiğini söylemek güç olacaktır. Nitekim Yargıtay'ın bu kurumu kabul gerekçelerine bakıldığında da, bunun yalnızca usul ekonomisi ve yargılamaya sürat kazandırma düşüncesiyle kabul edilmediği görülmektedir. Örneğin Yargıtay'a göre, bozma kararına uymuş olan yerel mahkeme bozma kararı gereğince inceleme yapmak ve hüküm vermek zorunda olduğu gibi; mahkemenin kararını bozmuş olan Yargıtay dairesi de, sonradan ilk bozma kararı ile benimsemiş olduğu esaslara (usulü kazanılmış hakka) aykırı bir şekilde ikinci bir bozma kararı veremez.⁶³ Çünkü aksi halde, usul hükümleri ile hedef tutulan istikrar zedelenir ve hatta mahkeme kararına karşı genel güven dahi sarsılır.⁶⁴ Bu ilkeye riayet edilmesi o denli önemlidir ki; yerel mahkemenin, Yargıtay'ın bozma kararına uyduktan sonra verdiği hüküm, kanun gibi bütün mahkemeleri bağlayıcı gücü bulunan bir içtihadı birleştirme kararına açıkça aykırı olsa bile, usulü kazanılmış hakka uygun olması nedeniyle onanmaktadır.⁶⁵ Demek ki, bozmaya uyularak verilen bir hüküm, bir kanun hükmüne aykırı olsa bile, usule ilişkin kazanılmış hakka uygunluğu nedeniyle Yargıtay'ca onanacaktır.⁶⁶ Görüldüğü gibi, Yargıtay böyle bir hukuksal kurumu kabul etme düşüncesini daha geniş birtakım gerekçelere dayandırmaya çalışmaktadır.

Usulü kazanılmış hakkın anlamı ve kapsamı hakkında şimdiye kadar anlattıklarımız, söz konusu hakkın iki çeşidinden yalnızca biri ile ilgilidir; yani Yargıtay'ın bozma kararına uyan mahkemenin, bozma kararı gereğince inceleme yapmak ve hüküm vermek zorunda olmasını ve Yargıtay'ın da ilk bozma kararında benimsediği esaslara aykırı olacak şekilde yeni bir bozma kararı verememesini ifade etmektedir.⁶⁷ Bundan başka, usulü kazanılmış hakkın ikinci bir çeşidi daha vardır

⁶² Yıldırım, *a. g. m.*, s. 156-157.

⁶³ Kuru, *a. g. e.*, s. 3417; Akgündüz/Saltık, *a. g. m.*, s. 168.

⁶⁴ Kuru, *a. g. e.*, s. 3417.

⁶⁵ Kuru, *a. g. e.*, s. 3417-3418.

⁶⁶ Kuru, *a. g. e.*, s. 3418.

⁶⁷ Kuru, *a. g. m.*, s. 397.

ki; bu da, bazı konuların (cihetlerin) bozma kararının kapsamı dışında kalarak kesinleşmesi ile meydana gelmektedir.⁶⁸

Buna göre, “Yargıtay tarafından bozulan bir hükmün, bozma kararının (sebeplerinin) kapsamı dışında kalmış olan kısımları (konuları, cihetleri) kesinleşir. Bozma kararına uyan mahkeme, bozma kararının kapsamı dışında kalmış olması nedeniyle kesinleşen bu kısımlar hakkında, yeniden inceleme yaparak karar veremez. Yani, kesinleşmiş olan bu kısımlar, bu kısımlar lehine olan taraf yararına bir usulü müktesep hak teşkil eder.”⁶⁹

Kuru’dan aynen aldığımız bu satırlarda ifade edilen yaklaşımın Yargıtay’ın bir içtihadı birleştirme kararı⁷⁰ ile de ortaya konulduğunu belirtmek gerekir. Nitekim kararda aynen şöyle denilmektedir: “Bir kararın bozulması ve mahkemenin bozma kararına uyması halinde, bozulan kararın bozma sebeplerinin şümulü dışında kalmış cihetlerin kesinleşmiş sayılması, davaların uzamasını önlemek maksadıyla kabul edilmiş çok önemli bir usul hükmüdür(...). O konunun bozma sebebi sayılmamış ve başka sebeplere dayanan bozma kararına mahkemenin uymuş olması, taraflardan birisi lehine usulü müktesep hak meydana getirir ki, bu hakkı ne mahkeme ne de Yargıtay halele uğratabilir. Zira usulü müktesep hakkın tanınması da amme intizamı düşüncesiyle kabul edilmiş bir esastır.” Yargıtay, başka bir içtihadı birleştirme kararında da,⁷¹ “usule ait müktesep hakkın diğer bir şekli de, bazı konuların Yargıtay dairesinin bozma kararının şümulü dışında kalarak kesinleşmesi ile meydana gelen şeklidir.” diyerek, hem usulü kazanılmış hakkın iki çeşidinin varlığına ve hem de bu ikincisinin anlam ve kapsamına açıklık getirmiş bulunmaktadır.

Yargıtay’ın anılan kararlarına göre, bir hususun bozma kararının kapsamı dışında kalarak kesinleşmesi iki şekilde olabilir: 1. O husus açıkça bir temyiz sebebi olarak ileri sürülmüş, fakat Yargıtay’ca reddedilmiştir. 2. Veya o hususta bir temyiz itirazı ileri sürülmemiş olmamasına rağmen, dosyanın Yargıtay’ca incelendiği sırada dosya da bulu-

⁶⁸ Kuru, a. g. m., s. 397; Akgündüz/Saltık, a. g. m., s. 169; Kuru, a. g. e., s. 3419; Kuru/Arslan/Yılmaz, a. g. e., s. 674-675.

⁶⁹ Kuru, a. g. m., s. 401.

⁷⁰ Yargıtay’ın yukarıda anılan 04.02.1959 tarih ve 13/5 sayılı içtihadı birleştirme kararı.

⁷¹ Yargıtay’ın yukarıda anılan 09.05.1960 tarih ve 21/9 sayılı içtihadı birleştirme kararı.

nan yazılardan onun bir bozma sebebi sayılması mümkün bulunduğu halde o cihet Yargıtay'ca bozma sebebi sayılmamıştır.⁷²

Kuru, mahkemenin bozma kararının kapsamı dışında kalarak kesinleşmiş olan kısımlar hakkında yeni bir karar verememesinin ve Yargıtay'ın da dosya da bir bozma sebebi görse dahi hükmü bozamasının asıl sebebinin usulü kazanılmış hak değil; hüküm taraflardan yalnız biri tarafından temyiz edildiği için, artık temyiz edenin daha aleyhine bir hüküm verememeyi ifade eden aleyhe hüküm verme yasası ile ilgili olduğunu belirtmektedir.⁷³ Postacioğlu'na göre ise bunun nedeni bozma kapsamı dışında kalan hususların kesin hüküm halini kazanmasındandır.⁷⁴ Tuluay'a göre ise burada "usul ekonomisi ilkesi" araya girmektedir: "amaç süratli ve olabildiğince ucuz bir adalet sağlamaktır. Bunun için, Yargıtay bozulan hükümden kurtarılması mümkün ne varsa kurtarmaya çalışmaktadır: 'Bozma dışında kalan hüküm fıkraları'... Bu kurtarma faaliyetinde cankurtaran simidi, usule ilişkin kazanılmış hak kavramı olmaktadır."⁷⁵

C. Yargıtay'ın Uygulamasına Göre Usulü Kazanılmış Hakkın İstisnaları

Yargıtay içtihatları ile kabul edilmiş olan usulü kazanılmış hakka yine Yargıtay içtihatları ile kamu düzeni düşüncesine dayanan bazı nedenlerle bir takım istisnalar tanınmış olup, söz konusu istisnaları aşağıdaki gibi kısaca belirtmek mümkündür.

Yeni Bir İctihadı Birleştirme Kararının Çıkmış Olması

Mahkemenin bozmaya uymasından (usulü müktesep hakkın doğmasından) sonra, bir içtihadı birleştirme kararı çıkarsa, bu yeni içtihadı birleştirme kararının henüz mahkemelerde ve Yargıtay'da görülmekte olan bütün işlere uygulanması gerekir; yani sonradan çıkan bir içtihadı birleştirme kararına karşı usulü kazanılmış hak iddiasında bulunulamaz.⁷⁶ Buna göre, usulü kazanılmış hakka aykırı yeni bir içtihadı

⁷² Kuru, a. g. m., s. 401; Kuru, a. g. e., s. 3420.

⁷³ Kuru, a. g. m., s. 403-404; Kuru, a. g. e., s. 3425-3426.

⁷⁴ Postacioğlu, a. g. e., s. 614.

⁷⁵ Tuluay, a. g. m. s. 66.

⁷⁶ Kuru, a. g. m., s. 405; Kuru, a. g. e., s. 3426; Kuru/Arslan/Yılmaz, a. g. e., s. 676; Pek-

birleştirme kararı çıkınca, Yargıtay daireleri bu içtihadı birleştirme kararına aykırı ve fakat usulü kazanılmış hakka uygun kararları bozacaklardır. Daha önce verilmiş bozma kararları üzerine davayı incelemekte olan diğer mahkemeler de yeni içtihadı birleştirme kararını kesin olarak öğrenince bozma kararı ile gösterilen yolu bırakarak, yeni içtihadı birleştirme kararı gereğince inceleme yapmaya başlayacak ve o karar gereğince hüküm vereceklerdir.⁷⁷ Yukarıda anılan 09.05.1960 günlü Yargıtay içtihadı birleştirme kararı ile konulan bu esaslara aykırı bazı Yargıtay kararlarına rastlanmakla birlikte,⁷⁸ söz konusu içtihadı birleştirme kararı hâlâ yürürlükte bulunduğuna göre, doğal olarak, uygulama da esas olarak bu yöndedir. Örneğin, hukuk genel kurulunun yeni tarihli sayılabilecek bir kararında aynen şöyle denilmektedir: *“Uzun yıllardan beri Yargıtay uygulamaları ve öğretide benimsenen usulü kazanılmış hak müessesesi, usul hukukunun dayandığı vazgeçilmez ana temellerden biridir. Bu kuralın uygulamasında iki istisna öngörülmüştür. Bunlar, mahkemece Yargıtay dairesi bozma kararına uyulduktan sonra görülmekte olan davaya uygulama imkanı bulunan yeni bir içtihadı birleştirme kararı çıkması; diğeri de 04.02.1959 tarih, 13/5 sayılı Yargıtay içtihadı birleştirme kararında vurgulandığı üzere, hükmüne uyulan bozma kararından sonra göreve ilişkin yeni bir düzenlemenin getirilmiş olmasıdır.”*⁷⁹

Yeni Bir Kanunun Çıkmış Olması

Bozmaya uyulmasından sonra, yeni bir içtihadı birleştirme kararının çıkmasında olduğu gibi, bozmadan sonra o konuda yürürlüğe giren (geçmişe etkili) bir *“...yeni kanun karşısında, Yargıtay’ın bozma ilamına uymuş olmakla meydana gelen usule ilişkin kazanılmış hak, hukukça bir değer taşımaz. Yeni kanun hükmünün uygulanması gereklidir.”*⁸⁰

canitez/Atalay/Özekes, a. g. e., s. 591.

⁷⁷ Kuru, a. g. m., s. 405; Kuru, a. g. e., s. 3426-3427; Kuru/Yılmaz Arslan/Yılmaz, a. g. e., s. 676; Pekcanitez/Atalay/Özekes, a. g. e., s. 591.

⁷⁸ Örneğin, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin, 08.10.1979 tarih ve E.1979/2485, K.1979/10994 sayılı kararı, *Ankara Barosu Dergisi*, 1979/6, s. 89-96 (Kuru, a. g. e., s. 3427-3428), Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin bu kararına karşı karar düzeltme yoluna başvurulmuş ise de, bu talep de reddedilmiştir (Kuru, a. g. e., s. 3428-3429).

⁷⁹ Hukuk Genel Kurulunun, 29.03.1995 tarih ve E.1994/14-855, K.1995/242, sayılı kararı, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, 1996/8, s. 1206-1207 (Timuçin Muşul, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul 2002, s. 500).

⁸⁰ Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin, 26.12.1968 tarih ve E.1968/7418, K.1968/9187 sayı-

Yargıtay 7. hukuk dairesince ortaya konulan bu esasların hukuk genel kurulunca da benimsenip uygulandığı görülmektedir. Örneğin, yeni tarihli bir kararında genel kurul aynen şöyle demektedir: “Uzun yıllardan beri Yargıtay uygulamaları ve öğretide benimsenen usulü kazanılmış hak müessesesi usul hukukunun dayandığı vazgeçilmez ana temellerinden biri olduğunda duraksama bulunmamaktadır.

Bu kuralın uygulanmasında bazı istisnalar öngörülmüştür. Bunlar:

1. Mahkemece Yargıtay bozma kararına uyulduktan sonra görülmekte olan davaya uygulama imkanı bulunan yeni bir içtihadı birleştirme kararı çıkması,

2. Mahkemece bozmaya uyulmasından sonra, o konuda yürürlüğe giren (geçmişe etkili) yeni bir kanun çıkması,

3. Bozmaya uyulmasından sonra, o konuda uygulanması gereken kanun hükmünün, kesinleşmeden önce Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi,

4. 04.02.1952 tarih, 13/5 sayılı Yargıtay içtihadı birleştirme kararında da vurgulandığı üzere, hükmüne uyulan bozma kararından sonra göreve ilişkin yeni bir yasal düzenlemenin getirilmiş olması,

5. Maddi yanlışlığa dayalı bozma kararına uyulmuş olması, gibi sayılabilir.”⁸¹

Görev Konusundaki Kurallara Uyulmamış Olması

Yukarıda çeşitli vesilelerle anmış olduğumuz 04.02.1959 tarih ve 13/5 sayılı Yargıtay içtihadı birleştirme kararında, görev konusunda da usulü kazanılmış hak prensibinin kayıtsız şartsız uygulanamayacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 7. maddesinde belirtilen esaslar uyarınca görev konusu yargılama bitinceye kadar re’sen veya talep üzerine dikkate alınabile-

lı kararı, Nusret Ozanalp, Tapulama Kanunu Şerhi, Ankara 1971, s. 583, No: 653 (Kuru, a. g. e., s. 3433). Aynı dairenin aksi yöndeki bir kararı için bkz. 01.12.1978 tarih ve E. 1978/6652, K. 1978/983 sayılı karar, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, 1978/12, s. 1977-1978 (Kuru, a. g. e., s. 3433). Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun aynı yöndeki yeni tarihli bir kararı için bkz: 28.1.2004 tarih ve E. 2004/10-24, K. 2004/47, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2005/4, s. 1202-1206 (Pekcanitez/ Atalay/Özekes, a. g. e., s. 592, dipnot: 396).

⁸¹ Hukuk Genel Kurulunun, 01.07.1998 tarih ve E. 1998/4-508, K. 1998/553 sayılı kararı, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, 1999/9, s. 1180-1182 (Muşul, a. g. e., s. 499-500).

cektir; aksine bir yaklaşım, bu hükmün değiştirilmesi sonucunun hasıl edecektir ki; buna da ne söz konusu maddenin yazılış tarzı ve ne de bu hükmün kanuna konuluş gayesi cevaz vermez.⁸² Ancak görevsizlik itirazının Yargıtay tarafından açıkça reddedilmiş olması ve fakat kararın başka sebeplerden dolayı bozulmuş olması halinde, ilk derece mahkemesinin görev meselesini tekrar inceleyemeyeceği sonucuna varılmış bulunmaktadır. Belirtmek gerekir ki, aynı görüş 09.05.1960 tarih ve 21/9 sayılı içtihadı birleştirme kararı ile de teyit edilmiştir. Demek ki, ilk mahkeme, başka sebeplerden bozulan kararında, görev noktasının Yargıtay'ca açık bir şekilde onanmış olması halinde, *"...bu cihetle avdet edemeyecek; fakat görevin zımni bir şekilde onaylanmış sayılması halinde avdet edebilecektir. Çünkü Yargıtay görev meselesini, usulü müktesep hak esasından üstün tutmaktadır."*⁸³

Hak Düşürücü Sürenin Söz Konusu Olması

Yargıtay'a göre, *"hak düşürücü sürenin geçmiş bulunması nedeniyle dava hakkı ortadan kalktığından ve bu yön kamu düzenine ilişkin olduğundan, mahkemece her zaman ve re'sen göz önünde tutulması zorunludur."*⁸⁴ Konuyla ilgili daha ayrıntılı açıklamalara yer verilen başka bir Yargıtay kararında da şöyle denilmektedir: *"Her ne kadar mahkemece ilk defa davanın süresinde açılmadığı nazara alınmadan hüküm verilmiş ve davalı tarafın temyizi üzerine dairece süre yönüne değinmeksizin başka nedenlerle hüküm bozulmuş ise de, mahkeme bozmadan sonra davanın hak düşürücü süre geçtikten sonra açıldığı anlaşılarak dava red olunmuştur. Hak düşürücü süre kamu düzeniyle ilgili bulunduğu cihetle davanın her safhasında mahke-*

⁸² Üstündağ, a. g. e., s. 894-895.

