

# İDARE HUKUKU

## ve

# İLİMLERİ DERGİSİ

(İHİD)

Sayı: 1-2

Cilt: 16

2013

### MAKALELER

*Doç. Dr. Melikşah YASİN*

- İdari Yargılama Usulünde Düzenleyici İdari İşlemlerin İhmali Meselesi

### İLERİ İDARE HUKUKU SEMİNERLERİ

*Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU*

- İdare Hukuku Üzerine Düşünceler  
“Hukuk Metodolojisinin İdare Hukuku Alanına Uygulanması”

### ONAR-SARICA-DURAN HUKUK DEVLETİ GÜNÜ (5 MART 2013)

- "İdari Yargı Açısından Bilirkişi" Konulu Sempozyum Bildiri Metinleri

İDARE HUKUKU  
ve  
İLİMLERİ DERGİSİ

---

İ.Ü. HUKUK FAKÜLTESİ ORD. PROF. DR. S.S. ONAR İDARE HUKUKU VE  
İLİMLERİ ARAŞTIRMA VE UYGULAMA MERKEZİNCE YAYINLANIR

---

İdare hukuku ve ilimleri dergisi.-- İstanbul : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi, 1980-  
c.; 24 cm.

Yılda iki sayı.

ISSN 1303-8818

Elektronik ortamda da yayınlanmaktadır:

<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuihid/index>

1. İDARE HUKUKU – SÜRELİ YAYINLAR.

Baskı:  
İlbey Matbaa  
[www.ilbeymatbaa.com.tr](http://www.ilbeymatbaa.com.tr)  
Sertifika No: 17845

İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü Sağlık Kültür ve Spor Daire Başkanlığı  
tarafından bastırılmıştır.

**İDARE HUKUKU VE İLİMLERİ DERGİSİ**  
*İHİD (ISSN - 1303 - 8818)*

**Editörler Kurulu**

*Prof. Dr. Aydın GÜLAN (Kurul Sorumlusu)*  
*Yard. Doç. Dr. Halit UYANIK*

**Danışma Kurulu**

*Prof. Dr. Adem SÖZÜER, İstanbul Üniversitesi (İstanbul)*  
*Prof. Dr. Turan YILDIRIM, Marmara Üniversitesi, (İstanbul)*  
*Prof. Dr. Turgut TAN, Bilkent Üniversitesi (Ankara)*  
*Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU, Bilkent Üniversitesi (Ankara)*  
*Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ, Gazi Üniversitesi (Ankara)*  
*Prof. Dr. Murat SEZGİNER, Gazi Üniversitesi (Ankara)*  
*Prof. Dr. Halil KALABALIK, Sakarya Üniversitesi (Sakarya)*  
*Prof. Dr. Ali AKYILDIZ, Kırıkkale Üniversitesi (Kırıkkale)*  
*Doç. Dr. Melikşah YASİN, İstanbul Üniversitesi (İstanbul)*  
*Yard. Doç. Dr. Cenk Yaşar ŞAHİN, İstanbul Üniversitesi (İstanbul)*

**Yayın Kurulu**

*Prof. Dr. Aydın GÜLAN*  
*Yard. Doç. Dr. Halit UYANIK (Tashihlerden Sorumlu Öğretim Üyesi)*  
*Araş. Gör. Seyit Rasim DORU (Tashihlerden Sorumlu Öğretim Üyesi Yardımcısı)*

**Cilt: 16**

**Sayı: 1-2**

**Yıl: 2013**

*İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi hukukçulara ulaştırılması, yaşatılması ve desteklenmesi amacıyla, dergimizin basım, dağıtım ve satışı İlbeş Matbaa tarafından üstlenilmiş olup, katkı ve destekleri için İlbeş Matbaa'ya teşekkür ederiz.*

*İ.Ü. Hukuk Fakültesi Ord. Prof. Dr. S. S. Onar İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi*

## İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi

- Yayın Sahibi:** İstanbul Üniversitesi  
**Yayın Sahibi Temsilcisi:** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı  
Prof. Dr. Adem SÖZÜER  
**Sorumlu Müdürü:** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ord. Prof. Dr. Sıddık  
Sami ONAR İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama  
Merkezi Müdürü  
Prof. Dr. Aydın GÜLAN

### Yazışma Adresi:

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
34116 Beyazıt İstanbul  
Tel: +90 (212) 440 01 05  
Fax: +90 (212) 512 41 35  
e-mail: hukuk\_dekan@istanbul.edu.tr  
www.istanbul.edu.tr  
www.istanbul.edu.tr/idarehukuku

Copyright © 2015

*Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınmaz. Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. Fakülte söz konusu görüşlerden dolayı sorumluluk kabul etmez. Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yapmak isteyenlere, "İHİD" kısaltmasını kullanması önerilir.*

# İDARE HUKUKU VE İLİMLERİ DERGİSİ

Cilt 16

Sayı: 1-2

2013

## MAKALELER

*Doç. Dr. Melikşah YASİN*

İdari Yargılama Usulünde Düzenleyici İdari İşlemlerin  
İhmali Meselesi.....9

## İLERİ İDARE HUKUKU SEMİNERLERİ

*Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU*

İdare Hukuku Üzerine Düşünceler  
“Hukuk Metodolojisinin İdare Hukuku Alanına  
Uygulanması” .....31

## ONAR-SARICA-DURAN HUKUK DEVLETİ GÜNÜ BİLDİRİLERİ

**5 Mart 2013**

**Onar-Sarıca-Duran Hukuk Devleti Günü**

“İdari Yargı Açısından Bilirkişi” Konulu Sempozyum Bildiri Metinleri .....65



# MAKALELER





# İDARİ YARGILAMA USÛLÜNDE DÜZENLEYİCİ İDARİ İŞLEMLERİN İHMALİ MESELESİ\*

*Doç. Dr. Melikşah YASİN\*\**

## ABSTRACT

In this study, mainly the question of “whether administrative tribunals, when faced a regulatory administrative act; constituting the basis of litigated administrative act but not itself litigated, can disregard on the basis of its being unlawful or invoke directly a supreme legal norm to decide the case” will be analyzed. In that, the basis of the institution of “disregard”, the meaning and consequences, problems thereof will be handled and the solutions will be suggested.

Although the direct application of the constitution by disregarding the law itself is also argued in Turkish Administrative Law, it will not be analyzed here as this issue does not fall under the framework of this study.

## ÖZET

Bu çalışmada; temel olarak idari yargı yerlerinin, dava konusu edilmiş bir idari işlemin dayanağını teşkil eden ancak kendisi dava konusu edilmemiş düzenleyici işlemi, hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle “ihmal ederek” doğrudan bir üst hukuk normunu uygulamak suretiyle uyuşmazlık hakkında karar verip vermeyecekleri meselesi üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda; idari yargıda “ihmal” müessesinin dayanağı, ihmal kavramının anlam ve sonuçları, doğuracağı sorunlar ile bu sorunlara yönelik çözüm önerileri üzerinde durulacaktır.

İdare hukukunda, idarenin kanunu ihmal ederek Anayasayı doğrudan uygulayıp uygulamayacağı meselesi de tartışılmakla beraber<sup>1</sup>; çalışma “düzenleyici idari işlemlerin ihmali” ile sınırlı olduğundan bu konuya girilmeyecektir.

---

\* Makale, hakem denetiminden geçirilmiştir.

\*\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Bu konuda bkz. BİLGİN Pertev; İdare Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1996, s.107-109, AZRAK Ülkü; “İdari Yargıda Anayasa Uygunluk Sorunu”, Anayasa Yargısı, S.9, 1992, s.323-340, AKILLIOĞLU Tekin, *İnsan Hakları -I- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995, s.60

## 1. GENEL OLARAK HUKUKA AYKIRI NORMLARIN ETKİSİZLEŞTİRİLMESİ YÖNTEMİ OLARAK İHMAL

**1.1.** Bilindiği üzere; idari işlemler yargı kararı ile aksi belirlenene kadar hukuka uygun kabul edilirler<sup>2</sup>. “*Hukuka uygunluk karinesi*” olarak ifade edilen bu özellikleri gereği, düzenleyici idari işlemler de, haklarında hukuka aykırılık iddiaları bulunsa dahi, bu iddialar yargı kararı ile tespit edilinceye kadar yürürlükte kalmaya devam ederler<sup>3</sup>. İdarenin hukuka aykırı işlemleri kaldırmaması veya değiştirmemesi, ilgilileri tarafından da dava yolunun (bilerek veya ihmal edilerek) tercih edilmemesi durumunda, bu düzenleyici işlemlere dayanılarak işlem tesisine devam edilecektir.

Ancak, üst normlara aykırı düzenleyici işleme geçerlilik tanınması, bu işleme dayanan tüm idari işlemlerin de, diğer unsurlarında bir sakatlık olmaması kaydıyla, hukuka uygun kabul edilecekleri anlamına gelir. İdari yargının temel işlevlerinden biri de hukuka bağlı idareyi gerçekleştirmek olduğuna göre, yargı yerlerinin hukuka aykırılığını tespit ettikleri bir düzenleyici işlemi ihmal ederek doğrudan üst normu uygulamalarına imkan tanınması gerektiği öne sürülebilir. Nitekim bu kanaati paylaşılan yazalardan CANDAN görüşünü; “kişisel işlemlere karşı açılan davalarda hukuka uygunluk denetimini bu kişisel işlemin dayanağını oluşturan düzenleyici idari işlemlerle sınırlamak, idarenin hukuka uygunluğunun denetimiyle güdülen amaca ve Hukuk Devleti ilkesine uygun değildir. İdari yargı yeri idari davaya konu edildiğinde hukuka uygunluk denetimine tabi tutma yetkisi kendisine ait olan düzenleyici bir idari işlemi üst hukuk norma uygunluğunu, bu düzenleyici işleme dayanılarak tesis edilen kişisel işlemin yargısal denetimi dolayısıyla araştırıp değerlendirilmeli ve üst norma aykırı bulması halinde düzenleyici işlemi atlayıp doğrudan üst normu davada uygulayabilmelidir.”<sup>4</sup> gerekçelerine dayandırmaktadır. KARAVELİOĞLU da bu durumun “üstünlüğün anayasada ve kanunlarda olduğu anlayışının ve üstün hukuk kurallarına uyma zorunluluğunun sonucu olduğunu”<sup>5</sup> ifade etmektedir.

Şüphesiz ki bu görüşlerin haklılık payı olmakla birlikte, buradaki temel mesele, mahkemelere tanınacak bu yetkinin doğuracağı sakıncaları giderecek bir yöntemin ortaya konulmasıdır. Aksi halde, bir sonraki başlıkta incelenecek sorunların ortaya çıkması kaçınılmaz olacaktır.

<sup>2</sup> YILDIRIM Turan; İdari İşlemler, in İdare Hukuku, 12. Levha Yayınları, İstanbul 2013, s.394.

<sup>3</sup> Hukuka uygunluk karinesinin kanunla istisnaları olabileceği gibi açılacak bir iptal davasında verilecek yürütmenin durdurulması kararı da bu ilkenin bir istisnasını teşkil eder.

<sup>4</sup> CANDAN Turgut; Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5.Baskı, Adalet Yay., Ankara 2012, s.400.

<sup>5</sup> KARAVELİOĞLU Celal; İdari Yargılama Usulü Kanunu, 6.Baskı, c.1., Ankara 2006, s.568-569.

**1.2.** Bilindiği üzere idari yargılama usulünde, düzenleyici idari işlemler dava açma süresi içinde doğrudan dava konusu edilebildiği gibi dava açma süresinin geçmesinden sonra ise bu işlemlere dayanılarak tesis edilen uygulama işlemleri üzerine de dava konusu edilebilirler. Bu ikinci ihtimalde; davacı dilerse uygulama işlemi ile birlikte düzenleyici işlemi dava konusu edebileceği gibi düzenleyici işlem veya birel işleminden sadece birini de dava konusu edebilir. Bu yolla; işlemin hukuki dayanağını oluşturan düzenleyici işlemin iptal edilebilirliğine imkan tanınarak dava konusu işlemin de buna bağlı olarak iptali mümkün kılınmaktadır. (İYUK 7/4.madde)

**1.3.** Ancak; sadece uygulama işleminin iptalin talep edildiğinde, bu işlemin dayanağını teşkil eden düzenleyici işlemin hukuka aykırılığı mahkeme tarafından tespit edilirse, nasıl bir karar verileceği hususunda mevzuatta açık bir düzenleme bulunmamaktadır. İdari yargı uygulamasında ise; 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun (İYUK) 7/4.maddesinin son cümlesinin, düzenleyici işlemlerin dava konusu edilmeden de yargısal denetimlerine izin verdiği kabul edilmektedir<sup>6</sup>. Söz konusu hükme göre; “*düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması bu*

<sup>6</sup> “(...) Öte yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 7. maddesinin 4. fıkrasında, “...Düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmaz. “ hükmü yer almakta olup bu hükümlerle idari yargı mercilerine bireysel işlemlerin yargısal denetiminde, bu işlemlerin dayanağı ikincil nitelikteki düzenleyici işlemleri ihmal etme yetkisi tanınmıştır. Danıştay; 13.D., E.2009/4475, K. 2012/1589.

“Olayda, 2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanunu’nun 7/4. maddesinde yer alan “düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olmasının, bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmayacağı” yolundaki hüküm karşısında; dava konusu 4.4.2001 günlü, 18/2317 sayılı işlemin dayanağı olan Maliye Bakanlığı Gelirler Kontrolörleri Yönetmeliği’nin 19. maddesi, 4369 sayılı Yasa ile değişik 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye aykırı olduğu halde, bu madde hükmü “ihmal edilmemek”, bir başka anlatımla, bu madde hükmüne “hukuki bir değer yüklemek” suretiyle, anılan maddeye dayanılarak tesis edilmiş olan dava konusu işlemin iptali istemiyle açılan iş bu davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir. *Danıştay, 5. D., E. 2006/3804, K.2007/3778, T. 29.6.2007, DD., S.117, s.158.*

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 7. maddesinin 4. fıkrası son cümlesinde, düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olmasının bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmayacağı kurala bağlanmıştır. (...) Uyuşmazlık konusu olayda, dava konusu işlem tarihinde yürürlükte olan ve işleme dayanak alınan Yönetmelik maddesinde görevde yükselme suretiyle atanacak personel için 657 sayılı Yasanın 125. maddesinin (C) ve (D) bentlerine göre ceza almamış, olma koşulu getirilmiş ise de, anılan madde ile 657 sayılı Yasanın yukarıda sözü edilen 132. maddesinde sayılan görevler dışında kalan görevler için de bu koşulun getirilmesinde yasa hükmünün kapsamını genişletici nitelikte, Yasaya aykırı düzenleme yapıldığı açıktır. Bu durumda, 657 sayılı Yasanın 132. maddesinde sayılan görevler dışında kalan görevler için de 657 sayılı Yasanın 125. maddesinin (C) ve (D)

*işleme dayalı işlemin iptaline engel olmaz.*” Ancak; bu hükmün “ihmal” uygulaması için pozitif bir temel oluşturup oluşturmadığı tartışmalıdır. Zira, 7/4. madde bir bütün olarak değerlendirildiğinde; bu şekilde yorumlanmaya uygun olmadığı da söylenebilir. Madde metninde; *“İlanı gereken düzenleyici işlemlerde dava süresi, ilan tarihini izleyen günden itibaren başlar. Ancak bu işlemlerin uygulanması üzerine ilgililer, düzenleyici işlem veya uygulanan işlem yahut her ikisi aleyhine birden dava açabilirler. Düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmaz.”* ifadelerine yer verilmiştir. Maddenin ihmal uygulaması için yasal dayanak olarak gösterilen son cümlesinin; esasen düzenleyici ve birel işlemlere karşı birlikte veya sadece birel işleme karşı dava durumunda; düzenleyici işlemin iptali talebi reddedilse veya düzenleyici işlem hiç dava konusu edilmemiş olsa bile bu durumun birel işlemin iptaline engel olmayacağını açıkladığı söylenebilir. Zira, düzenleyici işlemin hukuka uygun olması, bu işleme dayanılarak tesis edilen işlemlerin her zaman hukuka uygun olacakları anlamına gelmez. Ancak, “iptal davası ile doğal olarak sağlanan bu sonucun, kanunkoyucu tarafından ayrıca ve özellikle ifade edilmesinin anlamsız olduğu” ifade edilerek, 7/4.maddenin son cümlesinin iptal davası ile sağlanabilecek bu olağan sonuç dışında bir amaç güttüğü ve bu amacın da, üst norma aykırı olan ancak süresi içinde dava konusu edilerek iptali edilemeyen düzenleyici işleme uygun olarak tesis edilen birel işlemlerin düzenleyici işlem ihmal edilerek üst hukuk normuna göre denetlenmesi için hakime yetki vermek olduğu ifade edilmektedir<sup>7</sup>. Gerçekten de bu ikinci yorum hem yasama tekniği bakımından hem de idari yargının işlev ve amacı bakımından daha isabetlidir. Ancak, kanunkoyucunun böyle bir amaç güttüğü kabul edilse bile, en azından hakime tanınan bu yetkinin yol açacağı sorunları göz ardı ettiği görülmektedir. Aşağıda inceleneceği üzere, ihmal tekniği idari yargılama usulü bakımından önemli bazı sorunları da beraberinde getirmektedir.

**1.4.** İdari yargılama usulünde İYUK 7/4. maddeye dayandırılan “ihmal” yürürlükte bulunan bir düzenleyici idari işlemin farklı gerekçelerle mahkemeler tarafından uygulamaktan imtina edilmesi, bilinçli şekilde göz ardı edilmesidir. Diğer bir ifadeyle; idare hukukunda ihmal uygulaması, üst norma aykırı düzenleyici işlemlerin, dava konusu edilmedikleri halde, yargı yerleri tarafından ihmal edilerek doğrudan üst normun uygulanması suretiyle karar verilmesi yöntemidir.

---

bentlerine göre ceza almamış,olma koşulu getirilmesinde yasaya uygunluk bulunmadığından, 2577 sayılı Yasanın yukarıda anılan hükmü uyarınca işlemin iptali gerekirken, davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir. ”Danıştay 2. Daire, E.2005/316, K.2007/1744, DD., S.116, s.121-123.

<sup>7</sup> CANDAN Turgıt; Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, 400-401.

**1.5.** Şüphesiz ki; hukuk devletinde hukuk normları arasında bir çelişki olamayacağı, bir çelişki olması durumunda, çelişkinin idarenin hukuka aykırı düzenlemesini kaldırmak veya değiştirmek suretiyle veya üst hukuk normuna göre yapılacak olan denetim neticesinde yargı organlarınca giderileceği açıktır. Ancak, yargı yerlerinin üst hukuk normuna aykırı olan düzenleme hakkında bir karar veremediği durumlarda, hukuka aykırılığı tespit edilen bir düzenlemenin dikkate alınarak karar vermesinin de hukuk devleti ilkesi bakımından kabulü mümkün olmamalıdır.

Hukuken yürürlükte bulunan bir normun, yargı organları tarafından, hukuki varlıklarına son verilmeksizin, ancak fiilen uygulanmayarak etkisizleştirilmek suretiyle üst hukuk normuna göre karar verilmesini haklı kılan hukuki gerekçeler olduğu gibi hakime tanınacak böyle bir yetkinin hukuk sistemi bakımından aşağıda açıklanacağı üzere bazı temel ilkelere uygunluğu da tartışmaya açıktır.

**1.6.** Ancak, ilgili açıklamalara geçmeden önce, ifade etmek isteriz ki; “ihmal” ,ancak mahkemelerin başvurabileceği bir yöntem olup, idarelerin kendi düzenleyici işlemlerini veya bir başka idarenin düzenleyici işlemini ihmal etmesi mümkün değildir. Zira, idare eğer bir işleminin hukuka aykırı olduğu kanaatine varırsa bunu kaldırmak veya değiştirmek suretiyle hukuka aykırılığı giderebilir. İdare, kendi düzenleyici işlemlerini ihmal edemeyeceği gibi bir başka işlemle bunların yürürlüğünü askıya da alamaz<sup>8</sup>. Bir idarenin diğer bir idarenin düzenleyici işlemini ihmal etmesi de mümkün olmamalıdır. Bir idare, uygulamakla yükümlü olduğu bir başka idarenin düzenleyici işleminin hukuka aykırı olduğu kanaatinde ise, bu işlemlere karşı varsa kanunda öngörülen itiraz gibi idari usulleri işletebilir veya yargı yoluna gidebilir.

**1.7.** İlk bakışta; kişilerin lehine ve hukuka uygun idarenin tesisi amacına uygun

<sup>8</sup> “Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Anadolu Liseleri Öğretmenlerinin Seçimi ve Atamalarına İlişkin Yönetmelik Resmi Gazetede yayımlanmamış ise de, davalı idare Anadolu liselerine öğretmen atamalarına ilişkin düzenlemeyi yönetmelik düzeyinde gerçekleştirerek Milli Eğitim Bakanlığı Tebliğler Dergisinde yayımlamıştır. Anılan Yönetmelik hükümlerine göre Anadolu lisesi öğretmenliğine atamaların sınavla yapılmasının öngörüldüğü, daha önce bu okullarda görev yapmakta iken herhangi bir nedenle anılan Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği 1.1.2000 tarihinden önce görevlerinden ayrılmış olanların da sınava tabi tutulması kurala bağlandığı halde; normlar hiyerarşisinde daha alt sırada bulunan dava konusu genelgeyle Yönetmeliğin seçme sınavına yönelik hükümlerinin 2001 yılına mahsus olmak üzere uygulanmamasına karar verilmek suretiyle sınav usulünün ortadan kaldırılarak sınavı kazanamayan veya sınava girmeyenlere de Yönetmelik hükümlerine aykırı biçimde Anadolu liseleri öğretmenliğine atanma önceliği tanınarak 2000 yılındaki sınavı kazananların Yönetmelikle korunan haklarının ihlal edilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Danıştay, 2. D., E. 2004/1650, K. 2006/527, T. 17.2.2006.”

gibi görünen ihmal yöntemi, idari yargılama usulünün bazı ilke ve müesseseleri ile çelişik olduğu gibi; uygulanmasına yönelik kapsam ve çerçevenin belirlenmemiş olması, Danıştay uygulamasında da bu kapsam ve çerçevenin belirlenmesine yönelik ilkelerin ortaya konulamamış olması nedeniyle önemli hukuki sorunları gündeme getirmektedir. Aşağıda bu çelişki ve sorunlar üzerinde ayrıntılı şekilde durulacaktır.

## 2. İHMAL YÖNTEMİNİN İDARE HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

### 2.1. İhmal Yönteminin Sınırlarının Belirsizliği

Üst hukuk normuna aykırı bir düzenleyici işlemin yürürlükte kalmasının hukuk devleti ilkesine aykırı olacağı ve bu tür işlemlerin hukuk aleminden kaldırılmaları gerektiği açıktır. Bu işlemlerin yargı kararıyla iptal edilmemeleri veya idarenin kendiliğinden bu işlemleri kaldırmaması/değiştirmemesi durumunda; mahkemelerce “ihmal edilerek” etkisizleştirilmesi yukarıda açıklandığı üzere genel olarak kabul edilmektedir. Ancak; dava konusu edilmeyen hangi düzenleyici işlemlerin ihmal edebileceği konusunda bir düzenleme olmadığı gibi içtihatlarla geliştirilmiş bir ölçütten bahsetmek de mümkün görünmemektedir. Bu durum; mahkemelere tanınacak düzenleyici işlemleri ihmal edebilme yetkisinin sınırlarını belirsiz kılmaktadır. Örneğin; mahkeme düzenleyici işlemin tamamının hukuka uygunluğunu mu denetleyecektir yoksa sadece uyuşmazlıkla ilgili olan hükümleri bakımından da mı değerlendirme yapacaktır? Her konuda düzenleyici işlemler bakımından ihmal yöntemi uygulanacak mıdır yoksa konu bakımından bir ayırım (mesela temel hak ve özgürlüklere açıkça ihlal etmek gibi) yapılabilir mi? Bu ve benzeri sorulara cevap oluşturacak yasal bir düzenleme olmadığı gibi Danıştay kararlarında da ihmal yönteminin sınır ve kapsamını belirlemeye yönelik ölçütler ortaya konulmamıştır.

Bunula birlikte idari yargıda genellikle; “kanunla verilen düzenleme yetkisini aşacak şekilde yapılan düzenlemeleri”<sup>9</sup>, “kanunla getirilen düzenlemeyi genişleten düzenleyici işlemler”<sup>10</sup>, “kanunun öngördüğü düzenlemenin sınırını aşacak ve değiştirecek nitelikte düzenlemeler getiren yönetmelik hükümlerinin”<sup>11</sup> ihmali gerektiğine karar vermektedir. Görüldüğü üzere, yargı organlarınca yapılan değerlendirme, üst hukuk normuna aykırılık ile sınırlı kalmaktadır. Hukuka aykırılığın niteliği, kapsamı gibi hususlara ilişkin değerlendirmeler yapılmamaktadır. Bu yaklaşım, ihmal yönteminin ne zaman uygulanacağı hususunda yargı organlarına

<sup>9</sup> Danıştay, 5. D., E. 2006/3804, K.2007/3778, T. 29.6.2007.

<sup>10</sup> Danıştay, 5. D., E. 2002/3255, K. 2005/5075, T. 10.11.2005, DD., S.112, s.172

<sup>11</sup> Danıştay, 13.D., E. 2009/4475, K. 2012/1589.

geniş bir takdir yetkisi bırakmakta böylece hangi uyuşmazlıklarda bu yönteme başvurulacağı konusunda belirsizlik oluşturmaktadır.

## **2.2. Normlar Hiyerarşisi Bakımından Değerlendirme**

Hukuk düzeni bakımından kurallar kademelenmesini ifade eden normlar hiyerarşisi kuramına göre, alt normlar üst normlarına uygun olmalıdır<sup>12</sup>. Normlar hiyerarşisi gereğince, yürürlükte bulunan üst normlara uygun tesis edilmiş olan uygulama işlemlerinin, iptali mümkün olmamalıdır. Normlar arasındaki uyumsuzluk ise alt norm bakımından bir iptal sebebidir. İhmal yöntemi; bir taraftan üst norma aykırı alt normunu etkisizleştirmek suretiyle, normlar arasındaki hiyerarşi ilişkisini hukuka uygun hale getirmekte, diğer taraftan hukuken geçerli ve yürürlükte bulunan alt hukuk normunu göz ardı ederek fiilen etkisiz kılmaktadır. Ancak, ihmal edilen norm iptal edilmediğinden hukuki varlığını, dolayısıyla da normlar hiyerarşisi içindeki yerini korumakta, uygulanmaya devam etmektedir. İçinden çıkılması güç bir çelişkiyi ifade eden bu durum, ihmalin gerekliliği kadar ihmal yönteminin sakıncalarına da işaret etmektedir.

Danıştay'ın uygulamasında, tüzük ve yönetmelik gibi idarenin düzenleyici işlemler de yargısal denetim bakımından üst hukuk normu olarak kabul edilmekte ve doğal olarak bu üst hukuk normlarına aykırılık teşkil eden alt işlemler “normlar hiyerarşisi ilkesine” aykırılık gerekçesiyle iptaline karar verilebilmektedir.<sup>13</sup>

İşte kural olarak normlar hiyerarşisi içinde bir “değer taşıyan” ve alt normların denetlenmesinde ölçü olarak kullanılan bu düzenleyici işlemlerin hukuka aykırı olduklarının mahkemece tespiti halinde; bu düzenlemeler normlar hiyerarşisinin dışına çıkarılmakta, yargısal denetim normlar hiyerarşisinin bir üst halkasında

<sup>12</sup> “Kamu idarelerinin Yasalarla tanınan yetki ve görev içerisinde yürüttükleri faaliyetlerini düzenleyen, açıklayan düzenleyici işlemlerinin, üst normlara aykırı olmaması gerektiği, “normlar hiyerarşisi” adıyla açıklanan genel hukuk ilkesinin gereği ve sonucudur. Danıştay, 10. D., E. 1996/3388, K. 1998/5083, T. 20.10.1998”

<sup>13</sup> “Bilindiği gibi, idare hukukunda normlar hiyerarşisinde yönetmeliklerden sonra gelen genel düzenleyici işlemlerden olan Genelgeler bir Yönetmeliğe dayalı olarak hazırlanır ve Yönetmelik hükümlerine açıklık getirilmek suretiyle uygulamaya geçirilmesi amaçlanır. Danıştay, 5.D., E.2002/1895, K. 2003/1891, T. 6.5.2003”

Belirtilen durumda, okul müdürünün herhangi bir nedenle görevinden ayrılmış olması halinde müdür başyardımcısının, müdüre vekalet edeceği anılan Yönetmelik maddeleri ile açıkça hükme bağlanmış olmasına karşın bu hükümlere, kariyer ve liyakat ilkelerine aykırı olarak müdür başyardımcısı ve müdür yardımcılarının bu görev için yetersiz ve isteksiz olmaları halinde o ilde görevli tüm öğretmen ve yöneticiler ile daha önce yöneticilik görevinde bulunanlar arasından vekaleten görevlendirme yapılmasının uygun olduğu yolundaki dava konusu Genelgede normlar hiyerarşisine e ve hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Danıştay, 12. D., E. 2003/3936, K. 2005/492, T. 21.2.2005.



yer alan düzenlemeye göre yapılabilmektedir.

Mahkemelerin, dava konusu edilmediği için önüne gelmeyen üst normları, yürürlükte olmasına rağmen, uygulamaması, diğer bir ifade ile bu düzenlemeleri gördüğü dava ile sınırlı olsa bile işlevsiz kılması normlar arasındaki hiyerarşinin tesisini sağlamakla birlikte, bu işlemlerin hukuk alemindeki varlıklarına son verilmemesinden uygulanmaya devam edilecek ve esasen normlar hiyerarşisindeki bu halkanın sakatlığı da devam edecektir.