⁸³ Bilge/Önen, a. g. e., s. 672-673. hukuk genel kurulu da, *"Göreve ilişkin bulunan kuralların mahkemece yargılamanın her safhasında, duruşmanın bittiği bildirilinceye kadar re'sen göz önünde tutulması gerekir. Ve kamu düzeni kavramı görev konusunda kazanılmış hak düşüncesine yer vermez; bunun sonucu olarak, mahkeme kararının Yargıtay tarafından herhangi bir nedenle bozulmasından sonra, bozma kararına uyulmakla yargılama yeniden başladığından görev yönünün yargılamanın bu safhasında dahi gözetilmesi zorunludur."* diyerek, yukarıda anılan içtihadı birleştirme kararı doğrultusunda karar vermiştir, bkz: hukuk genel kurulunun 05.04.1974 tarih ve E. 1974/133, K. 1974/342 sayılı kararı, İstanbul Barosu Dergisi, 1973/3-4, s. 343 (Bilge/Önen, a. g. e., s. 673 dipnot 88); Pekcanitez/Atalay/Özekes, a. g. e., s. 590-591.

⁸⁴ Hukuk genel kurulunun, 15.03.1972 tarih ve E. 1972/277, K. 1972/176 sayılı kararı, İlmî ve Kazai İctihatlar Dergisi, 1973/146, s. 1820 (Bilge/Önen, a. g. e., s. 674, dipnot 95).

*mece re'sen göz önünde tutulması lâzımdır. Olayda usulü kazanılmış hak da söz konusu olamaz. Yukarıda açıklanan nedenlerle davanın süre bakımından reddinde bir isabetsizlik görülmediğinden davacı vekilinin yerinde olmayan temyiz itirazlarının reddine (...)."*⁸⁵

Aktarılan kararlardan açıkça anlaşıldığına göre, davacı hak düşürücü süre geçtikten sonra davasını açmış, mahkeme bu durumu dikkate almadan esas hakkında hüküm vermiş ve Yargıtay'da hak düşürücü süreye değinmeden hükmü davacı lehine bozmuş olsa bile, mahkemenin bu bozmaya uyması ile süre bakımından davacı yararına usulü kazanılmış hak doğmuş olmaz.⁸⁶ Çünkü *"hak düşüren sürenin geçmiş bulunması nedeniyle dava hakkı ortadan kalktığından ve bu yön kamu düzenine ilişkin olduğundan, mahkemece her zaman re'sen göz önünde tutulması zorunludur."*⁸⁷

Temyiz Edenin Temyiz Yetkisinin Bulunmaması

Temyiz yetkisi de, Yargıtay'a göre, *"kamu düzeni ile ilgili usulü bir şekil yönü olduğundan, davada taraf olan kimselerin itiraz ve kabulleri olup olmamasına bakılmaksızın, temyizcinin her safhasında ve re'sen incelenmek lâzımdır. Bu konuda, kesinleşmiş ve kazanılmış hak söz konusu olamaz."*⁸⁸

Daha Önce Verilmiş ve Kesinleşmiş Bir Hükmün Bulunması

Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre, *"usulü müktesep hak, daha önce meydana gelmiş olan muhkem kaziyeyi (HUMK m.237) ortadan kaldır-*

⁸⁵ Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin, 22.04.1980 tarih ve E.1980/2975, K.1980/3267 sayılı kararı, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, 1980/10, s. 1352-1353 (Kuru, a. g. e., s. 3435); Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin, 26.10.2001 tarih ve E. 2001/7467, K. 2002/9682 sayılı kararı, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, 2002/5, s. 745 (Pekcanitez/Atalay/Özekes, a. g. e., s. 590, dipnot: 392).

⁸⁶ Kuru, a. g. m., s. 406; Kuru, a. g. e., s. 3435.

⁸⁷ Kuru, a. g. m., s. 406; Kuru, a. g. e., s. 3435. Aynı yönde bkz., Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin, 26.10.2001 tarih ve E. 2001/7467, K. 2002/9682 sayılı kararı, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, 2002/5, s. 745 (Pekcanitez/Atalay/Özekes, a. g. e., s. 590, dipnot: 392).

⁸⁸ Hukuk Genel Kurulunun, 17.05.1965 tarih ve E. 1967/4-322, K. 1967/265 sayılı kararı, *İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi*, 1967/78, s. 5409-5410 (Kuru, a. g. m., s. 406). Bu karar, hakkındaki red isteği merciince kabul edilen hâkimin, red isteğinin kabulüne ilişkin bu kararı temyiz edemeyeceği hakkındadır, bkz., Kuru, a. g. m., s. 406-407, dipnot 31.

maz"⁸⁹ ve kesin hüküm itirazının bozmadan sonra ileri sürülmüş olması, incelenmesine engel değildir. “Çünkü muhkem kaziye bulunup bulunmaması kamu düzenine taallûk eder. Mahkemece re’sen nazara alınması icap eder ve olayda usulü kazanılmış hak söz konusu olamaz.”⁹⁰; “kesinleşmiş bir kararın Yargıtay’ca bozulmasına usulî olanak yoktur; bu itibarla zühule dayanan bir bozma kararına uyulmakla usulî kazanılmış haktan söz edilerek kesin hüküm kuralı ortadan kaldırılamaz”⁹¹; “kesin hüküm varlığının yargılamanın bir kesiminde nazara alınmamış olması diğer bir kesiminde ele alınmasına engel olmaz, evvelce gerçekleşen kesin hükme karşı usulen kazanılmış haktan söz edilemez.”⁹²

Maddi Hata Bulunması

Yargıtay’ın bozma kararı, “her türlü değer yargısının dışında hiçbir suretle başka biçimde yorumlanamayacak, tartışmasız ve açık bir maddi hataya dayanıyorsa ve onunla sıkı sıkıya bağlı ise, o takdirde yine usulî kazanılmış hak kuralı, hukuki sonuç doğurmayacaktır.”⁹³ Örneğin, tapulu bir gayrimenkul tapusuz bir gayrimenkul olarak kabul edilerek karar verilmiş ve bu karar başka nedenlerle bozulduktan sonra, bu husus bozma dışında kalarak kesinleşmiş olsa bile, buradaki maddi hata usulü kazanılmış hak teşkil etmez.⁹⁴ Aynı esaslar, bir Yargıtay kararında şöyle ifade edilmiştir: “Bozma kararına uyulmakla usulü müktesep hak oluşur ise de, maddi yanlışlığa dayalı bozma kararlarına uyulmasının ilgili taraf yararı-

⁸⁹ Hukuk Genel Kurulunun, 20.11.1968 tarih ve E.1968/1-1366, K.1968/764 sayılı kararı, *Resmi Kararlar Dergisi*, 1969/5, s. 134-136 (Kuru, a. g. m., s. 407; Kuru, a. g. e., s. 3435).

⁹⁰ Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin, 13.02.1965 tarih ve E. 1965/7251, K. 1965/704 sayılı kararı, *İstanbul Barosu Dergisi*, 1965/1-2, s. 40-41 (Kuru, a. g. m., s. 407; Kuru, a. g. e., s. 3436).

⁹¹ Hukuk Genel Kurulunun, 27.04.1979 tarih ve E. 1979/10-319, K. 1979/408 sayılı kararı, *İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi*, 1979/223, s. 7025-7026 (Kuru, a. g. e., s. 3436).

⁹² Hukuk Genel Kurulunun, 25.4.1973 tarih ve E. 1973/1-630, K. 1973/355 sayılı kararı, *İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi*, 1973/152, s. 2198-2200 (Kuru, a. g. e., s. 3436); Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin, 26.10.2001 tarih ve E. 2001/7467, K. 2002/9682 sayılı kararı, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, 2002/5, s. 745 (Pekcanitez/Atalay/Özekes, a. g. e., s. 590, dipnot: 392).

⁹³ Hukuk Genel Kurulunun, 05.12.1990 tarih ve E. 1990/1-450, K. 1990/608 sayılı kararı, *İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi*, 1991/2, s. 7809 (Pekcanitez/Atalay/Özekes, a. g. e., s. 591, dipnot: 395).

⁹⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, a. g. e., s. 591.

na usulü müktesep hak doğuramayacağı”⁹⁵ açıktır.

Ancak, bir kanun hükmünün yorumunda ya da hukuksal anlayış konusunda içine düşülen hata maddi hata olarak nitelendirilemez: *“Yargıtay bozma kararına mahkemelerin uyması sonucu bir taraf yararına oluşan ‘usulî kazanılmış hakkı’ ortadan kaldıracak biçimde mahkemelerin ve Yargıtay’ın karar vermesi kural olarak olanaksızdır. Ancak kamu düzeni ile ilgili olma ve maddi hatanın varlığı durumları usulî kazanılmış hak ilkesinin ayrık hallerini teşkil eder. Bu yön, dairenin oturmuş içtihatları ile kararlılık kazanmıştır. Ne var ki, bu konudaki maddi hatanın bir kanun hükmünün yorumu ya da hukuksal anlayışı da kapsamına alacak genişlikte kabul edilmesi olanaksızdır. Dairenin, Arazi Kanunnamesi’nin 103 ve Mecellenin ilgili maddelerini olayla ilgili olarak değerlendiren hükümü temyiz eden vekilinden gerekli (başka şekilde) yorumlanması halinde maddi hata değil anlayış farkının varlığından söz edilebilir. Aksi halde, usulî kazanılmış hak müessesesi ortadan kaldırılmış olur.”*⁹⁶

Bozma Kararına Uyulmasından Sonra Yapılan Yargılama Sırasında Tarafların Yeni İddia ve Savunmalarda Bulunması

Bozma kararına uyulmasından sonra yapılan yargılama sırasında, taraflar yeni iddia ve savunmalarda bulunabilirler ve karşı tarafın sarîh veya zımnî olarak, iddia veya savunmanın genişletilmesine muvafakat etmesi halinde, mahkeme bu yeni iddia ve savunmaları da inceleme konusu yapacaktır.⁹⁷ Diğer bir ifadeyle, mahkemenin usulü kazanılmış hakla, yani bozmadaki hukuki ve fiili esaslarla bağılılığı, davanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı ile sınırlı bulunmaktadır.⁹⁸ Yani, bozmaya uyduktan sonra yapılan yargılama sırasında taraflar, hasmın açık ya da zımnî muvafakati ile yeni iddia ve savunma vasıtaları ile ri sürebilirler ve böyle bir ihtimalde hukuki durum öncekine nazaran değişeceğinden, mahkeme, usulî kazanılmış hakka göre değil, değişen hukuki duruma göre karar verir.⁹⁹ Bu takdirde, yerine göre davanın

⁹⁵ Yargıtay 16. Hukuk Dairesinin, 02.07.1996 tarih ve E. 1996/2697, K. 1996/3116 sayılı kararı, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, 1997/5, s. 746-747 (Muşul, a. g. e., s. 501).

⁹⁶ Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin, 19.10.1982 tarih ve E. 1982/7266, K. 1982/12082 sayılı kararı, *Yasa Hukuk Dergisi*, 1983/6, s. 867-868 (Kuru, a. g. e., s. 3440-3441).

⁹⁷ Kuru, a. g. m., s. 408; Üstündağ, a. g. e., s. 897.

⁹⁸ Üstündağ, a. g. m., s. 185; Üstündağ, a. g. e., s. 897; Bilge/Önen, a. g. e., s. 674.

⁹⁹ Kuru, a. g. e., s. 3437.

temelini teşkil eden vakıalar değişmiş olacağından, mahkemenin de Yargıtay'ca bozma kararında belirtilen esaslarla bağılılığı artık söz konusu olmaz ve bunun usulî kazanılmış hakla sağlanmak istenen amaca ters düşen bir yönü de bulunmamaktadır.¹⁰⁰ Zira bu sonucu, bu şekilde hareket etmekle tarafların kendileri istemiş olmaktadır.¹⁰¹

Nitekim hukuk genel kurulu da bir kararında, *“Her ne kadar (...) bozmaya uyulmuş ise de bozmadan sonra ileri sürülen savunmalar ile hukuki durum değişmiştir. Böyle bir durumda usule ilişkin kazanılmış hak söz konusu olmaz”*¹⁰² diyerek yukarıda anılan esasları teyit eder yönde karar vermiştir. Yargıtay 14. hukuk dairesi de, nispeten daha yeni tarihli bir kararında, hukuk genel kurulu ile aynı yönde ve fakat daha açık ifadelerle şu şekilde karar vermiştir: *“Her ne kadar, Yargıtay bozmasına uyulduktan sonra o yolda işlem yapmak veya karar vermek gerekirse de ve lehine bozulan taraf için usulen kazanılmış hak doğarsa da, bazı hallerde mahkeme, kesin bozmaya rağmen başka türlü karar verebilir. Örneğin, feragat, kabul, tarafların iddia ve savunmalarını değiştirmeleri ve diğer tarafın buna açık veya zımî muvafakati halinde mahkemenin bozmaya uygun şekilde vermeyi düşündüğü hükümden başka bir hüküm vermesi mümkündür.”*¹⁰³

Bozma Kararına Uyulmasından Sonra Davanın Niteliğinin Değişmiş Olması

Az önce örnek verdiğimiz Yargıtay 14. hukuk dairesi kararı, aynı zamanda davanın niteliğinin değişmesi halinde de usulü kazanılmış hakkın uygulanamayacağına ilişkin olup, şu şekildedir: *“Başlangıçta, müdahalenin önlenmesi şeklinde açılan dava, kadastro mahkemesine intikal ettikten sonra, mülkiyetin tespitine dönüşmüştür; diğer bir deyimle davanın mahiyeti değişmiştir. Her ne kadar Yargıtay bozmasına uyulduktan sonra o yolda işlem yapmak veya karar vermek gerekirse de ve lehine bozulan taraf için usulen kazanılmış hak doğarsa da, bazı hallerde mahkeme kesin bozmaya rağmen başka türlü karar verebilir. Örneğin, feragat, kabul, tarafların iddia ve savunmalarını değiştirmeleri ve diğer tarafın buna açık veya zımî muva-*

¹⁰⁰ Üstündağ, a. g. m., s. 185.

¹⁰¹ Üstündağ, a. g. m., s. 185.

¹⁰² Hukuk Genel Kurulunun, 05.05.1965 tarih ve E.1965/1-71, K.1965/193 sayılı kararı, *İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi*, 1965/55, s. 3866 (Kuru, a. g. e., s. 3437).

¹⁰³ Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin, 14.01.1976 tarih ve E.1976/4976, K.1976/101 sayılı kararı, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, 1976/5, s. 712-713 (Kuru, a. g. e., s. 3437).

fakati halinde, mahkemenin bozmaya uygun şekilde vermeyi düşündüğü hükmünden başka bir hüküm vermesi mümkündür. Olayımızda, davanın mahiyeti değişmiş ve bu değişiklik 2613 sayılı yasanın uygulamasından doğmuştur. O halde, genel mahkemedeki müdahalenin men'i davasında usulen kazanılmış hakka dayanılarak kadastro davasının reddi istenemez.”¹⁰⁴

Diğer Durumlar

Bu başlık altında ele alacağımız istisnalar kendi aralarında büyük ölçüde benzerlik arz edip, daha ziyade özel bir kanun hükmünün varlığı nedeniyle ve bundan öncekiler gibi kamu düzeni gerekçesiyle kabul edilmişlerdir.

Örneğin, Asliye Hukuk Mahkemesi'nin kararı Yargıtay 1. hukuk dairesince bozulmuştur. *“Mahkeme bozma kararına uymuştur. Bozma kararına uyulmakla taraf yararına bozma kararı çerçevesinde usulî kazanılmış hak meydana gelmiştir. Aslında, (...) olayda 2510 sayılı kanunun m. 23 hükmünün uygulanması gerekmiş ise de, 1. hukuk dairesinin bu yönü bozma nedeni yapmaması bakımından da davalı yararına usulî kazanılmış hak gerçekleşmiştir. Tapulama Kanunu'nun 61. maddesi hükmünce genel mahkemeden devredilen davaya kaldığı noktadan devam edilir. Genel mahkemede, oluşan usulî kazanılmış hak tapulama mahkemesini de bağlar. Ancak genel mahkemede oluşan usulî kazanılmış hak, Tapulama Kanunu'nun genel hükümler dışında getirdiği hükümlere ters düşüyor ise, kuşkusuz usulî kazanılmış hakkın varlığından söz edilemez. O takdirde, Tapulama Kanunu'nun özel hükümleri uygulanır.”¹⁰⁵*

“6785 sayılı İmar Kanunu'nun 39. maddesi hükmü amme intizamına taalluk etmektedir. Her zaman ve davanın her safhasında re'sen göz önünde tutulması lâzımdır. Olayda müktesep hak söz konusu olamaz. Mahkemece ilk bozma ilamına uyulmuş olması, ikinci hükmü davacının temyiz etmiş bulunması, davanın son safhasında imar durumunun göz önünde tutulmasına ve ona uygun bir karar verilmesine engel teşkil etmez. Nitekim 04.02.1959 tarih ve 13/5 sayılı içtihadı birleştirme kararında da amme intizamına taalluku se-

¹⁰⁴ Bir önceki dipnotta anılan Yargıtay Kararı, Aynı yönde yeni tarihli bir karar için bkz, Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin, 02.05.2003 tarih ve 2003/2777, K. 2003/3556 sayılı kararı, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, 2003/11, s. 1717 (Pekcanitez/Atalay/Özekes, a. g. e., s. 589, dipnot: 390).

¹⁰⁵ Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin, 25.09.1979 tarih ve E. 1979/5899, K. 1979/8733 sayılı kararı, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, 1980/12, s. 1604-1606 (Kuru, a. g. e., s. 3437-3438).

bebiyle mahkemenin görevi konusunda usulî mükteşep hak kuralının uygulanamayacağı belirtilmiştir.”¹⁰⁶

“Boşanma hükmü ile nafaka kararının davalı tarafından temyiz edilip velâyet konusunda bir itiraz ileri sürülmemiş olması, velâyet tedbirlerinin özel dairece ikinci temyiz sırasında inceleme dışında bırakılmasını gerektirmeyeceği gibi, boşanma hükmünü eksik soruşturma sebebiyle bozan özel dâirenin, birinci bozmada boşanmanın sonucu olan velâyet yönünü söz konusu etmemesi de usule ilişkin kazanılmış bir hak meydana getirmez.”¹⁰⁷

“Davanın hangi safhasında olursa olsun re’sen göz önünde tutulması gereken bir hususun (destekten yoksunluk tazminatındaki mükerrer ödemeyi önleme amacına yönelik hususlara) önceki bozma kararında değinilmemiş bulunulması, taraflar lehine usulî kazanılmış hak oluşturmaz.”¹⁰⁸

III. İdari Yargılama Hukukunda Usulü Kazanılmış Hak

A. Genel Olarak

Yukarıda, medeni yargılama hukukunda, usuli kazanılmış hak konusu üzerinde dururken bunun ortaya çıkabilmesinin önkoşulunun temyiz merciince verilen bir bozma kararının bulunması ve ilk derece mahkemesince de bu bozma kararına uyulması yönünde bir karar verilmiş olması gerektiğine işaret etmiştik. Diğer bir ifadeyle, usulü kazanılmış hakkın ortaya çıkabilmesinin olmazsa olmaz koşulu; ilk derece mahkemesinin, temyiz merciinin vereceği karara karşı gerektiğinde ısrar edebilmesi ve gerektiğinde de uyma yönünde bir karar verebilme yetkisine sahip olabilmesinden geçmektedir. Şayet, ilk derece mahkemesinin elinde temyiz merciince verilecek karara karşı ısrar etme yetkisi yoksa ve temyiz merciince verilecek bozma kararına mutlak surette uymaktan başka bir çözüm olanağı yoksa bu takdirde gerçek anlamda bir usulü kazanılmış hak mekanizmasının işlerliğinden söz edilemez. Zira böyle bir ihtimalde ilk derece mahkemesinin elinde

¹⁰⁶ Hukuk Genel Kurulunun, 09.11.1968 tarih ve E.1968/1-612, K.1968/741 sayılı kararı, *Ankara Barosu Dergisi*, 1969/1, s. 54 (Kuru, a. g. e., s. 3436-3437).

¹⁰⁷ Hukuk Genel Kurulunun, 08.11.1967 tarih ve E. 1967/2-99, K. 1967/519 sayılı kararı, *Resmî Kararlar Dergisi*, 1967/12, s. 153-154 (Kuru, a. g. e., s. 3437).

¹⁰⁸ Hukuk Genel Kurulunun, 05.12.1975 tarih ve E. 1975/9-717, K. 1975/1589 sayılı kararı, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, 1976/8, s. 1114. Adil yargılanma hakkının ihlâl edilmiş olması halinde de usulü kazanılmış hak oluşmayacağı ifade edilmektedir. Bkz., Pekcanitez/Atalay/Özekes, a. g. e., s. 592.

tek bir çözüm vardır; o da, temyiz merciince verilen bozma kararına uymak ve o doğrultuda tahkikat yapıp yeni bir karar vermektir. Dolayısıyla, bizce usulü kazanılmış hak prosedürünün yargılamaya yön verebilmesi ve verilecek hüküm üzerinde etkili olabilmesi için mahkemenin kanuni mecburiyet nedeniyle değil; iradi olarak bozmaya uyma yönünde karar verebilme yetkisine sahip olması şarttır.

Meseleye bu perspektiften bakıldığında; idari yargıda 1982 yılında yapılan yeni düzenlemelere kadar usulü kazanılmış hak kavram ve kurumunun ortaya çıkabilmesinin hukuksal koşulları bulunmaktaydı. Zira 2575 sayılı Danıştay Kanunu, 2576 sayılı Bölge İdare ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1982 yılına dek, idari yargı yetkisini haiz il ve ilçe idare kurulları ile vergi itiraz ve temyiz komisyonları ve gümrük hakem heyetlerinin Danıştay tarafından verilen bozma kararlarına karşı ısrar kararı verme yetkileri bulunmamaktaydı.¹⁰⁹ Bu dönemde yürürlükte bulunan mevzuat uyarınca, Danıştay'ın bozma kararlarına karşı ısrara dair yegâne hüküm, 1961 tarih ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 406. maddesinde yer almaktaydı. Buna göre, *"Danıştay'ın bozma kararı üzerine temyiz komisyonu kararında ısrar ederse ihtilâf Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulun'da incelenip karara bağlanır. Bu karara gerek Danıştay daireleri gerekse temyiz komisyonu uymaya mecburdur."* Ancak, bu hüküm de, 31.12.1964 tarih ve 521 sayılı Danıştay Kanununun 171. maddesi ile yürürlükten kaldırılınca, idari yargı yetkisini haiz mercilerden hiçbirisinin, Danıştay'ın bozma kararlarına karşı ısrar yetkisi kalmamıştır.¹¹⁰

Derhal fark edileceği üzere; bu haliyle, Danıştay'ın temyiz incelemesi (o zamanki adı ve yapısıyla, temyiz davası) neticesinde verdiği bozma kararı ile Yargıtay'ın bozma kararı arasında yarattıkları etki ve sonuçlar bakımından aralarında önemli bir takım farklılıklar bulunmaktaydı.¹¹¹ Gerçekten de, daha önce de belirttiğimiz gibi, me-

¹⁰⁹ Zehra Odyakmaz, Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları, Alfa, 1.Baskı, İstanbul 1993, s. 32-33.

¹¹⁰ Uzdem Akyüz, "Temyiz Davaları Diğer İdari Davalardan Farklılıkları ile Sonuçları", İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler-III, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara 1980, s. 82-83; Yahya K. Zabunoğlu, İdari Yargı Hukuk Dersleri (1980-1981,Teksir), Ankara 1981, s. 290.

¹¹¹ Kenan Aral, Danıştay Muhakeme Usulü, Sevinç Matbaası, Ankara 1965, s. 54; Odyakmaz, a. g. e., s. 33.

deni yargılama hukukunda, kural olarak, ilk derece mahkemelerinin Yargıtay'ın bozma kararlarına uyma mecburiyeti yoktur; meğerki, bozma kararı, konusuna göre hukuk yahut ceza genel kurullarından biri tarafından verilmiş bulunsun.

Halbuki 1982 yılından önce yürürlükte olan yasal düzenlemelere¹¹² göre, idari yargı yetkisini haiz merciler Danıştay'ın bozma kararlarına uymak zorundaydılar; yani bozma kararı ister Danıştay dava dairelerinden birince isterse dava daireleri genel kurulunca verilmiş bulunsun, alt derece idari yargı yerlerinin (daha doğrusu yargı yetkisini de haiz idari kuruluşların¹¹³) bozma kararlarına karşı ısrar yetkisi bulunmamaktaydı; bu kararlara uymaya mecbur idiler.¹¹⁴ Dolayısıyla, alt idari yargı mercii vereceği yeni kararında bozma esasları dahilinde kalmak zorunda idi; bunun dışına çıkamazdı; çıktığı takdirde, bu durum yeni bir bozma sebebi sayılmaktaydı ve bu durumda Danıştay yalnızca kararı yeniden bozmakla yetinmemekte; ve fakat uyuşmazlığı sona erdirmek için işin esasına da girerek kendisi bir karar vermekteydi.¹¹⁵ Alt derece idari yargı yerlerinin ısrar yetkilerinin bulunmamasından kaynaklanan boşluk, Danıştay'a bozmadan sonra işin esasına da

¹¹² 21.12.1938 tarih ve 3546 sayılı Devlet Şûrası Kanunu'nun 46. maddesine göre, "Dava Daireleri veya Dava Daireleri Umumi Heyeti, temyizen tetkik ettikleri kararları bozdukları takdirde, işi, bu bozma kararı dairesinde yeniden bir karara bağlamak üzere kararı bozulan heyete gönderir. Ancak, dava evrakının ve lüzumu halinde getirilecek dosyanın tetkikinden edinilen malûmatı kâfi görürse kararı bozmakla beraber işin esası hakkında karar verebilir."

31.12.1964 tarih ve 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 85. maddesine göre de, "Dava Daireleri ve Dava Daireleri Kurulu, temyiz yolu ile inceledikleri kararları bozdukları takdirde, iş, bozma kararı dairesinde kararı bozulan idari yargı mercii tarafından incelenir. Ancak, Dava Daireleri ve Dava Daireleri Kurulu, dava evrakının ve lüzumu halinde getirilecek dosyanın incelenmesinden maddi vakıalar hakkında edinilen bilgi yeter görülürse veya uyuşmazlık sadece hukuki noktalara ilişkin ise, kararı bozmakla beraber işin esası hakkında da karar verirler." Aktarılan yasal düzenlemeler; Odyakmaz, *a. g. e.*, s. 32, dipnot 122'den alınmıştır. 521 sayılı kanunun 85. maddesi için ayrıca Fuad Azgur, Gerekçeli Yeni Danıştay Kanunu ve Önemli İçtihatlarla İdari Yargılama Usul ve Esasları, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1965, s. 29'a bakılabilir.

¹¹³ Söz konusu kuruluşların yargı yeri mi, yoksa yargısal yetkiler de kullanabilen birer idari kuruluş mu oldukları hakkında geniş açıklama için bkz., Sait Güran, Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay Üzerine Yapısal Bir Deneme, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Enstitüsü Yayını, İstanbul 1977, s. 64 vd.

¹¹⁴ Odyakmaz, *a. g. e.*, s. 33; Aral, *a. g. e.*, s. 54; Azgur, *a. g. e.*, s. 117; Zabunoğlu, *a. g. e.*, s. 290.

¹¹⁵ Akyüz, *a. g. m.*, s. 83; Odyakmaz, *a. g. e.*, s. 32.

girerek karar verme yetkisinin tanınması suretiyle doldurulmuştu.¹¹⁶ Konuya ilişkin düzenlemeler bir bütün olarak ele alındığında, bu mekanizmanın kendi içinde bir tutarlığa sahip olduğu söylenebilir. Zira alt derece idari yargı mercilerinin ısrar etme yetkilerinin bulunmaması yani mutlak bozma esasları dahilinde karar vermek zorunda olmaları; Danıştay'ın bozmadan sonra işi tekrar alt derece idari yargı yerlerine bırakması, aslında davaların karara bağlanması sürecini uzatmaktan öte bir anlam ifade etmezdi.¹¹⁷ Bunun içindir ki; Danıştay'ın, temyiz konusu kararı bozduktan sonra işin esası hakkında da bir karar verebilme yetkisine sahip olması kabul edilmişti.¹¹⁸

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu şekilde bir çözüm tarzını normal ve doğru karşılamak gerekir. Zira alt derece idari yargı yerlerine bozmaya uyma dışında bir hareket serbestisinin tanınmamış olması, uyuşmazlığın bozmadan sonra yine bu yerlerce karara bağlanmasından beklenen yararı bertaraf etmektedir. Deyim yerindeyse, bu takdirde ilk derece yargı yeri bağlı yetkiyle karşı karşıyadır; o, Danıştay'ın bozma kararında belirtilen esaslara mutlak bir şekilde uymak zorundadır; bunun dışında bir yol ve çözüm tarzına başvurma yetkisine sahip değildir. Şu halde, bozmadan sonra işin yine kendisi tarafından karara bağlanmasını gerektiren bir neden de yoktur.

İşte; ilk derece yargı yerlerinin Danıştay'ın bozma kararına mutlak surette uymak zorunda oldukları,¹¹⁹ diğer bir ifadeyle, bozma kararlarının usul veya esas noktasından mevzuata aykırı olduklarından dolayı temyiz merciince bozulmasının, kararı bozulan merci bakımından adeta işin yeniden tetkiki için verilmiş bir emir olarak telâkki edilebildiği¹²⁰ bir yargılama usulünde usulü kazanılmış hakkın vücut bulamayacağı açıktır. Bundan dolayıdır ki, 1982 yılında idari yargı alanında yapılan yeni düzenlemelere kadar idari yargılama hukuku alanında usulü kazanılmış hak konusu hiç gündeme gelmemiş ve tartışma konusu olmamıştır.

Ancak, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 4.

¹¹⁶ Danıştay'ın bu konudaki yetkisi hakkında yukarıda aktarılan yasal düzenlemelere bakınız.

¹¹⁷ Aydın H. Tuncay/Orhan Özdeş/Recep Başpınar, "İdari Yargılama Usulü", Yüzyıl Boyunca Danıştay, Danıştay Başkanlığı Yayını, İkinci Baskı, Ankara 1986, s. 697.

¹¹⁸ Zabunoğlu, *a. g. e.*, s. 289.

¹¹⁹ Odyakmaz, *a. g. e.*, s. 33; Zabunoğlu, *a. g. e.*, s. 289.

¹²⁰ Tuncay/Özdeş/Başpınar, *a. g. m.*, s. 697.

fıkrası ile “Mahkeme bozmaya uymayarak eski kararında ısrar edebilir.” şeklinde bir düzenleme getirilmek suretiyle ilk derece mahkemesine bozmaya uyma ile ısrar arasında bir tercih yapabilme imkânının tanınmasıyla birlikte, idari yargılama hukukunda da usulü kazanılmış hak kavram ve kurumu tartışılmaya başlanmıştır. Zira mahkemenin bozmaya uyması halinde, yeniden yapacağı yargılamada hangi esaslarla bağlı olacağı ve bozmaya uymak suretiyle verilen yeni kararın temyizi halinde temyiz merciinin bu ikinci kararı hangi unsurları yönünden temyiz incelemesine tabi tutulabileceği gibi meseleler, medeni yargılama hukukunda uygulamasını görmüş olduğumuz usulü kazanılmış hak kavram ve kurumu ile doğrudan ilgilidirler.

Böyle olmakla birlikte, idari yargılama usulü pratiği ve literatüründe bu sorunlar henüz yeterince tartışılmamış ve dolayısıyla muhtaç olduğu açıklığa kavuşturulamamıştır. Gerçekten de, usulü kazanılmış hak kavram ve kurumu üzerinde yapılan tartışma, yukarıda belirttiğimiz nedenlerle, idari yargılama hukukunda yeni başlamış olduğu için medeni yargılama hukuku ile karşılaştırıldığında, konunun doktrinde henüz yeterince ele alınıp işlenmediği¹²¹ ve yine konuyla ilgili yerleşmiş bir yargısal içtihadın da henüz bulunmadığı görülmektedir. Nitekim tespit edebildiğimiz kadarıyla, Danıştay’ın usulü kazanılmış hak kavramını açıkça kullandığı ilk kararı, İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 03.03.2000 tarih ve E. 1999/1126, K. 2000/394 sayılı kararıdır.¹²² Gerçi Danıştay’ın bu kararından önce de, yani nispeten daha eski tarihli sayılabilecek bazı kararlarında da, “*Danıştay bozma kararına karşı mahkemece verilen ilk kararda direnilmediği takdirde, bozma kararında belirtilen esaslar dışına çıkılarak karar verilemez*”¹²³; “*ilk derece mahkemesi*

¹²¹ Konuyu “Usulü kazanılmış hak” başlığı altında inceleyen yegâne yazarlar, Sabri Coşkun ve Müjgan Karyağdı’dır. (Bkz, Sabri Coşkun/Müjgan Karyağdı, İdari Yargılama Usulü, Örnek İctihatlar-Yorumlar, Seçkin, Ankara 2001, s. 549-554.). Ayrıca, tespit edebildiğimiz kadarıyla, konuya bu şekilde açıkça olmasa bile fakat kısaca da olsa temas eden diğer yazarlardan biri de Ramazan Çağlayan’dır, (Bkz, Ramazan Çağlayan, İdari Yargıda Kanun Yolları, Seçkin, Ankara 2002, s. 97-98.) diğerleri ise Kâzım Yenice ve Yüksel Esin (Bkz, Kâzım Yenice/Yüksel Esin, İdari Yargılama Usulü, (Açıklamalı-İzahatlı-Notlu) Cilt 2, (yayınevi yok) Ankara 1983, s. 730-731) ile Turgut Candan’dır (Bkz, Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara 2005, s. 918-931).

¹²² Aşağıda genişçe vereceğimiz bu kararın tam metni için bkz., Coşkun/Karyağdı, *a. g. e.*, s. 549-552.

¹²³ Danıştay 11. Dairesinin, 24.09.1997 tarih ve E. 1996/3902, K. 1997/3032 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 95, s. 700.

kararlarının, temyiz mercii olan Danıştay daireleri tarafından bozulmasından sonra, davayı yeniden inceleyen ilk derece mahkemelerinin bozma hükmüne uyarak verdikleri kararlara karşı yapılan temyiz başvuruları, ancak bozma esaslarına uygunluk yönünden temyizen incelenebilir.”¹²⁴ denilerek bu karardaki kadar açıkça ifade edilmese de, usulü kazanılmış hak kurumunun karakteristik yapısını yansıtan ifadeler kullanılmakla, bu kavram ve kurumun bir süreden beridir yargısal kararlarda kendisine bir yer bulmuş olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

İşte ister yargısal kararlarda açıkça ifade edilmiş ve yer verilmiş olsun, isterse zımnî veya dolaylı bir şekilde dile getirilmiş bulunsun, usulü kazanılmış hakkın idari yargılama usulünde de artık giderek uygulanma kabiliyeti bulunduğu bir hakikattir ve biz aşağıda bunun anlam ve kapsamının Danıştay kararları ile nasıl belirlendiğini ortaya koymaya çalışacağız.