### **2.3. Taleple Bağlılık İlkesi Bakımından Değerlendirme**

İdari yargılama usulünde, mahkemeler tarafların talepleri ile bağlıdır. Bir mahkemenin, dava konusu edilmemiş bir düzenleyici işlemi hukuka uygunluk bakımından değerlendirerek karar tesisi, bir yönüyle taleple bağlılık ilkesine aykırılık teşkil edebilir. Elbette ki, burada mahkemenin düzenleyici işlemin değil, dava konusu edilen uygulama işleminin iptaline karar vermesi, netice itibari ile davacının talebine uygundur ancak davalı idare bakımından yargılama usulü yönünden aynı sonucun doğmadığı açıktır. Düzenleyici işlemin “iptal” değil “ihmal” edilmiş olması da neticede düzenleyici işleme ilişkin mahkeme tarafından bir irade ortaya konulması anlamına gelmektedir. Bunun sonucu olarak; aşağıda üzerinde durulacağı üzerine, ihmal kararı üzerine idarenin herhangi bir tasarufta bulunmasının gerekip gerekmediği gibi önemli bir sorun ortaya çıkmaktadır.

Ayrıca, düzenleyici işlem hakkında ihmal kararı verilmesi yargılama usulü bakımından da sorunlar gündeme getirebilir. Örneğin; ihmal edilen düzenleyici işlem, davanın tarafı olmayan bir idarenin işlemi olabilir. Bu durumda, davada taraf olmayan bir idarenin işlemi hakkında bu idarenin savunması alınmadan karar verilmiş olacaktır. Diğer yandan; bu düzenleyici işlem davalı idare tarafından tesis edilmiş olsa bile, düzenleyici işleme yönelik bir iptal talebi olmaması nedeniyle davalı idare bu düzenleyici işleme yönelik hiç bir açıklama yapma/savunmada bulunma imkanına sahip olmayacaktır. Bu şekilde yapılacak bir değerlendirmenin savunma hakkının kısıtlanması ve mahkemenin tarafların görüşlerini dinlemeksizin bir sonuca varmasına yol açacaktır.

## **3. İHMAL YÖNTEMİNİN İDARE HUKUKU BAKIMINDAN DOĞURDUĞU SORUNLAR**

### **3.1. Yargı Kararlarında Birliğin Bozulması**

İhmal yöntemi, dava konusu edilmeyen düzenleyici işlemin hukuk alemindeki varlığını sona erdirmeyeceğinden, düzenleyici işlem sadece somut uyuşmazlık bakımından uygulanmayacaktır. Düzenleyici işlem, eğer mahkemenin hukuka aykırılık tespiti üzerine kaldırılmaz veya değiştirilmezse, yürürlükte kalmaya devam edecek ve yürürlükte kaldığı sürece de düzenleyici işleme dayalı olarak

yeni işlemler tesis edilebilecektir. Bir mahkeme tarafından ihmal edilen düzenleyici işleme dayanılarak tesis edilen başka işlemler için aynı anda veya bilahare ülke genelinde başka mahkemelerde açılmış davalar olabilir. Bu davalarda; mahkemeler, daha önce bir mahkeme tarafından ihmal edilmiş düzenleyici işlem hakkında ihmal yöntemine başvurmayarak uygulama işlemlerini hukuka uygun bulabilir. veya başka bir mahkeme düzenleyici işlemi hukuka uygun bularak ihmal etme yoluna başvurmayabilir. Bu durumda da aynı düzenleyici işlem bir Mahkeme tarafından hukuka uygun bir mahkeme tarafından hukuka aykırı olarak nitelendirilmiş olacak ve üzerindeki bu belirsizlikle hukuk alemindeki varlığını sürdürmeye devam edecektir. Bu durum ise, hukukun ülke genelinde yeknesak şekilde uygulanmasını engelleyecektir. Böyle bir durum, hukukun mahkemeden mahkemeye farklı uygulanması sonucuna yol açarak hukuki istikrarı bozacaktır.

Diğer yandan; aynı düzenleyici işlemin iptali için bir dava açılmış olabilir. Eğer halen düzenleyici işlem için derdest bir dava var ise bu davaya rağmen düzenleyici işlem hakkında ihmal kararı verilmemeli ancak bu dava bekletici mesele yapılması bir yargılama yöntemi olarak tercih edilmelidir.

### **3.2. Görevli Mahkemenin Değişmesi İhtimali**

İdari yargılama usulünde; görev kuralları kamu düzeninden kabul edilmektedir. Bu nedenle; bir konuda görevli olmayan yargı yerinin bir uyuşmazlık hakkında karar tesisi mümkün değildir. Görev meselesinin, ihmal yöntemi bakımından önemi, uygulama işlemini denetleme konusunda görevli olan mahkemenin bu işlemin dayanağı olan düzenleyici işlem bakımından görevli olmaması ihtimalidir. Somut bir örnekle izah etmek gerekir ise, Danıştay'ın görev alanına giren bir Yönetmeliğe dayanarak tesis edilen bir uygulama işleminin iptali için idare mahkemesi nezdinde dava açıldığında idare mahkemesi düzenleyici işlem hakkında hukuka aykırılık değerlendirmesi yaparak ihmal kararı verebilir mi? Bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Aksi bir yaklaşım, bir mahkemenin görev alanı dışında bir hukuki değerlendirme yapması anlamına gelecektir. Ancak uygulamada idare mahkemeleri Danıştay'ın görev alanına giren düzenleyici işlemler hakkında da ihmal kararı verebilmektedir<sup>14, 15</sup>.

<sup>14</sup> Danıştay, 6. D., E. 1990/2099, K. 1991/1884, T. 7.10.1991, DD., S.84-85, s.430.

<sup>15</sup> Çalışmanın kapsamı dışında kalmakla beraber, adli yargı yerlerinin, düzenleyici idari işlemler hakkında ihmal kararı verip veremeyeceği sorununa da kısaca değinmek isteriz. Kanaatimizce, adli yargı yerleri, görev alanları dışında kaldığından, bir düzenleyici işlem hakkında ihmal kararı verememesi gerekir. Aksi bir yaklaşım; DURAN'ın ifade ettiği üzere, idari yargının özgürlük ve bağımsızlığını yitirmesine yol açacaktır. Ancak, Yargıtay'ın kararlarında uyuşmazlık bakımından önem taşıyan düzenleyici işlemleri hukuka uygunluk bakımından denetlediği görülmektedir. Bu konudaki kararlar ve eleştiriler için bkz. DURAN Lütfi; "Yargıtay'ın Kamu Hukukuna Değın Son Kararları Üzerine Mülâhazalar", AİD, c.18,

### 3.3. İhmal Edilen Düzenleyici İşlemin Geçerliliği Sorunu

Hukuka aykırılığı mahkeme tarafından tespit edilmiş bir düzenleyici işlemin geçerliliği de önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

İdari yargıda ihmal edilen düzenleyici işlemin hukuki varlığı, henüz iptal edilmediğinden, devam etmektedir. Üstelik bu ihmal kararından çoğunlukla sadece taraflar haberdar olmaktadır. Dolayısıyla, bu düzenleyici işlemler diğer mahkemeler tarafından yargısal denetimlerde göz önünde bulundurulabilecek, diğer idareler tarafından uygulanmaya devam edecektir.

Hukuka bağlı bir idarenin, hukuka aykırılığı mahkemece tespit edilmiş bir düzenleyici işlemi kaldırması veya değiştirmesi beklenir ise de idarenin bu yükümlülüğe uymaması durumunda nasıl bir yaptırımın gündeme geleceği de belirsizdir. Örneğin; böyle bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi idarenin ve kamu görevlilerinin sorumluluğuna yol açar mı? İdareye, İYUK 28.madde kapsamında, ihmal edilen düzenleyici işlemi yürürlükten kaldırılması zorunluluğu yüklenebilir mi?

Mahkemenin hukuka aykırı bularak adeta normlar hiyerarşisinin dışına ittiği düzenleyici işlemin değiştirilmesi veya yürürlükten kaldırılması hukuka bağlı bir idareden beklenen bir davranış olacaktır. Ancak; salt bu değişikliğin yapılması veya düzenleyici işlemin yürürlükten kaldırılmaması doğrudan kamu görevlilerinin hukuki sorumluluklarına yol açmayacağı kanaatindeyim. Zira idare, düzenleyici bir işlemi değiştirmek veya kaldırmak konusunda takdir yetkisine sahiptir. Kaldı ki; yargı kararının uygulanması, kararın davacıyı ilgilendiren hususlara ilişkin bir yükümlülük getirip, kararda yer alan davacıyı doğrudan ilgilendirmeyen ve talebi kapsamında olmayan “ihmaline karar verilen” düzenleyici işlemin değiştirilmesi/kaldırılmasının bu kapsamda değerlendiremeyeceği ileri sürülebilir.

Asıl problemlili olan husus; hukuka aykırı işlemin uygulanmaya devam etmesidir. Burada da; idarenin kendi tesis ettiği bir düzenleyici işlemi, mahkemenin hukuka aykırılık tespitine rağmen uygulamaya devam etmesinin bir hizmet kusuru olarak değerlendirilebileceği kanaatindeyim. Hiç bir idarenin; bilerek ve isteyerek hukuka aykırı davranacağı kabul edilemeyeceğinden bu durum bir hizmet kusuru olarak kabul edilmelidir. İdarenin; kimi zaman hukuku hatalı uygulaması/yorumlaması nedeniyle tesis edilen işlemlerden doğan zararın dahi tazmini kabul edildiğine göre<sup>16</sup>, hukuka aykırılığı mahkeme kararı ile tespit edilen bir düzenleyici

---

S.2, s.27-44.

<sup>16</sup> Hukuka aykırı işlemler nedeniyle idarenin sorumluluğu konusunda ayrıntılı bilgi ve yargı kararları için bkz. GÖZÜBÜYÜK A. Şeref-TAN Turgut; *İdare Hukuku*, c.2., Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s.742 vd., GÖZLER Kemal; *İdare Hukuku*, c.2., Ekin Yayınevi,

işlemin uygulanarak bilerek hukuka aykırı işlem tesisi evleviyete sorumluluğa yol açacağı kabul edilmelidir.

#### **4. DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİN İHMALİ YÖNTEMİ VE UYGULAMASINA İLİŞKİN ÖNERİLER**

Yukarıda; ihmal yönteminin uygulanmasına ilişkin sorunlara işaret edildikten sonra bu başlık altında, sorunların çözümüne yönelik öneriler üzerinde durulacaktır. Bu önerileri iki kategoride ele almak gerekir. Birincisi; ihmal yöntemine ilişkin kanuni bir düzenleme yapılmaksızın, belki içtihadi olarak, getirilebilecek çözüm önerileridir. İkinci kategoride yer alan öneriler ise, sorunları daha kapsamlı ve tartışmasız şekilde sonlandıracak kanuni düzenleme gerektiren önerilerdir.

##### **4.1. Mevcut Yasal Durum Karşısında İhmal Yöntemi Kullanılmasına İlişkin Öneriler**

İdari yargının işlev ve amacı dikkate alınarak değerlendirme yapıldığında, gerçekten de mahkemenin, önüne gelen uyuşmazlığı çözmek için kullandığı hukuk normunun hukuka aykırılığını tespit etmesine rağmen, bu norm çerçevesinde uyuşmazlığı çözmesi “Hukuk Devleti” ilkesi bakımından kabulü mümkün değildir. Ancak, mahkemelere tanınacak sınırları ve sonuçları belirsiz bir ihmal yetkisi, bir taraftan bu kabul edilemez durumu çözerken diğer taraftan önemli başka hukuki sorunlara yol açabilmektedir. Tespit edebildiğimiz bu sorunların en aza indirilmesinin, bir içtihat mahkemesi olarak Danıştay’ın belirleyeceği ölçütlerle mümkün olabileceği kanaatindeyiz<sup>17</sup>. Bu bakış açısından hareketle, ihmal tekniğinin idare hukukunun ve idari yargının ilkelerinde uygun olarak ve etkili şekilde uygulanmasında dikkate alınabileceği düşüncesi ile aşağıda bazı öneriler üzerinde durulmuştur.

##### **4.1.1. İhmal Edilecek Düzenleyici İşlem, Daha Önce Bir Yargı Kararı İle Hukuka Uygun Bulunmamış Olmalıdır**

Düzenleyici bir işlem daha önce dava konusu edilmiş ve hukuka aykırılık iddiaları yargı mercii tarafından kabul görmeyerek dava esastan reddedilmiş ise bu düzenleyici işlemin aynı hukuki sebebe dayanarak ihmali mümkün olamaz. Çünkü, bu sebebe ilişkin olarak verilen ret kararı, kesin hüküm teşkil eder. Ancak; ret kararlarında kesin hükmün etkisi, ret kararının gerekçesi ile sınırlı olduğundan,

---

Bursa 2009, s.1061 vd.

<sup>17</sup> İ Nitekim, Danıştay daha önce kanunla açıkça düzenlenmeyen çeşitli sorunları, içtihatlarla idare hukuku ve idari yargının özelliklerine uygun çözüm üretmiştir. Örneğin; fergat müessesinin idari yargıda uygulanması, yasal düzenleme yapılmadan önce savunma alınıncaya kadar geçici yürütmenin durdurulması kararı verilmesi gibi konularda idari yargının niteliklerine uygun içtihadi çözümler üretmiştir.

bir başka hukuka aykırılık sebebiyle işlemin iptali için dava açılabileceği<sup>18</sup> gibi bu sebeple ihmali de mümkün olabilir.

Ancak ihmal talebinin reddinin, iptal talebinin reddi ile aynı hukuki sonuca yol açmayacağı kanaatindeyiz. Diğer bir ifade ile bir mahkemenin düzenleyici işlemin ihmali talebini reddetmiş olması, onu her yönüyle hukuka uygun bulduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. İhmal yöntemin çok sınırlı ve özel durumlarda başvurulacak bir yol olması nedeniyle, bir mahkemenin ihmal talebini reddetmesi, bu düzenleyici işlemi hukuka uygun gördüğü veya hukuka uygunluğunu her açıdan denetlediği anlamına gelmez.

#### **4.1.2. İhmaline Karar Verilecek İşlemin İptali İçin Halihazırda Açılmış Bir Davanın Bulunmaması**

Bilindiği üzere, bir düzenleyici işlemin iptali için dava açılması bu işlemin uygulanmasına engel değildir. Bu nedenle; iptal davasına konu edilmiş ancak dava hakkında henüz kesin bir karar verilmemiş olan düzenleyici işlemlere dayanılarak tesis edilen uygulama işlemleri için ayrıca başka davalar açılmış olabilir. Bir mahkemenin; ihmal yoluna başvurabilmesi için düzenleyici işlemin iptaline ilişkin olarak aynı gerekçe ve kapsamda açılmış derdest bir davanın bulunmaması gerekir. Zira, düzenleyici işlemin hukuka uygunluk denetimi görevli ve yetkili mahkeme tarafından kararlaştırılacak olup, uygulama işleminin inceleyen mahkemenin bu konuda bir karar verememesi gerekir. Eğer mahkeme böyle bir davanın varlığından haberdar ise bu davayı bekletici mesele yaparak bu davanın neticesine göre karar verebilir. Mahkemenin böyle bir davadan haberdar olmadığı durumlarda ise, iki farklı ihtimal söz konusu olabilir.

Birinci ihtimalde; Mahkemenin ihmal ettiği düzenleyici işlem hakkında, iptal davasını gören mahkeme de iptal kararı verebilir. Bu durumda, her iki mahkeme kararı arasında bir uyumsuzluk olmadığından netice itibari ile karar hukuka uygun olacaktır.

İkinci ihtimal ise, ihmeline karar verilen düzenleyici işlemin iptal talebinin reddedilmesidir. Bu durumda ise, ihmal yöntemi uygulanarak verilen mahkeme kararının temyiz aşamasında bozulması gerekir.

Düzenleyici işlemin iptal talebinin reddine ilişkin kararın Danıştay tarafından verilmiş olması durumunda, temyiz aşamasında kendi kararı ile çelişkili bir tespit içeren ilk derece mahkemesi kararı bozulacaktır.

<sup>18</sup> GÖZÜBÜYK A. Şeref, TAN Turgut; *İdare Hukuku*, c.2, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s.628-629, ÇAĞLAYAN Ramazan; *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, 2. Baskı, Seçkin Yay., İstanbul 2001, s.47.

Ancak; düzenleyici işlemin iptali talebinin reddine ilişkin karar, idare veya vergi mahkemesi tarafından verilmiş ise, Danıştay'ın temyiz aşamasındaki tutumu önem taşıyacaktır. Eğer Danıştay düzenleyici işlemin iptali davasında verilen ret kararını onarsa, bu durumda ihmal yöntemi uygulanarak verilen diğer mahkeme kararının bozulmasına hükmedebilecektir<sup>19</sup>. Şüphesiz ki; Danıştay ihmal yöntemini hukuka uygun bulmadığı halde neticede farklı bir gerekçe ile uygulama işlemi hakkında hukuka aykırılık değerlendirmesi yapabilir. Tüm bu olasılıkların ancak bu davaların aynı Danıştay Dairesinde görülmesi halinde veya davalı idarenin bu durumu mahkemenin gündemine getirmesi halinde değerlendirilmesi mümkün olacağını da hatırlatmak gerekir.

#### **4.1.3. Üst Hukuk Normuna Aykırılığın Açık ve Somut Olması**

İhmal yöntemine; istisnai bir yöntem olduğundan; ancak üst norma olan aykırılığın açık/aleni olması durumunda başvurulması gerekir. Burada açık hukuka aykırılıktan kastedilen şeyin, hukuken farklı yorumları gerektirmeyen, ilk değerlendirmede hemen, kolaylıkla anlaşılabilen aykırılıklardır. Danıştay da eski bir kararında bu hususa dikkate çekerek; *“düzenleyici tasarrufun, bir kanunla açıkça çatışacak şekilde hüküm sevk edilmiş olmadıkça, buna müstenid işlemin iptali dileğiyle açılan davanın çözümünde, ihmalî mümkün olamaz<sup>20</sup>.”* görüşüne yer vermiştir. Bu nedenle hukuken farklı mülahazalara açık hukuka aykırılık iddialarının ihmal için yeterli sayılmaması gerektiği kanaatindeyim. Bu nedenledir ki; ihmal kararının mahkemede ancak oybirliği ile alınması gerektiği söylenebilir. Aksi halde; hakkında dava açmak için farklı imkanlar bulunan ve iptal edilme ihtimali tamamen ortadan kalkmamış olan bir düzenleyici işlemin, sadece farklı hukuki yorumlardan yola çıkılarak ihmal gibi önemli sonuçları olan bir uygulamaya konu edilmemesi gerekir.

İdari yargı pratiğinde kanuna aykırılık değerlendirmesi konusunda, özellikle kanunla verilen düzenleme yetkisinin aşılması bir kriter olarak kullanılmaktadır. Diğer bir ifade ile kanunla verilen düzenleme yetkisinin kapsamı dışındaki konularda düzenleme yapılmış olması ihmal gerekçesi olarak

Yeterli görülmektedir.

*“Anılan Kanun Hükümünde Kararname'nin 43. maddesinde, idareye Yönetmelik çıkarma yetkisi verilmiş ise de, bu yetkinin, ancak maddede düzenlenmesi öngörülen hususlara ilişkin olduğunda kuşkuya yer bulunmamaktadır.*

<sup>19</sup> Tabi burada, Mahkemelerce verilen ret kararının etkisinin; yukarıda 4.1.1. nolu başlık altında yapılan açıklamalar çerçevesinde değerlendirileceğine kuşku duymamak gerekir.

<sup>20</sup> Danıştay Dava Daireleri Kurulu, E.1970/10004, K.1971/608, T.04.06.1971, DD., S.5, s.135.

*Bu itibarla, 4369 sayılı Yasa ile değişik 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de, yapılacak yeterlik sınavında başarılı olamayan stajyer kontrolörlerin yeniden yeterlik sınavına alınmayacağı ve kontrolörlük ile ilişkileri kesilerek Bakanlıkça durumlarına ve derecelerine uygun bir göreve atanacakları yolunda bir hükme yer verilmemiş olması karşısında, bu hususların Yönetmelik'le düzenlenmesine hukuken olanak bulunmadığından, dava konusu işlemin dayanağını oluşturan Maliye Bakanlığı Gelirler Kontrolörleri Yönetmeliği'nin 19. maddesinde yer alan hüküm ile 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de öngörülmeven hususların düzenlendiği ve bu madde ile açıkça üst hukuk hükmüne aykırı bir düzenleme yapıldığı anlaşılmış bulunmaktadır<sup>21</sup>.*

*“Ne var ki, yukarıda adı geçen Yönetmeliğin 6/c maddesiyle getirilmiş olan “657 sayılı Yasa'nın 125. maddesinin ( C ) ve ( D ) bentlerine göre ve Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün kınama ve uyarma dışındaki suçlardan dolayı disiplin cezası almamış olmak” koşulu, “memur” unvanlı kadroya yapılacak atamalar için de geçerli sayılarak, Yasa ile getirilen düzenleme adı geçen Yönetmelik ile genişletilmiş olup; Yasa'da açıkça sayılan görevler dışında başka görevler için de bu koşulun getirilmesi suretiyle yasaya aykırı düzenleme yapıldığı açıktır<sup>22</sup>.”*

Bir başka kararda ise, kanun değişmesine rağmen, önceki yasal düzenlemeye uygun olsa bile yeni kanun değişikliğine aykırı hale gelen yönetmelik hükmünün uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Dekanların atanması usulüne ilişkin 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu 16/a maddesinde değişiklik yapılmasına rağmen, bu değişikliğin yönetmeliğe yansıtılmaması nedeniyle, Yönetmeliğin değil doğrudan kanunun uygulanması gerektiğine hükmetmiştir.

*“6.11.1981 gün ve 17506 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 2547 sayılı Yükseköğretim Yasası'nın 16/a maddesinde, dekanın “... fakültenin aylıklı üç profesörü arasından ....” seçileceği belirtilmiş, 18.2.1982 gün ve 17609 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Üniversitelerde Akademik Teşkilat Yönetmeliğinin 8.a maddesinde de aynı kural yer almıştır. Ancak yasanın 16.a maddesi, 2653 sayılı Yasa ile “... üniversite içinden veya dışından üç profesör arasından...” şeklinde değiştirilmesine karşın, adı geçen yönetmelikte aynı doğrultudaki değişiklik bu davanın açılmasından sonra, 1.04.1994 gün ve 21808 sayılı Resmi Gazetede yayımlanıp yürürlüğe giren yönetmelikle yapılmıştır. Olay gününde, yönetmeliğin 8.a maddesinin değişmeden önceki kuralı yürürlükte bulunmakta ise de, hukuk normları sıralamasında, yasalar yönetmeliklerden önce geldiğinden, uyumsuzluklarda yasa kurallarının öncelikle uygulanacağı açıktır<sup>23</sup>.*

<sup>21</sup> Danıştay, 5. D., E. 2006/3804, K. 2007/3778, T. 29.6.2007.

<sup>22</sup> Danıştay, 5.D., E. 2002/3255, K. 2005/5075, T. 10.11.2005 , DD., S.112, s.172.

<sup>23</sup> Danıştay 8.Daire, E. 1994/2354, K. 1995/1495, T. 3.5.1995, DD., S.91, s.855-857.



Bir başka kararda ise kanunda olmayan bir yükümlülüğün yönetmelikle getirilmesi nedeniyle yönetmelik hükmünün ihmali gerektiğine karar verilmiştir.

“Belirtilen yönetmelik hükmünde yer alan “diğer dağıtıcıların marka ve amblemini taşıyan boş veya dolu LPG tüplerini tesislerinde, ikmal araçlarında bulundurmamak” ibaresinin incelenmesinden, bu hükümle, dağıtıcı lisansı sahibi işletmecilere tüplü LPG faaliyeti yürütürken, 5307 sayılı Kanun’un 5. maddesinde var olmayan bir yükümlülüğün getirildiği, bu anlamda yönetmeliğin ilgili kısmının, Kanun’un öngördüğü düzenlemenin sınırını aşacak ve değiştirecek nitelikte düzenlemeler getirdiği anlaşıldığından belirtilen hükmün ihmal edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır<sup>24</sup>.”

Kararlarda, daha önce de ifade edildiği üzere, yukarıda sorduğumuz soruların cevaplandırarak, ihmal tekniğinin kullanılmasına ilişkin ilkeler belirleyecek bir yaklaşımın olmadığı, kanuna uygunluk denetimin ne zaman, hangi kapsamda yapılacağı gibi hususların da tamamen yargı yerlerinin takdirine tabi olduğu görülmektedir.

#### **4.1.4. İhmal Kararı Verecek Mahkemenin Görevli Mahkeme Olması**

İdari yargılama usulünden idari işlemlere karşı açılacak davalarda görevli mahkemeler kanun ile belirlenmiş olduğunda, düzenleyici işlemler ile uygulama işlemlerine karşı birlikte veya sadece uygulama işlemine karşı dava açılması durumunda görevli mahkeme değişebilmektedir. Düzenleyici işlem hakkında dava açılmadan uygulama işlemine karşı görevli mahkemede dava açılmış olabilir. Böyle bir olasılıkta mahkeme elbette ki görevsizlik kararı veremez. Ancak uygulama işlemi konusunda görevli olan mahkeme, düzenleyici işlem bakımında görevsiz. Kanaatimce düzenleyici işlemin yargısal denetimi konusunda görevli olmayan mahkemenin düzenleyici işlem hakkında ihmal yoluna da gidememesi gerekir. Ancak, uygulamada, idari yargının bu ayırımı yapmadığı ilk derece mahkemelerinin Danıştay’ın görev alanına giren düzenleyici işlemler hakkında da ihmal kararı verdikleri görülmektedir. Örnek karara konu olayda; (*o tarihte yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine göre*) köy tüzel kişilerine köy yerleşim yerleri sağlamak için kamulaştırma yapma yetkisi tanıyan yönetmelik hükmüne uygun şekilde köy ihtiyar kurulu tarafından alınan kamulaştırma kararının iptali istemiyle açılan davada, ilk derece mahkemesi 442 Sayılı Köy Kanununda köy tüzel kişiliğine böyle bir görev verilmediği gerekçesiyle, yönetmelik hükmüne dayanılarak kamulaştırma yetkisi tanınamayacağı gerekçesiyle verdiği iptal kararı, Danıştay tarafından oananmıştır. Danıştay kararında, Köy yerleşim yerlerinde

<sup>24</sup> Danıştay, 13.D., E. 2009/4475, K. 2012/1589, aynı mahiyette Danıştay, 13.D., E. 2009/5225, K. 2012/1588



kamulaştırma yapma yetkisinin Tarım ve Köyişleri Bakanlığına ait olduğunu da ifade ederek Yönetmelik hükmüne uygun işlemin iptaline ilişkin ilk derece mahkemesi kararının onanmasına karar vermiştir<sup>25</sup>.

Karara konu olayda ihmal edilen yönetmelik Tarım ve Köyişleri Bakanlığı tarafından çıkarılmış ülke düzeyinde uygulanan bir düzenleyici işlem olması nedeniyle yargısal denetimi ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'ın görev alanına girmesine rağmen, idare mahkemesi yönetmelik hükmünün hukuka aykırı olduğu değerlendirmesi yaparak, dolaylı olarak görev alanı dışındaki bir iş hakkında karar vermiştir. Kanaatimce, ilk derece mahkemeleri, bu gibi durumlarda, görev alanları dışında kaldığından hukuka uygunluk denetimi yapamamalı ve düzenleyici işlemleri esas alarak karar vermeli ancak Yönetmelik hükmündeki hukuka aykırılığa ilişkin kanaatini de Yüksek Mahkemenin değerlendirmesine sunmak suretiyle, gerektiğinde temyiz aşamasında Danıştay'ın bu konuda bir karar vermesini sağlayabilir. Aksi bir durum idari yargıdaki görev kurallarının ihlali sonucunu doğuracaktır.

#### 4.1.5. Tarafların İhmal Yöntemine İlişkin Savunmalarının Alınması

Kanunda ihmale ilişkin bir düzenleme olmadığı gibi ihmal yönteminin uygula-

<sup>25</sup> “Dava, ... Köyü, Dağılgan mevkiinde bulunan 1 ve 2 parsel sayılı taşınmazların köy yerleşim alanı olarak kamulaştırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince dava dosyasının, incelenmesinden kamulaştırma işleminin köy ihtiyar kurulu tarafından alınan 10.8.1989 günlü, 1 sayılı kamu yararı kararına dayandığının anlaşıldığı, Devlet ve kamu tüzel kişilerinin yapmakla yükümlü buldukları hizmetlerle ilgili olarak kamulaştırma işlemi tesis edebilecekleri, oysa davalı idarenin köy yerleşim alanı sağlama görevinin bulunmadığı, Köy Yerleşme Alanı Uygulama Yönetmeliğinin 6. maddesinin son fıkrasında köy tüzel kişiliği tarafından köy yerleşim alanı için kamulaştırma yapılabileceğinin belirtildiği, ancak 442 Sayılı Yasa ile 2942 Sayılı Yasanın 3. maddesinin 1. fıkrası ve 442 sayılı Köy Kanununa 7 Ek Madde Eklenmesi Hakkında 3367 Sayılı Kanunda bu konuda köy tüzel kişiliğine verilmiş herhangi bir görev bulunmadığı, bu durum karşısında yönetmelik kuralına dayanılarak kamulaştırma yetkisinin kullanılmayacağı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, davalı vekili tarafından karar temyiz edilmiştir. 442 Sayılı Yasaya 3367 Sayılı Yasayla eklenen Ek Madde 13`de ve 2510 Sayılı Yasaya 1306 Sayılı Yasanın 1. maddesiyle eklenen Ek 2, Ek 8 ve Ek 9. maddede yer alan kuralları karşısında köy yerleşim alanı için kamulaştırma yapma yetkisinin Tarım ve Köyişleri Bakanlığına ait olduğu açık bulunduğundan dava konusu işlemin yukarıda özetlenen gerekçeyle yetki yönünden iptali yolundaki temyize konu Sivas İdare Mahkemesinin 8.6.1990 günlü, E:1989/669, K:1990/361 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu`nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyle anılan mahkeme kararının ONANMASINA dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 7.10.1991 gününde oybirliğiyle karar verildi. DANIŞTAY, 6. DAİRE, E. 1990/2099, K. 1991/1884, T. 7.10.1991, DD., S.84-85, s.430.

masına ilişkin bir usul de belirlenmemiştir. Ancak yargı yerlerinin içtihatlarla kanuna aykırı olmayan ve bu yöntemin amacına uygun usuller belirlenmesi mümkündür. Bu bağlamda; ihmal yoluna başvurmayı düşünen mahkeme, bu konudaki nihai kararından önce, düşüncesini taraflara bildirerek düzenleyici işleme ilişkin bu değerlendirme hakkında bilgi talebinde bulunmalıdır. Böyle bir usulün geliştirilmesi, hem savunma hakkının korunması hem de işlemi tesis eden idarenin varsa aksi yöndeki görüşlerinin değerlendirilmesi suretiyle daha doğru bir karar verilmesini sağlayacaktır.