B. Danıştay’a Göre Usulü Kazanılmış Hakkın Dayanağı, Anlamı ve Kapsamı

Yargısal kararlara bakıldığında, medeni yargılama hukukunda olduğu gibi, idari yargılama hukukunda da usulü kazanılmış hakkın yasal bir dayanağının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim, Danıştay’ın bir kararında¹²⁵ bu husus şöyle ifade edilmiştir: “İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda, usulü kazanılmış hak ile ilgili açık bir hüküm olmamakla beraber; idare mahkemesince, Danıştay’ın ilgili dairesinin temyiz incelemesi sonucunda vermiş olduğu bozma kararına uyulmak suretiyle verilen kararın, dairesince yeniden temyizen incelenmesi aşamasında yapılacak inceleme, mahkeme kararının bozma kararına uygun olup olmadığı, bir başka anlatımla, bozma kararının gereklerinin yerine getirilip getirilmediği, kararın bozma doğrultusunda olup olmadığı konusuyla sınırlı olmak durumunda(dır).”

Görüldüğü gibi, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda usulü kaza-

¹²⁴ Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu’nun, 21.02.1997 tarih ve E. 1995/207, K. 1997/125 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 94, s. 251; aktarılan karar ve bunun alınmasına yol açan hukuksal süreç ile ilgili kısa bir açıklama için ayrıca bkz, Candan, a. g. e., s. 925, dipnot: 1234. Aynı şekilde başka bir karar için bkz; Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, 05.06.1998 tarih ve E. 1996/297, K. 1998/116 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 98, s. 114.

¹²⁵ İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nun, yukarıda da anılan, 03.03.2000 tarih ve E. 1999/1126, 2000/394 sayılı kararı, (Coşkun/Karyağdı, a. g. e., s. 549-552).

nılmış hak ile ilgili olarak açık bir kuralın bulunmadığı Danıştay tarafından da dile getirilmiştir. Fakat hemen belirtelim ki; bu müessesenin kanunda düzenlenmemiş bulunması, onun yargısal içtihatlarla kabul edilemeyeceği anlamına gelmez. Daha açık bir ifadeyle, söz konusu hukuksal müessesenin kanunda açıkça düzenlenmemiş bulunması, onun kabul edilmemesi yahut reddi için tek başına kâfi bir sebep teşkil etmez. Zira önüne gelen hukuksal sorunlara bir çözüm bulmak zorunda olan hâkim, maddi hukuk alanında olduğu kadar yargılama hukuku alanında da karşılaştığı hukuksal boşlukları doldurmak için kural koyabilir. Nitekim medeni yargılama hukukunda da, daha önce gösterdiğimiz gibi, usulü kazanılmış hak Yargıtay içtihatlarının eseri olmuştur ve bu durum, yani kanuni dayanak bulunmaması, haklı olarak, onun kabul edilmemesi için tek başına yeterli bir sebep olarak görülmektedir.

Yöntem itibariyle meseleye yaklaşımımız böyle olmakla birlikte; mahiyeti bakımından söz konusu kurumun idari yargılama hukukunda uygulanabilir olup olmadığını, daha doğru bir ifadeyle, uygulanmasının doğru ve yararlı olup olmadığı meselesi üzerinde ise ileride duracağız. Dolayısıyla, şimdilik Danıştay'ın bu kavram ve kuruma nasıl bir anlam yüklediğini, kapsam ve sınırlarını nasıl belirlediği konusunu açıklığa kavuşturmaya çalışmakla yetineceğiz.

Danıştay'a göre, *“Temyiz incelemesi sonucunda bir mahkeme kararının işin esasına ilişkin olarak bozulması halinde mahkemenin, bozma kararına uymak veya ilk kararında ısrar etmek olanağı bulunmaktadır. Mahkemenin ilk kararında ısrar etmeyerek, bozma kararına uymak suretiyle verdiği yeni kararın temyizi halinde, temyiz mercii, bu kez bozma kararına uygun karar verilip verilmediğini incelemek durumundadır. Temyiz incelemesi sırasında, temyiz merciinin, aynı yasal mevzuatla farklı bir sonuca ulaşması, ilk bozma ve buna uyularak verilmiş olan yargı kararının aynı mevzuat karşısında yeniden değerlendirilmesi, taraflar ve uygulama açısından istikrar ve kazanılmış haklar yönünden, aykırı sonuçlar yaratabilecek(tir).*

İdare Mahkemesince, Danıştay'ın ilgili dairesinin temyiz incelemesi sonucunda vermiş olduğu bozma kararına uyulmak suretiyle verilen kararın, dairesince yeniden temyizden incelenmesi aşamasında yapılacak inceleme, mahkeme kararının bozma kararına uygun olup olmadığı, bir başka anlatımla, bozma kararının gereklerinin yerine getirilip getirilmediği, kararın bozma kararı doğrultusunda olup olmadığı konusuyla sınırlı olmak durumunda(dır)”.

“Bakılan uyuşmazlıkta ise, Danıştay 12. Dairesinin, Danıştay 5. Dairesince verilen ilk bozma kararına uyulmak suretiyle verilen kararı; bu uyuşmazlıkta daha önce temyizden inceleme sonucu verilmiş bir karar yokmuş ve uyuşmazlık, ilk kez temyizden inceleniyormuşçasına değerlendirilerek,¹²⁶ aksi bir gerekçeyle (bozulmuş olması) ...usulü kazanılmış hak ilkesiyle sağlanmaya çalışılan amaca aykırı olması nedeniyle usule uygun (değildir).”¹²⁷

Danıştay bu kararı ile her şeyden önce bozma kararına uyan mahkemenin bozma kararında belirtilen esaslar dahilinde bir inceleme ya-

¹²⁶ Karara konu olan uyuşmazlık şu şekilde cereyan etmiştir:

Milli Eğitim Bakanlığı’nda Yüksek Eğitim Genel Müdürü olarak görev yapmakta iken, Bakanlık Müşavirliğine atanan bir kişi, 418 sayılı kanun hükmünde karar-namenin 10. maddesiyle 657 sayılı kanuna eklenen IV sayılı Makam Tazminatı Cetveli’nin 4. sırasında yer alan hüküm uyarınca, genel müdürler için öngörülen makam tazminatından yararlandırılması istemiyle idareye başvurmuştur.

Yapmış olduğu başvurunun zımnen reddedilmesi üzerine, zımnî redde ilişkin işlemin iptali ile özlük haklarının ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan davada; Ankara 7. İdare Mahkemesi 26.02.1992 tarih ve E. 1991/300, K. 1992/87 sayılı kararıyla; davacının makam tazminatından yararlandırılmamasında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

Anılan kararın yapılan temyiz incelemesi sonucunda; Danıştay 5. Dairesi, 07.03.1994 tarih ve E. 1992/3579, K. 1994/1298 sayılı kararıyla, işin esasının incelenerek, davacının makam tazminatından yararlandırılması gerektiği gerekçesiyle temyiz konusu kararın bozulmasına karar vermiştir.

Ankara 7. İdare Mahkemesi, 15.11.1994 tarih ve E. 1994/1479, K. 1994/1524 sayılı kararıyla; Danıştay 5. Dairesinin anılan bozma kararına uyararak, dava konusu işlemin iptaline, bu işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal hakların davacıya ödenmesine hükmetmiş ise de, anılan kararın bu defa da davalı idarece temyiz edilmesi üzerine; temyiz incelemesi bu kez Danıştay 5. Dairesince değil, Danıştay Başkanlık Kurulu’nun 17.10.1995 günlü, 1995/8 sayılı kararı ile bu tür uyuşmazlıkların görüm ve çözümü ile görevli kılınan Danıştay 12. Dairesince yapılmış ve neticede, 12. Dairesinin 20.10.1998 tarih ve E. 1995/7905, K. 1998/2464 sayılı kararıyla; yine işin esası incelenmek suretiyle, davacının makam tazminatından yararlanamayacağı gerekçesiyle karar bozulmuştur.

Ankara 7. İdare Mahkemesi, Danıştay 12. Dairesinin söz konusu bozma kararına uymayarak, dava konusu işlemin iptali ve yoksun kalan parasal hakların davacıya ödenmesine ilişkin kararında ısrar etmiştir.

İsrar kararının davalı idarece temyizi üzerine, söz konusu İdari Dava Daireleri Genel Kurulu Kararı verilmiştir. Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu’nun (21.02.1997 tarih ve E. 1995/207, K. 1997/125 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 94, s. 251) yukarıda aktarılan kararında buna benzer bir hukuksal süreç yaşanmıştır. Söz konusu kararın alınmasına yol açan hukuksal süreç ile ilgili kısa bir açıklama için ayrıca bkz., Candan, *a. g. e.*, s. 925, dipnot: 1234.

¹²⁷ İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nun, yukarıda anılan kararından. Aynı yaklaşım, Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 21.02.1997 tarih ve E. 1995/207, K. 1997/125 sayılı kararında da ortaya konmuştur. Bkz., *Danıştay Dergisi*, Sayı: 94, s. 251 vd.; ayrıca Candan, *a. g. e.*, s. 925, dipnot: 1234.

parak yeni bir karar vermek zorunda olduğunu ifade etmektedir ki;¹²⁸ daha önce gördüğümüz gibi, Yargıtay'ın da usulü kazanılmış hakka yüklediği birinci anlam ve işlev budur. Gerçi, aktardığımız kararda bu husus çok açık bir şekilde ifade edilmemiştir. Fakat kararın değişik yerlerinde, *"kararın yeniden temyizen incelenmesi aşamasında yapılacak inceleme, mahkeme kararının bozma kararına uygun olup olmadığı, bir başka anlatımla, bozma kararının gereklerinin yerine getirilip getirilmediği, kararın bozma kararı doğrultusunda olup olmadığı konusunda sınırlı olmak durumunda(dır)"*¹²⁹ denilmek suretiyle, hiç kuşkusuz, bu durum ifade edilmek istenmiştir. Zaten başka bir kararda da, *"Danıştay bozma kararına karşı mahkemece verilen ilk kararda direnilmediği takdirde, bozma kararında belirtilen esaslar dışına çıkılarak karar verilemez."*¹³⁰ denilerek belirttiğimiz hususa daha bir açıklık ve kesinlik kazandırılmıştır.

Danıştay'ı böyle bir kabule götüren sebep(ler) ne olabilir? Akla ilk gelen, yargısal süreçte cereyan eden prosedüral işlemlerin kendi içlerinde ve aralarında tutarlı bir mantıksal zincir oluşturmaları gerektiği yolundaki argümandır. Meseleye bu perspektiften bakıldığında; Danıştay'ın varmış olduğu sonuca hak verilebilir. Gerçekten de, bozmaya uyan mahkemenin, bozma kararında belirtilen esaslar dahilinde tahkikat yapıp bir karar vermesinin kendi içinde mantıksal bir tutarlılığa sahip olduğu söylenebilir. Bu itibarla, yukarıdaki kararda varılan sonucun doğru olduğu ilk bakışta söylenebilir. Zira mahkemenin bozma kararına uyması demek, orada gösterilen bütün esasların doğru olduğunu kabul etmesi anlamına gelir. O halde, vereceği yeni kararında da, o esaslar uyarınca muamele yaparak hüküm vermesi gerekir;

¹²⁸ Doktrinde, Çağlayan'da, "Bozma kararına uyulmasına karar veren mahkeme, bozma kararı gereğince tahkikata başlar ve yargılamaya devam eder.", demektir (Çağlayan, a. g. e., s. 97).

¹²⁹ Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'da aynı hususu şu şekilde ifade etmiştir: *"ilk derece mahkemesi kararlarının, temyiz mercii olan Danıştay Daireleri tarafından bozulmasından sonra, davayı yeniden inceleyen ilk derece mahkemelerinin bozma hükmüne uyarak verdikleri kararlara karşı yapılan temyiz başvuruları ancak, bozma esaslarına uygunluk yönünden temyizen incelenebilir* (Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nun, 21.02.1997 tarih ve E. 1995/207, K. 1997/125 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 94, s. 251); Aynı yönde başka bir karar için bkz. *"Mahkeme kararlarının Danıştay tarafından bozulması hallerinde, mahkemelerce bozmaya ilişkin kararlar üzerine yeniden verilmiş olan kararlara karşı yapılacak temyiz başvuruları, mahkemece bozma kararındaki esaslara uyulmuş olup olmadığı yönünden incelenebileceği..."* (Danıştay 3. Dairesinin 12.03.1998 tarih ve E.1996/1280, K.1998/888 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 97, s. 245).

¹³⁰ Danıştay 11. Dairesinin, 24.09.1997 tarih ve E. 1996/3902, K. 1997/3032 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 95, s. 700.

çünkü bozmaya uymakla böyle bir mükellefiyeti de kabul etmiş olur.

Ne var ki; mantıksal açıdan doğru sayılabilecek olan bu kabul, hukuksal bir zorunluluk halini aldığı anda her zaman doğru olmaya-bilir ya da kabul edilemeyecek birtakım sonuçlar yaratabilir. Şöyle ki; yapılacak yeni yargılama ve inceleme neticesinde, çeşitli sebeplerle, önceki hükümden farklı bir sonuca varılması mümkündür. Dolayısıyla, hukuk kurallarının uygulanması eğer böyle bir sonuca ulaşmayı gerekli ve/veya haklı kılıyorsa bu takdirde, usulü kazanılmış hakkın varlığı ileri sürülerek bu sonuca ulaşılması engellenmemelidir. Yani hakkın özü, şekle feda edilmemelidir. Diğer bir ifadeyle, idarenin yargısal denetiminin gerçekleştiği idari yargıda, hiçbir ahvalde şekil esasa galip gelmemelidir. Tersî kabul edildiği takdirde, yargısal denetimin içeriğinden çok şey kaybetmesi kaçınılmaz olacaktır. Örneğin, usulü kazanılmış hak kurumunun idari yargılama hukukunda uygulanmasına taraftar olan müelliflerin dile getirdikleri, *“temyiz mercii, bu incelemenin ötesine geçerek, bozma kararında hata yapılmış olsa bile, bunu telafi yoluna gidemez.”*¹³¹ şeklindeki bir yaklaşım benimsendiği takdirde, hukuk kurallarına aykırı bir karar verilmesine peşinen razı olunacaktır. Bu durumda, şu soruları sormak kaçınılmaz olmaktadır: Acaba hangi daha üstün bir hukuksal değer, farkına varılan hukuki bir hatanın düzeltilmesine engel teşkil etmektedir? Hangi gerekçe, maddî hakikatin şekli hakikate feda edilmesini haklı ve meşru göstermektedir? Adaletin sağlanması için adil yargılanma hakkının giderek güçlendirilmeye çalışıldığı günümüzde, bir usul kuralının adaletin tecelli etmesine ve hukuka uygun idare idealinin gerçekleşmesine bariyer oluşturmaya nasıl razı olunabilir?

Danıştay'ı böyle bir hukuksal müesseseyi kabule götüren bir başka neden de, yargılamanın bir önce sonuçlandırılması olabilir. Böylece, zaman ve emekten de tasarruf sağlanarak, *“usul ekonomisi”* olarak ifade edilen ilkenin gereklerinin karşılandığı düşünülebilir. Fakat bu gerekçenin de, bir öncekinden daha güçlü olmadığı ve böyle bir müesseseyi kabul etmek için yeterince inandırıcı ve ikna edici olmadığı söylenebilir. Zira velev ki yargılamanın uzamasına yol açsa bile, henüz kesin hüküm halini almamış bir karardaki hukuki hatayı temyiz mercii niçin düzeltmesin? Yargılamanın bir an önce sona erdirilmesi elbette ki önemlidir; ancak, yargılamanın bir an önce sona ermesi he-

¹³¹ Candan, a. g. e., s. 924.

defi, hakkın ve hukukun tecelli etmesi amacına üstün tutulabilir mi? Hâkimin göz göre göre hukuku çiğnemesi pahasına sağlanacak bu sonucun, hiç yargılama yapılmamış olmasından daha az kötü olmadığını kim söyleyebilir?

Bu müessesenin kabul edilemezliğine ilişkin bakış açımıza aşağıda tekrar dönmek üzere; şimdilik, yargı yerlerinin kabullerinden hareketle bu müessesenin uygulanmasına ilişkin çeşitli yönleri ortaya koymak için açıklamalarımıza devam edelim. Bu bağlamda işaret edilmesi gereken noktalardan biri de şudur: medeni yargılama hukukunda olduğu gibi, idari yargılama hukukundaki uygulamaya göre de, bozma ilâmına her uyma, taraflardan biri yararına usulü kazanılmış hak meydana getirmez. Örneğin, hüküm usulü bir sebeple bozulur ve mahkeme buna uyarsa, bağlılık sadece mahkeme ilâmında gösterilen usul kaidesi yönündedir. Esas hakkında verilmiş olan hükme bağlılık da artık ortadan kalkar. Zira bu durumda, bozmaya sebep teşkil eden usule aykırılık, esasa da etkili olacak kuvvetle bir usulü noksanlık veya yanlışlıktır. Nitekim Danıştay'ın bir kararında¹³² aynen şöyle denilmektedir: *“Mahkeme, verdiği kararın ‘usul’ yönünden bozulması üzerine, yeni kararını, ilk karardan farklı bir şekilde verebilir.”* Kararda, devamla şu belirlemelerde bulunulmuştur: *“Her ne kadar davacı, mahkemece verilen iptal kararının usul yönünden bozulduğunu ve esas yönünden davalı idarece ileri sürülen hususlar değişmediği halde, ilk verilen kararın aksine davanın reddedildiğini ileri sürmekte ise de; Danıştay 12. Dairesinin 22.10.1996 günlü, E. 1996/2356, K. 1996/3349 sayılı kararıyla; temyize konu mahkeme kararının, görüşme tutanağı ile kararda bulunan imzaların birbirini tutmaması nedeniyle, idarece uygulanması gereken bir kararın varlığından söz edilemeyeceği gerekçesi ile bozulması karşısında, esas yönünden de gerekçesine itibar edilebilecek nitelikte bir kararın bulunmaması nedeniyle, mahkemece yeni üyelerle toplanılarak ilk kararın aksine, davanın reddi yolunda verilen kararda hukuka aykırılık görülmemiştir.”*

Üzerinde durulması gereken bir diğer sorun ise acaba bozmaya uyulduğundan söz edilebilmesi için mahkemenin bu yönde açıkça bir ara kararı vermiş olması şart mıdır; yoksa, bozma uyarınca işlem yapmak suretiyle, yani fiilen uyma şeklinde de bozmaya uyma hali gerçekleşebilir mi? Bu soruya medeni yargılama hukukunda olumlu şekilde

¹³² Danıştay 12. Dairesinin, 24.03.1998 tarih ve E. 1997/1411, K. 1998/895 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 97, s. 747-749.

cevap verildiğini daha önce belirtmiştik.¹³³ Yargıtay da bir kararında¹³⁴ bunu şu şekilde açıkça ifade etmiştir: “Mahkemenin bozmaya uymadığını bildirmekle beraber, bozmada gösterilen yönlerden birisini içine alacak şekilde inceleme yapmaya karar vermesi bozmaya eylemli bir uymadır.” Aynı yaklaşımın idari yargılama hukukunda da benimsendiği söylenebilir. Nitekim doktrinde konuya temas eden yegâne müellif Candan, aynen şöyle demektedir: “Kimi zaman, bozma kararı üzerine, dosyayı inceleyen mahkeme, karara uyduğunu söylemediği gibi, ısrar ettiğini de söylemeksizin, ilk kararının benzeri bir karar verir. Bu halde, gerçekte, uyma kararı değil, ‘eylemli ısrar’ vardır. Karar, ısrar kararı gibi değerlendirilir. Kimi durumlarda da, mahkeme, bozma kararına uyarak inceleme yaptığını belirtmesine karşın, verilen karar ısrar niteliğini taşıyabilir.”¹³⁵ Yargısal kararlarda da aynı yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Örneğin, bir karar da¹³⁶ Danıştay savcısının şu ifadeleri, “Her ne kadar, vergi mahkemesinin ısrar kararında, açıkça değerlendirmek¹³⁷ yönünden bir ısrar kararı ifadesi yer almamış ise de, karar da değerlendirme ile ilgili hükümlerin yapılmış olması ve

¹³³ Bkz., Bilge/Önen, a. g. e., s. 670; Üstündağ, a. g. m., s. 858; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, a. g. e., s. 523. Konuya ilişkin Yargıtay kararlarına yukarıda (s. 10) yer vermiştik.

¹³⁴ Hukuk Genel Kurulu’nun, 03.10.1962 tarih ve E. 1962/156, K. 1962/63 sayılı kararı, *Adalet Dergisi*, 1963/1-2, s. 159 (Bilge/Önen, a. g. e., s. 671, dipnot 181). Aynı yönde yeni tarihli kararlar için bkz: Hukuk Genel Kurulu’nun 13.05.1992 tarih ve 11/217-333 sayılı kararı, *İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi*, 1992/383, s. 9149 (Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, a. g. e., s. 523, dipnot: 72); 23.01.1991 tarih ve 12/539-10 sayılı kararı, *İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi*, 1991/367 (Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, a. g. e., s. 523, dipnot: 72)

¹³⁵ Candan, a. g. e., s. 923. Örneğin bir olayda; ilk derece mahkemesinin verdiği iptal kararı, ehliyet yokluğundan (davacının) temyiz merciince bozulmuş; bozmaya uyduğunu belirten mahkeme, bozma kararı doğrultusunda inceleme yaptığını belirtmesine karşın, yine ilk kararındaki gerekçeyle dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir. Kararın yeniden temyizi üzerine; Danıştay Yedinci Dairesi bunun bir ısrar kararı olduğu sonucuna vararak, temyiz incelemesi için dosyayı Vergi Dava Daireleri Genel Kuruluna göndermiştir. Zira Yedinci Daireye göre, mahkeme bozma kararına uymuş olsaydı; davayı ehliyet yokluğu nedeniyle reddetmekle yetinmeliydi. Oysa böyle yapmayıp, bir yandan bozmaya uyduğunu söyleyip diğer yandan da ehliyetin varlığını kabul ederek bozulan karardaki gerekçelerle yine işlemin karar vermekle, bozmaya uymuş sayılmaz; bilakis direttiği kabul edilir. Danıştay 7. Dairesinin, 30.10.2003 tarih ve E. 2003/2483, K. 2003/4495 (Candan, a. g. e., s. 923).

¹³⁶ Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu’nun, 05.06.1998 tarih ve E. 1996/297, K. 1998/116 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 98, s. 119. Aynı yönde belirlemelere yer verilen başka bir karar için bkz: Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu’nun, 26.03.2004 tarih ve E. 2003/356, K. 2004/34 sayılı kararı (Candan, a. g. e., s. 927, dipnot:1238).

¹³⁷ Kararda geçen “değerlendirme” ifadesi yanlış yazılmış olup, “değerleme” olması gerekmektedir.

bunların genel olarak manalandırılmış bulunması ve olayın ceza yönünden ayrı olarak ele alınmaması karşısında, bu yönünden de ısrar kararı vardır." kullanması karşısında, idari yargılama hukukunda da zımnen yahut eylemli olarak ısrar kararı verilebildiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Eğer eylemli olarak ısrar kararı verilebileceği kabul edilebiliyorsa, o takdirde, eylemli olarak bozmaya uyma kararının da verilebileceği tabiidir.¹³⁸ Böyle bir durumda, kararın ısrar kararı niteliğinde olup olmadığını ise nihai olarak İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulu değerlendirecektir.¹³⁹

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun yukarıda anılan kararı ile ikinci olarak; bozma kararına uyulmak suretiyle verilen kararın, dairesince yeniden yapılacak temyiz incelemesinin, ancak bozulma kararına uyulup uyulmadığının denetlenmesi ile sınırlı olacağı ifade edilmiştir. Yani, mahkemenin bozma kararına uyması ile usulü kazanılmış hak meydana gelir ve bunu; bozmaya uyma yönünde karar veren mahkeme artık ihlâl edemeyeceği gibi, temyiz mercii de edemez. Öyle ki, temyiz mercii, önceki bozma nedenleri ve sınırları ile bağlı olup, önceki bozma kararına uyma ile meydana gelmiş bulunan usulü kazanılmış hakkı artık ihlâl edemez. Diğer bir ifadeyle, bozmaya uyma ile meydana gelen usulü kazanılmış hak; ilk derece mahkemesi için olduğu kadar temyiz mercii için de geçerlidir. Çünkü *"temyiz incelemesi sırasında, temyiz merciinin, aynı yasal mevzuatla farklı bir sonuca ulaşması, ilk bozma ve buna uyularak verilmiş olan yargı kararının aynı mevzuat karşısında yeniden değerlendirilmesi, taraflar ve uygulama açısından istikrar ve kazanılmış haklar yönünden, aykırı sonuçlar yaratabilecektir."* *"Bu durum ise, usulü kazanılmış hak ilkesiyle sağlanmaya çalışılan amaca aykırı olması nedeniyle usule uygun (değildir) ve kabul edilemez."*¹⁴⁰

Usulü kazanılmış hakkın anlamı ve kapsamı konusunda Danıştay bu tespitleriyle, Danıştay'ın bozma kararına uymuş olan mahkemenin, bozma kararı gereğince inceleme yapmak ve hüküm vermek zorunda olduğunu ve mahkemenin kararını bozmuş olan Danıştay dairesinin de, sonradan ilk bozma kararı ile benimsemiş olduğu esaslara (usulü kazanılmış hakka) aykırı bir şekilde ikinci bir bozma kararı vereme-

¹³⁸ Candan, a. g. e., s. 927.

¹³⁹ Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nun, 30.01.1987 tarih ve E. 1986/23, K. 1987/1 sayılı kararı (Odyakmaz, a. g. e., s. 87, dipnot: 174); Candan, a. g. e., s. 927.

¹⁴⁰ Aynı yönde olmak üzere, yukarıda anılan Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nun, 21.02.1997 tarih ve E. 1995/207, K. 1997/125 sayılı kararına bakınız.

yeceğine işaret etmiştir ki; daha önce belirttiğimiz üzere, Yargıtay'ın 09.05.1960 tarih ve 21/9 sayılı içtihadı birleştirme kararında da aynı esaslar benimsenmiştir.

Doktrinde de, *“bu temyiz incelemesinde, temyiz yeri bozma esaslarına göre kararı değerlendirmeye tabi tutar. Genel bir temyiz incelemesi yapmaz. Bozma kararındaki esaslara uygun davranılmış ise, kararı onar, uyulmamış ise bozar.”*¹⁴¹ *“temyiz mercii, bu incelemenin ötesine geçerek, bozma kararında hata yapılmış olsa bile, bunu telafi yoluna gidemez.”*¹⁴² denilerek, Danıştay kararları ile ortaya konulan esasları paylaşıldığı görülmektedir. Ancak bu görüşe katılmadığımızı yukarıda belirtmiştik. Bize göre, temyiz merciinin *“bozma kararında hata yapılmış olsa bile, bunu telâfi yoluna gide-memesi”* kabul edilebilir bir yaklaşım değildir. Zira tekrar belirtelim ki; hiçbir gerekçe, esas gayesi adaletli ve isabetli bir karar vererek hukuka uygunluğu sağlamak mevkiinde olan mahkemelerin -özelikle de idari yargı yerlerinin-, göz göre göre bir hukuki yanlışlığa göz yummalarını haklı ve meşru kılamaz.

Buraya kadar incelemiş olduğumuz, usulü kazanılmış hakkın birinci çeşididir. Hatırlanacağı üzere, medeni yargılama usulündeki kabule göre, usulü kazanılmış hakkın bundan başka ikinci bir çeşidi daha vardır ki; bu da, bazı konuların bozma kararının kapsamı dışında kalması suretiyle gerçekleşmektedir. Usulü kazanılmış hakkın medeni yargılama hukukundaki yeri ve uygulaması konusunda belirttiğimiz gibi, usulü kazanılmış hakkın bu ikinci çeşidi, Yargıtay'ın 04.02.1959 tarih ve 13/5 sayılı içtihadı birleştirme kararı ile kabul edilmiştir ve buna göre; bir hususun bozma kararının kapsamı dışında kalarak kesinleşmesi, yani usulü kazanılmış hak teşkil etmesi iki şekilde olabilir: **1.** O husus açıkça bir temyiz sebebi olara ileri sürülmüş, fakat Yargıtay'ca

¹⁴¹ Çağlayan, a. g. e., s. 97.

¹⁴² Candan, a. g. e., s. 924. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda değişiklik yapılmasını öngören tasarının 31. maddesinde de, *“2. Kararın bozulması halinde mahkeme, dosyayı diğer bütün işlere göre öncelikle inceler ve varsa gerekli tahkik işlemlerini tamamlayarak yeniden karar verir. Bozmaya uyularak verilen kararın temyizi halinde, temyiz incelemesi, verilen bozma kararındaki esaslara sınırlı olarak yapılır.”* şeklinde bir düzenlemeye yer verilerek, İYUK'nın 50. maddesinin yukarıda belirtilen doğrultuda değiştirilmesi öngörülmektedir. Bkz: <http://www.kgm.adalet.gov.tr/iyuk.htm> (15.01.2008). Daha önce de işaret ettiğimiz gibi, Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nın ilgili maddesinde (m. 377) ise bu yönde bir kurala yer verilmemiş olması dikkat çekicidir. Bkz, Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı, Adalet Bakanlığı, Ankara 2006, s. 103.

reddedilmiştir veya 2. O hususta bir temyiz itirazı ileri sürülmemiş olmasına rağmen, dosyanın Yargıtay dairesince incelendiği sırada dosya da bulunan yazılardan onun bir bozma sebebi sayılması mümkün bulunduğu halde, o cihet Yargıtay'ca bozma sebebi sayılmamıştır.¹⁴³

Fakat hemen söylemek gerekir ki; biz usulü kazanılmış hakkın bu ikinci çeşidinin idari yargılama usulünde hiç mi hiç uygulanamayacağı kanaatindeyiz.¹⁴⁴ Bunu söylemekle; buna yalnızca prensipte karşı olduğumuzu değil ve fakat aynı zamanda ilgili yasal düzenlemelerin de buna elvermediğini ifade etmek istiyoruz. Zira İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 5. fıkrasına göre, *"Kararların kısmen onaylanması ve kısmen bozulması hallerinde kesinleşen kısım Danıştay kararında belirtilir."* Yani, kararın kısmen onanması ve kısmen bozulması durumunda, onanan kısım kesinleşmiş olur.¹⁴⁵ Bozulan kısım hakkında ısrar kararı verilmesi durumunda gidilen temyiz aşamasında, daha önce kesinleşen kısım için temyiz talebinde bulunulamaz.¹⁴⁶ Dolayısıyla, idari yargılama usulünde, medeni yargılama usulünden farklı olarak; bir konunun (cihetin) zımnen kesinlik kazanması söz konusu olamaz. Diğer bir ifadeyle, ilgili yasal düzenleme uyarınca (İYUK m. 49/5), ilk derece mahkemesi kararının kapsamındaki bir konu temyiz merciince ancak açıkça onanarak veya bozularak tüm yargısal süreç tamamlanmak suretiyle kesinlik kazanabilir ve -mevcut uygulamaya göre- kazanılmış hak teşkil edebilir. Fakat böyle bir ihtimalde, esasen kazanılmış haktan değil, hükmün kesinleşmesinden söz etmek gerekir.

Nitekim medeni yargılama usulünde de, Postacıoğlu, bozmanın kapsamı dışında kalan hususların kesinleşmesini kesin hüküm olarak nitelendirmekte ve fakat hemen arkasından, bizde Yargıtay'ın bu yola gitmediğini, bunu usule ilişkin kazanılmış hak olarak nitelendirdiğini belirtmektedir.¹⁴⁷

Üstündağ da, mahkemenin kararının davacının taleplerinden birine ilişkin bölümünün Yargıtay'ca onanarak bozmanın kapsamı dı-

¹⁴³ Kuru, *a. g. e.*, s. 3420.

¹⁴⁴ Genel olarak usulü kazanılmış hakkın, idari yargılama usulünde uygulanıp uygulanmayacağı meselesini ise, bundan sonraki başlık altında ele alıp inceleyeceğiz.

¹⁴⁵ Odyakmaz, *a. g. e.*, s. 86, Çağlayan, *a. g. e.*, s. 99. Fakat bu hükmü, karar düzeltme yolu açık bulunan hallerde bu yola başvurulmaması veya başvurulup da bunun reddi üzerine kararın kesinlik kazanacağı şeklinde anlamak gerekir.

¹⁴⁶ Çağlayan, *a. g. e.*, s. 99.

¹⁴⁷ Postacıoğlu, *a. g. e.*, s. 631.

şında kalmasını kesin hüküm olarak nitelendirdikten sonra, *“Temyiz Mahkememiz bu konularda hiçbir ayırım yapmaksızın temyizın nakzının dışında kalan noktalarda alelîtlak bir usuli müktesep hakkın meydana geleceğine değinmektedir.”* görüşüne yer vermektedir.¹⁴⁸

Kuru’da, anılan her iki yazarın izledikleri bilimsel yöntem ve vardıkları sonuçların doğru olduğunu belirttikten sonra şöyle demektedir: *“Her iki yazar da, mahkemenin kararının davacının taleplerinden birine ilişkin bölümünün onanmış (bu bölüm bozma kararının kapsamı dışında kalmış) olmasının kesin hüküm sayılması gerektiği kanısında bulunduklarını, fakat Yargıtay’ın içtihadı birleştirme kararlarının ise bağlayıcı olduğunu, bu nedenle uygulamada bu hususun usule ilişkin kazanılmış hak olarak nitelendirilmesini ve 09.05.1960 günlü içtihadı birleştirme kararının usule ilişkin kazanılmış hakkın bu çeşidini de uygulanması gerektiğini belirtmektedirler.”*

O halde, Kuru’nun belirttiği gibi, Yargıtay’ın sözü geçen içtihadı birleştirme kararlarındaki görüşe bilimsel yönden katılmasak bile, mahkeme kararının davacının taleplerinden birine ilişkin bölümünün Yargıtay’ca onanarak bozma kararının kapsamı dışında kalmasını kesin hüküm olarak değil, usule ilişkin kazanılmış hak olarak nitelendirmek zorundayız. Çünkü bilindiği gibi, içtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay genel kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar; aksine bir sonuca varılması, Yargıtay’ı ve mahkemeleri bağlayıcı nitelikteki içtihadı birleştirme kararlarına aykırı bir durumun ortaya çıkmasına yol açar.¹⁴⁹

Görüldüğü üzere, medeni yargılama hukukunda dahi¹⁵⁰ usulü kazanılmış hakkın bu ikinci çeşidi aslında kabul edilmemekte; fakat Yargıtay’ın içtihadı birleştirme kararları ile o şekilde kabul edildiği için, yani içtihadı birleştirme kararlarının hukuksal bağlayıcı gücü nedeniyle kerhen kabul edilmektedir. İdare yargılama hukukunda ise,

¹⁴⁸ Üstündağ, *a. g. e.*, s. 887-888.