#### **4.1.6. İhmal Edilen Düzenleyici İşlemi Tesis Eden İdarenin Davanın Tarafı Olmaması Durumunda, Kararın Bu İdareye Gönderilmesi**

Yukarıda açıklandığı üzere, kimi zaman düzenleyici işlemi tesis eden idare ile uygulayan idare farklı olabilir. Bu durumda, mahkemelerce verilecek ihmal kararı, uygulama işlemine karşı açılan davanın tarafı olmayan, düzenleyici işlemi tesis eden idare tarafından bilinmeyecektir.

Mahkemece yapılan hukuka aykırılık tespitinin, işlemi tesis eden idare tarafından da bilinerek bu işlemin kaldırılması ve değiştirilmesine fırsat tanımak üzere, kararın bir suretinin bu idareye gönderilmesine karar verilebilir. Bu usulle; hukuka aykırılık tespiti yapılan düzenleyici işlemin kaldırılması/değiştirilmesi ve böylece hukuka aykırı uygulamaların durdurulması için idareye fırsat verilmiş olur.

#### **4.2. Olması Gereken Hukuk Bakımından İhmal Yöntemine İlişkin Yapılması Önerilebilecek Düzenlemeler**

Bir önceki başlıkta, mevcut yasal düzenleme çerçevesinde, mahkemelerin ihmal yöntemine başvurması durumunda, idari yargılama hukuku bakımından ortaya çıkan veya çıkabilecek problemlerin en aza indirilmesi bakımından bazı önerilerde bulunulmuştur. Şüphesiz ki bu önerilerin kabul edilip edilmemesi bir tarafa, her halde idari yargı mercilerinin bugüne kadar yapmaktan çekindikleri şekilde, uygulamada birliği sağlama ve ihmal yöntemini idari yargılama usulünün bünyesine uygun hale getirmek için bazı usul ve esaslar belirlenmesi gerektiğine kuşku yoktur.

Bu başlık altında ise ihmal yönteminin, olması gereken hukuk bakımından, ne şekilde düzenlenmesi gerektiğine ilişkin öneriler üzerinde durulacaktır.

**4.2.1. Düzenleyici işlemlere karşı dava açma süresinin her bir uygulama işlemi ile birlikte yeniden başladığı gerçeği de dikkate alındığında, düzenleyici işlemin herhangi bir nedenle dava konusu edilmemiş olması, onun yürürlükte kalmasını mazur göstermemelidir. Özellikle idari yargının amaç ve işlevi bakımından, idari yargı yerlerinin hukuka aykırı gördükleri düzenleyici işlemleri ihmaline imkan verilmesinin hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğu yukarıda da ifade edilmişti. Ancak, düzenleyici işlemin sadece ihmal edilerek etkisiz kılınması yukarıda**

açıklandığı üzere pek çok sorunu da beraberinde getirmektedir. Ancak; düzenleyici işlemlerin idari yargı mercileri tarafından dava konusu edilmeden de denetlenmelerine imkan tanıyacak bazı düzenlemeler yapılması durumunda ihmal usulün de gerek kalmayacaktır.

**4.2.2.** İhmal yönteminin kabulü yerine, düzenleyici işlemlerin, dava konusu edilmeksizin iptali konusunda idari yargıca yetki verilebilir. Uygulama işleminin iptali istemiyle açılacak bir davada, mahkeme, düzenleyici işlemin hukuka aykırılığı konusunda bir tereddüt yaşarsa, bu durumu bir ön mesele olarak ele alması, uygulama işlemi hakkında bir karar vermeksizin öncelikle düzenleyici işlem hakkında bir hukuka uygunluk değerlendirmesi yapması öngörülebilir. Davacı bakımından da, dayanak düzenleyici işlemin hukuka aykırılığının davanın her aşamasında ileri sürülmesine imkan tanınabilir.

**4.2.3.** Uygulama işleminin iptali istemiyle açılan davada, dayanak düzenleyici işlemin, uygulama işlemine karşı açılan davaya bakan mahkemenin görev alanı dışında kalması durumunda; ilk derece mahkemesinin, konuya ilişkin görüşü ile beraber dosyayı esas hakkında karar vermek üzere görevli mahkemeye göndermesi usulü getirilebilir. Bu aşamadan sonra görevli mahkemenin düzenleyici işlemde bir hukuka aykırılık bulunmadığı tespitini yaparak dosyayı ilk derece mahkemesine göndermesi öngörülebileceği gibi görevli mahkemenin Danıştay olması ihtimalinde Danıştay'ın dosyayı iade etmeksizin her iki işlem hakkında da karar vermesi de öngörülebilir.

İkinci bir öneri; ilk derece mahkemesinin, düzenleyici işlemi, Anayasa yargısına benzer bir yöntemle Danıştay'a götürerek, iptal davasına konu etmesidir. Burada artık ihmal değil Danıştay nezdinde gerçekleşecek bir itiraz yoluyla iptal davası açılması suretiyle düzenleyici işlemin yargısal denetimi sağlanabilir.

Her iki durumda da, mahkeme düzenleyici işlem hakkında ihmal değil, iptal kararı verecektir. Ancak, mahkemenin bu yola başvurabilmesi düzenleyici işlemin hukuka aykırılığı yönünde bir kanaate sahip olması gerekir.

**4.2.4.** Bu önerinin özellikle idari işlemlere karşı dava açılmasını belli bir süreye tabi tutmaya yönelik gerekçeleri geçersiz hale getireceği elbette ki ileri sürülebilir. Ancak, düzenleyici işlemlere karşı, birel işlemlerden farklı olarak, her uygulama işleminden sonra dava açılması imkanı olduğundan, düzenleyici işlemler bakımından davanın belli bir süreye tabi tutulmasına ilişkin gerekçelerin birel işlemler kadar kesin ve katı olmadığı söylenebilir. Bu nedenle; davacının ihmali veya başka bir nedenle uygulama işlemi ile birlikte düzenleyici işlemi dava konusu etmemiş olması, bu işlemin yargısal denetimine engel olmamalıdır.

**4.2.5.** Ancak, mahkemenin düzenleyici işlem hakkında da hukuka uygunluk de-

netimi yapmaya karar vermesi durumunda, bunu taraflara duyurması, işlemi bir başka idare tesis etmiş ise davanın bu idareye de ihbarını sağlaması, tarafların ve özellikle de düzenleyici işlemi tesis eden idarenin konuya ilişkin görüş ve değerlendirmelerini alması öngörülmelidir. Mahkemenin, düzenleyici işlemi de davanın kapsamına aldıktan sonra, muhakkak düzenleyici işlem hakkında iptal kararı verme zorunluluğu da bulunmamalıdır. Mahkeme neticede ilk görüşünün aksine düzenleyici işlemin hukuka uygun olduğuna karar verebilir. Bu şekilde yapılacak bir inceleme neticesinde mahkeme tarafından verilecek karar; düzenleyici işlemin hukuka uygun olduğu şekilde bir kanaat içerebileceği gibi düzenleyici işlemin iptaline de karar verilebilir.

## **SONUÇ**

İhmal tekniği, İdari Yargılama Usulü Kanununun 7/4. maddesinin son cümlesi ile idari yargılama alanında uygulama alanı bulunmaktadır. Normlar hiyerarşisi içinde bulunan alt normlardan birinin üst normlara açıkça aykırılığını tespit eden bir mahkemenin, bu normu uygulayarak karar tesisinin, hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu konusunda kuşku bulunmamaktadır. İhmal yöntemi ile üst hukuk normuna aykırı olan bu normların etkisizleştirilmesi, hukuki bakımdan değersizleştirilmesi bu bakımdan gereklidir.

İhmal yöntemine başvurulması bir taraftan normlar hiyerarşisi içindeki sakat halkayı etkisiz hale getirmekle beraber, diğer taraftan hukuk düzeni bakımından başka sorunlara yol açabilmektedir. Bu sorunların bir kısmı idari yargı yerlerinin belirleyecekleri ilkelerle giderilebilecek niteliktedir. Ancak, yargı kararlarında ihmal yönteminin bu yönleriyle ele alındığını ve uygulamaya ilişkin esaslar belilemeye yönelik bir yaklaşım tespit edemedik. Bu nedenle, daha kesin bir çözüm olarak, hem ihmali gerekli kılan ihtiyaçları karşılamak hem de bahsedilen sorunları ortadan kaldırmak için, ihmal yerine, idari yargı mercilerinin, idari yargılama usulü kurallarını da gözetecek şekilde, düzenleyici işlemin yargısal denetimini sağlayacak bir yol öngörülmesi daha doğru bir yaklaşım olacağı kanaatindeyiz.



**İLERİ İDARE HUKUKU  
SEMİNERLERİ**

# İLERİ İDARE HUKUKU SEMİNERLERİ

*İDARE HUKUKU ÜZERİNE DÜŞÜNCELER*

*“HUKUK METODOLOJİSİNİN  
İDARE HUKUKU ALANINA UYGULANMASI”*

*Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU*

*MODERATÖR*

*Prof. Dr. Aydın GÜLAN*

**Tarih** : 27 Nisan 2013, Cumartesi

**Saat** : 10.30-18.00

**Yer** : İstanbul Üniversitesi, Kongre Kültür Merkezi (Eczacılık Fakültesi Yanı)

## İLERİ İDARE HUKUKU SEMİNERLERİ

*Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU\**

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Hoşgeldiniz.

Biliyorsunuz, bir format arayışı içindeyiz. İlkini Turgut Tan hocamızla birlikte yaptık. “İleri İdare Hukuku Seminerleri” diyerek, esasında herkesin bir ihtiyaç olduğundan bahsettiği bilimsel konulu toplantılarda olduğu gibi, sadece belli bir düzeyde konuyu incelemek değil; bu konularda çalışan, uzmanlaşmak isteyen kimselerin sorularını daha ayrıntılı tartışacağı, bir çeşit beyin fırtınası yapılacak toplantılar yapmaktı amaç. Bu yüzden de “İleri İdare Hukuku” başlığını koyduk. Bir heyecanla başladık. Format arayışımız şu şekilde devam ediyor: Tek taraflı olmasın, izleyenler de katılsın diye, karşılıklı katkı oluşturacak şekilde gündeme gelsin diye düşünüyoruz. O yüzden de, kabul buyuran hocamız Tekin Akıllıoğlu’ndan şunu rica ettik. Konuşmasına her seferinde müdahale edelim, söz isteyelim, soruları dile getirelim ve böylelikle, esasında konuşulan konu hakkında farklı fikirler dile gelme ortamı bulsun.

İhtiyaç doğuran sebeplerden birisi şu: İdare hukuku alanında çok yakın zamana kadar fazla çalışma yoktu. Şimdi çalışmalar artıyor, fakat çalışmalar bir katkıda mı bulunuyor yoksa bazı kemikleşmiş, artık hayata uymayan şeyleri daha sabitleştirme işlevi mi görüyor, isabetsiz açıklamalar tekrarlanmak suretiyle kendilerine bir meşruluk zemini mi buluyor? Dolayısıyla çok tartışılmaz bilinen noktaları bile tartışacak bir ortama ihtiyaç var. Garip bir biçimde, birçok hukuk dalında çok sayıda ders kitabı yazılıyor; fakat hazırlanan tezler dışında, monografi çalışmaları olmuyor. Dolayısıyla her konuyu genel hatlarıyla bilen çok kimse var; fakat ayrıntılarıyla, hayata uymasıyla değerlendirebilen, sorgulayan, orijinal fikirler üreten, bu orijinal fikirler etrafında tekrar tekrar düşünülmesini sağlayan, ortak aklın süzgecinden geçiren ne ortamlar, ne çalışmalar gündeme gelmiyor. Bu ihtiyaçtan hareketle yola çıktık. İlkinde bir katılım vardı. Şimdi, katılacağını söyleyenlerin çoğunun da katılmadığını görüyoruz. Genel duyurudan ziyade, ilgili kimselere e-mail gönderip katılım taleplerine göre yapıyorduk. Katılım iradesinde bulunan, fakat gelmeyenlere de bir daha göndermemek lazım zannediyorum. Yani bir müddet sonra, “Ne olur, biz de gelelim” diye kapıları zorlayacaklarını filan düşünüyorduk insanların, “Biz de İdare Hukuku seminerlerine girmek istiyoruz, biz de uzak kalmak istemiyoruz bu tartışmadan” diye; ama şimdi öyle bir heyecanlanmanın devam etmediği anlaşılıyor.

---

\* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi



Birkaç ufak hususa değinerek sözü devredeyim hocama. Hocamızın, Tekin Akıllıoğlu'nun iki özelliği var. Benim tanışmamın birbirinden uzak zamanlarda iki ayrı başlangıcı var. İlk başlangıcı, yazdığım bir makale üzerine değerlendirme göndermesiyle oldu. O zaman esasında bunun önemini anladım, ama sonra ben devam ettiremedim. Yazdığım bir makaleyi bir profesörün okumuş olması, bir değerlendirme göndermiş olması çok heyecan vericiydi, büyük teşvik ediciydi. Daha sonra da doçentlik sınavında karşılaştık hocamla. İkinci başlangıç orada oldu. Hocamla doçentlik sınavına kadar hiç yüz yüze karşılaşmamıştık. Doçentlik sınavında, "Ben soru sormayacağım" dedi. Daha sonra komisyon başkanı "Soru sormanız lazım" deyince de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Hornsby kararını anlat" diye, nasıl altından kalkacağımı bilemediğim bir soru sormuştu. Oradaki hocamızın yaklaşımını espriyle değerlendirmek gerekirse, sürekli bir arayış içinde, sabit bir noktada durmayan, her türlü değerlendirmeye açık, en ağır eleştirilerin bile yüzüne karşı yapılabilmesine müsaade edecek havası veren bir intibaım var.

**Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU-** Şimdi deneriz.

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN -** O yüzden, şimdi denemeye niyetim var yapabilirsem. Sürekli bir arayış ve merak içinde olması, önemli görevler yapmasına rağmen -Avrupa Konseyindeki çalışmaları gibi- bir yandan da birçoklarında olduğu gibi bunu sürekli ön plana çıkartmaması, her makalesinde de bir arayış içinde olduğunu göstermesi, ilgilendiği konularda sürekli okuması ve yazdığı eserlerde de âdeta eserin bilimselliğini ortaya koymak için geniş atıflar, sayfanın yarısı veya dörtte üçü kadar atıflar, büyük alıntılarla filan değil; konuya ilişkin yazılardan haberdar olduğunu gösterecek kadar atıf ve sonrasında orijinal bir yaklaşım arayışı içinde olması bence çok fazla rastlanılmayan bir özellik. Bu özelliklerinden de yola çıkarak, idare hukukuyla ilgilenenlere idare hukukunun geneline yönelik bakış açısını anlamak çok değerli ve bulunmaz bir fırsat gibi geliyor bana. Format arayışımızı da kabul buyurdu. Ben de arada sırada hocanın söylediklerine kimi zaman suni olarak karşı çıkararak; salondan söz almak isteyenler olursa, onlara konuşmanın insicamını bozmayacak şekilde söz vererek; ama sonuçta, herkesin katılımıyla ortak bir arayış çabası içinde olan kendine özgü bir toplantı yapmayı hedefledik. Toplantının uzaması, kısalması katılanların ilgisine, hocamızın sabrına göre belli olacak. Buyurun hocam.

**Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU-** Teşekkür ederim, Sayın Başkan.

Size çok teşekkür ederim. Özellikle idare hukuku gibi günden güne günceği azalan, ancak bir avuç insanın ilgilendiği bir konuda, bu konuyla ilgilenenler arasında bir iletişim, bir ilişki kurmak, bu şekilde idare hukuku toplantıları tertip etmek, çok büyük bir hizmet. Dolayısıyla bunu yaptığımız için minnetta-

rım, beni çağırdığınız için de. Buraya gelen meslektaşlarımın bu güzel cumartesi günü, bu karanlık, loş yere gelip hiç tanımadıkları birini dinlemeye katlanmaları bence çok büyük bir lütuf. Hepinize çok teşekkür ederim. Doğrusu, bütün bunlar benim söyleyeceklerimin işe yaraması gerektiği konusunda bana müthiş bir baskı yapıyor. İnşallah bunun altından kalkarım. Benim konumun başlığı çok iddialı. Çok büyük bir laf etmişim; “Hukuk Metodolojisinin İdare Hukukuna Uygulanması”. Her büyük lafta olduğu gibi, bunun bir de küçültülmüş modeli var; yani kendini büyük göstermek isteyenler aslında çok küçüktür. Bu söz de, kendini büyük göstermek isteyen; ama aslında çok belli bir noktayı, dar, sınırlı bir noktayı amaçlayan bir söz.

Bir kere, hukuk metodolojisinin ne olduğunu belirlemek, değil bu toplantıyı, bir ömrü aşacak son derece karmaşık bir konu. Bunu hukuk metodolojisi adı altında yazılanlar veya o ad altında yazılmayıp da bu konuyu işleyen kitapların karmaşık yapısından kolayca çıkarabilirsiniz. Dolayısıyla başlıkta geçen birinci konunun ve bunu izleyen ikinci konunun ne olduğu söylenip, ondan sonra aradaki ilişkinin açıklanarak gidilmesi yöntem gereğidir. Yöntem üzerine konuştuğuma göre, ilk yapmam gereken şey, hukuk yönteminin ne olduğunu, idare hukuku yöntemi diye ayrı bir şey olup olmadığını, ondan sonra da idare hukukunun ne olduğunu size anlatmam gerekiyor. Bu son derece güç bir şey.

Peki, konu başlığımı niye böyle seçtim? O konunun güncel görüntüsü şu: İdare hukuku bugün biçimsel ve içeriği tartışılmaz doğrulardan oluşan bir söylem gibi gösteriliyor (epideictic). Yani söylenenler doğru kabul edildiğinden durmadan tekrar ediliyor. Bugünkü ders kitaplarında planlarından tutun içeriğine kadar, Sıddık Sami Onar’ın 60 yıl kadar önce anlattığından farklı bir söylem var mı? Oysa zaman ne kadar değişti, idare dediğimiz varlık son derece devingen, ne yaptığı belli olmayan bir Leviathan, son derece kuvvetli, her yerde eli olan, hayatımıza doğumumuzdan ölümümüze kadar müdahale eden, yerine göre son derece hınzır, yerine göre son derece hayırhah bir varlık. Dolayısıyla bir yanda bu güçlü varlık, bir yanda onun varlığını izah eden bilgilerin güdüklüğü, kısalığı, yetersizliği büyük bir çelişki oluşturuyor diye düşünüyorum. İşte bu konuşmayı onun için hazırladım. Bir de bu konuda çalışacak arkadaşlar için önerdiğim bir çizelge var. Size yolladılar mı, bilmiyorum<sup>1</sup>.

Çizelgeme döneyim. Bunları benim tüketebilmem hakikaten çok vakit alır; ama Sayın Başkan’ın teşvikiyle, konuşma ile bağlı kalmadan yayımlama sırasında genişletmenin her zaman mümkün olduğunu söylediği için, burada kısaca değinmek istiyorum. Bu düşüncelerimi çok büyük bir ciddiyet içinde hazırladım;

---

<sup>1</sup> Bkz EK 1

ama tabiatım icabı, her an çok ciddiyetsiz bir şekilde bunları sunabilirim. Oradan oraya atlayarak, zaman içinde konunun dışına çıkarak bunu yapabilirim. Beni bağışlayın. Bunu niye yaptığımı da söyleyeceğim: Düzen ancak düzensizlikten çıkar...

Dört tane başlık var; metodoloji, kaynaklar, uluslararası idare hukuku, eğilimler. İdare hukuku ders kitaplarının yazılması ve bu alanda düşünce üretmek için bu dört alan ile ilişki kurulması ve bunların sürekli göz önünde tutulması gerekiyor. Sonucu terim düşündürücü. Bu normatif kalıpları<sup>2</sup> kullananlar diğer sosyal bilimciler gibi, *eğilimler* diyemez. Hukukçular birtakım şekillerle uğraşıyorlar. Normativist-pozitivist dil hâkim olan okullarımızda, geleceği öngörmek yada kestirimler yapmak normatif kalıplar içinde mümkün değil. Burada, idare hukukunun ve genelde hukukun diğer sosyal bilimlerden ayrıldığı önemli bir konuya değinmiş oldum. Açıklamaya çalışayım.

Normatif kalıplarla sosyal bilim kalıpları farklı şeyler. Dolayısıyla normatif kalıp kullanmaya alışkın bir insan olarak, “Ben, idare hukuku bilgilerime bakarak, gelecek on yıl içinde idare hukukunun şu şekli alacağını kestirebilirim” demeniz anlamlı değil. Fakat biz de idare hukukçusu olarak sadece normatif kalıpları kullanmak zorunda değiliz. İdare hukukçularının da sosyoloji, iktisat, felsefe, tarih, siyasi tarih gibi olay incelemesi yapan sosyal bilimlere aşına olmak zaruretleri var.

Özellikle “idare hukuku gibi sadece siyasi tarihin normatif anlatımından ibaret bir hukukun -başka hukuklarda ilişki bu kadar bariz değil- siyasi tarihin bazı “desideratum”larının kalıcı olması için, yani siyasi iradenin isteklerinin kalıcı olabilmesi için, şekli normatif kalıpları kullanması, kanun ve onun uygulamasından oluşan içtihatlar şekline bürünmesi arzu edildiği için ve bu şekilde devlet güç kazandığı için idare hukuku diye bir dal oluşmuştur”, düşüncesini göz ardı edemeyiz.

Dolayısıyla bir yandan idare hukukunu siyasi tarihten yalıtarak, Kelsen’ci bir yaklaşımla dünyanın her yerinde, *urbi et orbi*, geçerli bir şey zannetmek veya öyle olduğunu varsayarak şekiller üzerine yüklenmek, öğretinin düştüğü yanlışlardan birisidir. Ama diğer yandan da, yani içeriği yalıtarak *formal*/şekilci bir dil kurmak, her yerde geçerli olabilecek bir iletişim olarak diğer iç hukuk mensuplarıyla kolayca iletişim kurulabilecek bir kolaylık sağlayacağı için kaçınılmaz; hukukçuların kendine özgü bir dil/şekil kullanmaları, ortak terim ve kavramları olması, bilimsel yaklaşımların zaruri bir sonucudur.

<sup>2</sup> Kalıp=model.

Binaenaleyh idare hukukçularının böyle biçimsel kalıpları ve kullandıkları kelimeler vardır, olmalıdır. Ancak, bu kalıpların, kelimelerin teorik bir kaynak-tan, membadan indiğini, düzenli bir dizilim gösterdiğini, *systematic* bir yapısı olduğunu zannetmek, işte hatamız buradan başlıyor. Bunlar siyasi tarihin getirdiği dalgalanmaların çıkardığı kalıplardır. Bu söylediklerim kâfi derecede açık oldu mu, bilmiyorum. Ben bu düşüncelerimi çok çeşitli yerlerde ifade ettim. Çok uzun bir anlatım gerektiriyor. Yani konuyu çok *savant (bilgece)* bir söylem içine sokup, ondan sonra da işe yarar sonuçlar çıkarmak gerekli.

Bakın, dört tane konu var<sup>3</sup>. “Birbiriyle bağlantısını nasıl kuruyorsun?” dersiniz, bir kere, idare hukuku bir dildir. Metot, yol demektir, doğru bilgiye ulaşma yolu, yöntemi, yol ve yöntem. Dolayısıyla idare hukuku söyleminde bununla ilgili dört konu ayırt ediyorum. Bunları; tespit, usul, ikna, yorum şeklinde ifade edebilirim. Birazdan açılıma geçeceğim. Bir de üstdil kavramı var. Yorum, aslında *meta-language* veya üstdil olarak çeviriyorum ben. Bizim düşüncemizde, kültürümüzde çıkmadığı için, buna “*çözüm dili*” yada *tefsir* demek gerekiyor. Kanun koyucunun koymadığı –kanun koyucu öyle soyut şeylerle uğraşmaz- o kanunların uygulamasında takip etmemiz gereken yolu gösteren kaidelere, kurallara üstdil diyoruz. Şöyle bir çizelge<sup>4</sup> önerebilirim:

Hukuk dili (legal language)→	Kurallarda geçen kavramlar→resmi kavramlar →öğreti kavramları →kuralın oluşumu+ kural uygulama→toplumsal ilişkileri düzenler.
Üst dil (metalanguage)→	Yorum dili→konu dilinin kullanılış yöntemini kurala bağlar, yorumda kullanılan kurallardan oluşur→hukuk dilini düzenler/yönetir.

Bu düşünceyi idare hukukundan örneklemek gerekirse, “bir işlemin yapılışında izlenen usul, o işlemin kaldırılmasında/geri alınmasında da aynen izlenir” biçiminde özetleyebileceğim “yöntem koşutluğu”, bir üst dil kuralıdır, bu kural idarenin *idare-birey* ilişkilerinde uyguladığı bir kural (konu dili) değil, sadece *kurallar arası* ilişkilere (çatışmayı önleme amacıyla) uygulandığı için üst dil niteliği taşır.

Bu dörtlü ayırmada; tespit, uygulama, ikna, tamamen hukukçuların yaptığı; yani yargıçların, yöneticilerin yaptığı işlevlerdir. Yorum konusunda, yargıçların, kanun koyucunun ve öğretinin birlikte yaptığı, eğer bir üst kurala bakarak alt kural çıkarma, yorum meselesiyse, o, aynı zamanda uygulama meselesi olarak görülüyor. Dolayısıyla üstdil her ikisinde de söz konusudur. Üstdil nereden çıktığı

<sup>3</sup> Bkz EK 2.

<sup>4</sup> T. Akıllıoğlu, *Hangi Hukuka Giriş*, Ankara İmaj yay.2. baskı 2015, s.284, passim.

meselesinde şuna dikkatinizi çekeyim, bu söylenmiş bir şey değil: Bu, tek tanrılı kitapların, başta Tevrat, daha sonra İncil, daha sonra Kur'ân-ı Kerim olmak üzere, bunun anlaşılmasında kullanılan yorum yöntemlerinden gelmiştir. Bu konuda, Spinoza'nın "yorum yöntemi" üzerine Tevrat yorumundan geliştirdiği yorumu Türkçeye de çevirdiler. Güzel bir çeviri, ama anlaşılması güç. Aslı Latince, çeşitli dillere notlanarak çevirilmiştir. Ayrıca bu metin bir çok yazar tarafından yorumlandı, Deleuze'ün yorumundan<sup>5</sup> okumanın iyi olduğunu düşünüyorum, ama şimdi konumuz başka bir şey<sup>6</sup>.

Dörtlü ayrımı başındayken söyleyeyim; idare hukukunda hazırlık işlemleri denilen şey, idarenin bilgi toplaması, idarenin bir şey bilme ihtiyacından veri toplaması, onları dönüştürme meselesi değildir. Burada tespit işlevi vardır. Tespit, gerçekte ne olduğunu göstermektir. Yani katil birini öldürdüyse, onu nasıl öldürdüğünü, araçlarını, oluş şeklini yeniden inşa ederek gösterirseniz, bu tespit olur. İdare de bilgi toplarken, bu bilginin doğru olduğu konusunda etrafa emniyet telkin edebilmeli, doğru şeyler toplayabilmeli ve bunu yaparken de konuyu/amacı saptırmamalı, ilgililerin haklarına riayet etmeli. Bu bilgilerin toplanmasında siyasi otoritenin, siyasi tercihlerin büyük rolleri vardır, işlevleri ve baskısı vardır; ancak, bunun bir de bağımsız olması gereken bir yanı vardır. Yani bu konuda birtakım sorunlar vardır. Dolayısıyla, tespit idari yargıda ancak hazırlık işlemlerinin denetimi bakımından söz konusudur. İdarede, idari işlemlerin yapılışında, işin denetimi, bilginin nereden toplandığı, ineğin nereden sağıldığı çok çok önemli bir konudur.

Buna bağlı bir konu da belli bir işleme hizmet amacı olmaksızın, veri toplamaktır. Bütün idari kuruluşların, bütün devlet yapılarının, bütün örgütlerin, hatta özel kuruluşların varlık nedenleri, güç, iktidar artırma yolu, bilgi toplamak, veri toplamaktan geçiyor. Dolayısıyla idare hukukunda bu son derece geniş bir alandır. Yani devlet bir bilgi tekeli. Bu bilgi tekeliyle yarışan başka tekeller var. Bunların arasındaki münasebetlerin incelenmesi, bunun yarattığı sorunsalların çözümü metodolojik açıdan son derece önemlidir. Yabancı yayınları da pek takip edemiyorum, ama LexisNexis sayesinde hepsini indirebiliyorum. İndirdiklerimi okumaya benim ömrüm yetmeyecek. 5.6 milyon veri var. Bunlar her alanda çok çok fazla veriler. Dünyada 180 küsur ülke var; her ülkeye ilişkin veriler var. Sa-

<sup>5</sup> Gilles Deleuze, Spinoza et le problème de l'expression, Paris Les editions de Minuit, 1968, 332 p. (Spinoza'yı anlamak için en iyi metin bu!).

<sup>6</sup> Kastettiğim şeyi açıklayayım: O zamana kadar Kutsal Kitap sadece onun ilahi anlamını bilen din büyükleri tarafından yorumlanabiliyordu. Spinoza onların dediklerinin hayata uymadığını görerek, Kutsal Kitaba yaşanan güne göre, ihtiyaçlara uygun yorum getirilmesi gerektiğini öne sürdü. Kısaca öğrenmek için bkz Julie Saada-Gendron, "La vraie méthode d'interprétation de l'Écriture", in La tolérance, Flammarion, Paris 1999, pp 83-84.

dece bizi çok etkileyen bir ülkenin verilerini indirmek, yani o ülkede yazılan yazıları indirmek, indirilen yazıları hatmetmek imkânsızdır, bunları anlamak bile mümkün değildir, bir insanın ömrüne sığmaz. Fakat burada seçme söz konusu; yani ihtiyaçlarımızı iyi belirleyerek seçiminizi yapıp, nokta vuruşu yapıp, veriyi oradan almak. Birinci nokta bu.

Uygulama, implementation, bunun Anglosakson terminolojisinde bir sürü şeyi var. Burada yeri gelmişken söyleyeyim: Bizde, bir hukuk sözlüğü yazmak çoktan gerekiyordu, maalesef yazılmadı. İçinizden hukuk sözlüğü yazmak isteyen bir topluluk çıkar dilerim. Çünkü hukuk sözlüğü hukuk dilinin temelidir. Hukuk sözlüğü olmayan bir hukuk sistemi zavallı bir sistemdir, yabancı kelimelerin istilasına açık bir sistemdir. Her kelime bir zihniyete tekabül eder. Dolayısıyla yabancı zihniyetlerle kendi zihniyetinizin ne olduğunu anlayamaz, öyle gidersiniz; bugünkü durumumuz gibi.

Dolayısıyla hukuk dilinde kavramlar kümelere ayrılabilir, metodolojik kümelere ayrılabilir. Birinci dil *official language*, yani *resmi dil* veya normativistlerin dediği *authentic language*, sahil dil. Çünkü bir yaklaşıma göre, (*textualism*), kanun koyucunun dediği şey hukukun ta kendisidir; üzerinde şek, şüphe olmayan kanun koyucunun kullandığı kavram. Çünkü kanun vaz eder, hukuku vaz etmiş olur, onun söylediği de hukukun ta kendisi, anadilin ana kavramı olur. Tabii, bu basit düşüncüyü şeklen kabul ediyoruz, bir sözlük oluşturmak, çok büyük bir iyilik yapmaktadır; çünkü resmi dilin tutuculuğunun nasıl giderileceğini, diğer anlamların nasıl ortaya çıktığını, açılımını sözlük belirtecektir.

Mesela Black's Law Dictionary çeşitli boyutlardadır. Orta boy var, kolu zayıf olanların kaldıracığı cep boyu var. Sadece "act", "olay"; Türk Hukuk Lügatı'na bakın; olay diye bir şey var mı, hukuki olay kendine hukuki sonuç bağlanan olaydır, "kırmızı mercimek yeşil mercimeğin akrabasıdır" gibi bir laf. Hâlbuki Black Dictionary'de 24 tane "olay" kavramı var, aralarında fark var. Eskiden "mukarrerat" denilirdi. Şimdi mukarreratın ne olduğunu bilir misiniz? Deliberation demek, toplu karar. Bir toplu karar organı, kendi içinde deliberation yapınca, içindeki şeyleri özgürleştirince, de-liberation, içindekini dışa vurunca... Deliberation bu; herkes içindekini çıkarıyor, tartışıyorlar. Deliberation bu. Osmanlıcası mukarrerat, yani ortaklaşa karar verme demek. Karar dersiniz, bu kararı kaç kişi veriyor, nasıl veriyor, bunu birdenbire anlamıyorsunuz. Çok daha genel, yani bir karar ana var, altında bir sürü emzirdiği yavru var; dolayısıyla hepsinin üstüne bir numara koyup, kaç tane yavrusu var, onların hepsini görmeniz lazım. Bunu gördüğünüz takdirde dil ayırım yapmaya başlar, ince ayırım yapmaya başlar.

Sanat eserleri, ayırımların farkına varmak üzerine bize çok iyi sunulmuş örneklerdir. Mesela biyoloji, yakından baktığın zaman, bitkilerin veya hayvanla-

rın hücre yapısının sonsuz ayrıntılarının olduğunu gösterir. Dil de öyle, düşünce de öyle. Niye farklı olsun ki, hepsi aynı yapının ürünü. Dolayısıyla bunların isimlerini bize öğretmiştir. Yanılmıyorsam Bakara sûresinde bunların isimleri öğretilmiştir insana. O zaman bunları bulun, bu isimleri bulun, sözlük yapın. Çünkü bu isimler var, hepsinin bir ismi var; sadece biz bilmiyoruz. Yabancılar yapıyorlar. Biz niye yapmıyoruz? Çünkü biz bu lisanı kullanmıyoruz, onların kullandığı lisanı alarak Türkçeyi kullanmaya çalışıyoruz. Şurada, 3 dakika içinde 50 tane yabancı laf söyledim.

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Hocam esasında, siz bir bütünün parçaları olarak bunları ifade ediyorsunuz; mesela bu dil meselesinde olduğu gibi. Fakat bu hususlar çok açıklama gerektiriyor olmasına rağmen, bütünü takip etmemizi zorlaştırabilir. Bence, önce bir bütünü lütfetseniz, bütünü gördükten sonra parçalara...

**Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU-** Teşekkür ederim. Evet, doğru, bu uyarınız çok doğru. Bu 4'lü ayırım, metodoloji kitaplarında genel olarak yorum bahsi içinde hepsi çorba edilmiştir. Ali Himmet Berki'nin 1948 tarihli Hukuk Mantığı ve Tefsir kitabı eski kutsal kitapların tefsirine ilişkin üst dildir. O, bizim Mecelle'mize kadar gelmiştir. Mecelle'mizde tefsirle ilgili çok muhteşem ilkeler var; ama mesela bugün Mecelle'yi hukuk tarihinde belki okuyoruz, ama bir idare hukukunda Mecelle'nin metodolojiye ilişkin kurallarını düşünmüyoruz. Çünkü dediğim gibi, onlar kutsal kitaplardan geliyorlar. En aşağı 4 bin senelik tarihi var o kuralların. O zamandan bu zamana yaşamış hakiki üst dil o. Mecelle'nin o 100 ilkesi, kavâid-i külliye; ama bu nereden gelmiştir?

İkinci bir konu ikna konusu, argumentation, aslında ispat olarak da geçer. İkna ve inandırma, bunlar birbirine çok yakın şeyler. Hatırlayabildiğim kadarıyla Fransızcada *persuader* ve *convaincre* diye iki kelime var, en az iki tane. Jean Jacques Rousseau *Emile'nin Terbiyesi* adlı kitabında, "Bir çocuğu inandıramazsınız, ama kandırabilirsiniz" diyor. Yani *persuader*; pejoratif anlamda kandırmak, ama aslında inandırmak. *Persuader*, karşıdakini inandırmak. *Convaincre* de karşıdakini inandırmak. Mesela bir çocuğu nasıl ikna edersiniz; "Sana şeker alacağım. Şu amca nereye gidiyor, arkasından git, sonra gel, bana söyle. Sana şeker alacağım." Eğer onun onu niye takip etmesi gerektiğini anlattıysanız akli bir şekilde, anlamaz; fakat "Şeker alacağım" dersiniz ikna olur, takip eder. Mesela hocamız geliyor, kürsüye çıkıyor, elini vurarak bir şeyler anlatıyor. O zaman diyorsunuz ki, "Bundan önceki çok pısırdı, söylediklerini de anlamadık. Bak, adam ne kadar iyi konuşuyor." Hâlbuki ondan önceki akli olarak çok doğru şeyler söylemiştir, fakat sizi ikna edememiştir. Öbürü çok zırva şeyler söylüyordur, ama siz ikna olmuşsunuzdur. *Convaincre* karşılıklı yenişmek, kafamızdaki veri-



leri birbiriyle eşleştirip mücadele ettiriyorsunuz. Dolayısıyla convaincre, beraber kazanmak, beraber mücadele etmek, insan zihninde birtakım verilerin artı-eksi beraber mücadele etmesi, kazandırması vardır.

Mesela, tek yargıçlı mahkeme mi daha makuldür, çok yargıçlı mı? Tek hâkimli mahkeme kendi zihninde conviction mekanizması oluşturmuyorsa, at gözlüğü takmış düz bir adamsa, tamamen duygularına -persuasion- dayanarak bir karar verebilir irrasyonel bir şekilde; yani bedeni hazlara, hoşlandığı şeylere, birtakım motiflere, saiklere bakarak karar verebilir. O kendini ikna etmiştir. Ama rasyonel bir şekilde verileri çarpıştırarak karar veriyorsa, öyle bir terbiye almışsa, o zaman toplu mahkemeden hiç farkı olmayacaktır. Ama toplu mahkemede oylanmanın getirdiği bir kuşku var. Eğer hakikat bir taneyse, ispat sonucunda bir çok seçenek çıkmamalı.

Oylama yapılmasını gerektiren, tercih gerektiren konular argumentation dediğimiz ikna faaliyeti içine giriyor. Bu bir politikadır. Değer hükümleri arasında önceliğin seçimi konusunda oylama yapılabilir. Bu bir dildir. Ali Himmet Berki diyor ki, “Bir şey hass ise, yani çok açıksa, yorum gerektirmez.” Bir şey bir ihtiyaca mebrûren ifa edilmişse, artık onun niçin yapıldığını araştırmak gerekmez. Mecburiyetten, arkasından koşan köpekten kaçmak için sizin çitinize girdiyse, “Bu adam buraya niçin girmiştir?” meselesinde uzun uzun müzakere yapmak gerekmez. “Bir ‘nécessité’ye dayanarak veya bir ‘évidence’ dan hareket ederek vardığımız sonuçların ayrıca münakaşası gerekmez, bunlar ‘hass’ tır” Tabii, bunun da çeşitleri var. Özellikle ceza yargılaması tespit ve ispata dayanmaktadır, iki değer hükmü arasında tercih yapılmamaktadır. İdare hukukunda da buna benzer durumlar vardır.

Yorum, dar anlamda yorum, müphem olan kelimelerin manasının açıklanması faaliyetidir ki, bu özel bir dildir. Zaten dini kitap tefsircilerinin yaptığı iş buydu, yani ona dayanarak kurallar koymada farklı usuller uygulanıyordu. Ama kelimenin manasını tavzih, açıklama ve ayrıntılandırma meselesi yorumun ta kendisidir diyebiliriz. Bunun da çeşitli yöntemleri var. Bunlar; tespit, ikna, usul ve yorum, idare hukukunda nasıl yapılıyor sorusu temel konudur.

**Katılımcı-** Bu bahsettiğinizin 4’lü ayrımı acaba hangi dayanaktan hareketle yapıyoruz? Çeşitli farklı ayrımlar da var. Bunlar arasında herhangi bir hiyerarşik sıra veya öncelik sonralık ilişkisi var mı? Ayrıca, idare hukukunda bunları ele alırken, idare hukukunun bütün alanlarını tamamıyla bunların kapsadığını söylememiz mümkün mü?

**Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU-** Çok doğru düşünüyorsunuz. Ben, bunları okuduğum kaynaklarda iç içe olduklarını görerek, ayırarak tasnif ettim ki, bu bana göre bir tasnif, yani herhangi bir yerde böyle bir şey yok. Bunlar yöntem



kitaplarında yan yana veya farklı yerlerde mevcut; yani gökten indirmedim, ama bu tamamen benim bir araya getirdiğim bir dördlü. Onun için burada konuşmaya geldim. Eğer topluca bir yerde olsaydı, o metni size yollardım. Dolayısıyla tabii ki birçok tasnif var, ama vaktimiz yok. Yani birçok tasnif var, birçok dil var. Siz de bir dil icat edebilirsiniz. Sadece bir tek dil olduğu veya dört tane olduğu gibi bir şey yok. Varılmak istenen amaca göre yapılan bir sadeleştirme ve açıklama gayreti. Üstelik de ben bunları eleştirmek için kullanıyorum, mevcut öğretiyi eleştirmek için. Mevcut öğretiyi yıkabildiğim noktalar bunlar. Esas niçin bunu yaptığımı size uzun uzun anlatmam gerekir.

Kaynaklar konusuna gelince, idare hukuku kitaplarında kaynaklar konusu kadar fikri sefalet arz eden başka bir konu yoktur. Çünkü idare hukuku hocalarımız, kaynaklar konusunda hukuk fakültesine ilk başlayanlara öğretmek için birkaç Avrupa yazarından hareketle yapılan yazılı kaynaklar, sözlü kaynaklar; yazılı kaynaklar başta anayasa, kanun, kanun hükmünde kararname, böyle şeyler yapıyorlar. Burada normativistlerin yaptığı kaynaklar iki şekilde ele alınıyor; bir, idare hukuku bilgilerinin görünüş biçimleri. Yani bilgi nasıl görünüyor, gazete kâğıdı şeklinde mi, papirüs şeklinde mi, yazılı şekilde mi, sözlü şekilde mi? Yazılı şekil pozitivist anlayışın kutsadığı bir şey, sözlü şekil de tabii hukuktan gelen bir uygulama yani şifahi, gelenek hukuku. Dolayısıyla her ikisinde de müthiş metodolojik farklılıklar var, bir sürü sonuçlar var. Genel hukuk teorisinde kaynaklar sorununda biçimsel kaynaklar; yazılı, sözlü. Pozitivistlerin eklediği; uyulması zorunlu olan, olmayan. Ama bunu hocalarımız ayırım yapmadan, uygulanan bir şey olarak takdim ediyorlar.

İdare hukukunun kaynakları konusunda, “İdari kanun var mıdır, olmalı mıdır, nedir?” konularıdır tartışılması gereken. Kitaplarınızda bunu bulamayacaksınız, “İdari kanun nedir?” meselesini bulamayacaksınız. Türk yazınında ciddi bir çalışma yoktur. Dolayısıyla idari kanun, “İdarenin teşkilatlanması, yetki ve görevlerini, çalışma usullerini izah eden kurallardır” diye çevriliyor. Evet, şeklen doğru, ama “İdare hukukunun, idari rejimin özelliklerini ihtiva eden kanunlar mıdır bunlar?” meselesinde iş çatallanıyor. Bir kere, biçimsel kaynaklar meselesinde ele alınması gereken konular, “İdari kanun tartışması ve idareye özgü kodifikasyon olabilir mi; yani idare hukukunun şekli kaynakları yazılı hale gelip sistematik hale getirilebilir mi?” mesesi tartışılmalı. Felsefi açıdan yahut bilim felsefesi açısından, bir idare hukuku felsefesi oluşturularak, idare hukuku bilgilerinin doğruluğu; yani önce bir bilgi ne zaman o vasfı kazanıyor, veriler kaç dönüşüm geçiriyor, idare verilerini nasıl dönüştürüyor, kanun nasıl yapılıyor, kanun benzeri işlevi nasıl yapıyor, onun altındaki işlerini nasıl yapıyor ve bunlar doğru mu, yani yapılma amacıyla yapanların amacı çakışıyor mu ve uygulamada da bu bütünlük muhafaza ediliyor mu? İdare hukukunda kaynak sorununun temel

konuları bunlar, ama ben hiçbir kitapta bunu göremiyorum. Medeni hukuka giriş kitaplarındaki kaynaklar bahsindeki bilgiler maatteessüf, hiçbir şeyin farkında olmadan idare hukuku kitaplarına taşınmıştır ve değiştirilmesi gerekir.

Kaynaklar konusunda, “faydacı, ahlaki” diye bir ayırım yaptım. Çok uzun bir hikâye bu. Utilitarian görüş, faydacı görüş Anglosakson ve Amerikan doktrininden geliyor. Tort law, yani haksız fiil hukukunda bunun ekonomik nedenlerle izahı, yani ekonomik teorinin idare hukukuna uygulanması böyle başladı, ekonomik idare hukuk denilen şey, aslında tamamen ekonomik modelin idare hukukuna uygulanma, sızma teşebbüsünden ibarettir. Bunun da izahı gerekiyor tabii.

Bir de EU Law dediğim, Avrupa Birliği Hukukunda hakikaten ekonomik modelin uygulanması var, ama Avrupa Birliği Komisyonu bunu şuurlu olarak yapıyor. Çünkü Avrupa Birliği Komisyonu bir rekabet, regülatör kurumudur, rekabet kurumu gibidir. Dolayısıyla rekabet konusu, ekonomik modelin hukuka uygulanmasıyla, idare hukukunun uygulanmasıyla ilgili bir alandır. Dolayısıyla EU bununla ekonomik modeli uyguluyor. Ayrıca, kendi kendine yetme modeli, subsidiarity denilen şey kilise hukukundan çıkmıştır. Papazlara, “Her şeyi Vatikan’dan istemeyin; bahçenizde domates, pırasa, enginar yetiştirin” denmiştir, kendi kendine yetme usulü. “Size para yollamıyorum, geçiminizi olduğunuz yerde karşılayın.” EU’da, décentralisation çok ileri uygulandığı için, merkez dışındaki varlıklar kendi kendilerine yetebilmelidirler. Bu kendi kendine yetme, büyük ekonomik pazar içinde ekonomik modelin hukuka ve idare hukukuna uygulanmasını gerektirdi. Dolayısıyla bu faydacı idare hukukunu burada görüyorum.

Amerikan sisteminde, Amerika’dan aldığımız Enerji Piyasası Kanunu, birtakım kanunlar var, yap-işlet-devret vesaire gibi şeyler yahut da mortgage gibi. Bunlar tamamen ekonomik modelin uygulamasından ibarettir. Bu bakımdan, idare hukukunda hakikaten bunun çok büyük yeri var. İnşallah sizler böyle şeyler yaparsınız. Bunun metodolojide özel bir yeri var, yöntemi var ve son derece matematik kullanmayı gerektiriyor. Bu konuda çok geniş, zengin bir kaynakça var, kaynaklar çok zengin.

Ahlaki idare hukukuna gelelim. Maurice Hauriou var mesela. Merak ettiniz mi, bilmiyorum. Maurice Hauriou çok Katolik bir kimse. Maurice Hauriou’nun “institutions administratif” dediği, idari kurumlar dediği şeyi, büyük hocamız Sıddık Sami Onar “müessese teorisinin inkişafı” başlıklı uzun yazısında Türkiye’ye tanıtmıştır. Uzun yıllar sonra şunu öğrendim: “Maurice Hauriou aslında bir tabii hukukçuydu, çok Katolik’ti. Memurların hukuk kurallarını uygulamasını vicdanlarına bırakıyordu. ‘Katolik terbiyeyi verirsek, memurlar adam olur’ diyordu.” Maurice Hauriou idarecilere Katolik terbiyeyi vermenin çözüm olduğunu düşünmüştü. Çünkü bunların denetlenmesi çok zor, ellerinde muazzam

bir kudret var; herkese kötülük yapabilirler. Onun elini hukuk kuralları, mahkemeler tutamaz, tutsa bile az tutar. Esas onların elini bükecek şey yahut dilini bükecek şey ahlaktır. İyi terbiye vermek gerekir. Hauriou'nun müessesese dediği şey de, idare hukukuna Katolik dininin esaslarını yerleştirmekten ibaretti. Çünkü "Fransa'nın alışkanlıkları idarenin de alışkanlıklarıdır" şeklinde düşünülüyordu. "Birinin alışkanlığı öbürünün alışkanlığıyla bağdaşmazsa ret keyfiyeti olur" diyordu. Müessesese teorisine böyle bakarsanız gerçek işlevi ortaya çıkar<sup>7</sup>. Bakın, resmi söylemden ne kadar farklı (Bugünlerde ortaya çıkan "iyi yönetim" "good administration" kalıbı da ahlakçı, eskinin tekrarı).

Küresel idare hukuku diye bir şey var; bu Türkiye'ye de gelmiş durumda. Ne olduğunu bilmiyoruz, ama kitaplarımıza etkisi var. Arupa Birliği idare hukuku var, Avrupa Konseyi idare hukuku var. Bunların üçü de Türkiye'yi müthiş etkiliyor. İçimize, iliklerimize girmiş durumda. Doğrusu, bana göre, bunlar bizim içimize girmiş durumda. Biz bunlarla konuşuyoruz, yatıyoruz kalkıyoruz, büyük büyük laflar ediyoruz. Biz bu nüfuzun etkisini nasıl hayırhah hale getirebiliriz, bunu nasıl düzeltebiliriz? Bu etki altında kalışımız pasif bir konuma mı sokuyor bizi yoksa biz de yaratıcı olabilir miyiz, yani bir şeyler söyleyebilir miyiz?

Burada, bizim iç hukukumuzda kanunların seyrini buraya yansıtmaya çalıştım. Bir gelgit var. Özel hukuk kuralları idare hukukunu istila ediyor, idare hukuku ilkeleri özel hukuk alanına geçmek zorunda kalıyor bir sıkıştırma olduğu için. Yani idare hukuku arada küçülüyor, ama küçülen alandan birtakım şeyler özel hukuk öznelerine nüfuz ediyor ve onlar onsuz yapamıyor. Onunla, services of general interest dedikleri topluma yararlı hizmetler fikri kamu hizmeti yerine geçti ve bugün artık özel sektörde toplumu ilgilendiren hizmetlerde idare hukuku hizmetleri uygulanıyor; ama uygulama tamamen özel hukuk kurallarıyla oluyor. Onun tersine, "Cismani zararlardan dolayı özel hukuk mahkemeleri bu tür tazminat davalarına bakar" şeklindeki değişiklik, idare hukukundan görev kapmada, bu şekilde idare hukukunun özel hukuka yuvarlanması, ayağı kayıp oraya yuvarlanmasını örnek verebilirim. Ama idare hukuku içine özel hukuk teknikleri girebiliyor birçok yerde, sözleşmelere girebiliyor. Medeni hukukun genel ilkeleri tamamen idare hukukuna girmiş durumda, tahkim girmiş durumda. Gördüğünüz zaman kulaklarınıza, gözünüze inanamayacağınız, bir oyun gibi gelen bir sürü değişiklik var böyle. Ayrıca, mediation, sivil toplum kuruluşları idare hukukuna girdi, yani bir sürü şey girdi.

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Devletin yargılama alanından çekilmesi.

<sup>7</sup> Lucien Sfez, *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, L.G.D.J., Paris, 1966.

**Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU-** Evet, evet.

Minimum state dedikleri, Robert Nozick'in State, Utopia and Anarchy adlı eseri var. Sosyal bilim yapanlar çok okuyorlar; Anarşi, Devlet ve Ütopya'yı. Devletin küçülmesi fikri 1980'den sonra Türkiye'ye Özal'la beraber girdi. Bu, Amerika'da Nozick'in başını çektiği entelektüel veya akademisyen grubun ısrarla eleştirdiği bir şeydi ve maksatlı bir şeydi. Dolayısıyla bu Türkiye'ye geldi. Nozick taraftarı var mı içinizde? Onun için sordum. Onun söylediği devletin askeriyeden de yargı alanından da çekilmesi, geriye bir şey kalmıyor zaten. Televizyonda yayınlanan açık oturumlarda "Ulus devlet artık bitti. Çokuluslu, çok düşünceli, çok marifetli federatif bir devlet lazım bize" diyenler çıkıyor. Bu hakikaten epideictic bir söylem. Ben etkilendim. O kadar birbirini tutmaz şeyler sert bir üslupla söylenince, doğru olduğundan kuşku duyulmuyor. Bazı idare hukukçuları da bu havada. İdare hukukundan kuşku duyulmuyor.

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Esasında, "vasiyetim" dediğiniz idare hukukuna klasik bakış açısının dışında bir açıklama şeması kurulması gerektiğini söylüyorsunuz ve buna ilişkin de esasında kullandığımız malzeme özgün olmasa bile, bir araya getirilmeyle özgünleşmiş bir açıklama şemasını yapıyorsunuz. Bu açıklama şemasının anlaşılabilirliği bakımından da unsurlarına ilişkin bazı ayrıntılı açıklamalar oldu. Esasında burada kullandığınız her bir malzeme de ayrı çalışma yapılabilecek, bölüm açılabilir nitelikte; ama esas problem, önce bütünü kavrayıp derinlere indiğimizde boğulmamakla ilgili.

Şöyle bir gündemi ortaya koyarak bırakalım: Mevcut ve birbirini tekrar eden çalışmalar hayatı anlamamıza yeterli değil. Şu anda hareket eden olayları mevcut kavramlarla çözemiyoruz. Mevcut açıklama biçimleri eskiden kullanılmış olsa bile, şimdi duran hale geldiği için, en azından beraber salınmıyor ve esasında bir depreme tâbiler, farkında da değiller; kendilerinin sabit durduğunu, etrafının sallandığını düşünüyorlar. Esasında belki kendileri sallanıyor. Bunu açıklayabilmek için yeni kavramlara ihtiyaç var. Bu kavramların birbiriyle bağlantılı olması lâzım. Lütfederseniz, aradan sonra bu bütüne ilişkin görüşlerinizi alalım.

Daha da önemlisi, sizin başta söylediğiniz "Normatif kalıplarla fütürist yaklaşım olmaz" cümlesinin tersine, idare hukukunun geleceğine ilişkin, bu normatif kalıpları belirleyen unsurlara ilişkin tahminlerde de bulunduğu için, esasında bu normatif kalıpların da değiştiğine ilişkin bir fütürist yaklaşımı heyecanla bekleyelim.

**Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU-** Şimdi özetle şunu söyleyeceğim. Türkiye'de hukuk fakültelerinde normatifik kavramı öğrenciye öğretilmiyor, hatta kendi aramızda da burada sapabiliriz. Ama Kelsen'den önce mesela Santi Romano var. Santi Romano'nun, "L'ordinamento Giuridico", "Hukuk Düzeni" diye bir

kitabı vardır, Kelsen'den önce yazılmıştır, 1918'de<sup>8</sup>. Santi Romano'yu İtalyanlardan başkası bilmez. Çok ilginç bir adam. Normatif düşüncüyü hukuk sosyolojisine sokmuştur, nasıl Hauriou Katolikliği sokmuştur. Santi Romano da Katolik'tir; ama sosyoloji yapmıştır, idare hukuku adı altında sosyoloji yapmıştır. Ama bunların hepsi normatif kalıpları kullandılar.

Normatiflik şu: Olaylar var, fact var; bir de desideratum var. Çocuk kahvaltı etmiyor, yemiyor, muhallebi yemiyor; bu bir olay, fact. Annesi, "Muhallebiyi yesin" diyor. Desideratum bu. O zaman normatif kalıp şu olacak: "Sabah kalkınca her çocuk muhallebi yemelidir" veya "Her çocuk muhallebi yer" dese bile, bu normatif kalıp, yani "Aslında yemelidir" anlamında. Emir kipi kullanması gerekmiyor, bir desideratum olması gerekir. Yani siyasi irade denilen şey, kanun koyucunun idaresine desideratum deniyor. Bu desideratum, toplumda beklenen ortak davranış tipini de doğuruyor. Desideratum, aslında bir zorlayıcılık içeriyor, ama yaptırım ögesi diye bunu berbat etmişlerdir. Gayeler, amaçlar vasıtaları yaratır. Bu da Kelsen'in lafı. Dolayısıyla bir kural uygulanabilirlik görebilmesi için lazım gelen kudreti damarlarındaki asil kanda buluyor. Bunu ben uydurdum. Kelsen diyor ki, "Gayeler, amaçlar araçları da içerir." Yani siz bir amaç söylediniz, "Çocuk muhallebi yesin" dediniz. O zaman siz sütçüyü de tanıyorsunuz, muhallebi yapmayı da biliyorsunuz, çocuğu kandırmayı da biliyorsunuz demektir. Çünkü başka türlü yemeyen bu sıska, inatçı şey muhallebiyi nasıl yiyecek? Demek ki, siz bunun yollarını da biliyorsunuz, yani bulmak zorundasınız. Normatiflik bu; yani normatiflik, aslında gerçekte olmayan, ama olması gereken bir davranış modelini inşa etmek. Fakat olan davranış modelleri, o tabiiatta mevcut davranışlar -tabii, dini hukukta buna "Allah'ın iradesi" diyoruz, Allah'ın kanunları, tabii kanunlar- hiç değişmez, Allah'ın kanunlarında değişiklik görmezsiniz. Değişime ihtiyacı yok, onlar hakikaten mükemmel. Bazıları, "Evrensel hukuk" diyorlar. Evrensel hukuk yok. İnsanlar neyi evrensel yapabilir ki, mümkün mü?

Normatiflik hukukun özünde var, yani olmazsa olmaz bir şey; ama gördüğünüz gibi, bu bilimsel değil; yani insanların, siyasi iradenin olmasını istediği şey. Olaylar bunu inkâr ediyor devamlı. Hukuk fakültesi öğrencileri der ki, "Biz hukukta okuduk, ama dışarı çıktık, hep söylenenin tersi oluyor." Gayet tabii tersi oluyor. Çünkü factum, desideratumla çekişir. Aralarında kalıcı bir anlaşma olması çok zor. Yani kurallar uzun süre değişmeden kalabiliyorsa, bir şey var demektir. Ancak hukuka sızmış olan veya hukukun benimsediği ahlaki kurallar, dini hukuk kuralları kalıcı olabilir; çünkü kalıcılık onlarda. Factum sürekli değişiklik içindedir, dolayısıyla normatif kalıbı kırar. O zaman şöyle bir şema yapabiliriz:

<sup>8</sup> Santi Romano, L'ordre Juridique, Traduction française de la 2eme édition de l'Ordinamento giuridico 1918/1945, par Lucien François et Pierre Gothot, Paris Dalloz 2002, 174 p.

Factum'dan bir ok, desideratum bozuluyor, birden dengesini sapıtıyor. Factum bir şiddet uyguluyor, desideratum direniyor, hâkimin kapısını çalıyor, “Şuna bir şeyler söyle, beni rahatsız ediyor” diyor. O zaman hâkim diyor ki, “Bak, seni fena yaparım, onu rahatsız etme.” Bir yere kadar. Ondan sonra desideratum yani norm değişmek zorunda kalıyor. Normun factumu değiştirdiği durumlar da olabilir.