¹⁴⁹ Kuru, *a. g. e.*, s. 3432.

¹⁵⁰ Bu şekilde ifade etmemizin sebebi; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun, temyizi düzenleyen (m. 427-439) maddelerinin hiçbirinde kısmen onama ve kısmen bozmadan söz edilmemesine karşın, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 49. maddesinin 5. fıkrasında, *“Kararların kısmen onaylanması ve kısmen bozulması hallerinde kesinleşen kısım Danıştay kararında belirtilir.”* denilmek suretiyle, bozmanın kapsamı dışında kalan hususların kesin hüküm halini alacağı açıkça düzenlemiştir. Dolayısıyla, böyle bir durumda, usulü kazanılmış haktan değil; kesin hükmün bağlayıcılığından söz etmek gerekir.

-hiç değilse şimdilik- böyle bir içtihadı birleştirme kararı bulunmadığına göre, usulü kazanılmış hakkın bu çeşidinden söz etmeye gerek yoktur.

C. Usulü Kazanılmış Hakkın İdari Yargılama Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu

Yukarıda belirttiğimiz gibi, usulü kazanılmış hak kavram ve kurumu, Türk hukuk uygulaması tarafından güncel hukukun boşluğunu doldurmak üzere, hukuk yaratma faaliyeti sonucu ortaya çıkmış bulunmaktadır.

Esasen maddi hukuk alanında başvurulmuş kazanılmış hak fikrinden esinlenerek ve oradan ödünç alınarak¹⁵¹ yargısal içtihatlarla uygulama alanına sokulmuş bulunan usulü kazanılmış hak kavramı; muğlak ve zihinleri bulandıran bir kavramdır.¹⁵² Bu kurumun, idari yargılama usulünde uygulanabilir olup olmadığı meselesi hakkında bir kanaate ulaşılmasına imkân sağlamak için önce medeni yargılama usulündeki tartışmalara kısaca bir göz atmakta fayda vardır.

Çünkü ilk defa Yargıtay'ın 04.02.1959 tarih ve 13/5 sayılı kararı ve fakat daha iyi "*kurgulanmış*" haliyle de 09.05.1960 tarih ve 21/9 sayılı içtihadı birleştirme kararlarıyla medeni yargılama hukukunda uygulama alanına girmiş ve o tarihten beri de yaygın ve yerleşik bir uygulaması bulunmasına rağmen, bu kavram ve kurumu üzerinde yapılan tartışmalar bir türlü bitmek bilmemiştir. Öyle ki; kimi yazarlar¹⁵³ bu kavram ve kurumu savunup açıkça desteklerken, kimisi de¹⁵⁴ kısmen ya da bütünüyle karşı çıkmakta ve reddetmektedir.

Usulü kazanılmış hak fikrine taraftar olanlar, buna gerekçe olarak; usulü kazanılmış hak ile daha önce karara bağlanmış konularda yeniden tahkikat yapıp zaman ve masraf yapılmasının önüne geçileceği, yani ucuz ve süratli bir yargılamanın temin edileceği, tarafların hakkı-

¹⁵¹ Tuluay, *a. g. m.*, s. 61.

¹⁵² Postacioğlu, *a. g. e.*, s. 631.

¹⁵³ Üstündağ, *a. g. m.*, s. 161 vd.; Muşul, *a. g. m.*, s. 233 vd.

¹⁵⁴ Postacioğlu, *a. g. e.*, s. 631 vd.; Tuluay, *a. g. m.*, s. 64 vd.; Yıldırım, *a. g. m.*, s. 156 vd.

nın güvence altına alınacağı ve onların yargısal kararlara olan güveninin korunacağı, şeklindeki argümanları ileri sürmektedirler.¹⁵⁵

Usulü kazanılmış hakkın gerekliliği ve yararı konusunda, doktrinde ileri sürülen bu gerekçeler Yargıtay'ın ilgili içtihadı birleştirme kararlarında da ifade edilmiştir. Buna göre, *“Temyizen bir kararın bozulması ve mahkemenin bozma kararına uyması halinde bozulan kararın bozma sebeplerinin şümulü dışında kalmış cihetlerinin kesinleşmiş sayılması, davaların uzamasını önlemek maksadıyla kabul edilmiş çok önemli bir usuli hükümdür.”*¹⁵⁶ (...) *“Mahkemenin bozma kararına uymasıyla meydana gelen bozma gereğince muamele yapma ve hüküm verme durumu, taraflardan birisi lehine ve diğeri aleyhine hüküm verme neticesini doğuracak bir durumdur ve buna usul, müktesep hak yahut usule ait müktesep hak denilmektedir. Usul Kanunu'nda bu şekildeki usule ait müktesep hakka ilişkin açık bir hüküm konulmuş değilse de, temyizcinin bozma kararının hakka ve usule uygun karar verilmesini sağlamakdan ibaret olan gayesi ve mahkeme usulünün hakka varma ve hakkı bulma maksadıyla kabul edilmiş olması yanında hukuki alanda istikrar gayesine dahi ermek üzere kabul edilmiş bulunması bakımından usule ait müktesep hak müessesesi, Usul Kanunu'nun dayandığı ana esaslardandır ve amme intizamı ile ilgilidir.”*¹⁵⁷

Dikkat edilirse, Yargıtay usulü kazanılmış hak kavram ve kurumunu *“davaların uzamasını önlemek”*, *“hakka ve usule uygun karar verilmesini sağlamak”*, *“hukuki alanda istikrar sağlamak”* gibi sebeplerle kabul ettiğini ve bu sebeplerin de *“kamu düzeni”* ile ilgili olduğuna işaret etmektedir. Fakat Yargıtay usulü kazanılmış hakkın kendisine birtakım istisnalar ve sınırlamalar tanımış bulunuyor ve bunları da *“kamu düzeni”* gerekçesiyle kabul ettiğini ifade etmiş bulunuyor. Bu bağlamda dikkati çeken ilk nokta ise, daha önce on başlık altında incelemiş olduğumuz bu istisnaların bir hayli fazla olmalarıdır. Dahası, bunlara yenilerinin de eklenip eklenmeyeceği belli değildir. Bu durumda, usulü kazanılmış hakka en önemli sınırlamayı bizatihi *“kamu düzeni”* ilkesinin kendisi getirdiğine göre; kendisinin varlık sebebini de yine *“kamu düzeni”* gerekçesine dayandırmak acaba ne ölçüde tutarlı ve isabetlidir? Zira eğer kuralın istisnasının dayanağı *“kamu düzeni”* oluyorsa; o takdirde, kuralın kendisinin dayanağı da nasıl *“kamu düzeni”* olabiliyor? Bu

¹⁵⁵ Üstündağ, a. g. m., s. 143-144, 184-185; Muşul, a. g. m., s. 233-234.

¹⁵⁶ Yargıtay'ın, 04.02.1959 tarih ve 13/5 sayılı içtihadı birleştirme kararından.

¹⁵⁷ Yargıtay'ın, 04.02.1959 tarih ve 13/5 sayılı içtihadı birleştirme kararından.

mantıksal tutarsızlık dahi göstermektedir ki, usulü kazanılmış hakkın kabul edilmesinin gerekçesi kamu düzeni olamaz.¹⁵⁸ Bunun önemli bir diğer kanıtı da, kuralın taraf iradesiyle dahi yaratılabilen bir istisnaya sahip olmasıdır.¹⁵⁹ Gerçekten de, yukarıda Yargıtay kararlarıyla usulü kazanılmış hakka getirilen istisnaları incelediğimiz kısımda da gösterdiğimiz üzere, bozma kararına uyulmasından sonra yapılan yargılama sırasında taraflar yeni iddia ve savunmalarda bulunabilmektedirler ve böyle bir durumda ise, hâkim usulü kazanılmış hak ile kendisini sınırlamaksızın yeni hukuki duruma göre karar vermek zorunda kalmaktadır. Bunun gibi, taraf iradelerinin usulü kazanılmış hak konusunda rol oynadığı başka bir durum da; tarafların mahkemeden bozmaya uymasını talep etmeleri halinde mahkemenin buna uymak zorunda bulunmasıdır. Bu halde de, usulü kazanılmış hak yoluna girilmiş olmaktadır. Nitekim yeni tarihli bir kararında, hukuk genel kurulu aynen şöyle demektedir: *“Ancak, bozma nedenlerinin kamu düzenine ilişkin ve dolayısıyla hâkimin kendiliğinden (re’sen) göz önünde bulundurması gereken sebeplerden olmaması halinde, taraflar veya vekilleri bozma kararına uyulmasını istemişlerse artık mahkemece önceki kararda direnilemez. Bozma kararına uyulmak gerekir. Yargıtay’ın yerleşmiş ve kurallaşmış uygulaması da bu doğrultudadır.”*¹⁶⁰

Aktarılan karardan açıkça anlaşılacağı üzere; bu haliyle kamu düzenine dayandığı ileri sürülen kazanılmış hak kurumunun aslında bununla bir ilgisinin bulunmadığı, bilakis taraf iradeleriyle hazırlanmış ve şekillenmiş olduğu görülmektedir. Böyle bir kabulün, usulü kazanılmış hakkın kamu düzeninden kaynaklandığı fikriyle açıkça çeliştiği görülmektedir.

İdari yargılama hukukundaki duruma gelince, usulü kazanılmış hak olarak ifade edilmemekle birlikte, söz konusu müessese ile kısmen aynı hukuksal sonuçlar doğuran birtakım yasal düzenlemelerin vaktiyle mevzuatta yer almış olduğuna daha önce işaret etmiştik. Nitekim 3546 (m. 46) ve 521 (m. 85) sayılı Danıştay kanunlarının yürürlükte olduğu dönemlerde alt idari yargı mercilerinin bozmaya uyma ve bozma dairesinde tahkikat yapıp yeni bir karar verme mecburiyetleri bulun-

¹⁵⁸ Yıldırım, *a. g. m.*, s. 161.

¹⁵⁹ Yıldırım, *a. g. m.*, s. 161.

¹⁶⁰ Hukuk Genel Kurulu’nun, 27.06.1990 tarih ve E. 1990/6-293, K. 1990/400 sayılı kararı, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, 1990/12, s. 1759-1760 (Muşul, *a. g. e.*, s. 498.).

maktaydı. Hatırlatmak için tekrar belirtmek gerekirse; anılan her iki yasal düzenlemede de, *“Dava Daireleri ve Dava Daireleri Kurulu, temyiz yoluyla inceledikleri kararları bozdukları takdirde, iş, bozma kararı dairesinde kararı bozulan idari yargı mercii tarafından incelenir.”* şeklinde bir kural yer almaktaydı ve bu kural uyarınca, alt idari yargı mercileri mutlak bozma esasları içinde bir karar vermek zorundaydılar.¹⁶¹ Dolayısıyla, bu dönemde alt derece idari yargı mercilerinin bozma esasları dışına çıkarak yahut bozulan kararlarında ısrar ederek karar vermeleri halinde; yeni kararın temyiz edilmesi üzerine Danıştay, bozma ile birlikte genellikle işin esası hakkında da bir karar vererek uyuşmazlığı sona erdirmekteydi.¹⁶² O zamanki alt derece idari yargı yerlerinin, daha doğrusu idari yargı yetkisini de haiz yönetsel kuruluşların niteliği göz önünde bulundurulduğunda, böyle bir düzenlemenin benimsenmiş olmasını normal ve doğal karşılamak gerekir. Fakat burada düzenlenmiş bulunan bozmaya uyma, iradi değil de kanuni bir uyma, yani kanunun emredici hükmü nedeniyle bir uyma hali olduğundan, usulü kazanılmış hak müessesesiyle bir tutulamaz. Başka bir ifadeyle, burada düzenlenmiş bulunan bozmaya uyma mecburiyeti, usulü kazanılmış hakkın gerekleriyle açıklanamaz.

Zira daha önce de belirttiğimiz gibi, usulü kazanılmış hak kurumunun vücut bulabilmesinin olmazsa olmaz ön koşulu; ilk derece mahkemesinin bozmaya uyma ile direnme kararı arasında bir tercihte bulunabilme imkân ve yetkisine sahip olmasıdır. Hukukumuzda vaktiyle uygulanmış bulunan yukarıdaki kurallar ilk derece mahkemesine böyle bir tercihte bulunabilme imkânı tanımadıklarından, söz konusu kuralların yürürlükte olduğu dönemde anılan hukuksal müessesenin ortaya çıkabilmesinin koşulları gerçekleşmemiştir. Bunun gerçekleşebilmesi, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun kabulü ile olmuştur. Nitekim ilk derece yargı yerleri olarak idare ve vergi mahkemelerinin kurulmasıyla birlikte, konuya ilişkin yasal düzenlemeler de buna uygun şekilde değişikliğe uğramış ve İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda şöyle bir düzenlemeye yer verilmiştir: *“Kararların kısmen onaylanması ve kısmen bozulması hallerinde kesinleşen kısım Danıştay kararında belirtilir”* (m. 49/5).

“Kararın bozulması halinde dosya, Danıştay’ca kararı veren mahkeme-

¹⁶¹ Odyakmaz, a. g. e., s. 32-33.

¹⁶² Akyüz, a. g. m., s. 85; Zabunoğlu, a. g. e., s. 289.

ye gönderilir. Mahkeme, dosyayı diğer öncelikli işlere nazaran daha öncelikli inceler ve varsa gerekli tahkik işlemlerini tamamlayarak yeniden karar verir” (m. 49/3).

“Mahkeme bozmaya uymayarak eski kararında ısrar edebilir” (m. 49/4).

Aktardığımız hükümlerden açıkça anlaşılacağı üzere, ilk derece yargı yerleri artık Danıştay’ın bozma kararına uymak zorunda değildirler; bozmaya uyma yönünde karar verebilecekleri gibi, bozmaya direnme yani ısrar kararı da verebilirler.¹⁶³ İşte ilk derece yargı yerlerine tanınmış bulunan bu yetki, teorik olarak usulü kazanılmış hak kurumunun yeşermesine uygun bir hukuksal zemin sağlamaktadır. Fakat bunu söylemekle, ne ilgili yasal düzenlemelerin bunu emrettiğini kast ediyoruz ve ne de içtihatla bunun yaratılmasının isabetli olacağına işaret ediyoruz. Bilakis, başından beri söylediğimiz gibi, biz böyle bir müessesenin içtihatla idari yargılama hukukuna sokulmasını gerekli ve yarlı görmediğimiz gibi, ilgili yasal düzenlemelerin de böyle bir sonucu çok fazla haklı çıkarmayacağı kanaatini taşıyoruz.

Nitekim yukarıda yer verilen ilgili yasal düzenlemelerden açıkça anlaşılacağı üzere, ilk derece yargı yerleri bozmaya uyma kararı verdikleri takdirde bundan dönemeyeceklerine dair bir kural bulunmadığı gibi; yapacakları yeni tahkikat ve verecekleri yeni kararlarında da mutlaka bozmaya uyma dairesinde olması gerektiğine dair bir kural mevzuatta yer almamaktadır. Keza, Danıştay’ın da daha önce bozduğu kararı ikinci kez temyizden incelerken bu ikinci incelemenin mutlaka önceki bozma kararının sınırları ile sınırlı olduğuna, yani önceki bozma kararında belirlenen esaslarla bağlı olduğuna; ona aykırı yeni bir bozma kararı veremeyeceğine ilişkin bir kural da mevzuatta bulunmamaktadır. O halde, usulü kazanılmış hak olarak ifade edilen, yani bozma kararına uymuş olan mahkemenin, bozma kararı gereğince inceleme yapmak ve hüküm vermek zorunda olmasını ve mahkemenin kararını bozmuş olan temyiz merciinin de, ilk bozma kararı ile benimsemiş olduğu esaslara (usulü kazanılmış hakka) aykırı bir şekilde

¹⁶³ İdare ve vergi mahkemelerine tanınmış bulunan bu yetki, bazı uyumsuzluklara ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakan Danıştay dava dairelerine tanınmamıştır; bunlar yerine göre İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulu’nun bozma kararına uymaya mecburdurlar. Böyle bir yola gidilmiş olmasının nedeni ise, dava dairelerinin vereceği ısrar kararını inceleyecek bir merciin bulunmamasıyla açıklanmaktadır (Bkz, Candan, *a. g. e.*, s. 926).

ikinci bir bozma kararı verememesinin, idari yargılama hukukundaki hukuksal dayanağı nedir? Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, mevcut uygulamaya göre bunun hukuksal dayanağı kanuni değil, içtihadıdır. Nitekim bu durum idari dava daireleri genel kurulunun, çalışmamızın başından beri kendisinden sıkça söz ettiğimiz kararında da açıkça dile getirilmiştir.¹⁶⁴

Usulü kazanılmış hak kavram ve kurumunun hukuksal dayanağının kanuni değil içtihadı olması, kuşkusuz ki, onun reddedilmesi için tek başına yeterli bir neden değildir. Elbette ki, bir içtihat mahkemesi olan Danıştay'ın, maddi hukuk alanında olduğu kadar yargılama usulü alanında da karşılaştığı hukuksal boşlukları hukukun genel ilkelelerinden yararlanarak doldurmaya çalışmasını doğal karşılamak gerekir.¹⁶⁵ Fakat gerek mevcut yasal düzenlemeler ve gerekse idari yargıda görülen davaların ve çözüme bağlanan uyuşmazlıkların niteliği göz önünde bulundurulduğunda; biz usulü kazanılmış hak kurumunun idari yargıda uygulanamayacağı ve uygulanmaması gerektiği görüşündeyiz.

Çünkü özellikle iptal davası için söz konusu olmakla beraber, idari davalar, iki amaca hizmet etmektedir; başka bir deyişle, idari yargılamadan iki önemli fonksiyonu yerine getirmesi beklenmektedir. Nitekim Güran'ın belirttiği gibi, *"İdare'nin yargısal denetimi ve idari davalar, idare'nin, hukukun üstünlüğü kuralının bütün ilkeleriyle işletildiği düzenli toplum esaslarına aykırı tasarruflarını denetleyip müeyyidelendirmek, böylece bu esasların hâkimiyetini sağlamak için ve hem ferdin, hem de bütünüyle toplumun, bu denetimin icra edilmesindeki menfaatini korumak mülâhazasıyla var olan ve başvuru hukuki olanaklardır."*¹⁶⁶ Bu nedenledir ki, adli yargının "genel" yargılama işlevi karşısında idari yargının "ayrık" ve "özel" bir yargılama işlevi bulunmaktadır ve bu niteliği, esas itibarıyla idari yargının gerçekleştirdiği yargılama işlevinde hiçbir zaman "hakemlik" rolünün bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Bir başka deyişle, idari yargı önünde görülen

¹⁶⁴ İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun, 03.03.2000 tarih ve E. 1999/1126, K. 2000/394 sayılı kararı (Coşkun/Karyağdı, *a. g. e.*, s. 549-552).

¹⁶⁵ A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku, Güncelleştirilmiş Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2003*, s. 764.

¹⁶⁶ Güran, *a. g. e.*, s. 148.

uyuşmazlıklar bakımından idare yargıcı hiçbir zaman “hakem” kimliği ile hareket etmez, edemez.¹⁶⁷

Gerçekten de, “hakem” kimliği ile hareket etmek; ele aldığı uyuşmazlıkların niteliği göz önünde bulundurulduğunda hukuk yargılaması yargıcının rolüne bir ölçüde uygun düşmekte ise de; adil ve isabetli bir karar verilmesini sağlamak için onu dahi bu pasif rolünden çıkarıp daha aktif konuma getirmek yönünde geçen yüzyılın ikinci yarısından bu yana önemli gelişmelerin kaydedildiği¹⁶⁸ hatırlanacak olursa; uyuşmazlığın taraflarının ortaya koyduğu iradelere hakemlik etme ve giderek de kendi iradesini tarafların iradelerinin sonuçlarına bağlı kılma zorunluluğu ve aynı zamanda lüksü idari yargıç bakımından hiç mi hiç geçerli değildir; çünkü o sadece ve sadece hukuk düzeninin gereklerini “hakkaniyet”e göre belirlemekle yetkili ve yükümlüdür.¹⁶⁹

İdari yargılama hukukunun amacı ve işlevi böyle olunca, onun tabi olacağı yargılama usulü kurallarının da bu amaç ve işlevin gerçekleşmesine elverecek yapı ve özellikte olması ve bu şekilde bir yoruma tabi tutulması kaçınılmaz olmaktadır. Başka bir ifadeyle, bu yargılama hukuku alanında bakılan davaların esası ile onlara uygulanacak usul

¹⁶⁷ Celâl Erkut, Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı, Yenilik Basımevi, İstanbul 2004, s. 68-69.

¹⁶⁸ Güran, a. g. e., s. 142 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, a. g. e., s. 53.

¹⁶⁹ Erkut, a. g. e., s. 69. Esasen, İdari Yargılama Hukukunun amacı ve işleviyle bağdaşmayan hukuksal kurum ve düzenlemeler ele aldığımız usulü kazanılmış hak ile de sınırlı değildir. Bunu gibi, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 31. maddesiyle göndermede bulunduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun ilgili düzenlemeleri de birçok sıkıntıya yol açmaktadır. Dolayısıyla, İdari Yargılama Hukukunun “müstakil ve özgün” karakterinin tam anlamıyla sağlanıp sürdürülebilmesi için, anılan yasal düzenlemenin gözden geçirilmesinde yarar bulunmaktadır. Bu konudaki değerlendirme ve öneriler için bkz, Metin Günday, “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı”, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu-Ankara 11-12 Mayıs 2001, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara 2003, s. 79; Celâl Erkut, “İdari Yargının Yeniden Yapılandırılmasında Yargılanma Hukuku Kurallarının Etkinleştirilmesi Sorunu”, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu-Ankara 11-12 Mayıs 2001, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara 2003, s. 98; Erkut, a. g. e., 211 vd.; Zehra Odyakmaz, “İdari Yargıda Hakim ve Savcı Adaylarının Eğitimi”, Türk Hukuk, Sayı: 74, Nisan, 2003, Türk Hukuk Enstitüsü Yayını, s. 14; Zehra Odyakmaz, “İdari Yargı ile İlgili Öneriler”, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu-Ankara 11-12 Mayıs 2001, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara 2003, s. 150.

kuralları arasında zorunlu bir bağ bulunmaktadır ki; bunun görmezden gelinmesi, idari yargının varlık sebebinin gözden kaçırılması anlamına gelir. Aynı kaygı ve saptamaların, bir kısım yargı mensuplarınınca da paylaşıldığını görmek sevindiricidir. Nitekim usulü kazanılmış hakkın açıkça dile getirildiği ve uygulandığı İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun yukarıdan beri zikrede geldiğimiz kararına, bir kısım üyeler şu haklı gerekçelerle karşı oy kullanmışlardır: "2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20/1. maddesiyle; Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinin, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeyi kendiliklerinden yapacakları kurala bağlanmış; re'sen inceleme ilkesinin doğal sonucu olarak, mahkemelerin inceleme gereğini duydukları her türlü evrakın gönderilmesini ve her türlü bilginin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilecekleri düzenlenmiştir.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun anılan maddesiyle; idari yargıda ceza yargılamasında olduğu gibi re'sen araştırma usulü benimsenmiştir. Buna göre, idari yargıda hâkim, tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlı olmayıp, gerekli gördüğü her türlü araştırmayı davanın her aşamasında kendiliğinden yapabilir.

Nitekim iddiaların araştırılması konusunda hakimin davaya müdahalesine karşın, davacı iddialarının cevaplandırılmaması veya geçiştirilmesi durumunda, söz konusu iddiaların sübut bulduğunun kabulünün re'sen araştırma ilkesinin doğal 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 amacıyla değil, esasen hukuka dayalı idare ilkesinin yerleşmesi ve hukuk devletin korunması için verildiği de bilinmektedir.

İdari yargılama usulünün en önemli araçlarından biri olan re'sen araştırma ilkesinin bu niteliği karşısında, hakimin sadece tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlı olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarında söz konusu olabilecek usulü kazanılmış hak ilkesinin idari yargılamada uygulanamayacağı açıktır.¹⁷⁰

¹⁷⁰ Danıştay savcısı da, bir davada konuyla ilgili olarak bildirdiği düşüncesinde şu görüşleri dile getirmiştir: "Vergi dairesince yapılan temyiz başvurusu üzerine Danıştay 3. Dairesince vergi mahkemesi kararının bozulmasının, re'sen araştırma kuralı esasları hakim olan idari yargılama usulünde, özel hukuk hükümlerine göre, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'na dayanılarak yargı içtihatlarıyla ortaya koyulan 'usulü müktesep hak' kuralının

Biz de yukarıdaki tespitlere aynen katılıyoruz. Zira taraf iradelerinin hakim rol oynadığı ve özel hukuk kişilerinin çatışan subjektif haklarının çözüme kavuşturulduğu¹⁷¹ medeni yargılama hukukunda dahi, kamu düzeni gerekçesiyle usulü kazanılmış hakka birçok istisna tanınmış olduğunu yukarıda görmüştük. Örneğin, Yargıtay, “*Bozma nedenlerinin kamu düzenine ilişkin ve dolayısıyla hâkimin kendiliğinden (re’sen) göz önünde bulundurulması gereken sebeplerden olmaması halinde, taraflar veya vekilleri bozma kararına uyulmasını istemişlerse artık mahkemece önceki kararda direnilemez*”¹⁷² diyerek, taraf iradelerine de, ancak kamu düzeni ile çatışmadığı ölçüde uyulabileceğine karar vermiştir. Şu halde, kamu düzeninden sayılan ve re’sen göz önünde bulundurulması gereken hususlarda, tarafların bozmaya uyma yönündeki iradelerinin hiçbir rolü bulunmamaktadır.¹⁷³

Yargılamayı tarafların değil, hâkimin yönetip yürüttüğü¹⁷⁴ idari yargılama usulünde yargılama ile ilgili birçok durum kamu düzeninden sayılmakta, dolayısıyla re’sen inceleme ve araştırma konusu yapılmaktadır.¹⁷⁵ Bu durum, yargılama usulleri ile bu usuller uygulanarak çözümlenen uyuşmazlık ve davaların niteliği arasında sıkı bir bağ bulunması gereğinin doğal bir sonucudur.¹⁷⁶ Nitekim uygulamaya bakıldığında, kesin birtakım kriterler koymak ve bir tasnif yapmak güç olmakla birlikte; Danıştay’ın görev, yetki, süre, tarafların ehliyeti, davanın konusu, idari merci tecavüzü, dava dilekçesinin kanuna uy-

özellikle vergilendirmeye ilgilı uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulamaz.”, (Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu’nun, 05.06.1998 tarih ve E. 1996/297, K. 1998/116 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 98, s. 119.

¹⁷¹ Necmeddin M. Berkin, *Medeni Yargılama Hukuku Esasları*, Hamle Matbaası, İstanbul 1969, s. 17; Pekcanitez/Atalay/Özekes, *a. g. e.*, s. 52-53.

¹⁷² Hukuk Genel Kurulu’nun 27.06.1990 tarih ve E. 1990/6-293, K. 1990/400 sayılı kararı, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, Aralık 1990/12, s. 1759-1760 (Muşul, *a. g. e.*, s. 498.)

¹⁷³ İdari yargılama usulünde de, kamu düzeninden sayılmayan hallerde, tarafların bozmaya uyulmasını istemeleri halinde, mahkemenin buna uyması gerektiği yönünde görüşler vardır (Bkz, Yenice/Esin, *a. g. e.*, s. 731).

¹⁷⁴ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt III, Hak Kitabevi, İstanbul 1966, s. 1941; Gözübüyük/Tan, *a. g. e.*, s. 766.

¹⁷⁵ Erçetin Yorgancıoğlu, “Danıştay Yargılama Usulünde Re’sen İnceleme Yetkisi”, *İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I*, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara 1976, s. 228. hukukumuzda ve Fransız Hukuku’nda yer alan re’sen araştırma ilkesinin eksik ve yetersiz olduğu; davayı aydınlatmaktan ve özellikle taraflara tezlerini savunmak bakımından yeterince imkân ve fırsat tanımadığı yolundaki eleştiriler ve çözüm önerileri için bkz: Güran, *a. g. e.*, s. 136-163 (özellikle, 145 vd.).

¹⁷⁶ Günday, *a. g. m.*, s. 79; Güran, *a. g. e.*, s. 147.

gunluğu gibi ön inceleme konuları ile alt idari yargı mercilerinin yargılama usulü kurallarına uyup uymadıklarına ilişkin konuları daima kamu düzeninden saydığı ve re'sen göz önünde tutulması gerektiğine karar verdiği görülmektedir.¹⁷⁷ Aynı şekilde, davanın esası ile ilgili olarak da; iptal davasında hukuka aykırılık nedeni olarak, amaç unsuru dışındaki diğer sebeplerin re'sen inceleme ve araştırma konusu yapıldığı, ayrıca tam yargı davalarında da, kusursuz sorumluluk halinin kamu düzeninden sayıldığı ve kendiliğinden göz önünde bulundurulduğu bilinen bir husustur.¹⁷⁸ Hukuk yargılama usulünden büyük farklılıklar arz eden bu durumun sebebi ise; bilindiği ve bu çalışmada da çeşitli kereler ifade edildiği üzere, idari yargıda görülen davaların kökeni, tarafları, konusu, amaç ve neticeleri itibarıyla özel hukuk davalarından çok farklı olmasından kaynaklanmaktadır.¹⁷⁹ Dolayısıyla, idare yargıcının, bir uyuşmazlık ya da dava bir kez önüne getirildikten sonra davacının sadece istem sonucu ile bağlı olup, bunun dışında taraflarca ileri sürülen iddia ve savunmalarla ve getirilen kanıtlarla bağlı olmaksızın adil ve isabetli bir kararın verilebilmesi için gerekli olan her türlü araştırmayı talep üzerine veya kendiliğinden yapabilmektedir.¹⁸⁰ İdari yargıcının bu yetkisinin, kanun yolları da dahil olmak üzere, davanın açıldığı andan nihai karar verinceye dek yargılama sürecinin her evresini içine aldığı eklemek gerekir.¹⁸¹ Zaten, hâkimi bir spor müsabakasının hakeminden ve yargılamayı da bir körebe oyunundan

¹⁷⁷ Bu konuda daha fazla bilgi ve ilgili Danıştay kararları için bkz, Yorgancıoğlu, *a. g. m.*, s. 229-231.

¹⁷⁸ Cüneyt Ozansoy, "İdarenin Kusurlu Sorumluluğundan Kusursuz Sorumluluğuna", *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı* 2000, 12-16 Ocak 2000, Ankara Kitap 1, s. 373.

¹⁷⁹ Onar, *a. g. e.*, s. 1941; Güran, *a. g. e.*, s. 147 vd.; Günday, *a. g. m.*, s. 79.

¹⁸⁰ Günday, *a. g. m.*, s. 80; Güran, *a. g. e.*, 149.

¹⁸¹ Yorgancıoğlu, *a. g. m.*, s. 219; Gözübüyük/Tan, *a. g. e.*, s. 766-769; Erkut, *a. g. e.*, s. 67-68. Bu usulün eksik ve yetersizliğine ilişkin eleştirel bir yaklaşım için bkz: Güran, *a. g. e.*, s. 146 vd. Yazar özetle şöyle demektedir: "Tarafların ileri sürdüğü maddi ve hukuki sebepler ve delillere bağlı olmaksızın, gerekli gördüğü tüm inceleme ve araştırmayı re'sen yapabilen, esas itibarıyla yazılı olup, en sonunda sınırlı ve adeta fonksiyonsuz bir duruşmadan ibaret sözlü safhadan müteşekkil yargılama usulü ve yetkileri ile bu idari yargılama usulünün, bütün cazip görünüşüne rağmen, 'tam ve yeterli' bir tartışma imkanı sağlamaktan uzak olduğu kanısını taşıyoruz. Davacının, harekete ivmeyi verdikten sonra, adeta uyuşmazlıkta saf dışı edildiği, davasının idare mahkemesinin sanki veli, vasi, davanın esas sahibi gibi *el koyup sonuçlandırdığı* bu usule başlıca itirazlarımız şunlardır:" diyerek, devamında bu usulün, idari yargıda görülen davaların davacının menfaati yanında hukuk devletini gereklerini karşılayarak bakımından toplumun menfaatini de hizmet ediyor olması hususuyla yeterince bağdaşmadığını belirtmektedir.

ayırır da bu özelliklerdir ki; bunların giderek artan ölçüde hukuk yargılamasında da yer bulmaya başladığı kolayca gözlemlenebilir.¹⁸²

Esasen idari yargıcın yargılama usulündeki rolü, bu yargılama hukukunun ortaya çıkmasından beri sürekli yükselen bir grafik çizmiştir. Bunda, ilgili yasal düzenlemeler kadar, rolünün bilincinde olan idari yargıcın hukuk yaratma faaliyeti de etkili olmuştur. Öyle ki; idari yargıç, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göndermede bulunduğu (m. 31) hallerde dahi ilgili hukuksal kurum ve düzenlemeleri olduğu gibi ve medeni yargılama hukukunda uygulandığı şekliyle değil ve fakat idari yargılama usulünün genel karakteriyle uyuşacak şekilde uygulamasını bilmıştır. Örneğin, Danıştay'ın henüz istikrar kazanmamış olmakla birlikte,¹⁸³ davacının davasından yahut temyiz talebinden feragat etmesini, her zaman davayı yahut temyiz incelemesini sona erdirmeyi gerektiren bir neden olarak kabul etmediği görülmektedir. Halbuki bilindiği üzere, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun göndermede bulunduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 95. maddesine göre, davacının feragati kesin hükmün sonuçlarını doğurur. Dolayısıyla, medeni yargılama hukukunda davacının davasından vazgeçmesi her durumda davanın ortadan kalkması sonucunu yarattığı halde, idari yargılama usulünde böyle bir sonucun doğması, Danıştay kararlarına göre, ancak davada kamu yararının ağır basmadığı durumlarda söz konusu olabilir.¹⁸⁴ Yani, bir iptal davasında davacının kişisel menfaati ikinci plandaysa, diğer bir ifadeyle, kamu yararı baskınsa, davacının davasından feragat etmesi, davanın ortadan kalkması sonucunu doğurmaz.¹⁸⁵ Nitekim doktrinde de, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun feragate ilişkin hükümlerinin aynen uygulanmasının olanaksız olduğu belirtilmektedir.¹⁸⁶

Görüldüğü üzere, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesiyle açıkça yollamada bulunduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümlerinin dahi idari yargılama usulünün özel-

¹⁸² Güran, *a. g. e.*, s. 141-142; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, *a. g. e.*, s. 50-54.