Bu ilişkiyi iyi izah etmek gerekir; ama normatif düşünce bunu ele almıyor, hukuk sosyolojisi bunu ele alıyor. O bakımdan, hukuku hukuk sosyolojisi olmadan anlamak, izah etmek mümkün değil. Yargı kararları uygulanmak zorundadır, bu bir desideratum; ama yargı kararları uygulanmıyor ve uygulanmaması hakkında bir kural çıkıyor. “Özelleştirme sonucu yapılan sözleşmeler değiştirilemez, sonradan iptal olsa o iptal kararı uygulanmaz” diye bir kanun var. Bu ne demek? Bu, bindiği dalı kesmek gibi bir şey. Yani o factum kuralı büküyor, yeni bir şey çıkarıyor.

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Hocam bir yandan idare hukukuna yeni bakışını dile getiriyor; fakat dikkatinizi çekmişse, kullanılan terimlerin altındaki filozofik bakış açısının bilinmediğini hissederse, onlar konusunda ayrıntılı açıklamalara da gidiyor.

**Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU-** Buradakiler biliyor muhakkak.

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Gerçekten şöyle ilginç bir ikilem var: Bir yandan gerçeklere dayalı bir hukuk düşüncesine ihtiyaç var, bunu iyi algılayan, çözen ve sürekli kendisini besleyen; ama bir yandan da özgün bir dile ihtiyaç var. Yani bu özgün dil için dünya düşünce birikimine sahip olmadan mevcut yerel ihtiyaçları tespit etmek mümkün değil, özgün bir dil geliştirmek mümkün değil; ama bir yandan da bu dile kapıldığımız takdirde de özgün bir şey geliştirmeniz mümkün değil, sürekli olarak o mutfaktan gelenleri tekrar etmek durumundasınız.

Dolayısıyla tekrar döndüğümüzde hocamızın şu yönden düşüncelerini öğrenmeye çalışacağım. Özgün bir idare hukuku dili oluşturabilmek, özgün bir idare hukuku bakışı oluşturabilmek için, bir yandan da özgün olmayan unsurları kullanırken, özgün olmayan unsurların sürüklediği düşüncenin götürdüğü noktadan nasıl özgürleşeceğiz ve o özgün dili oluşturacağız?

**Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU-** Bu dediğinin tersi, on sene evvel Avrupa İdare Hukuku Anlaşması yapmak istediler.

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Kabul edilmedi.

**Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU-** Ortak idare hukuku anlayışı, bu Türkiye'yi çok etkiledi. Türkiye'nin Avrupa idare hukukuna yaptığı birtakım girişimler var.

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Evet, şimdi ara veriyoruz.

(Ara)

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Tekrar hoş geldiniz.

Hocamız, eleştirel bakış açısına ve kendi yaklaşımına ilişkin bazı ipuçlarını verdi. Arada çay içerken de biraz hocayı o noktada *persuader* etmeye çalıştım. Yani bütünü versin. Bütünü vermiyor. Bir bölümünü gösteriyor, ama bütüne yönelik şey yapmıyor. Bir de sizlerin katkılarıyla olacak. Kayseri’den, Ankara’dan gelen meslektaşlarımız var. Bu teorik metodoloji konuları yanında, meslekte çalışan kimselere yönelik daha pratik bir yol haritası sunabilmek bakımından düşüncelerini lütfetmesini rica ettim. İsterseniz, başlangıcı böyle yapalım, sonra sizin katkılarınızla veya sorularınızla açmaya çalışalım. Soruya da gerek yok, kendi düşüncelerinizi açıklamak şeklinde olur. Mukarrerat yapmaya çalışalım.

**Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU-** İngilizce bir deyim var; “There is a method in her or his madness”: “Onun çılgın davranışlarında bir yöntem var”<sup>9</sup>. Delice yaptıklarının içinde bir yöntem var. O foolish değil, yaptığı iş foolish, fakat kabul edilir. Çok ilginç. Ama yaptığı işte hiçbir yöntem olduğunu göremiyorsak, işte ona deli denir. “Ben deli miyim?” diye düşündüğüm zaman, eğer ben yaptıklarımı açıklayabiliyorsam, yani benim söylediklerimde bir metot varsa, herhangi birinin söylediğinde metot varsa, istediği kadar yıkıcı olsun, istediği kadar insanları yadırgatsın, o, saygı duyulacak bir iştir. Dolayısıyla eğer sizin yaptığınız çılgınca işlerde bir metot varsa, siz deli değilsiniz. Belki ruh doktorları bunu daha iyi izah eder. Gelen hastayı etrafı deli diye getirmiş; ama bakıyorlar ki, adamın yaptıkları çok tutarlı. O zaman, metotta herhangi bir şey yazılırken, onun sistem olduğu düşünülmelidir. Yani yaptıklarımızın, yazdıklarımızın bütün olması gerekiyor. O zaman, sağduyulu, aklını kullanan insanların mutlaka plan yapması gerektiği, yani metotlu çalışmak gerektiği, zaten izaha gerek yok. Yani insan, planlı hareket eden bir varlıktır diyelim. Metot kelimesini kullanmayı sevmiyorum, ama kullanıyorum.

Metot, yöntem demek. İdare hukukunda usul, yöntem fevkalade önemli, idare hukukunda. Mesela, Sandulli, Procedimento Amministrativo, bu bir şaheserdir. İtalyan idare hukukunda Sandulli, procedimento kavramını en iyi izah etmiş olan çok büyük bir isimdir. Miele “Principi Del Diritto Amministrativo”, “İdare Hukukunun İlkeleri” adlı kitabında -kısacık bir kitaptır- yabancı ülkelerin hukuk başlangıcı kitaplarında, kişinin çeşitli konumları; yani alacaklı, borçlu, il-

<sup>9</sup> [http://nfs.sparknotes.com/hamlet/page\\_102.html](http://nfs.sparknotes.com/hamlet/page_102.html) “POLONIUS (aside) Though this be madness, yet there is method in ’t”...



gili taraf, ödevli, mükellef, bütün bu konuları idare hukuku bakımından açıklamıştır. Zira öğrenciler bizde olduğu gibi İtalya’da da medeni hukuka ait olduğu sanılan aslında hukukun bütün alanlarında geçerli bu kavramları ihmal ettikleri için idare hukukunda zorlanıyorlarmış. Bana, “İdare hukukunda yöntem nedir, metot nedir?” diye sorarsanız, aslında bu kavramları bilmekten geçer derim. Sandulli ne yapmış? Sandulli, idare hukuku yönteminin yahut metodunun, idari işlerin yapılışına ilişkin kuralların dışa yansıtılmasıyla idare hukukunun tümünü ısıttığını iddia etmiştir, yani “İdari işlem kuralları veya o tür bilgilerin idare hukukunun tümünü kucaqlayabilecek genellik özelliği vardır” demiştir. Yani Sandulli’nin büyüklüğü buradan gelir. Fransızlarda çok çeşitli yeni isimler var. İşin garibi, Fransızlarda prosessualist gelenek Alman hukukundan doğmuştur. Mesela Adolf Merkl bir Avusturyalı hukukçudur ve idare hukukunu tamamen metot olarak görmüştür. Alman idare hukukçuları içinde çok büyük prosessualistler var; ama İtalyan usulcileri tamamen Alman doktrinin izdüşümüdür, açılımdır ve Almanlardan çok farklılaşmıştır zaman içinde. Bu çok ilginç bir şeydir. İtalyanların etkilediği herhangi bir alt sistem yok bildiğim kadarıyla, Fransızlar hiç etkilenmemiştir. Fransız idari usul anlayışı tamamen iptal davasından idari işlerin aleyhine dava açabilmek için pratik kategoriler, sebep, şekil vesaire, idari işlemin beş unsuruna dayanır. Böyle bir şey yok aslında. İdari işlemin bin tane unsuru var; niye beş tane olsun? Ama beş tanesinden formula üretilmiş, yani beş kalıpta dava açmış. Formula lafını niye söyledim? Roma hukukunda dava açabilmek için, ağzına geleni dilekçeye yazamıyorsun. Ne davası açacaksan onlar belli ve buna formula deniyor. “Ben filanca. Bir kişi benim ineğime el koymuştur. Bu el koymanın kaldırılmasını istiyorum.” Bu arada başka bir şeyi işin içine kataramazsınız, formula buna müsaade etmez. Yunanistan’da, idare hukukunda formula uygulanıyor. Ben, Batı Trakyalı avukatların eğitiminde çalıştım. “İyi, ama hocam, biz bunu yazamıyoruz.” Niye yazamıyorsun? “Yok, bizde böyle bir şey yok, yazamayız. Hâkim okumaz.” Çünkü formulada, size bir soru kâğıdı veriyorlar, o soruları dolduruyorsun. “Şu sorular da var, onlara da yazayım” diyemiyorsun yahut ona ilişkin kutu yok. Formulada olmadığı için dava konusu edemiyorsun. Demek ki, yöntem buralara kadar sirayet ediyor. İşin tuhaf tarafı, idari usuldeki yöntem, Fransa’da idare hukukundaki idari usul idari yargının yansımından ibarettir, kendine özgü orijinal bir usul yoktur; ama İtalyan hukukunda ve Alman hukukunda yargıdan bağımsız idari usul teorisi var. Yani aradaki farklılıklar bunlar. Türkiye’de, “Sen ne taraftansın?” meselesi. O zaman, Türkiye’de siz kendinize göre bir kavram çerçevesi oluşturarak kendi sisteminizi izah edin. Bakalım ne olacak? Yani bir doktrini transposer edemezsiniz. Kanunları ediyorsunuz, ama doktrini edemezsiniz. Doğru olmaz bu.



Avrupa Konseyi, idari usulle ilgili yapılması gereken birtakım ön adımlarla ilgili çalışmalar yapıyor. Bütün Avrupa hukuklarını ortak hukuk haline getiriyor; yani Avrupa ortak idare hukuku anlayışı var yıllardan beri, bir de küresel idare hukuku anlayışı var. O gerçi usullerle ilgili değil, ama ister istemez kısmen usullerle ilgili. Dolayısıyla ortak bir global metodoloji var, bu da var; ama dediğim gibi, bu bir inşa meselesi. Bütünden ne anlamak gerekiyor? Miele'in yaptığı, Bonnard'ın (Roger Bonnard,1878-1944) yaptığı ve kafiyeli olarak Onar'ın aldığı, idare karşısında ferdin durumları meselesinde, tamamen bir kimsenin hak ve ödevli konumları ve bununla ilgili yan konular söz konusudur. Mesela Hohfeld, 4 bakışumlu olumlu, 4 bakışumlu olumsuz çift yapmıştır, 16 çift yapmıştır. Bonnard 4 bakışumlu çift yapmıştır, *İdarenin Kamu Hizmetleri Önünde Ferdin Hukuki Durumu* diye Siddık Sami Onar kitabında, bu tasnifi Bonnard'dan almıştır, bunu biliyorum. Bonnard nereden almıştır, onu bilmiyorum. Bir şema içerisinde, bir kimse alacaklıysa ne gibi üstünlükleri vardır? Ne gibi ilişkileri vardır, alacaklının ilişkileri, borçlunun ilişkileri, mükellefin ilişkileri, serbest durumda olanın ilişkileri, say sayabildiğin kadar. Bunlar çeşitli yazarlar tarafından çeşitli şekillerde özel hukukta ele alınmıştır. Çok var örnekleri. İdare hukukunda az örnek var. Dediğim gibi, Bonnard da bunlardan biri. Ama çağdaşlar fazla ilgilenmiyor. Bizde mesela bireyin kolluk hizmetleri karşısındaki konumu acaba kaç konum olabilir? Bunları tartışabilmemiz için ortak okuma yapmamız gerekiyor. O zaman, bu ortak okumayı önce okuduğunuz idari hukuku kitabından yapın, yani bir daha okuyun. Kitaplar bir daha bir daha okunmak için yapılmıştır.

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Eleştirel okuma yapmak lazım. Burada çok enteresan başlıklarımız var hocam; bunlar hakkında kısa kısa açıklamalar buyurur musunuz?

**Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU-** Metod gidilecek yol demek. Buradan bir şiir okuyayım. Antonio Machado önemli bir İspanyol şair. Türkçesini söyleyeyim, ama İspanyolcası çok ahenkli. "Yolcu. Bunlar ayak izleri". Adam yürürken, herhalde Ay'da yürüyen adam gibi kaybolmuş, "burada biri daha mı yürüdü daha evvel" diye düşünüyor. O iç ses konuşuyor. "Hayır, bunlar senin ayak izlerin..." Hiç kimsenin ayak basmadığı bir yerde yürüyor. O yolcu insan, soyut insan. Yolcu sonsuzluğun içinde yürüyor, adam paniğe kapılıyor, geri döneyim diyor. Burada iki-üç tane iz var; bir böyle gitmiş, bir böyle gelmiş. "Bunlar senin ayak izlerin, sen biraz önce bu izleri bıraktın. Senden başka kimse yok ki. Bunlar senin ayak izlerin" diyor. İşin daha vahimi, yol diye de bir şey yok. "Yolcu, yol yok." Bir daha vurguluyor. Gidilecek yol yok. Bu, pesimistik, nihilistik yaklaşım. Yani insan, evrenin içinde nereye gideceğini bilmeyen bir varlıktır; oraya da gitse olur, buraya da gitse olur. Yol denilen şey onun ayak izleridir.

O zaman metodoloji bizim uydurduğumuz anarşik çizgilerdir, dolayısıyla kendisiyle çelişen bir durum mudur? Hayır öyle değildir. Peki onu kalıba sokan, düzenli, rasyonel hale getiren şey nedir? Bizi hizaya sokan değer hükümleridir, amaçlarımızdır. Yol diye bir şey yok değil. Amaçlar var; amaçlara doğru yürüdüğümüz şey yol. Bu, aslında çok ciddi bir sorundur. Machado aslında nihilistik bir adam, postmodern görüş de böyle. Yolcu sağa sola gidiyor, bakıyor, oraya gidiyor, orası yoldur diyor, karnını doyuruyor, ondan sonra başka yere gidiyor. Postmodern durum bu. Bir de düzenli, aklın üstünlüğüne inanan, Aydınlanmadan bu yana, pusulayı sapıtmadan önceki durumumuz, akılcı yaklaşım amaçlara değer veriyor. Yani Kant'ın, "Değişmez, mutlak amaçlar, kategoriler vardır insan düşüncesinin temelinde" demesi sebepsiz değil. Bu amaçlara göre biz durumumuzu tayin ediyoruz. Tabii, hukukun dini kökenli olduğunu hiçbir zaman unutmayın. Amaç, hayatın amacı, onları düşünmek gerekiyor. Bu da bir hiyerarşi gerektiriyor, bu temel değerlerin arasında bir sıralama gerektiriyor, bir seçim sorunu gerektiriyor. İşte bütün bunlar metodolojiyi oluşturuyor. Kelsen diyor ki, "Belli bir amaca varmak için ne yapmam gerekir? Biz de diyebiliriz ki, ne yapayım ki o amacı elde edeyim, ne yapayım ki bu güzel kızın gönlünü çalayım?" Bir güzel hediye al, onunla sık sık karşılaşmaya çalış. Bu metot işte. Machado böyle yapardı, bu kadar bedbaht olmazdı.

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Aynı zamanda bir tane yol olmadığını da gösteriyor bu; amaca ulaşan birçok yol olabilir.

**Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU-** Russell, "Cambridge'e giden en kısa yol hangisi?" deyince, bakkal, "Bilmiyorum. Çünkü kısa yol hangisidir, ölçmem gerekiyor" diyor. Düz bir bakkala birisi geliyor Chambridge yakınında, "Chambridge'e giden en kısa yol hangisidir?" diyor. Çünkü birkaç tane yol var, adam kısa yoldan gitmek istiyor. "Ben bilmiyorum" diyor bakkal. "Yahu, 40 yıldır burada oturuyorsun; nasıl bilmezsin" diyor. "İyi, ama ölçmedim ki en kısa yolu" diyor. Russell'in *Hakikatin Anlamı* adlı kitabında, en başında, ikinci ya da üçüncü sayfada "signification of the truth" kısmı var. Tavsiye ederim, çok çarpıcı. Metot konusunda okuma yapmak istiyorsanız, Bertrand Russell'in bu kitabını biraz karıştırın. Bence çok akla şifa verecek bir sürü malzeme var içinde. Normativizmin ne olduğunu anlamak için Kelsen'i muhakkak okumak lazım. Bence doktrin tarihini, insanların neler yaptığını okumamızda büyük yarar var. Onları soyut varlıklar olarak gökten zembille inmiş, düşüncelerinin değişmez, büyük şeyler olduğuna inanmak, hele bu inancı yıllarca sürdürmek, bence büyük hatalardan birisidir.

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Özel hukuk idare hukuku ilişkisi?

**Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU-** İyi bir şeye temas ettiniz. Özel hukuk-kamu hukuku ayırımı siyasi bir ayımdır. Böyle bir şey yoktur; özel de, genel de ay-

nıdır, yani çok fark etmez. Çünkü biçimsel bir kalıptan ibarettir. Araçlar her yerde kullanılır; yani Peugeot için kullanacağım somun anahtarıyla Mercedes'inki fark etmez, 14 numara hepsindeki 14 numaralı somunu açar. Yani hukuk metodolojisi de budur. Dolayısıyla “Özel hukuk kamu hukukundan niye farklıdır” meselesini sorgulamak gerekir. “Ben bunu bir kitapta iki paragraflık bir şey olarak okudum. Aslında bilmiyorum” diyen var mı? “Özel hukuk kamu hukukundan niye ayrıldı, ben çok iyi bilirim” diyen var mı? “Özel hukuk-kamu hukuku ayırımı ciddi bir şeydir, esasları vardır, hukuk bilimi açısından önemli bir konudur. “Her şey kamu hukukudur. Kamu hukuku her şeyin üstündedir” mi diyoruz, “Her şey idare hukuku olmalıdır” mı diyoruz. Bu telakkiler nereden geliyor? Özel hukuk-kamu hukuku ayırımı kalkarsa, Güneş'in veya Ay'ın yörüngesinde bir değişiklik olur mu? Bunları değerlendirmek lazım. Hukuk metodolojisi kalkarsa aklımızı yitiririz, düzgün düşünemeyiz; ama özel hukuk, kamu hukuku kalkarsa ne olur, ne gibi sonuçları olur, bunu iyi tartmak lazım. Tabii, Kelsenci bir yaklaşımla, “Bütün anahtarlar bütün araçları açar” demiyorum; ama bir ölçüde öyle, itiraf edeyim ki öyle. Kamu-özel ayırımı gibi, adli yargı-idari yargı ayırımı var. Madem burada monolog yapmıyoruz, mesela bir arkadaşım bana, adli ve idari yargı ayırımının ne olduğunu anlatabilir mi? Bu konuda görüşü olan var mı? Lütfen açıklasın. Size bu nasıl anlatıldı, siz bundan dolayı mutlu musunuz? Perihan Şahin, Necdet Şahin kararını okudunuz. Kamu hukuku-özel hukuk ayırımı eski, tarihi bir olay, jus publicum-jus privatum ayırımı. Roma hukukunda neydi, ondan sonra ne hale geldi; Fransız İhtilalinden sonra, “İdare hukuku kamu hukukunun ortak hukukudur, mutlaka olması gerekir” görüşü neden çıktı; Avrupa Konseyi idare hukukunu niye önemsemi, komünistlikten liberalliğe geçen ülkelere idari yargı mecburiyetini niye yükledi, hangi amaçlar vardı, bunları anlatmak gerekiyor. İki alan arasında geçişme hep olur, hep olmuştur. Son zamanlarda kamudan özele kaçış; yani özelin alanının genişlemesi, kamunun daralması diye düşünülüyor. Yerine göre doğru veya değil, çok da önemli değil bu. Bence daha önemli olan, idari yargı-adli yargı ayırımı nedeniyle aynı kanunu taban tabana zıt yorumlayıp, kamuoyunda bu şeyin adaletsizlik duygusu yaratması giderilmesi gereken bir şey. Anayasamızda bu adli yargı-idari yargı ayırımından doğan olumsuzlukları giderebilecek telafi hükümleri öngörölmüş müdür? Bir tanesi Uyuşmazlık Mahkemesi'dir, Uyuşmazlık Mahkemesi nedir, uyuşmazlık sistemi niçin var; niye Amerika'da yok, niye İngiltere'de yok, niye bizde var, niye Fransa'da var? Peki, uyuşmazlık mahkemesi çok mu yoğun?

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Bu bir varlık-yokluk problemi mi, yoksa bir dönüşüm problemi mi?

**Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU-** Eskiden, yani Fransa'da idari yargının görev alanını adliye karşı korumak için uyuşmazlık tahsis edilmiştir ilk olarak.

Ama Türk milleti 1971’de bunu değiştirdi, adli yargıyı idari yargıya, idari yargıyı askeri yargıya, askeri yargıyı diğer ikisine, hepsini birbirine karıştırmaya çalıştılar. Bunun teorik sonuçları konusunda kimse bir Şey yazmadı; çünkü uygulamada bu, hiçbir kimsenin umurunda değildi. Avrupa Konseyi diyor ki, “İdari yargı devletin yargılandığı sistemdir. Hukuk devletini gerçekleştirmek için en iyi usul budur. Dolayısıyla yeni yetişen devletlere bunu tavsiye ediyoruz; idari yargı kurun.” Devletin yargılama başlıkları alanı en aza indirilen sistem idari yargıdır. Bu bakımdan idari yargının ayrı olması önemli bir Şeydir. Yani sebebi bu. Ama bunlar hukuk metodolojisi yahut hukuk tekniğiyle ilgili değil, hukuk siyasetiyle ilgili.

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Söz almak isteyen var mı? Buyurun.

**Katılımcı-** Ben Fatma Betül Damar, Ankara Üniversitesi İdare Hukuku Anabilim Dalında araştırma görevlisiyim. Siz konuşurken, aklımda pek çok soru işareti uyandı. Toparlamaya çalışarak soracağım. Umarım başarabilirim. Özellikle bu adli yargı-idari yargı ayırımı, özel hukukun uygulanması hususu kritik bir sorun aynı zamanda, sadece teoride kalan bir husus değil. Bugün Anayasa-da da buna yönelik düzenlemeler yapılacak. Geçen haftalarda Ankara Hukuk’ta 3 günlük bir sempozyum süreci vardı; bu da çok tartışıldı. Bedensel zararların hangi yargı yolunda çözüme kavuşturulacağı, buna ilişkin prosedür çok tartışıldı. Özel hukukçular vardı, kamu hukukçuları vardı. Pratik bir sorun olarak bu gündeme geldi. Ben, sizin konumunuzu öğrenmek istiyorum bu noktada. Hukuk diyoruz, tamam, çok sistematik gitmeyelim, ezber bozalım; ama pratik olarak da bir Şeylere özm bulmak zorundayız. Kanun koyucu bir sistemden hareket etmek durumunda. Bir ğreti olarak yorumlayabilmek için bir sistemden hareket etmek zorundayız. Daha da önemlisi, yargıç önüne gittiği zaman, belli noktaları dayanak alarak karar vermek zorunda. Örneğin Anayasa Mahkemesi’nin önüne gittiği zaman HMK 3, Anayasa Mahkemesi belli hukukları dayanak almak zorundaydı, adli yargı-idari yargı ayırımını dayanak almak zorundaydı, bunu dayanak alarak bir karar vermek zorundaydı, yani bir Şeylere dayanmak zorundaydı. Keza yapılan düzenlemeleri yorumlarken, tamam, ezbere hareket etmeyelim; ama belli kavramları kullanmak zorundayız. Bir nceki seminerin konusu kamu-özel ortaklığı konusuydu. Bunu değerlendirirken, kamu hizmetinin genel anlayışına, genel anlamına, bugüne kadar uygulanışına bakarak bir yorum yapmak zorundayız. Bu noktada, karşılaştığımız pratik sorunları nasıl özeceğiz? O açıdan fikrinizi öğrenmek istiyorum. Nasıl bir metodoloji belirlemeliyiz, öncelikle bir epistemolojik konum mu belirlemeliyiz bir kanunla karşılaştığımız zaman acaba? Bu çok kritik bir mesele. HMK 3 iptal edilmeli mi, edilmemeli mi? Yargının önüne gittiği zaman nasıl karar verecek? “Adli yargı-idari yargı ayırımı zaten pek işe yaramıyor, anayasal dayanağı da yok” mu demeliydi Anayasa Mahkemesi acaba? Nasıl

bir konum belirlemeliyiz? Yani “Pozitif bir bakış açısıyla hareket ediyorum. Kanunlar böyle, anayasa böyle. O zaman şöyle karar verebilirim” mi diyeceğiz? Tabii hukukçu mu olacağız? Türkiye’de böyle bir problem var hocam maalesef? Pozitivist bile olamayan bir ülkeyiz. Yani şöyle: “Tamam, anayasa böyle, kanunlar böyle. Hukuk dışı hiçbir etmen girmesin devreye, sadece kanunları uygulayalım” bile diyemiyoruz. Kanunları da çok farklı yorumluyoruz, çok farklı uyguluyoruz. Sizin bahsettiğiniz metodoloji bununla ilgili sanıyorum. Bu noktada sizin görüşünüzü öğrenmek istiyorum. Nasıl bir bakış açısıyla yorumlamalıyız bu olayları?

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** soru şu şekilde olabilir mi: Özel hukuka yaklaştığı ölçüde varlık nedenini mi yitiriyor idare hukuku?

**Katılımcı-** Tabii, öyle bir sonuç da doğuruyor muhakkak.

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Yani buradaki kararınıza göre pratikteki şeyi değerlendirmek lazım belki.

**Katılımcı-** Bunu Ahmet İyimaya dile getirdi. Ahmet İyimaya da orada bir sunumda oturum başkanıydı. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nin görev alanını iptal ettiği için Anayasa Mahkemesi, “Onu devre dışı bırakıp, bu düzenlemeyi yeniden yapacağız” dedi. Sadece o devre dışı kalacak artık, dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin elinde iptal etmek için bir gerekçe kalmayacak. Hatta Anayasa Uzlaşma Komisyonunda bu konunun...

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Ahmet İyimaya çok açık bir biçimde gerekçeleriyle birlikte onu dile getiriyor. O toplantıda idare hukukçuları da vardı, onlar ne dediler?

**Katılımcı-** Toplantının bir önceki oturumunda idare hukukçuları vardı. Ahmet İyimaya’nın katıldığı oturumda usulcüler vardı, özel hukukçular vardı. Bu adli yargı-idari yargı ayırımının temelindeki özel hukuk-kamu hukuku ayırımını orada çok net gördük. Olaylara bakış açısı çok çok farklıydı. Bu ayırımın pratikte yansımaları da çok iyi gördük. Ahmet İyimaya’nın bu tezine karşı, Metin hoca, idari yargının anayasal dayanakları olduğunu düşünüyor, Askeri Yüksek İdari Mahkemesi devre dışı bırakılsa da bunun yapılamayacağını söylüyor. Ancak, Anayasa Uzlaşma Komisyonunun şöyle bir planı da varmış: “Karar koyucu istediği davaları adli yargıya, istediği davaları idari yargıya götürebilir” şeklinde bir hüküm eklemek noktasında da uzlaşmışlar sanıyorum. Bunu getirdikleri zaman neye dayanacak mesela, bunu öğrenmek istiyorum. Bilmiyorum, pek çok soru işareti kafamda dolaştı.

**Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU-** Meslektaşımı da çok takdir ettim. Mesleğe yeni başladığı halde bu kadar güzel, tutarlı bir konuşma yapan bir insan. Çok ümit verici bir şey. Çok mutlu oldum. Ben 40 senedir bu işin içindeyim. Dolayı-

sıyla beni bağışlayın, böyle tepeden konuşmamı. Artık insanları konuşmalarından tanıyabilirim. Az değil 40 sene. Siz iyi bir hukukçusunuz. Sizi kutlarım. Ama sorunuzu duyduğumu söyleyemeyeceğim. Benim bir kulağım sağır. Dolayısıyla ses çok zayıf geldiği için duyamadım. Aydın hocam bana tercüme etti.

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Bir yandan iyi bir hukukçu olduğunuzu anladınız hocam.

**Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU-** Kesin. İyi hukukçu olmasa bu kadar uzun konuşabilir mi? Mümkün değil. Ayrıca, konu son derece önemli.

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Bu konuda 2 sene önce Fransa’da yapılan sempozyumun kitabı da basıldı. Adli yargı-idari yargı ayırımının pratik gerekleri çerçevesinde, giderek daha fazla adli yargıya ve özel hukuka yer veren kanunların çıkması karşısında bir hukukçunun alacağı pozisyon -sadece idare hukuku açısından da değil- bunun pratik ihtiyaçları karşılamak bakımından elverişliliğini mi değerlendirmek lazım; yoksa bunu esasında bir hukuk yaklaşımı bakımından tamamen bir ray değiştirme, eksen kayması olarak mı ele almak lazım?

**Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU-** Kitaplarımızda büyüğümüzün yazdığına göre, her iki alanda korunan menfaatler farklıdır; birisi eşitler arası, öbürü eşitsizlikler arası, güçsüzün güçlüye karşı korunması vesaire. Bu iş hukukunda da var. Karma hukuk dedikleri şey, aslında kamu-özel ayırımının tutarlı olmadığını gösteriyor. Niye karma hukuk oluyor, karma hukuk denilen şey nedir? Karma hukuk, kendi bünyesinde kamu hukuku tekniklerini ve özel hukuk tekniklerini aynı anda kullanan, barındırdığı söylenen hukuk. Çevre hukukunda, özel ve idare hukuku var; rekabette, ekonomi, hukuk, özel, kamu hukuku vesaire, hepsi var deniliyor. O zaman, giderek karma alanların çoğalması, kamu-özel ayırımının bilimsel olarak iyi ortaya konulamamış olmasını gösteriyor. Kamu-özel ayırımında esas şey, idari yargının kapsayıcılığı bakımından önemli, devletin denetimi bakımından önemli. Bu ayırımın siyasi faydaları vazgeçilmez değer taşıyor. Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu bunu böyle koydu. “Buna hiçbir değer vermeyelim, özel hukuk olsun” vesaire, bunlar geçerli değil. Mesela biz, Amerika’nın bir fakültesiyle ortak telekonferans yaptık internet üzerinden. Amerika, onayladığı bir sürü andlaşmanın denetim sistemini kabul etmiyor. Amerikan Senatosu, Amerikan hukukunun uluslararası yargı mercileri önünde yargılanmasını reddediyor. Bana sıra gelince, ben de onlara bunu sordum. Cevap ne oldu, biliyor musunuz? “Amerikan Anayasa Mahkemesi yeryüzünde olabilecek en iyi mahkemedir. Dolayısıyla başka mahkemeye ihtiyacımız yok”. Dehşet içinde kaldım. Çok ilginç bir şey.

Buradan şuraya geleceğim: Siz iç hukukunuzda yargı birliği içinde kapsayıcı denetim yaratabiliyorsanız, kamu-özel ayırımı ne içindir? Korunan menfaat-



lerin farklılığı bakımından teknikler değişir. Bunlar hikâye, tamamen siyasi şeyler. Hukuk hâkimleri, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi çok güzel idare hukuku yapar; çünkü okuyorlar. Danıştay da çok iyi özel hukuk uyguluyor. Niye uygulamasın ki? Ama şu var: Çocuk hâkimi çocuk suçları konusunda, trafik hâkimi trafik suçunda, ticaret hâkimi ticaret suçunda. Çünkü o mevzuat, onunla ilgili kararlar bir yığın oluşturuyor ve onda pişmek gerekiyor. O bakımdan, ihtisas mahkemeleri tamam; fakat hukuk tekniğinin ayrıştırıldığı iki ayrı yargı düzeni, bunlar bana bilimsel tutarlılıktan uzak geliyor. Buna göre tamamen siyasi. Avrupa Konseyi de bunu açık açık söyledi zaten.

**Katılımcı-** Buna yönelik birikimin tamamen devre dışı bırakılıp, bu söylediğiniz pratik sonuçların gerçekleşmesi; yani “İnsan hakları korunuyorsa, tamam, o zaman yargı birliği olsun” diyebileceğiniz düzeyi yaratmanız mümkün mü artık şu andan itibaren?

**Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU-** Teşekkür ederim. Yargı birliği olan sistemlerde denetim alanı zayıf. Onun için Avrupa Konseyi bunu reddediyor. Dolayısıyla siyasi mesele. Türkiye’de yargı birliğini savunan görüşler var; bunlar hükümetin idari yargıdan rahatsız olmasının sonucu, hepsi bu. Ama yazarsanız, bu işler nereden gelmiştir, siyasi tarih veya siyaset bilimi açısından yazarsanız çok yararlı olur. Bununla uğraşmayın demiyorum, yanlış anlamayın. Pekâlâ, bir kuramcı olarak, “Yargı birliği içinde kapsayıcı denetim mümkündür” diye bir sistem oluşturabilirsiniz kendiniz, bu da sizin teoriniz olur. Niye olmasın? Böyle bir şey yapılabilir, savunabilirsiniz.

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Hocam; müsaade ederseniz, ben sizin görüşünüzü açıklayayım. Hoca, esasında bu ayrımı, devletin daha etkin yargılanabilmesi bakımından; yani özel hukuk mu, kamu hukuku mu uygulanacağı meselesi bakımından değil; daha etkin yargılanabileceği açısından ele alıyor. Öyle olduğu için de adli yargıda devlet daha etkin yargılanabilecekse, sonuçta yine işlevini yerine getirmiştir diye bakıyor; fakat satır aralarında da hep özel hukukun daha etkin yargılama için elverişli olmadığına dair düşüncelerini ortaya koyuyor.

**Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU-** Çok haklısın. Denenmiş şeyleri denemeyin, yani bu dünyada denenmiş. Devlet yargılamadan kaçır, çünkü yargının sahibi o. Düşün ki, İstanbul’da eskiden konak sahipleri vardı; bu konak sahipleri, mahalleye giren meymenetsiz, yüzünden iyilik akmayan şüpheli tipleri yakalayıp, yargılayıp dama atarmış, kendi atlarının bulunduğu dama atarmış. Dama atmak o, hayvanların yanına atıyor. Mahallede ne arıyor, niyeti ne, maksadı ne? 19. yüzyılda bu uygulama var. Fakat hiçbir konak sahibi diğer konak sahibinin çocuğunu yargılamamıştır veya kendi çocuklarının yaptığı ne kadar melanet varsa güme gitmiştir, yargılamamıştır; ama mahalleye giren uğursuzları yargılamıştır.

Bu kadar basit. Aklın yolu birdir. Netice itibarıyla devlet kendini nasıl yargılar? İdari yargının dilemması bu. Hauriou'nun bir lafı var; "juge l'administration c'est encore administrer" yani yargılama da idareye dâhildir. Fransız hukukunu, "Türkiye'de aynen böyle olmalıdır" diye savunmak son derece saçma bir şey; ama Fransa'da ahval onu gerektirmiştir ki, hakikaten Fransız idari hâkimi idareyle etle tırnak gibidir ve bir yazılı olmayan hukuk vardır. Hükümet tasarruflarını mesela büyüklerimiz bize nasıl anlattı? Ben anlamadım doğrusu. Çünkü hükümet tasarrufu Conseil d'État'nın "bir gün beni kapatırlar" diye korkudan çıkarttığı bir şeydir.

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** İsmet Giritli çok etraflıca yazdı bunu.

**Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU-** Evet, yazdı. Hukuk fakülteleri daima bayaş şeyleri incelemekle övünür; yani normatif metot uygulayanlar hayata yabancıdır. Onlar "Biz hayatın bir problemini çözüyoruz" derken, yine kendi normatif döngüleri içinde birtakım şeyler söyler. Siz hayatın sorunlarını çözecek yöntemle sahip misiniz, yani neyi kestirebilirsiniz bu şekilci yaklaşımınızla? Burada da bence bir metodolojik hata var. İnsanın böyle şeylerle vaktini israf etmesi hazin.

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Buyurun.

**Katılımcı (2)-** Adli ve idari yargı ayırımının teorik olarak kalkması gerektiğini savunuyor Tekin hocamız.

**Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU-** Kalkması gerektiğini savunmuyorum. Bu bir tarihî gerçek. Böyle bir şey var, hep de bunu okutuyorlar, böyle okutuyorlar. Sebebi bu. Kalksın, kalkmasın, bu siyasi bir tercih. Siz karar vereceksiniz, ben karar vermiyorum.

**Katılımcı (2)-** Teoride kalkması gerekirse, yani yargılamada birlik olmalıysa, günümüz konjonktüründe değerlendirsek, pratikte ne kadar uygulanabilir bu? Yani farz edelim ki, adli ve idari yargı ayırımı kalktı.

**Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU-** Amerika'da idari yargı yok diyorlar; var. Amerika'da idare hukuku var, Amerika'da yargı birliği de var. Amerika'da, idarenin denetimi meselesinde çok ince formüller var, yaratılar var. Amerikan doktrini okumuyoruz. Amerikan idare hukuku önemli. Ama Fransa'nın da idare hukuku var, onun da kendine göre özellikleri var. Bu demek değildir ki, yargı birliği olan yerde denetim alanı dardır, çok kötü gider, insanlar mahvolur. Böyle bir şey demiyorum ben. Faruk Erem 1974'te yargı birliği olsun çatışan hükümler olmasın dedi, Faruk Bey hiçbir zaman "İdari yargı kalksın" demedi ki. Demek istediği şeydi: "Aynı çatıda toplansın ve bir supreme court bunun üstüne çıksın." Anayasa Mahkemesi düşünüldü, 61 Anayasasıyla Anayasa Mahkemesi kuruldu. Anayasa Mahkemesi kurulurken, "Başkanı Yargıtay'dan mı, Danıştay'dan mı olacak?"



meselesinde tartışma olmuştur. Dolayısıyla ister istemez Yargıtay'la Anayasa Mahkemesi arasında yapay, suni "husumet" oluştu. Ondan sonra "Anayasa Mahkemesi idari ve adli yargı arasındaki ihtilaflara çözüm merci olsun" deyince, birbirleriyle olan bu eski şeyin de bir katkısı olsa gerek, "Hayır, olmaz. Beni Ahmet Cevdet Paşa kurdu, dolayısıyla ben Cevdet Paşa'nın mahkemesiyim. Ben daha eskiyim, benim çatımda birleşsinler" demiş gibi. Danıştay da aksi görüşte. Bir de yaşayan hukuk var. Hukuku uygulayan insanlar arasında ister istemez gizli bir rekabet vardır. O yüzden, Anayasa Mahkemesi Amerikan Supreme Court'u olamadı. Olsaydı iyi olurdu, idari yargı da kalkmış olmazdı. Hakiki görüşümü istiyorsanız, görüşüm bu. Bir idare hukukçusunun bindiği dalı kesmesi, "Danıştay kalksın, hepimiz Yargıtay'a gidelim" böyle söylemek olur mu?

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Adli yargı yerleri de kullanıyor olsa idarenin daha etkin denetimi için, idare hukukunu kullanarak, para cezalarında olduğu gibi iyi bir sınav vermiş olsaydı, bu ihtimal daha gündeme gelebilirdi. Ama bakıyorsunuz, özellikle Uyuşmazlık Mahkemesi zikzaklar çizdiği için, aynı olaydan ötürü iki ayrı şirket para cezası alıyor, adli yargıya gittiğinde hukuka uygun bulunuyor; idari yargıya gittiğinde, bir uzvundaki sakatlıktan ötürü iptal edilebiliyor. O zaman, idari para cezasının yargısal denetimine ilişkin adli yargının yeterli bir güvence teşkil etmediği, işlemin unsurları bakımından bakmadığında, yetkili yer mi yapmış, sebep gösterilmiş mi, yazılı olarak tebliğ etmiş mi vesaireye bakıp bir karar verdiği takdirde, etkin bir denetim yaptığından bahsedebilmek mümkün değil. Hâlbuki Fransa'da, "Adli Yargı Kararlarından Ortaya Çıkan İdare Hukuku İlkeleri" diye hazırlanmış tez var. Dolayısıyla adli yargının da idare hukukuna katkıda bulunabilecek bir sürü alanı var; mallardan tutun da sorumluluk usullerine dair.

**Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU-** Hocamız çok güzel söyledi. İdari yargı bunca yıllık müessese; niye kalksın ki? Ama iki sistem arasındaki çatışmaları önleyecek yöntemler var. Anayasa'da, mesela Sayıştay'la Danıştay kararları arasında bir çatışma olursa, idarenin Danıştay kararına itibar etmesi gerektiği yazılıdır. Mesela bu bir çözüm şeklidir. Bunun gibi birçok antinomy giderme usulleri vardır. Yani bir şeyler bulursun.

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Hüküm uyuşmazlığını biraz daha kolay hale getirirsin.

**Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU-** Şahin kararı ile ortaya çıkan sorunu çözmek için Uyuşmazlık Mahkemesi'ne görev verilebilir. Tabii, hüküm uyuşmazlığı dar anlaşıldığı için bu mümkün olamıyor. Ama hüküm uyuşmazlığı olarak değil, iki sistem arasında kanunu yorumlama meselesi olarak.

**Katılımcı (3)-** Ben şunu merak ediyorum: İdarenin, özel hukuk sözleşmelerinde konulan tahkim şartıyla aslında yerel hukuk düzleminden çıkıp, bir tahkim komisyonu çerçevesinde uyuşmazlıkların çözülmesi. Mesela adli yargı-idari yargı ayırımı ortadan kalksa, acaba tahkime daha mı az gidilecek? İleride daha da fazla uyuşmazlığın idari yargıdan çıkıp -ki, günümüzde de bunun böyle olduğunu görüyoruz aslında, tahkime gittiğini- ileride idari yargı varlığını sürdürse de, tahkim karşısında daha ne kadar efektif olarak varlığını sürdürebilecek? Ben bunları merak ediyorum.

**Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU-** Siz söyleyin lütfen.

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Tahkim alanı karşısındaki idare hukukunun daralması biraz idare hukuku uygulamasının geçmişinden kaynaklandı. Hukuki bakımdan bir güvenlik ve istikrar sağlayamaması nedeniyle yabancı yatırımcıların idare hukukuna itimatsızlık duygusunun yoğunlaşması, tahkim konusunda özellikle uluslararası sözleşmelerde gündeme geldi. Hukukiliğini de şimdiden geriye doğru bakıldığında değerlendirmek lazım. Belki ta kamu yararı kavramının doğru anlaşılıp anlaşılmamasına kadar gidebilir. Kamu yararı mıdır yoksa haklı olana hakkın verilmesinde mi kamu yararı vardır? Siz, idarenin mali çıkarında kamu yararı görürseniz, yatırım yapmak için gelmek isteyenler tahkimi icbar ederler; siz de yabancı sermayeye muhtaçsanız, çekmek istiyorsanız, tahkime açık bir sistem haline getirirsiniz.

**Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU-** Meslektaşım; siz nereden katılıyorsunuz?

**Katılımcı (3)-** Hukuk fakültesi 4. sınıf öğrencisiyim.

**Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU-** Çok güzel bir soru bence. Tahkim, tamamen tarafların seçtiği usul, tarafların uygulanmasını istediği, yani tarafların hiperaktif olduğu bir sistem. Tahkim hakikaten çok orijinal bir şey. Ama aslında tahkimin ilerisinde yatan temel düşünce, devletin yargılamasına ihtiyaç olmadığı meselesidir, yani “law without state”, “Merchant law” görüşünün bugüne uzantısıdır. Tahkim de budur, bugün için budur.

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Tam tersine, idari uyuşmazlıklar tahkimi değiştirdi. Mesela Telsim tahkiminde, Turkcell tahkiminde, Avea tahkiminde, ara bağlantıyla ilgili, tahkim heyeti, “Bu, tarafların özel hukuka dayanarak çıkarttığı bir uyuşmazlık değil, idari yargının kamu gücüne dayanarak yaptığı bir yönetmelikten kaynaklandı. Dolayısıyla tahkimin görev alanına girmez” diye, tahkimin esasında natürünü değiştiriyor. Dolayısıyla bence, tahkim idare hukukunu değiştirdiği kadar, idare hukuku da tahkimi idari uyuşmazlıklarda değiştiriyor. Bu, kayalar ve rüzgâr gibi. Rüzgâr bile bir kayaya şekil veriyor.

**Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU-** Uygulamayı bilmeseniz, bu sonucu nereden çıkarırsınız, Kelsen okuyarak mı? Demek ki, yaşayan hukuk anlatıyorsunuz.

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Buyurun.

**Katılımcı (3)-** Aslında baktığımızda, daha öncesinde devletin kamu hizmeti olarak gördüğü alandan çekilip, bunu imtiyaz sözleşmesiyle özel şirketlere devretmesi ve bunun neticesinde sözleşmeye tahkim şartıyla bunun denetiminin aslında idari yargıdan da çıkması. Yani devletin öncesinde kamu hizmeti olarak gördüğü belki de hassas bir alanı, tam anlamıyla yargıdan da çekilmesiyle, aslında vatandaş daha az güvence altında olmuyor mu artık? Çünkü daha öncesinde bu hizmet kamu hizmeti olarak devlet tarafından ifa edilmekteydi, ama artık yargıdan da çıkıyor. Bunun alternatif yolu ne olabilir? Acaba bizler, tüketiciler, vatandaşlar tahkimle yeterince korunabiliyor muyuz? Belki de idari yargıda kalması bizler için daha bir güvence olabilir mi ya da buna alternatif ne olabilir?

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Tabii, sadece kamu hizmetinden çıkmış alanlarda değil tahkim, kamu hizmeti sözleşmelerinde de var. Bir de bütün uyumsuzluklar bakımından tahkimi tekeline vermiyor.

Hocamız, burada esasında çok önemli bir gündemi ortaya koydu. Herkes doğruluğunu sorgulamadan, bazı verileri idare hukukunun değişmez gerçekleri gibi sürekli tekrarlayarak, onlara bir meşruiyet sağlıyor veya güçlendiriyor. Esasında bir lahza olsun durup düşünmek lazım.

**Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU-** Normatif alan bilgilerinin çoğu, büyük bir çoğunluğun onların doğru olduğuna inanmasından ibaret olan bilgilerdir.

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** İnsanın kendisi belki meşruluk sağlıyor; ama bunları sorgulayabilmek bakımından da onları incelemeye, onlar üzerinde düşünmeye gerek olduğuna hiç kuşku yok. Birçok veri, ancak onlardan alınmış güçle tekrar sorgulanmayı gerektiriyor. Bu sefer, ilk yaptığımızdan tamamen farklı ve idare hukukunu çok teknik, mekanik bir iş gibi anlatmaktan farklı bir şey yaptık. Katıldığımız için çok teşekkür ederiz.

**EK 1: İDARE HUKUKU ÜZERİNE DÜŞÜNCELER... (HUKUK METODOLOJISİNİN İDARE HUKUKU ALANINA UYGULANMASI)**

-I-

**METHODOLGY**

1. "Methodology" kavramı	
2. "Hukuk dili" kavramı	
3. Dörtlü ayırım: tespit, usul, ikna, yorum	
4. İdare hukukunda tespit yada "fact finding"	
5. İdare hukukunda usul (preparation/ implementation)	
6. İdare hukukunda ikna (argumentation)	
7. İdare hukukunda yorum (interpretation)	

-II-

**SOURCES**

1. "Kaynak" kavramı...	
2. İdare hukukunun kaynakları?	
3. İdare hukukunun ortaya çıkışı...	
4. Fransız kuramları: kamu gücü – kamu hizmeti	
5. "Faydacı" idare hukuku...	
6. "Ahlâki" idare hukuku...	

-III-

**ULUSLARARASI İDARE HUKUKU**

1. Global administrative law?	Küresel idare hukuku
2. EU administrative law?	AB idare hukuku
3. CoE administrative law?	AK idare hukuku

## -IV-

## EĞİLİMLER/TRENDS

1. Gelgit: İdare hukukundan özel hukuka-Özel hukuktan idare hukukuna...	1a Genel ekonomik yarar hizmetleri- Services of general economic interest 1b Tahkim/Arbitration – Arabulucu/ mediation – Seçimlik yollar/ADR
2. Düzenleme (regulation)	
3. Özerkleşme (subsidiarity)	
4. Açıklık (transparency)	

**EK 2:** (Tekin Akıllıoğlu, *Hangi Hukuka Giriş*, İmaj Yay. Ankara 2015, 2. Baskı, s.279-281) Hukuk dilinde kullanılan başlıca üsluplar (biçem türleri) Dört hukuk yolu/ hukuki düşüncenin dört biçimi:

KONU	İŞLEV	ARAÇLAR	İLGİLİ ALAN
Olayların belirlenmesi (Statement/ establishment of facts)	Yeniden kurgulamak (rebuilding)	Kanıt (proof)	Olay (factum)
İkna (argumentatum)	Seçim (Choice)	Politika (policy)	Değerler (values)
Uygulama (implementation)	Hazırlık ve Yerine getirme (execution)	Usul (procedure)	Kurallar ve işlemler (norms & acts)
Yorum (interpretation)	Kuralı koymak (standart setting)	Karar almak (rule making)	Kurallar ve işlemler (norms & acts)

## 02. Açıklama:

1. Hukuki düşünce, hukuk diliyle kurulur/açıklanır. Bu açıklamada yapılan dörtlü ayırım, Perelman'nın “”Traité de l'Argumentation”<sup>10</sup> adlı yapıtında İkna (Argumentation) tekniklerini, diğerlerinden ayırmak için kullandığı gerekçelerden yola çıkılarak yapılmıştır. Perelman Traité'sinin birinci cildini (734 s.) baştan sona *Argumentation*'a ayırmıştır. Ona göre hukuk dilinin esasını *Argumentation* teşkil eder. Bu terim sözlüklerde “*ispat (kanıtlama) faaliyetleri*” biçiminde de yer almaktadır, ancak Perelman bu terimi hukukçunun görüşlerini karşı tarafa kabul ettirmek, onu ikna için sergilediği akıl yürütme/gerekçeleştirme

<sup>10</sup> Chaïm Perelman et Lucie Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'Argumentation*, La Nouvelle Rhétorique, 5ème éd. Edition de l'Université de Bruxelles, 1988, 1992, 2000. 734 p.

usulleri anlamında kullanmaktadır. Bu bağlamda Sokrates'in ve sophiste'lerin söylemelerinden bolca örnekler vermektedir. Perelmen'in açıklamalarından hareketle, ikna dışında üç yol daha bulunmuş sonucuna varılabilir: olayların tespiti, usul ve yorum.

2. Kanıtlamada tek doğru sonuç ve onu elde etmek için gidilen tek yol ve söylem söz konusu olduğu halde, iknada her durumda en az yarışan iki söylem söz konusudur ve bunlardan birinin diğerine göre daha elverişli ve isabetli olduğu gösterilmeye çalışılmaktadır. Kanıtlamada nesnel verilerden hareketle doğru sonuca, gerçek/hakikate ulaşılacak istenmekte, iknada ise iki değer hükmünden birinin diğerine tercih edilmesi istenmektedir.

3. İknada değer hükümleri arasında seçim söz konusu olduğu halde, tespit ve usulde değer hükümleri arasında birinin seçimi söz konusu değildir. Buna karşılık yorumda, diğer üçünün de kullanıldığı ve yerine göre bunlardan az ve ya çok yararlanıldığı söylenebilir. Kısaca ikna, duruşmada olduğu gibi, belli sayıda dinleyiciye yönelik düşünce açıklaması olduğu halde, yorumda belirsiz sayıda dinleyicinin ikna edilmesi söz konusudur. Açıklayalım:

4. Birinci tür düşünce oluşumu *olayların belirlenmesinde* kullanılır. Olayların belirlenmesi ve kurgulanması uygulama dilinde (yasama, yargı, yürütme) söz konusudur (*establishment of facts*). Yargıda olduğu kadar yasama ve yürütme/idarede de olayların belirlenmesi gerekir. Özel hukuk ilişkilerinde de karar verilmeden veya sözleşme yapılmadan önce bir hazırlık evresine tarafların bilgi, veri, görüş toplamasına gereksinimleri vardır. Olayların belirlenmesi/bilgi/veri toplama/görüş alma, bunlara dayanılarak kurgu, tasarım yapılması faaliyetlerine "*hazırlık evresi*" denir. Her karardan önce bir hazırlık evresi bulunur. Yargı yerlerine sunulan bilirkişi/uzman raporları/görüşleri/incelemeleri ve kanıtlama faaliyetleri de (ispat hukuku/evidence law) bu bağlamdadır. Bu faaliyetlerin tümünde *doğrusal/linear* ilerleme ve *tespit/finding* söz konusudur. Bu dili kullananlar değer hükümlerini veri olarak dikkate alır. Değer hükümlerine dayanarak sonuca varmaktan kaçınırlar.

5. İkinci tür düşünce oluşumu *ikna/argumentation* faaliyetlerine dayanır. İkna iki değer hükmü arasında seçim yapılarak, seçim gerekçesini açıklamaya dayanır. Değer hükümleri arasında sıralama ve hangisine öncelik verilmesi gerektiği araştırılır. Bu nedenle siyasi faaliyete benzer. Hukuk alanının siyasetle iç içe olduğu, bazı pozitivistlerin bilimsel bulmayarak reddettikleri yada hukuk dışında saydıkları alan budur. İkna dilinin dava bağlamındaki dilekçelerde ve duruşmada kullanılan bir dil olduğunu, hukukçuların başlıca hüner/marifet (beceri ve ustalık) saydıkları bir söylemdir. Pek çok kimse hukukçuyu sadece bu dili kullanan bir kimse olarak düşünür.

6. Üçüncü düşünce oluşumu *usul/procedure* dili olarak adlandırılabilir. Kararların alınışında ve uygulanmasında izlenen yollar ve bunları düzenleyen kurallar usulü oluşturur. Usulün temel özelliği alınacak veya uygulanacak kararın amacına bağlı/bağımlı olmasıdır. Bununla birlikte usulün de kendine ait bir özü/maddesi vardır. Hukukun uygulanması, yeni kurallar yapılması, yeni kararlar alınması, sözleşmelerin yapılması ve bütün bunların uygulanması usul dili ile olur. Usul dili; *sıralanma/order*, *sınıflandırma/taxonomy*, *biçimcilik/formalism* özellikleri gösterir. Usul dilinde değer hükümleri arasında tercih yapılarak birinin yeğlenmesi, ancak kanunun izin verdiği ölçüde mümkün olur, aksi takdirde kanunun izlenmesini istediği amaç yerine başka bir amacın tercih edilmesi, usulde bozukluk yada usul saptırması sayılır. Örneğin, çalışma amacıyla yabancı ülkede bulunan kimsenin, sürekli çalışma izni elde etmek için o ülke vatandaşı ile evlenmesi usul saptırmasıdır.

7. Dördüncü düşünce biçimi *yorum/interpretation* olarak adlandırılabilir. *İkna ve uygulama* dilleri kullanılırken mevcut kavramların anlamlandırılması veya yenilerinin oluşturulması yorum faaliyetleri söz konusudur. Bir kuralın, işlemin, sözleşmesinin yapılmasında ve uygulanmasında yorum kaçınılmaz biçimde ortaya çıkar. Aynı şekilde iki değer hükmü arasında seçim yapılırken kavramların yorumlanması bir zorunluluktur. Kısaca yorum, yerine göre her dört söylemden de yararlanan bir dildir.

**ONAR-SARICA-DURAN  
HUKUK DEVLETİ GÜNÜ**



*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami Onar  
İdare Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi*

**“ONAR-SARICA-DURAN HUKUK DEVLETİ GÜNÜ”**

**“İDARİ YARGI AÇISINDAN BİLİRKİŞİ”**

**Oturum Başkanı**  
*Prof. Dr. Baki KURU*

**Konuşmacılar**

*Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare  
Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi)  
Oliver SCHÖN (Münih 1. Derece Eyalet Mahkemesi Hâkimi)  
Dr. Joachim KRONISCH (Schwerin İdare Mahkemesi Başkanı)  
Selçuk HONDU (Emekli Danıştay Üyesi)*

**Tarih** : 5 Mart 2013

**Saat** : 09.30-18.00

**Yer** : Avrupa Pasajı Konferans Salonu, Beyoğlu, İstanbul

## “BİLİRKİŞİLİK VE DOĞRU YARGILAMA”

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Efendim Bendeniz Aydın Gülan. Sıddık Sami Onar İdare Hukuku İlimleri Araştırma Merkezi’nde görevliyim. Şeref verdiniz. Bu toplantının düzenlenmesine özellikle Adalet Bakanlığı Müsteşar Yardımcısı Bilal ÇALIŞKAN ve 15. Daire Üyesi Selami DEMİRKOL hem konunun seçimine hem toplantı gününün İstanbul Üniversitesi ile birlikte yapılması hususunda, eksik olmasınlar, lütfkâr bir davette bulundular. O vesileyle karşınızdayız. Ve esas önemlisi Baki KURU Hocamız kabul buyurdu, oturuma başkanlık yapacak. Ayrıca bir tebliğ sunmasını da özellikle istirham ediyoruz. Oturumu yönetmek üzere Baki Hocamı kürsüye davet ediyorum.

**Prof. Dr. Baki KURU-** Teşekkür ederim. Hepinizi saygıyla selamlıyorum. Birinci tebliğini sunmak üzere Sayın Profesör Tekin AKILLIOĞLU’nu kürsüye davet ediyorum. Buyurun Sayın Akıllıoğlu.

**Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU-**

### Giriş

Usulcü olmadığı halde, usul konusunda sunum yapan biri olarak hepinizi saygıyla selamlıyorum. Benim konum: Bilirkişi ve Doğru Yargılama. Bilirkişinin yargılama içindeki işlevinden ve bunu doğrulayan yargı kararlarından bahsetmeye çalışacağım. *Bilirkişi* ve *doğru yargılama* terimlerini tanımlamam gerekiyor. Ama her ikisinin de belirsiz kavramlar olduğunu söylemem gerekir. Doğru yargılama genişlemeye açık bir kavram, yargılamanın usule uygun yapılması ve hakkaniyete uygun sonuç doğurması anlamına geliyor. Bu ilkeye ilişkin kararlar AİHM içtihadının yüzde altmışını oluşturuyor.

CEPEJ, (The European Commission for the Efficiency of Justice/Adaletin Etkililiği için Avrupa Komisyonu) mahkemenin (soruşturma veya karar makamının) atadığı bilirkişiyi, işlev olarak bir inceleme önlemi (investigative measure), kişi olarak da ileride açılacak veya mevcut davanın teknik veya fiili verilerini açıklamaya yardımcı olacak bilgi sahibi kimse olarak tanımlıyor. Bilirkişi kavramına ilişkin belirsizlikleri sergilemek gerekirse; Avrupa Konseyi’ne üye ülkeler arasında tekdüze, ortak kabul görmüş bir uygulama yok. Ne tanımı üzerinde ne de uygulaması üzerinde görüş birliği var<sup>1</sup>. Dolayısıyla bu konu iç hukuklara göre

<sup>1</sup> [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport\\_2014\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport_2014_en.pdf) Report on “European judicial systems – Edition 2014 (2012 data): efficiency and quality of justice” There is neither consensus, nor European standards on what a judicial expert is. It is true that, in 1959, the European Convention on mutual assistance in criminal matters dealt with such matters as letters

değişebilen bir konudur. Bilirkişi sözcüğü yanında iç hukukumuzda son değişikliklerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ve Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ile “uzmanlık” da eklendi. Şimdi böylece ortaya iki kavram çıkıyor: bilirkişi ve uzman. Ayrıca bilirkişi ve uzmanın “oy ve görüş bildirmesi” biçiminde bir ayırım da yapılıyor.

### Bilirkişi ve uzman

Bilirkişi yaygın tanımıyla; uzmanlığı, özel bilgisi, eğitimi ve/veya tecrübesi nedeniyle tarafların ve/veya yargıcın bilgisine başvurduğu kişidir. Doğru yargılama ise, usule ve hakkaniyete uygun yargılamadır. Bu iki kurum arasında birincisinin ikinciye yardımcı olduğunu anlamak kolay. Fakat bazı durumlarda engel olduğunu söylemek de mümkündür. Zira bizde de bilirkişi incelemesi aylarca sürüyor, yargılamanın gecikmesine sebep oluyor. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında bilirkişi sözcüğü yazılarak arama yapılırsa bilirkişi incelemesinin gecikme sebebi olarak ortaya çıktığı görülür. Dolayısıyla, araştırmalar bir işe yarayacaksa, bilirkişinin doğru yargılamaya nasıl hizmet ettiğini, hangi koşullarda doğru yargılamayı tatmin ettiğini göstermelidir.