¹⁸³ Danıştay'ın bu konudaki farklı kararları ve çok sayıda örnek için bkz, Celâl Karavelioğlu, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Cilt II, 5. Baskı, 2001 (yayınevi ve basım yeri yok), s. 1365-1380.

¹⁸⁴ Azrak, *a. g. m.*, s. 335; Günday, *a. g. m.*, s. 85.

¹⁸⁵ Azrak, *a. g. m.*, s. 335.

¹⁸⁶ Günday, *a. g. m.*, s. 85.

likleriyle bağdaştığı ölçüde ve şekilde uygulanması gerektiğini kabul eden Danıştay ve doktrinin, muhtemelen hukuk yargılaması usulündeki uygulamanın etkisi altında kalarak, idari yargılama usulünün yapısı ve özellikleriyle hiç de bağdaşmayan usulü kazanılmış hak kurumunu benimsemesi, bu konudaki genel tutumuyla da uyum içinde değildir.

Sonuç

Mevzuat hükümleri, bir hakkın doğum koşullarını ya da doğmuş bir hakkın sonuçlarını değiştirdiği zaman, önceki kuralların yürürlükte bulunduğu sırada doğmuş bulunan bu hukuksal sonuçların korunması için kazanılmış hak kavramına başvurmak zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Çünkü eğer kazanılmış hak kavramı olmasaydı, yeni kurallar yürürlüğe girdikten sonra yeni kuralların düzenleme alanı ve konusuna giren eski bütün hukuki durumların gözden geçirilmesi gerekecekti. Böyle bir durumun hukuki istikrarı zedeleyeceği, hukuki güveni sarsacağı ve sonuç olarak düzeni bozacağı gerekçesiyle kazanılmış hak fikri ortaya atılmıştır. Aynı şekilde, idarenin yapmış bir idari işlemi geri alması yahut kaldırması halinde de, bu işlemin yürürlüğü sırasında elde edilen hak ve hukuki statüler kazanılmış hak kuramına başvurularak korunmak istenmiştir.

Yukarıdaki durum gibi, bir ülkede yasalara uygun olarak elde edilen hakların yahut hukuki durumların etki ve sonuçlarını, söz konusu hakların yahut hukuki statülerin ortaya çıkmasını ve kazanılmasını değişik koşullara bağlayan bir mevzuata sahip başka bir ülkede ileri sürülmesi söz konusu olunca, yine kazanılmış hak kavramına başvurma ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Böylece, üçüncü bir ülkede, başka bir ülkede farklı koşullara uygun olarak elde edilen hak ve hukuki durumların/statülerin etkilerini sürdürebilmeleri sağlanmış olmaktadır.

Ne var ki, bu yöndeki kabul ve uygulamalar kolay ve sorunsuz olmamıştır. Gerçekten de, kazanılmış hakkın anlamı ve kapsamı ile sınırları ve hatta bizatihi kendisi hep tartışma konusu olagelmiş ve farklı bakış açılarının ortaya çıkmasına yol açmıştır.

Yargı yerleri ise, pratik bir yöntem izleyerek önlerine gelen somut uyuşmazlıkların özellik ve koşullarını değerlendirerek kazanılmış bir hakkın olup olmadığına karar vermeyi yeğlemişlerdir. Dolayısıyla, bu

alandaki teorik kuramlar ve birtakım prensipler yaratmak yerine, genellikle somut durumlara göre farklı değerlendirme yapabilme hakkını kendilerinde saklı tutacak şekilde, ampirik bir metotla karar vermektedirler. Yargı yerlerini bu şekilde bir tutum takınmaya, kazanılmış hak kavramının kendisiyle açıklandığı kamu hizmeti, kamu yararı gibi çok tartışmalı konulara girmek istememesi yol açmış olabilir.

Ancak, yukarıdaki her iki durum da maddi hukuk alanına ilişkindir. Bunun yanında, bir de usulü kazanılmış haktan söz edilmektedir ki, bu da bütünüyle yargısal içtihatların ürünüdür.

Yargılama hukuku alanında başvurulmuş usulü kazanılmış hak kavram ve kurumu, içerdiği mantık bakımından maddi hukukta başvurulmuş kazanılmış hak kuramına dayanmakta ve hatta oradan ödünç alınarak yahut ithal edilerek bu alanda uygulamaya sokulmuş ise de, yargılama sürecinde karşılaşılan teknik ve güncel hukuksal sorunların aşılması amacıyla kabul edildiğinden; esas itibarıyla, bu işlevi yerine getirebilecek bir yapı ve özelliğe bürünmüştür.

Buna göre, bozma kararına uymak, o kararda gösterilen fiili ve hukuki bütün esasların doğru olduğunu kabul etmek demektir. Bu itibarla, bozma kararına uyan mahkeme, ancak bozmada gösterilen esaslara uygun olarak işlem yapmak ve hüküm vermek mecburiyetindedir. Uyulan bozma kararında gösterilen fiili veya hukuki sebepler bilfarz yanlış olsa bile, artık bunları ne mahkeme, ne de temyiz mercii yeniden inceleyemez; zira bozma kararına uyulmakla taraflardan birisi lehine ve öteki aleyhine olmak üzere, usulü kazanılmış hak meydana gelmiştir.

Usulü kazanılmış hak olarak adlandırılan ve gerek medeni yargılama hukukunda ve gerekse idari yargılama hukukundaki hukuksal dayanağını kanundan değil, yargısal içtihatlardan alan bu yargılama hukuku enstrümanı, medeni yargılama hukukunda dahi uygulanabilirliğini tartışma konusu olmaktan kurtaramamışken; idari yargılama hukukunda da kendine bir yer edinmeye başlamıştır. Fakat bu yargılama usulünün genel yapısı ve özellikleri karşısında; biz, bu hukuki müessesenin bu alanda kesinlikle kabul edilemez ve uygulanamaz olduğu kanaatindeyiz.

Zira söz konusu kavram ve kurumun uygulanması birçok durumda taraf iradeleriyle ortaya çıkmakta ve şekillenmekte ve aynı şekilde

birçok durumda hakkın yahut esasın şekle feda edilmesi sonucunu doğurabilmektedir. Yargılamanın, esas olarak taraf iradeleriyle ve işlemleriyle yönetilip yürütüldüğü ve özel çıkarların dava konusu edildiği medeni yargılama hukukunda bu sonuç bir ölçüde kabul edilebilirse de; aynı şeyin, hukuka uygunluk denetiminin asıl amaç olduğu ve kişisel yarar ile kamusal yararın dengelenmeye çalışıldığı İdari yargılama hukukunda kabul edilemeyeceği ortadadır.

Çünkü idari yargı hâkimi tarafından verilen kararın yalnızca davacıyı tatmin etmek için değil, esasen hukuka dayalı idare ilkesinin yerleşmesi ve hukuk devletinin korunması için verildiği bilinen bir husustur. Hal böyle olunca; bu denetimin tarafların iddia ve savunmalarıyla, ezcümle onların işlem ve tasarruflarıyla sınırlandırılmayacağı açıktır. Aksi kabul edildiği takdirde; tarafların yargılama sürecindeki rolü ve etkinliği hâkiminkine baskın gelecektir ki, bu sonucu ise, ne idari yargının varlık sebebiyle ve ne de ortaya çıktığından bu yana hâkimin yargılamadaki rolünün giderek ağırlık kazanması şeklinde doğrusal bir seyir izleyen idari yargılama usulünün amaç ve işleviyle bağdaştırmaya olanak yoktur.

Hâkimin büyük ölçüde tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlı olması nedeniyle medeni yargılama usulünde ortaya çıkabilmenin uygun zeminini yakalamış olduğu anlaşılan bu müessesenin, yargısal denetimden beklenen yararın azami ölçüde sağlanabilmesi için kabul edilmiş bulunan ve bu bağlamda idari yargılama usulünün en önemli araçlarından biri olan re'sen araştırma ilkesi karşısında idari yargılama hukukunda uygulanamayacağı/uygulanmaması gerektiği fikrindeyiz. Aksine bir kabul; idari yargılama usulünün genel ve müstakil niteliğinin inkârı anlamına gelecek ve dolayısıyla, idari yargı denetiminin içinin boşalmasına yol açması kaçınılmaz olacaktır. Hatta daha fazlası da söylenebilir: böyle bir durumda, adli yargı idari yargının bulunmayışından kaynaklanacak boşluğu kolayca doldurabilecek ve ona gerek dahi bırakmayabilecektir.

Bu vesileyle daha temelli bir soruna işaret etmek isteriz ki; esasen, idari yargının bütün kurum ve kurallarıyla tam olarak gerçekleştirilmesi ve adli yargının etkisinden kurtulabilmesi için; özellikle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na yapılan atıfların kaldırılarak, tümüyle kendine has kuralların konulması ve böylece idari yargıda idari

yargıya özgü kurallarının egemen kılınması, gerçek anlamda bir idari rejimden bahsedebilmesinin zorunlu ön şartlarından biridir.

Zira Erkut'un da haklı olarak belirttiği gibi, özel hukukta, kural olarak, yargılama usulü tarafların sübjektif nitelikteki haklarının korunmasının sağlanması amacına yönelik olarak düzenlenmiş ve esas olarak yargılamaya –en az yargıç kadar– tarafların da egemen olduğu bir yargılama hukuku modeli benimsenmiştir. Oysa idari yargıda, sadece idari yargıcın egemen olduğu ve bu bağlamda da “*re’sen yargılama*” usulünün kabul edildiği bir yargılama rejimi söz konusu olup; bu yargılama rejimi altında idare yargıcının “*hukukun ne olduğunu belirleme yetkisi*”ni kısıtlayacak hiçbir usulü müessesenin uygulanabilme yeteneğinin olmadığını ifade etmek gerekir.¹⁸⁷

KAYNAKLAR

- Akgündüz, Güzin/Saltık, Saadetin, “Usul Hukukunda Kazanılmış Hak”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 2, 1993.
- Aksoylu, Özge, “Yargıcın Bakış Açısıyla İdare Hukukunda ‘Kazanılmış Hak’ Kavramı”, Yıldızhan Yayla’ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No: 4, Birinci Baskı, İstanbul 2003.
- Alangoya, H. Yavuz/Yıldırım, M. Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, 4. Bası, Alkım, İstanbul 2004.
- Alpar, Erol: “İdare Hukukunda Kazanılmış Hak Kavramı ve Uygulaması”, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, Sayı: 15.
- Aral, Kenan, Danıştay Muhakeme Usulü, Sevinç Matbaası, Ankara 1965.
- Azgur, Fuad, Gerekçeli Yeni Danıştay Kanunu ve Önemli İçtihatlarla İdari Yargılama Usul ve Esasları, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1965.
- Azrak, A. Ülkü, “İptal Davalarının Objektif Niteliği”, *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı* 2000, 12-16 Ocak 2000 Ankara Kitap 1.
- Berkin, Necmeddin M., Medeni Yargılama Hukuku Esasları, Hamle Matbaası, İstanbul 1969.
- Bilge, Necip/Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Üçüncü Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1978.
- Candan, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara 2005.
- Coşkun, Sabri/Karyağdı, Müjgan, İdari Yargılama Usulü, Örnek İçtihatlar-Yorumlar, Seçkin, Ankara 2001.

¹⁸⁷ Erkut, a. g. e., s. 258.

- Çağlayan, Ramazan, *İdari Yargıda Kanun Yolları*, Seçkin, Ankara 2002.
- Duran, Lûtfi, *İdare Hukuku Meseleleri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1964.
- Erkut, Celâl, “İdari Yargının Yeniden Yapılandırılmasında Yargılanma Hukuku Kurallarının Etkinleştirilmesi Sorunu”, *İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu*-Ankara 11-12 Mayıs 2001, *Danıştay Başkanlığı Yayını*, Ankara 2003.
- Erkut, Celâl, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı*, Yenilik Basımevi, İstanbul 2004.
- Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut, *İdare Hukuku Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku*, Güncelleştirilmiş Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.
- Günday, Metin, “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı”, *İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu*-Ankara 11-12 Mayıs 2001, *Danıştay Başkanlığı Yayını*, Ankara 2003.
- Güran, Sait: Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay Üzerine Yapısal Bir Deneme, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Enstitüsü Yayını*, İstanbul 1977.
- Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı, Adalet Bakanlığı, Ankara 2006.
- Karavelioğlu, Celâl, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Cilt II, 5. Baskı, 2001 (yayınevi ve basım yeri yok).
- Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt: IV, İlaveli Beşinci Baskı, Evrim Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 1991.
- Kuru, Baki, “Usulü Müktesep Hak”, Recai Seçkin’e Armağan, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını*, Ankara 1974.
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, *Medeni Usul Hukuku* (Ders Kitabı), Yetkin Yayınları, Değiştirilmiş 18. Baskı, Ankara 2007.
- Muşul, Timuçin, “Medeni Yargılama Hukukunda Ara Kararları”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 4.
- Muşul, Timuçin, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul 2002.
- Odyakmaz, Zehra, *Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları*, Alfa, 1.Baskı, İstanbul 1993.
- Odyakmaz, Zehra, “İdari Yargıda Hakim ve Savcı Adaylarının Eğitimi”, *Türk Hukuk*, Sayı: 74, Nisan, 2003, *Türk Hukuk Enstitüsü Yayını*.
- Odyakmaz, Zehra, “İdari Yargı İle İlgili Öneriler”, *İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu*-Ankara 11-12 Mayıs 2001, *Danıştay Başkanlığı Yayını*, Ankara 2003.
- Oğurlu, Yücel, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, Seçkin, Ankara 2003.
- Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt: I,III, Hak Kitabevi

- vi, İstanbul 1966.
- Ozansoy, Cüneyt, “İdarenin Kusurlu Sorumluluğundan Kusursuz Sorumluluğuna”, *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı* 2000, 12-16 Ocak 2000, Ankara Kitap 1.
- Özay, İl Han, *Günüşiğinde Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.
- Özyörük, Mukbil, *İdare Hukuku Dersleri* (1972-1973, Teksir), Ankara 1972.
- Pekcantez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, *Medeni Yargılama Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2007.
- Seviğ, Vedat R., “Türkiye’nin Devletler Hususi Hukuku Sisteminde Müktesep Haklar Nazariyesinin Tatbik Şartları”, *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: XXVIII, Sayı: I, 1962.
- Postacıoğlu, İlhan E., *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Genişletilmiş 5. Bası, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını*, İstanbul 1970.
- Tan, Turgut, *İdari İşlemin Geri Alınması*, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını*, Ankara 1970.
- Tolon, Kemal Doğu, “İptal ve Tam Yargı Davalarında Kazanılmış Hak”, *İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler-III*, *Danıştay Başkanlığı Yayını*, Ankara 1980.
- Tuncay, Aydın H./Özdeş, Orhan/Başpınar, Recep, “İdari Yargılama Usulü”, *Yüzyıl Boyunca Danıştay*, *Danıştay Başkanlığı Yayını*, İkinci Baskı, Ankara 1986.
- Üstündağ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, Cilt: I-II, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Bası, Nesil Matbaacılık, İstanbul 2000.
- Üstündağ, Saim, “Temyizin Nakzından Sonraki Hukuki Durum”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C: XXVIII, Sayı: 1, 1962.
- Yenice, Kâzım/Esin, Yüksel, *İdari Yargılama Usulü*, Cilt 2 (Açıklamalı-İzahatlı-Notlu), (yayınevi yok) Ankara 1983.
- Yıldırım, M. Kâmil, “Medeni Yargılama Hukukunda Reformatio In Peius Yasası”, *Facultatis Decima Anniversaria*, 10. Yıl Armağanı, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını*, İstanbul 1993.
- Yorgancıoğlu, Erçetin, “Danıştay Yargılama Usulünde Re’sen İnceleme Yetkisi”, *İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I*, *Danıştay Başkanlığı Yayını*, Ankara 1976.
- Zabunoğlu, Yahya K., *İdari Yargı Hukuk Dersleri* (1980-1981, Teksir), Ankara 1981.



Türkiye Barolar Birliği Dergisi'ne
abonelik için;

arayın: **[0212] 210 0 110**

ya da tıklayın:

www.abonet.net

abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10