Bilirkişi nedir sorusu kadar, kimlerle ilişkisi olduğu ve hangi bağlamda yer aldığı sorularının yanıtı da önemli görünüyor. Nedir, sorusuna Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ve Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) aynı yanıtı vermiş:

<p>6101/2011 HMK Bilirkişiye başvurulmasını gerektiren hâller MADDE 266- (1) Mahkeme, çözümünü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. <i>Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz.</i></p>	<p>5271/2004 CMK Bilirkişinin atanması Madde 63 – (1) Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re’sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir. <i>Ancak hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözümlenmesi olanaklı konularda bilirkişi dinlenmez.</i></p>
--	---

rogatory for the examination of experts, summoning of experts, but this part of the document is short and limited to criminal matters. As part of the CEPEJ working group on the quality of justice (CEPEJ-GT-QUAL), this issue is being addressed. The study defined judicial expertise as an “investigative measure assigned to a technician by, or with the approval of, a court or a prosecuting or adjudicatory authority, in order to contribute to the judicial settlement of present or future litigation by adducing technical or factual evidence. A court expert is a technician (doctor, plumber, architect, medical laboratory, etc.) appointed by the judge to carry out this investigative measure.” (Taken from paragraph 1 of recommendations from Proceedings of the Symposium on Judicial Expertise, recommendations.” Brussels, 16 March 2012)

Yukarıdaki ifadeyi unsurlarına bölmek gerekirse; -bilirkişiye çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgi gerektiren hallerde başvurulur, -re’sen veya talep üzerine atanır, -hakimin genel olarak bilebileceği ve hukuki bilgi ile çözülebilecek konularda bilirkişiye başvurulamaz. Birinci ve ikinci unsur açık olmakla birlikte, üçüncü unsurda “hakimin genel olarak bilmesi gereken konular ve hukuki bilgi” deyimleri birinci unsurun olumsuz tekrarı görünümündedir. Hakimin “uzmanlık ve özel hukuki bilgi” gerektiren konularda bilirkişiye başvurabileceği anlamına da gelir<sup>2</sup>.

Uzman kavramına gelince:

<p>6101/2011 HMK Uzman görüşü          MADDE 293- (1) <i>Taraflar, dava konusu olayla ilgili olarak, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Sadece bu nedenle ayrıca süre istenemez.</i>          (2) <i>Hâkim, talep üzerine veya resen, kendisinden rapor alınan uzman kişinin davet edilerek dinlenilmesine karar verebilir. Uzman kişinin çağrıldığı duruşmada hâkim ve taraflar gerekli soruları sorabilir.</i>          (3) <i>Uzman kişi çağrıldığı duruşmaya geçerli bir özrü olmadan gelmezse, hazırlamış olduğu rapor mahkemeye değerlendirilmeye tabi tutulmaz.</i></p>	<p>5271/2004 CMK Bilirkişi raporu, uzman mütalaa          Madde 67 – (1) <i>İncelemeleri sona erdiğinde bilirkişi yaptığı işlemleri ve vardığı sonuçları açıklayan bir raporu, kendisinden istenen incelemeleri yaptığını ayrıca belirterek, imzalayıp ilgili mercie verir veya gönderir. Mühür altındaki şeyler de ilgili mercie verilir veya gönderilir ve bu husus bir tutanağa bağlanır.</i>          (2) <i>Birden çok atanmış bilirkişiler değişik görüşleri yansıtmışlarsa veya bunların ortak sonuçlar üzerinde ayrık görüşleri varsa, bu durumu gerekçeleri ile birlikte rapora yazarlar.</i>          (3) <i>Bilirkişi raporunda, hâkim tarafından yapılması gereken hukukî değerlendirmelerde bulunulamaz.</i>          (4) <i>Bilirkişi tarafından düzenlenen rapor örnekleri, duruşma sırasında Cumhuriyet savcısına, katılana, vekiline, şüpheliye veya sanığa, müdafine veya kanunî temsilciye doğrudan verilebileceği gibi; kendilerine iadeli taahhütlü mektupla da gönderilebilir.</i>          (5) <i>Bilirkişi incelemeleri tamamlandığında, yeni bilirkişi incelemesi yapılması veya itirazların bildirilmesi için istemde bulunabilmelerini sağlamak üzere Cumhuriyet savcısına, katılana, vekiline, şüpheliye veya sanığa, müdafine veya kanunî temsilciye süre verilir. Bu kişilerin istemleri reddedildiğinde, üç gün içinde bu hususta gerekçeli bir karar verilir.</i>          (6) <i>Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanunî temsilci, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Sadece bu nedenle ayrıca süre istenemez.</i></p>
--	---

<sup>2</sup> Yürütmenin durdurulması kararının tam olarak uygulanmadığı iddiasıyla adli yargıda açılan bir tazminat davasında asliye hukuk hakimi idare hukuku öğretim üyesinden “tam olarak uygulama ve uygulamamanın” ne anlama geldiğini açıklamasını istemiştir. Bu idari yargıda her yıl verilen YDK’nın uygulanması izlenerek belirlenebilecek bir konudur. Fransız Danıştay’ı YDK’ların uygulanmalarını izlemekte her yıl düzenli (kurum içi) rapor yayınlamaktadır. Bizde böyle bir inceleme yapılmadığından pek bir şey söylemek mümkün değil. Ancak olayda görev yeri değiştirme işleminin durdurulması kararı elde eden davacı kurumunda eski işine döndürülmekle birlikte buna ek olarak yaptığı iki işin de iadesini istemiştir. Fransız Danıştay bu durumlarda özlük hakları çerçevesinde kalarak kazanılmış hakkın bu kavramla sınırlı olduğunu kabul ediyor. Başka anlatımla ek işlere geri dönüş hakkı kazanılmış değil. Kısacası, hukuk hakimi bu konuyu bilmek zorunda değil, özel hukuki bilgi gerektirmektedir. (Bkz Ankara 21.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2006/199 E. sayılı dava dosyasına verilen bilirkişi raporu).

Uzman konusunda görüldüğü gibi HMK ile CMK ortak ve farklı yanlar içeriyor. Ortak nokta, bilirkişi de, uzman da aslında belli bir konuyu iyi bilen, meslek kişileridir. Farklı noktalara gelince, bilirkişi denilen uzmanlar adalet komisyonları tarafından tutulan listeler üzerinden hakim tarafından görevlendiriliyor (atanıyor). Uzman denilenler ise taraflarca seçiliyor (listede olmaları ve yemin etmeleri şart değil). Hukuk yargılamasında uzman, kendisini seçen tarafın bilgi ihtiyacını gideren bir açıklama/yorum yapıyor. 293. maddenin 2. ve 3. bentlerinde *uzman mütalaasının* duruşmada taraflarca tartışıldıktan sonra hakim tarafından değerlendirmeye tabi tutulacağı belirtiliyor. O zaman haklı olarak, aynı şey bilirkişi görüşü bakımından da geçerli olduğuna göre aradaki farkın ne olduğu sorulabilir?<sup>3</sup>. Sonuçta bilirkişi görüşü de uzman görüşü de çekişme/tartışma sonucu ancak *takdiri delil* değeri kazanabiliyor. Bu arada CMK düzenlemesinde, uzman görüşüne “dava konusu olayla ilgili olarak”, “bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere” veya “bilirkişi raporu hakkında” başvurulabileceği kurala bağlanmış. Aynı zenginliğin HMK düzenlemesinde yer almaması dikkat çekici bir eksiklik. Hatırlatmak gerekirse bu konuda en köklü metinlerden biri olan *Federal Rules of Evidence*, *yargıcın delil elde etmesine yardım edenleri* tanıklar ve bilirkişiler başlığı altında ayrıntılı bir düzenlemeye tabi tutmuştur. Bizde de yapılması gereken, eğer işin içinden hakkıyla çıkmak istiyorsak, budur<sup>4</sup>.

“Bilirkişi” kavramını bir sistem içinde düşünmek gerekirse, üst kavram “doğru yargılama” olacaktır. Başka bir anlatımla bilirkişi yargılama bağlamında yer alan bütün öğelerle ilişkilidir, ancak doğrudan doğruya *kanıt araçlarının de-*

<sup>3</sup> Sayın Prof. Dr. Muhammet Özkes'e göre, bilirkişi ile uzman arasındaki temel güvence farkı yemindir: “Mahkeme özel bilirkişi görüşü alınan uzman ile mahkemenin görevlendirdiği ve rapor verdiği bilirkişiyi duruşmada birlikte dinleyerek resmî bilirkişinin raporunun doğruluğunu teyit etmek suretiyle, resmî bilirkişi görüşünü esas alarak karar verebilir. Buna karşılık mahkeme resmî bilirkişi raporunun eksik ya da hatalı olduğunu tespit ederse, özel uzman görüşünü esas alarak karar veremez, ikinci bir bilirkişi atayarak uyumsuzluğu çözmesi gerekir. Özel uzman raporunun bilirkişi raporu gibi delil olmamasının nedeni, resmî bilirkişinin raporunun tarafsız objektif olması için Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz'da öngörülen pek çok teminattan yoksun olmasıdır (m. 272). Mahkeme kendi atadığı resmî bilirkişiye açıklamaları veya beyanlarının doğruluğunu temin için yemin ettirir (m. 271). Bu yeminin amacı, bilirkişinin objektif ve tarafsız rapor hazırlamasını sağlamaktır. Özel uzman ise, ne tarafça ne de mahkeme tarafından yemin ettirilir. Hatta rapor alan taraf özel bilirkişiye bir şekilde yemin ettirse bile bu hiçbir anlam ifade etmez.” *Bilirkişinin Konumu ve Karşılaştırmalı Bir Bakış, Bilirkişilik Sempozyumu, “Bilirkişilik Uygulama Alanları, Sorunlar, Öneriler”, TMMOB Mimarlar Odası, Ankara/-18-19.12.2008, Ankara 2009, s. 55-63.*

<sup>4</sup> <https://www.law.cornell.edu/rules/fre> (6.3.2016). The Federal Rules of Evidence, as amended to December 1, 2015. Art VI Witnesses. Article VII. Opinions and expert testimony.

ğ erlendirilmesiyle ilgilidir. Bu söylem çekici olmakla birlikte, ayrıntıya girildikçe bütünlüğü kalmıyor.

Bilirkişi ve yargıç arasındaki ilişki modelleri:

Bilirkişi olayı söyler, hukuku değil	Bilirkişi olayı da hukuku da söyler→ Amicus Curiae.	Bilirkişi yargıçlar kurulunda yer alır→Lay Judges	Yargıçlar bilirkişilerden oluşur →Conseil de Prud’hommes.
--------------------------------------	---	---	---

Yukarıdaki modele göre birinci kutuda söylenen bizde geçerli, ama diğerleri değil. Batıda yaygın olan ve uluslararası kuruluşlar nezdindeki listelerde kayıtlı olmak şartıyla sivil toplum kuruluşları (STK) mahkemelerde, dava konusu uyuşmazlık kendi uzmanlık alanlarına veya amaçlarına ilişkin ise, uzman niteliğiyle görüş açıklayabiliyorlar. AİHM önünde Türkiye aleyhine açılan bazı davalarda uluslararası STK’ların görüş bildirdiğini biliyoruz. Üçüncü kutuda bilirkişinin tamamen yargıç ile birlikte karar yetkisini paylaşması söz konusu. Bu durum İskandinav ülkelerinde yaygın. Bizde idari yargıda hukuk kökenli olmayan ama fakültelerinde idare hukuku dersi almış hakimlerin bulunması yada Anayasa Mahkemesine barolardan veya üniversitelerden üye seçilmesi bir parça bu modele uymaktadır. Dördüncü kutuda bilirkişilerden oluşan bir mahkeme söz konusudur. CEPEJ’in araştırmasına göre Fransa ve Rusya’da örnekleri var.

Bizde halen HMK ve CMK modeli aşağıdaki gibi özetlenebilir:

Bilirkişi→	Resmi bilirkişi. Hukuki olmayan konularda uzman ve/veya deneyim sahibi. Mahkemece re’sen atanabiliyor, taraflar da atama talep edebiliyor.
Uzman→	Taraf yardımcısı bilirkişi→bilirkişi tanık→ hukuk uzmanı Mahkeme atayamaz, yararlanamaz. Taraf atayabilir, yararlanabilir.

Oy ve görüş kavramları

HMK ve CMK bilirkişi ve uzmanın oy ve görüşüne başvurulmasından söz etmektedir. Eski kanunlarda *rey* ve *mütalaası* alınır deniyor idi. Ayrım ilk bakışta tek kişi kurul ayırımına bağlı görünmektedir. Tek kişi ise görüş bildirecek, kurul ise oylama sonucunu bildirecek. CMK m. 67/2 bu yaklaşımı doğruluyor: “Birden çok atanmış bilirkişiler değişik görüşleri yansıtmışlarsa veya bunların ortak sonuçlar üzerinde ayrık görüşleri varsa, bu durumu gerekçeleri ile birlikte rapora yazarlar”. Bu noktada ciddi bir sorun var gibi görünmektedir. Bilirkişi veya uzmanlar değer hükümlerine yada yoruma başvurmaksızın bilimsel gerçek neyse onu tespit ettiklerine göre nasıl oluyor da ortak bir görüşe varamıyorlar? Özellikle ceza yargılamasında bütün mesele tespit olduğuna göre farklı görüşler nedeniyle tespit yapılamıyorsa, karara esas alınacak bir nokta da yok demektir. Tespit yöntemi veya ölçüleme konusunda birden çok yöntem/metod var olup da bunlardan herbirine göre farklı tespit yapılabilirse, birden çok tespit/görüş

ortaya çıkacaktır. Bu durumda bilirkişi veya uzmanın yargıca yardımcı olduğundan söz etmek mümkün görünmemektedir. Bu konuyu idari yargıdan aldığım bir örnekle kapatmak istiyorum. Hayali bir olay ile örnekleyelim (gerçekte de aynen böyle olmaktadır). Üniversitede sosyal bilim alanında (hukukta olsun) bir yükseltme/sınav kurulu bir oya karşı dört oyla adayı başarısız bulmuştur. Aday idari dava açarak jürinin nesnel yada doğru karar/değerlendirme yapmadığını iddia ediyor. İdare mahkemesi (veya Danıştay) tarafından atanan beş kişilik kurul iki oya karşı üç oyla adayı başarılı bulmuş olsun, dava kazanılmıştır. Ancak ortaya garip bir sonuç çıkıyor, birinci kurulun dört aleyhte oyuna ikinci kurulun iki aleyhte oyu eklenirse adayın aslında altı olumsuz oya karşın dört olumlu oyla başarılı olduğu gibi garip bir durum ortaya çıkıyor. Kısaca, aritmetik toplam yaparsanız çoğunluğun hayır dediği bir şeye idari yargı evet demiş oluyor. Doğrusu, ilk kurulun adayı *kasten yada görevini ihmal ederek* başarısız bulduğu kuşkusuna varsa, ancak bu durumda ikinci kurul oluşturulmalıdır, aksi takdirde sadece bilirkişilerin yarıştığından söz edilebilir.

### **Bilirkişi – doğru yargılama ilişkisi**

HMK ve CMK bilirkişi ve uzman terimlerini ayrı ayrı düzenliyor. Bilirkişinin hukuki yorum yapmaması, «*iura novit curia*» “yargıç uygulayacağı kuralı bilir” deyişine dayanıyor. Bilirkişinin konumu, hâkimlerin olayları belirledikten sonra hukuku kendilerinin tayin edeceğini söyleyen bir başka deyimle de ilgili: «*da mihi facto, dabo tibi ius*» ‘Bana olayı söyle sana hukuku söyleyeyim.’ Yani size düşen bana olayları söylemek, hukuku ben söylerim, anlamında. Dolayısıyla bu yaklaşım bilirkişiyi algılamamızda da çok belirleyici bir etmen. Bu kural iç hukukta istisnasız uygulanıyor. Bizim iki usul kanunu da bu yönde. Buna karşılık her iki kanunumuzun uzman tanımı, tarafların seçtiği teknik bilirkişi anlamına geldiği gibi aynı zamanda ve daha fazla dava konusu olayda hukuki bilgisi olan ve/veya yorum yapabilen kimse biçimindedir. O zaman, uzman aynı zamanda hakimın yorum işlevine katkıda bulunan en azından ayrıntılı hukuki bilgi sunan ve karşılaştırma yapabilen kimse olarak görünmektedir. Taraflar huzurunda çekişme olmaksızın hakimın bir taraf uzmanın sunduğu hukuki bilgiyi paylaşması, karara esas alındığı belli olmasa da, doğru yargılama ilkesini zedeleyecektir.

Kanımızca da bilirkişi-uzman farkını, ikisi de uzman olduğuna göre, içerikte değil şekilde aramak gerekir. Bu da *tartışma* (yada çekişme) kavramında düğümlenmektedir. Eski uygulamada görüldüğü gibi, yargılamanın bir aşamasında temyiz incelemesinde (şimdi yürürlükten kalkmış bulunan, karar düzeltme aşamasında) kurul daha önce oybirliğiyle benimsediği bir yorumu, taraflardan birinin sunduğu uzman raporundaki görüş doğrultusunda (ama ona gönderme yapmaksızın) değiştirirse, bu durum nasıl açıklanabilir? Budan daha kötü bir duruma

Rahmetli Çetin Aşçıoğlu işaret ederek, taraflarca tartışılmadan hakimin bilirkişi görüşünü (sırf yeminli olduğu ve uzman sayıldığı için) esas alınmasını eleştirmişti<sup>5</sup>. Yeni düzenlemede resmi bilirkişi raporu olsun, taraflarca alınan uzman raporu olsun, çekişme sonucu değerlendirmeye alınma söz konusudur.

Akla bir soru gelebilir: Uluslararası tahkimde hakemler yabancı hukuk sistemleri hükümlerini uygulamak durumunda kalacakları için belki onlar yabancı hukuk konusunda danışmana, bilirkişiye ihtiyaç duyabilirler, diye düşünülebilir. Tahkim anlaşmalarında hakemlerin bilmeleri gereken hukuk tanımlandığı için, orada da herhangi bir şekilde hakemin hukuku bilmediğini yahut yardım alması gerektiğini söylemek pek doğru düşmüyor. Ancak bu söylediklerim çok mutlak değil. Sadece birtakım genel kabuller. Dolayısıyla aksine pek çok şey söylenebilir. Genel kabul olarak hakemlikte de *jura novit curia* 'nın uygulanması gerektiğini savunanların büyük bir çoğunluk olduğunu söylemekle yetiniyorum<sup>6</sup>.

### İdari yargıda durum

Bilindiği gibi İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) bilirkişi konusunda ayrı düzenleme yapmamış, HMK'na yollama ile yetinilmiştir.

<sup>5</sup> Çetin Aşçıoğlu, Yargılama çalışmalarında bilirkişi sorunu ve (hukuk davalarında) nitelendirmede bilirkişinin görevi”, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1992-19923-983> “Diğer taraftan bilirkişi tarafından düzenlenen raporlar çoğunlukla mahkemeler tarafından hiç bir incelemeye gerek görülmeden hükme olduğu gibi esas alınmaktadır. Hakim kendi çalışması sonucu olarak elde ettiği kanaate ve nitelendirmeye göre değil “bilirkişi öyle dediği için” karar vermektedir”. Yazının başındaki notta Yargıtay’da sunulan bu tebliğ üzerine yapılan tartışmaların yayımlanmasına o zamanki Sayın Başkanın izin vermediği vurgulanmıştır.

<sup>6</sup> François Perret, İsviçre Federal Mahkemesinden örnekleyerek, hakemlerin dosya tamamlanmadan önce tarafların sunduğu ve kendilerine açıklanmaya muhtaç gibi görünen, bulanık yabancı hukuk bilgilerinin, ele alınan olayda tam olarak ne anlama geldiğini sormalarının gerektiğini vurgulamaktadır. Alıntılayan Matti Kurkela, “Jura Novit Curia and the Burden of Education in International Arbitration- A Nordic Perspective”, in ASA Bulletin 3/2003 (september) pp 486-500.



Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Vergi Usul Kanununun uygulanacağı haller: Madde 31 – 1. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hakimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, *bilirkişi*, *keşif*, *delillerin tespiti*, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler ile elektronik işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır. (Ek cümle: 5/4/1990 - 3622/11 md.; Değişik:10/6/1994-4001/14 md.) Ancak, davanın ihbarı ve *bilirkişi seçimi Danıştay*, *mahkeme veya hakim tarafından re'sen yapılır*. 2. Bu Kanun ve yukarıdaki fıkra uyarınca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıfta bulunulan haller saklı kalmak üzere, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.

Maddede “uzman” kavramına yer verilmemiş olmakla birlikte, göndermenin sınırlı olmadığı düşünülerek HMK ve CMK’unda bilirkişi ile bağlantılı olarak düzenlenen uzmanın idari yargı usulünde de yeri olduğu söylenebilir (aslında uygulama da bu yönde sürmektedir). 31. maddenin birinci bendinde yer alan “bilirkişi, keşif, tanık ve delillerin tespiti” konusunda Fransa’da yapıldığı gibi, bizde de idari yargıya özgü düzenleme yapılmasında büyük yarar bulunmaktadır.

Fransa’da olanları kısaca belirtmek gerekirse, 30 Haziran 2000 tarihinde genişletilen “tedbir/référé” uygulamasına göre; -yürütmenin durdurulması (YD) da artık bir tedbirdir (oysa YD’nin tedbir olmadığını kendine özgü yada sadece işleme odaklanan bir tedbir olduğu ısrarla savunulmuştur), -tedbir bağlamında tespit de istenebilir, -dava açılmadan önce tespit/tedbir istenebileceği gibi, açıldıktan sonra da istenebilir, -sadece işleme yönelik değil, davacının ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik da tedbir istenebilir/verilebilir, -sözleşmeden önce veya sözleşmenin uygulanması sırasında her türlü tedbir isteminde bulunulabilir, -davadan önce ve dava sırasında hakimden olay yerine gitmesi (keşif) istenebilir, -hakim çok meşgul ise, bir bilirkişi tayin ederek keşif mahallinde tespitle görevlendirebilir<sup>7</sup>.

Bizde idari yargıda, adli yargıdan alınan tespit kararının kullanılması dışında bazı davalarda özellikle imar hukukuna ve çevre korumaya ilişkin davalarda keşif-tespit-bilirkişi-tanık araçlarının çok belirleyici işlevleri olduğu açıktır. Ancak İYUK’un yollama yaptığı HMK araçlarının idari yargıda kullanılması çeşitli güçlüklerle yol açmaktadır. Kaldı ki idare hakiminde hâlâ idarenin bulgularıyla çözüme gitme alışkanlığı sürmektedir.

## Örnekler

### Bilirkişinin karara yardım oranı (isabetli oluşu) ölçümlenmelidir.

<sup>7</sup> <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Dossiers-thematiques/Le-juge-des-referes> (7.1.2016). Ayrıca bkz Loic Cadet, Jacques Normand, S.A.Mekki, Théorie générale du procès, Paris Thémis droit PUF, 1,ere éd.2010, pp 862-869.

Antwerpen/Anvers (Belçika) Mahkemesinin yaptığı bir çalışma CEPEJ web sayfasında yer alıyor. Bu çalışma özellikle bilirkişi incelemelerinin ortalama süresi (gecikme olup olmadığı), bilirkişi ücretleri, bilirkişi raporlarının niteliği konusunda bir yıl boyunca yaptırılan bilirkişi incelemeleri esas alınarak hazırlanmış. Her yıl yapılarak iyileştirme tedbirleri belirleniyor<sup>8</sup> Çünkü “kötü bilirkişi kötü karar, iyi bilirkişi iyi karar” inancı var.

### **Avrupa Birliği (AB) Türkiye İlerleme Raporu (2012).**

2012’de bir ilerleme raporu: “*Ticaret mahkemesi hâkimlerinin ihtisaslaşma düzeylerinin düşüklüğü sebebiyle davalar uzamaktadır. Bilirkişi sistemi yeter kaliteye yükseltmeksizin hala paralel bir yargı sistemi işlevi görmeyi sürdürmektedir.*” Hâkim, bilirkişinin verdiği rapora itaat etmek zorunda mıdır? “Bilirkişi bunu söylemiş, daha doğrusunu söyleyen de yok. Ben mecburum artık bunu söylemeye” mi diyecek? Yoksa hâkim kendisi kanaat mi oluşturur? Raporda diyor ki ihtisas düşüklüğü yüzünden bilirkişiye gidiyorlar. Dünyanın neresinde olursa olsun ticaret mahkemesi hâkimlerinin iş hayatının gerektirdiği ihtisas kazandırması mümkün değil. Burada vurgulanan asgari ticari hayat bilgisi. Raporda ‘eğer daha bilgili olsalardı bilirkişiye daha az giderlerdi veya bilirkişiyi körü körüne dinlemezlerdi’ diyor. Bence bu bilirkişi meselesi incelenirken hem bu ahlaki, hem de metodolojik sorunu dikkate almak lazım.

### **Tazminat davalarında miktarın belirlenmesi**

Bizde biliyorsunuz idari yargıda tazminat davasında dilekçede miktar belirtmek gerekir. Belirsiz durum varsa derdine yan, baştan bunu belirtilmek zorunda. Bu çok sıkıntı yaratan bir durum. Öyle tazminat davaları var ki bunlar süreç içinde hâkimin bilirkişi tayini veya tarafın aldığı bilirkişi raporu ile aydınlatılacaktır. Dolayısıyla miktarın önceden belirlenemediği birçok vaka var. Fransa’da bunun önüne geçilmiş. Fransa’da tazminat davası açarken miktar belirtmemişse, bu tazminatın 10.000 Euro’dan fazla olmayacağı varsayılıyor ve tek yargıç tarafından karara bağlanıyor, istinafi veya temyizi yok. Buna mukabil 10.000 Euro’luk bir iş olsa bile, miktar belirtmediği halde, dilekçesinde “benim zararım çok büyük bunu bilirkişi tayin etsin” dediyse o zaman onu zaten idare mahkemesi kurulu inceliyor ve istinafa tabi ya da bazı şartları varsa temyize tabi. Dolayısıyla bilirkişi incelemesi dediyse bilirkişi tayini yoluna gidiyorlar<sup>9</sup>.

1983 tarihli Danıştay İBK’nda görevden almaya karşı açılan memur davalarında belirsiz tazminat talebi içeren davalara bakılması kabul edilmiş. Sebebi,

<sup>8</sup> <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/> (6.3.2016).

<sup>9</sup> <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070933> (6.3.2016). Code de justice administrative.

memur aylığı belli olduğundan mahkeme ve/veya idare tarafından bilirkişi yardımını olmadan belirlenmesinin mümkün görülmesi olarak açıklanıyor<sup>10</sup>. Ama bu sadece memurların görevden uzak kaldıkları dönemden duydukları zararı istedikleri tazminat davaları için geçerli. İYUK m.16'ya 2013 değişikliği ile AİHM kararlarından esinlenilerek, tazminat davalarında dilekçede belirtilen miktarın bir defaya mahsus olarak artırılması kabul edilmiştir (İYUK m.16/4: “4. Taraflar, sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemezler. (Ek cümle: 11/4/2013-6459/4 md.) Ancak, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilmeye kadar, harcı ödenmek suretiyle *bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir* ve miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir.”) Maddede bilirkişi incelemesine ilişkin bir açıklama yer almaması eksiklik gibi görünüyor. Herhalde tazminat davalarında, işlevsel olmayan ön karar usulü terkedilerek, dava açılmadan önce veya dava sırasında davacının tedbir-tespit-tanık-bilirkişi-keşif ögelerinden yararlanması mümkün olmalıdır.

### **Baz istasyonu vakası**

2012'de sonuçlanan “baz istasyonları” anlaşmazlığında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önce ihtiyatlılık ilkesine göre sonuçları kesin olmasa bile baz istasyonu yakınında oturan kişilerin aile hayatını tedirginlikle sürdürmesi karşısında olası tehlikeleri de dikkate alarak bu istasyonların yerleşim alanları dışına çıkarılmasına karar vermiştir. Ancak işletmeciler kuruluşların bu karara uyulduğu takdirde cep telefon haberleşmesini sağlamak için kullanılacak gezici istasyonların daha fazla radyasyon yayacağı, ve daha masraf yaratacağı, ayrıca haberleşme niteliğinin azalacağı gibi gerekçelerle aldıkları bilirkişi raporlarına dayanarak karşı çıkmışlar, ve sonunda Yargıtay “oyun kuramına” haklılık kazandıracak bir kararla işletmecilerin “dava konusu tesisin yerleşim dışına taşındığı” gerekçesiyle yaptıkları karar düzeltmeyi kabul etmiştir. Aynı şekilde Danıştay 13. Dairesi de Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu'nca çıkarılan Yönetmelikte baz istasyonlarının yerleşim dışı kurulma zorunluluğu öngörülmemiş olması gerekçesiyle yürütmenin durdurulması istemini reddetmiş, buna karşı yapılan itiraz da İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından reddedilmiştir<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> (Danıştay İBK, E.1983/1 K.1983/10 RG 20 Haziran 1984 — Sayı: 18437)

<sup>11</sup> Danıştay İDDK, 14.11.2012, YD İtiraz no 201/888 (Yayınlanmamış). Kararın azlık oyunda bundan önceki yönetmeliğe karşı açılan davada “sadece kamu kuruluşlarının görüşü alınıp, uluslararası değerlendirmelerin ve sivil toplum kuruluşlarının görüşlerinin dikkate alınmadığı” gerekçesiyle aynı Daire tarafından YDK verilmiş olduğu belirtilmektedir.

Başka bir anlatımla, mahkemece önce aleyhte bilirkişi raporları dikkate alınarak dava konusu baz istasyonunun kalkmasına karar veriliyor. O iş Yargıtay safhasında görüşülürken baz istasyoncular diyorlar ki: “Biz de bilirkişi raporları aldık. Aslında hiçbir zararı yok bunların. Kaç sene sonra kanser yapacağını Allah bilir. Bunlar şehir dışına çıkarılırsa daha çok radyoaktif hale gelir, zira şehre kadar kuvvetlendirici ara istasyonlar yapmak gerekecektir”. Bunları söylemekle birlikte, dava konusu baz istasyonunu, o davayı açan kişinin evinin yanından alıp şehir dışına taşımışlar. Dilekçe verip “Biz davayı kabul ediyoruz, istasyonu da şehir dışına taşıdık” dedikleri için Yargıtay karar verilmesine mahal kalmadığı gerekçesiyle dosyayı kapatıyor. Peki, kısa kestiren sadece Yargıtay mı? Hayır, Danıştay da öyle. 13. Daire, baz istasyonlarının şehir içinde yaydığı tehlikeden dolayı yönetmeliğin iptali için açılan davada, yönetmelikte baz istasyonlarının yerleşim dışında kurulma zorunluluğunun öngörülmemiş olması gerekçesiyle davayı reddediyor. Doğrusu, kısa çözümler insanı mutlu eder. Baz istasyonu konusunda Fransız çözümü nedir? Orada Telekomünikasyon Bakanlığı ile bir bakanlık daha, Teknoloji Bakanlığı, bu istasyonların kurulmasını planlıyorlar. Fakat diyelim ki o şehirde kahraman bir belediye başkanı var. Diyor ki “Ben tehlike olmadığında dair muntazam aralıklarla bir radyasyon yayım raporu isterim. Aksi takdirde istasyonlar hakkında sökme kararı alırım”. İki otorite arasında (Bakanlık ve Belediye) yetki paylaşırılmış. Ben bunun dengeli olduğunu düşünüyorum.

### **Anayasa Mahkemesi**

Anayasa kanımızca isabetli bir yorumla bilirkişi tarafsızlığını sağlamada hakim tarafından seçimin doğru olması yanında, bilirkişi seçimin idari makam gözetiminde yapılması halinde yetkili mahkeme önünde buna itiraz hakkı tanınmış olmasını Anayasa’ya aykırı bulmamıştır<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> ANYM, E.2012/87, K.2014/41, T.27.7.2014, RG 26.7.2014 Sayı 29072.

16.5.2012 günlü, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un bilirkişi seçim kurallarının Anayasaya uygunluğu hakkında: "Önceden bilirkişi listesi hazırlanması, somut bir davaya bağlı olmaksızın genel olarak belli konularda görüşünden yararlanılabilecek kişilerin isimlerinin belirlenmesine ilişkin ön bir çalışmadır. Bu hâliyle, somut bir davada bilirkişi atanması işleminden farklıdır. Dolayısıyla, genel yargılama usulüne paralel olarak, bununla birlikte kamulaştırma davalarının özellikleri dikkate alınarak somut bir davayla ilgili olmaksızın kamulaştırma davalarında görüşlerinden yararlanılacak kişilerin isimlerinin, konuyla ilgili uzmanlığı olan meslek mensuplarının üye olduğu Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliğine bağlı meslek odaları ile il ve ilçe idare kurulları tarafından ön çalışma niteliğinde liste hâline getirilip mahkemelere bildirilmek üzere valiliklere verilmesinde, Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır. Somut bir kamulaştırma davasında görev yapacak bilirkişilerin belirlenmesi usulü ise maddenin dava konusu değiştirilen sekizinci fıkrasında düzenlenmiştir. Fıkıyla, tarafların mahkemelere bildirilen listelerde yazılı olanlar ve önceki fıkrada belirtilen kimseler arasından bilirkişi seçmekte anlaşamamaları hâlinde, bilirkişilerin, hâkim kararı ile tayin edilen gün ve saatte, valilikçe, tarafların huzurunda ve gelmeyenin gıyabında kura yolu ile seçileceği, valiliğin, kuranın adil olarak yapılabilmesi için gerekli tedbirleri alacağı, kuraya ilişkin itirazların, davanın görüldüğü mahkemece karara bağlanacağı düzenlenmiştir. Anılan fıkrada Kanunla yapılan değişiklikle, öncelikle tarafların bilirkişi seçme konusunda anlaşmaları muhafaza edilmiş ancak anlaşmanın sağlanamaması hâlinde ne yapılacağı konusunda farklılık oluşturulmuştur. Değişiklikten önceki düzenlemede hâkim tarafından resen seçimin yapılacağı düzenlenmişken, değişiklikten sonra hâkim kararıyla tayin edilen gün ve saatte, valilikçe, tarafların huzurunda ve gelmeyenin gıyabında kura yolu ile seçileceği, kuraya ilişkin itirazların, davanın görüldüğü mahkemece karara bağlanacağı öngörülmüştür. Kura, kelime anlamı itibarıyla "iki veya daha çok aday arasında bir sıralama, bir ayırma yapılacağı zaman her birinde bir tek ad yazılı kâğıtları bir araya getirip karıştırdıktan sonra birini çekerek veya özel bir bilgisayar yazılımıyla adları belirleme, ad çekme", "kime veya neye isabet edeceği önceden belli olmayan bir çekimle sonucu belirleme" olarak ifade edilmektedir. Kura çekme işlemi sonucu birden fazla seçenek arasından yapılan belirlemede, kura çekenin iradesinin hiçbir etkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla tarafların anlaşamamaları hâlinde valilikler tarafından kura çekilerek yapılan bilirkişi belirlemede valiliği temsil eden ilgili kamu görevlisinin iradesinin sonuca etkisi bulunmamaktadır. Kaldı ki mahkemeler kura işlemine ilişkin sürecin dışına çıkarılmamıştır. Bu işlem, hâkimin belirleyeceği gün ve saatte, gelmeleri hâlinde tarafların huzurunda yapılacak, işlemle ilgili olarak davaya bakan mahkemeye itiraz edilebilecektir".

## AIHM Örnekleri

ÖNERİYILDIZ v. TURKEY, 30 November 2004. (Ümraniye çöplüğü patlamasında devletin sorumluluğu). §13. 7 Mayıs 1991’de hazırlanan bilirkişi raporuna göre, söz konusu çöplük 14 Mart 1991’deki Yönetmeliğin başlıca 24-27, 30, 38. Maddelerinde yer alan şartlara uymamaktadır. Aynı şekilde, çöplük çevrede yaşayanlar, özellikle de gecekondu mahallelerinde oturanlar için ciddi sağlık risklerini arttırabilecek birçok tehlike içermektedir: hurda yığınlarının bulunduğu yere elli metre uzaklıkta olan evlerle çöplüğü ayıran duvar ya da çit bulunmamaktadır; çöplükte toplama, gübre, geri dönüşüm ve yakma sistemleri bulunmamaktadır; drenaj ya da drenaj suyu arıtma sistemi kurulmamıştır. Uzmanlar, Ümraniye çöplüğünün “insanları, hayvanları ve çevreyi her türlü riske maruz bıraktığı” sonucuna varmışlardır. Bu bağlamda rapor, yirmi civarında bulaşıcı hastalığın yayılabileceğine dikkat çekerek, şunların altını çizmiştir: “...Bütün atık toplama yerlerinde metan” karbondioksit ve hidrojen sülfat oluşmaktadır. Bu maddeler toplanmalı ve ...denetim altında yakılmaktadır. Ancak, söz konusu çöplükte bu sistem uygulanmamaktadır. Metan, belli bir oranda havayla karıştığında patlayabilir. (Atıkların) parçalanması sonucu ortaya çıkan metan gazının patlamasını önlemenin hiçbir yolu yoktur. Allah korusun, çevredeki evler düşünülürse hasar büyük çaplı olabilir...”

CAPİTAL BANK v. BULGARİA 24 November 2005.

§113: “Bulgar Bankacılık Denetim Kurulu davacı bankanın gözetim altına alınmasında özel bilirkişi raporunu esas almıştır. Bu uygulama diğer ülkelerde de yapılmakta olduğundan işlem doğru gibi görünüyor; ama bu olayda özel bilirkişi organlarının kararlarına itiraz da yine idare içinde yer alan bir kuruluşa yapılmaktadır. Eğer o özel bilirkişi kararına itiraz normal yargı yerinde yapılıyor olsaydı o zaman bunda doğru yargılama ilkesine aykırılık düşünülmezdi”. Kısacası, resmi kuruluşun dayandığı özel bilirkişi raporu bu kuruluşun uzmanlığına rağmen yeterli görülmemiştir. Zira bu kuruluşun raporuna itiraz olağan yargıda değil; resmi yapıda yer alan bir denetim kuruluşunun önünde yapılabilirdi.

BERNARD v. FRANCE, 23 April 1998. Sanık hakkında görüş bildiren ruhbilim uzmanlarının yemin etmiş olmaları ve karara esas alınan raporlara karşı sanığın itiraz hakkını kullanmış olması karşısında doğru yargılama ilkesinin ihlalden söz edilemez.

PABLA KY v. FINLAND, 22 June 2004. §32. Meslekten hakim olmayan, ancak uzmanlığı nedeniyle mahkeme kurulunda görevlendirilen kişinin aynı zamanda Parlamento üyesi olması, kendiliğinden doğru yargılama ilkesine aykırı değildir. Avrupa Konseyine üye devletlerde mesleki hakimlerin yanında meslekten olmayan ancak uzmanlıkları nedeniyle ele alınan davanın çözümüne katkıda bulunabilecek kimselerin yer alması kabul görmektedir (örnek olarak bkz, *Ettl and Others v. Austria*, 23 April 1987, ve *Debled v. Belgium*, 22 September 1994).

AIHM’nin bilirkişiye gönderme yapan diğer kararları genellikle, resmi bilirkişi incelemesinde geçen sürenin uzaması halinde makul süre aşımı olarak devlet aleyhine değerlendirileceği yönündedir. Türkiye kararlarından bir örnek: DEMİROĞLU v. TURKEY 22 January 2013 (Kocasını trafik kazasında kaybeden kadının tazminat davası 8 yıl sürmüş ve 8 ayrı bilirkişi raporu alınmış, makul süre aşımı.)

SONUÇ: HMK’na gönderme yoluyla bugüne kadar süren uygulamada pek çok yetersizlik söz konusudur. İYUK iyileştirmesi olarak, tedbir-keşif-bilirki-

şi-uzman-tanık kurumlarının idari yargı ihtiyaçlarına göre kurala bağlanmasında yarar bulunmaktadır.

**Prof. Dr. Baki KURU-** Biz de teşekkür ediyoruz Sayın Akıllıoğlu. Şimdi bundan sonraki bildiriye geçeceğim. Ancak bildirilerin sonunda soru-cevap bölümü olacak. Onun için Sayın Akıllıoğlu'na soracağınız soruları not edin. Soru-cevap bölümünde tekrar aynı konulara döneceğiz. İkinci bildirimiz ‘Geliştirilmiş Bilirkişilik Sisteminde Yerleşik Eşleştirme Danışmanı’ Sayın Oliver SCHÖN “*Geliştirilmiş Bilirkişilik Sistemi Önemli Bir Avrupa Birliği Eşleştirme Projesinin Çerçevesi*” konusundaki konuşmasını yapacak.

### **“Geliştirilmiş Bilirkişilik Sistemi Önemli Bir Avrupa Birliği Eşleştirme Projesinin Çerçevesi”**

**Oliver SCHÖN-** Müsteşarımızın vesile olduğu ve İstanbul Üniversitesi'nin gerçekleştirdiği bu organizasyon için çok teşekkür etmek istiyorum. Burada bugün Türk adalet sisteminin üst düzey konuk hocalarının önünde sunum yapmak beni çok onurlandırdı. Münih 1. Derece Eyalet Mahkemesi'nde ‘Patent Davaları’ konusunda hakimlik yapmaktayım. Türkiye’de daha önce de proje yürütme fırsatım oldu. Çünkü Patent Enstitüsü’nde bir projedeydim ve bu sayede Türkiye’de hâkimlerle tanışma fırsatım oldu. Elbette bu şekilde de bilirkişilikle ilgili konularda da temasa geçebildim. Bu sebepten dolayı *Alman Uluslararası Hukuki İşbirliği Vakfı (IRZ)* beni buradaki bir projeyi yönetmek için görevlendirdi. Bu Vakıf, Alman Federal Adalet Bakanlığı'nın yüzde yüz kendi vakfidir. Benim burada bulunmamın sebebi bir eşleştirme projesidir. Bu proje nedir diye sorarsanız; eşleştirme projesi AB’ye aday ülkelerin, halihazırda AB üyesi olan ülkelerin standartlarına yaklaştırılmasını destekleyen bir araçtır. Mesela, eşleştirme projelerinde ele alınacak konular ülkelerin kendi Bakanlıklarınca, kurumlarınca belirlenmektedir. Türkiye’de de bunu, Adalet Bakanlığı talep etmişti. Mesela bizim projemizde Türk Adalet Bakanlığı Türkiye’deki bilirkişilik sisteminin hem hukuk, hem ceza, hem de idari yargı bağlamında geliştirilmesini talep etmişti. Eşleştirme projelerinin bir özelliği de bilgi transferi sağlamalarıdır. Bu örnekte, uzmanlar Avrupa’dan gelip Türkiye’ye bilgi sağlamaktadır. Bunun dışında benim şu anda görevli olduğum gibi bir kişi burada yerleşik danışman olarak faaliyet göstermektedir. Bundan dolayı ben Türkiye’de Adalet Bakanlığı’nda çalışıyorum. Bu konu için Türkiye’de birlikte çalıştığımız bir hâkimimiz Taner Pamuk Bey var.

Benim buradaki görevim nedir? sorusunun cevabı; Türkiye’deki uzmanlarla görüşerek Türkiye’deki farklılıklar ve Türk yargı sistemindeki farklılıklar nelerdir, ihtiyaçlar nelerdir bunu tespit etmek ve bu şekilde Almanya’dan çağıracağımız uzmanların hazırlanması ve Türkiye’deki ihtiyaçlar doğrultusunda eği-



timler sağlamaktır. Proje hakkındaki bilgilere gelecek olursak: Projemiz yirmi bir ay sürecek ve bunun için ayrılan bütçemiz 1,500,000 Euro’dur. Toplam yedi yüz on altı uzman günümüz var. Avrupa’dan bir uzmanın Türkiye’ye gelip çalışması bir uzman günü olarak değerlendirilmektedir. Merkezi yapı gereği Ankara’da yerleşik durumdayız. Ankara’da bir çok faaliyetimiz olacak ama bunun dışında beş tane de pilot mahkememiz var: Bunlar İstanbul, Manisa, Antalya, Urfa ve Samsun’da bulunmaktadır. Pilot mahkemelerin seçilmesinin sebebi, Türkiye’deki tüm bölgelere ulaşabilmektir. Projenin nihai amacı ise Türkiye’deki adalet sisteminin tarafsızlığının, güvenilirliğinin ve verimliliğinin güçlendirilmesidir. Bu proje özelinde bazı alanlar var. Bunun sebeplerinden bir tanesi Avrupa Birliğinde bilirkişilik alanına yönelik genel bir direktif yoktur. Fakat Avrupa Birliği üye ülkelerinde genel bir anlayış ve algı vardır. Bu da bilirkişilerin yalnızca teknik alanlarda kendilerine başvurulmasıdır. Biraz önce de söylendiği gibi hâkim hukuku bilir. Buradaki temel hipotez neydi? Türkiye’deki Adalet Bakanlığı’nın Türkiye’deki bilirkişilik sisteminin bazı sorunları olduğunu tespit etti ve bununla ilgili bir projeye başvurdu. Fakat bu proje başvurusu 2011 yılından önceydi. Yani yeni yasa değişikliklerinden önceydi. Sanırım buradaki yasa değişiklikleri ile birlikte projemizin çalışma alanı da çok daha iyi işledi diye düşünüyorum. Başvuruda Bakanlığın değindiği bir diğer nokta da bilirkişiler için belirli kalite standartlarının mevcut olmayıştı. Yani isteyen herkes başvurup kendisini bu listelere ekletebiliyordu. Adalet Bakanlığı belirttiği bu talep yazısında bir başka sorunlu olarak belirtilen alan da hukuki konularda bilirkişilere danışılmasıydı. Mesela, 1 Ocak tarihinde projemize başladık ve buradaki bilirkişilikle ilgili sorunlar birçok kişi tarafından kabul edilmektedir. Buna örneklerden bir tanesi de, bugün burada olan bu üst düzey katılımdır. Bunun başka bir örneği de, 20 Şubat’ta Ankara’da düzenlemiş olduğumuz açılış toplantısına hem Yargıtay hem Danıştay Başkanları, Bakan Yardımcımız katılması ve üst düzey katılımcılarımız olmasıydı. Neredeyse yüzden fazla üst düzey katılımcı bir araya geldi ve medyanın ilgisi de yüksekti. Aslına bakarsanız projemizin yapısı basittir. Dört tane farklı aşamamız var. Birinci aşamamızda Türkiye’deki uygulamaları inceliyoruz. Bunun için altı aylık bir süre öngördük ve umarım bu süre içerisinde bunu başarırız. Çünkü gerçekten zor bir görev gibi görünüyor. Ayrıca sürekli daha önceden belirlemediğimiz bazı sorunlarla karşılaşabiliyoruz. Uzman ekibimizin içerisinde çok deneyimli hâkimlerimiz de var, (Federal Eski İdare Mahkemesi Başkan Yardımcımız gibi.) İkinci aşamamızda pilot uygulama için üç ay öngördük. Pilot uygulama için konseptin hazırlanması bu aşamadadır. Bundan sonra da üçüncü aşamada uygulamalara geçeceğiz, bu uygulama İstanbul’u da kapsayacaktır. Dördüncü aşamamız dört aylık bir süreyi öngörüyor. Bu dört ay içerisinde yaptığımız pilot uygulamaları değerlendireceğiz, analizlerini yapacağız ve bu şekilde Türkiye’nin geneline uygulanabilir bir taslak hazırlayacağız. İstanbul’da bir pilot mahkeme olduğu



için, sanırım, sonbahardan sonra sık sık görüşeceğiz. Şimdi isterseniz çalışma tarzımıza, çalışma alanlarımıza, nasıl çalıştığımıza gelelim. Hukuk, ceza ve idari yargı çalışma gruplarını kurduk. Bunlar iki hafta öncesinde çalışmaya başladılar. Her bir grup on kişiden oluşuyor. Bunlar Adalet Bakanlığı, Yargıtay, birinci derece mahkemeleri, baro ve akademisyenlerden oluşan uzmanlardır. Bu sebepten dolayı da çalışma gruplarında ortaya çıkaracağımız bilgilerin hepsinin gerçekten Türkiye'nin tamamını yansıtacağını düşünüyorum. Şu aşamada örnek olayları, örnek davaları ele alıyoruz. Almanya'daki ve Türkiye'deki uygulamaları karşılaştırıyoruz ve şuanda çok enteresan karşılaştırmalara başladık. Mesela Sayın Dr. Kronisch biraz sonraki sunumunda değinecektir, eminim ama Almanya'da idari yargıda davaların yalnızca yüzde üçünde bilirkişiye başvurulmaktadır. Türkiye'deki istatistikten emin değilim ama bildiğim kadarıyla bu sayılar çok daha fazla sayıdadır. Şuandaki aşamada zaten bunların sebeplerini araştırıyoruz. Bunların sebeplerinden bir tanesi de hukuki konularla maddi unsurların ne olduğu teknik unsurların ne olduğu arasındaki algı farkı olabilir. Ben kendim hukuk hâkimiyim bu nedenle de idari yargıya örnek getirmeye özellikle de burada cesaret edemiyorum. 2 hafta önce çalışma grubumuzun tartıştığı bir örneği ele almak istiyorum. Olayda, Bir tane araba kazası var. Bir tane araç kırmızı ışıkta geçiyor, diğeri de çok hızlı geçiyor. Bu iki arabanın çarpışmasında kimin suçlu olduğu sorusu ortaya çıkarsa ikisinin de suçluluk oranı var. Almanya'da bu durumda bilirkişiye başvurulur; ama başvurma sebepimiz yalnızca hızlı giden aracın ne kadar hızla geçtiğini tespit edebilmek içindir. Hâkim de bunun neticesinde suç oranını belirleyecektir. Türk uzmanları ise kendi uygulamalarından yola çıkarak burada haklı bir şekilde bilirkişiye başvurulması gerektiğini, yani suç oranının tespiti için bunun gerekli olduğunu söylediler. Burada farklılıklar olduğunu yalnızca tespit edebiliyoruz. Bu tespitten sonra nasıl bir çözüm getireceğimizi tartışmamız gerekir. Mesela sürekli bilirkişiye başvuru alanlarda özellikle kontrol listeleri hazırlamak istiyoruz. (İmar alanında ya da tıbbi alanlarda olduğu gibi.) Bu kontrol listelerini internete kendi web sayfamızda yayınlamak istiyoruz. Belki bunlar bilirkişi çalışmalarında, rapor hazırlarken onlara yol gösterebilir. Burada farklılıklar bağlamında, Almanya ile Türkiye'deki hukuki çerçeveleri değerlendirdiğimizde farklılıklar olmadığını görüyoruz. Fakat pratikte farklı bir uygulama olduğunu tespit ettik. Dediğim gibi Almanya'da bilirkişilere başvurulması oranı çok düşüktür. Daha önce de söylediğim gibi farklı bir uygulama var. Mesela ben altı yıldır özellikle de patent alanında hukuk hakimliği yapıyorum, benim dikkatimi çeken, bana çok sürpriz olan bir konu var: Şöyle ki, hayatımda hiç keşfe çıkmadım. Meslektaşlarımla konuştum, onlar da hiç çıkmamışlar. Ben nasıl olduğunu bile bilmiyorum. Türkiye'de ise keşif çok yaygın kullanılmaktadır. Şimdi bunu da araştırmak gerek, bunun sebepleri nelerdir? Bunun sebebi burada bilirkişiye gerçekten güvenmeme midir? Almanya'da ayrıca çok güçlü

kalite standartları, kalite kuralları vardır. Bunları da meslek odaları kullanmaktadır. Bu tür bir meslek kuralı derlemesini Türkçeye çevirip Türk paydaşlarımızla da paylaşmak, bunun üstünde çalışmak istiyorum. Bu farklılıkların sebeplerini meslektaşlarımla tartıştığımız zaman üç tane farklı argüman karşıma çıkıyor. Bu argümanlara gelirsek: bir tanesi üst düzey mahkemelerin bunu talep etmesi. İş yükü konusu da karşıma çıkıyor. Bu alanda bana sıklıkla yönlendirilen bir soru, Almanya’da bir hakimin kaç davaya baktığıdır. Bu soruyu cevaplamayı çok sevmiyorum. Çünkü ben patent ihlali davalarına bakıyorum. Yani ‘Apple’ ile ‘Samsung’ arasındaki bir davayı bir araba kazasıyla karşılaştıramam. Yine de söyleyeyim, bizim dairemizde bir hakim altı yüz dosyaya bakıyor ve kararlarımız yaklaşık otuz ila kırk sayfayı kapsıyor. Son iki yıldır hiçbir bilirkişi raporuna başvurmadım. Birinci derece mahkeme hakimi yılda sekiz yüz ila bin dosyaya sahip oluyor. Anladığım kadarıyla ortalama olarak bu bir Türk hâkiminin iş yüküne eşittir. Karşılaştığımız bir diğer soru üst düzey hâkimleri neyi talep ediyor? Şu ana kadar henüz bu bağlamda dosya inceleme fırsatım olmadı. Bu bağlamda aklımıza gelen olasılıklardan bir tanesi, bilirkişi raporlarını ve bilirkişiliği tartışıyoruz. Bu usulle ilgili bir şey ve bunun problem olduğu yalnızca usulde bir sıkıntı çıktığında önümüze çıkıyor. Yani bizce şöyle bir olasılık olabilir, hala araştırma aşamasındayız bunu da belirtmek istiyorum: Bir hâkim on tane karar verdiği zaman bunlardan yalnızca bir tanesi döndüğünde, özellikle bu bir tanesindeki sorunlar onun aklında kalacaktır ya da gözüne batacaktır. Ama bundan emin değiliz. Biz her zaman üst düzey mahkemelerin bilirkişi raporlarının alınmasını şart koştuğunu ya da alınması gerektiğinin altını çizdiğini duyuyoruz. Fakat tam olarak bunun sebebinin daha tespit edemedik. Hukuki konularda bilirkişiye başvurulduğu için bozulan kararlar olduğu örnekleri de elimizde var. Daha önce de söylediğim gibi teknik ve hukuki konuların neler olduğu arasında farklılıklar var. Bir diğer konu da bilirkişinin verdiği raporlar. Almanya’da mesela bilirkişi verdiği raporda herhangi bir hukuki görüş bildirirse, yani ‘teknik anlamda sorun budur, hukuki anlamda da bu şöyle değerlendirilir’ diye yazarsa, tarafsızlığı risk altına girer. Çünkü bunu bir bilirkişi yapmamalıdır. Bu şekilde hâkimi çok kötü bir pozisyona sokar. Hâkim burada bir karar vermek zorunda ve bilirkişinin düşündüğü şekilde karar verirse, kendi takdirinde bu şekilde karar verse bile, hâkim burada tarafların hakimin doğrudan bilirkişi raporunu temel aldığı konusundaki suçlamalarına maruz kalacaktır. Bir diğer konu da hukuk mahkemelerinde bilirkişilerin, sanırım bu idari yargıda biraz farklı olabilir, kendi yazdıkları raporda belirtilen hususlar dışında hiçbir maddi unsura değinmemesi yani delil ya da bilgi sunmaması gerekliliğidir.

Projemizdeki, en yakın, bir sonraki adımlarımız nedir? diye bakarsak, bir sonraki hafta içinde pilot mahkemelerimizi ziyaret edeceğiz. İstanbul’a da gele-

ceğiz, İstanbul bizim için çok çok önemlidir. Çünkü İstanbul'daki durumun zor olduğunu düşünüyorum. Sırf hukuk mahkemelerindeki listelerde dört bin beş yüz tane bilirkişinin kayıtlı olduğunu biliyorum. Yurt dışındaki bilirkişilik için meslek etik kuralları üzerinde çalışmaya başlayacağız ve şunu söylemek istiyorum, yapacağımız her şeyi Türk partnerlerimizle işbirliği içinde hazırlıyoruz. Almanya'dan herhangi bir şeyi kopyalayıp burada uygulamak istemiyoruz.

**Prof. Dr. Baki KURU-** Bir nokta tercümede biraz eksik kaldı, özür dilerim. Diyor ki: Almanya'da bilirkişi raporunda hukuki değerlendirme yaparsa bu bilirkişi için red sebebidir. Bilmiyorum anlaşıldı mı? Ben tam anlamadım da. Peki buyurun, teşekkür ederim.

**Oliver SCHÖN-** Benim sunumum bu kadardı. Dinlediğiniz için çok teşekkür etmek istiyorum. Şimdi isterseniz ben size benden sonraki Alman konuşmacıyı takdim edeyim. İzin verirsiniz çok kısa, Sayın Dr. Kronisch'i tanıtmak istiyorum. Sayın Dr. Kronisch Schwerin'deki İdare Mahkemesinin Başkanıdır. Schwerin Almanya'daki on altı tane eyaletimizden bir tanesinin başkentidir. Hamburg'la Bern arasındaki bir eyalettir. Kendisi, yanılmıyorsam, altı yıldır bu başkanlık görevini sürdürmektedir. Ondan önce de zaten Federal İdare Mahkemesi'nde tetkik hâkimliği görevini de yürütmüştü. Ben kendisinden, bugün burada, kendi mahkemesinde bilirkişiliğin nasıl ele alındığını sunumunda anlatmasını rica ettim. Fakat yapacağı sunum zaten tüm Almanya için az ya da çok aynı olacaktır.

**Dr. Joachim KRONISCH-** Bugün burada olduğum için çok mutluyum, böyle bir sunum yapmama izin verdiğiniz için teşekkür ediyorum. Benim sunumum "Alman idari yargılamasında bilirkişi delili" konusudur. Ben bu konuyu Schwerin İdari Mahkemesi örneğinden yola çıkarak ele almak istiyorum. Öncelikle kısaca sunumumun içeriği hakkında birkaç bilgi vermek istiyorum. Öncelikle istatistiki verilerle başlamak istiyorum. Burada Almanya'nın geneli için bilirkişiliğin kullanımıyla ilgili istatistiki verileri ele alacağım. Bunun akabinde de kendi mahkememe geleceğim. İkinci olarak da hukuki parametreleri ele alacağım. Bunun da alt başlıkları var: Bu başlıklar, Anayasal hukuk, idari yargılama usulleri ve bilirkişilik şeklindedir. Üçüncü başlık altında da bilirkişiliğin sık kullanıldığı dava türlerini ele almak istiyorum. Dördüncü başlık altında Schwerin Mahkemesi'nin pratiğindeki bazı davalardan örnek vermek istiyorum. Beşinci başlıkta da bilirkişilere başvuruya kısaca değineceğim. Burada yine alt başlıklarım var: Bunlar ispat (delil) konuları, bilirkişinin seçimi, mahkeme tarafından bilirkişinin tayin edilmesi ve yazılı bilirkişi raporudur. Altıncı başlıkta da özet yapacağım. İstatistiği verilerle başlamak istiyorum. Tabloya baktığımızda, Schwerin İdari Mahkemesi'ne hem 2012'de hem 2011'de yaklaşık iki bin iki yüz

dosyanın girdiğini görüyoruz. Buna bağlı olarak 2011 yılında yirmi iki hâkim, 2012’de yirmi bir hâkim görev aldı. Ben istatistiği biraz düzeltiyim istiyorum: Hem 2011 hem 2012 yıllarında üç bin yeni dava açıldı. Genel anlamda da iki bin iki yüz tane ihtiyadi tedbir kararı olarak, mahkememizde dava açıldı. Bu davaların, sekiz yüz tanesi ihtiyati tedbir olarak, açıldı. İsterseniz bilirkişilik bağlamında Alman Mahkemelerinin geneline bakalım. Burada Federal İstatistik Kurumu’nun verilerine bakarsak; 2011 yılında birinci derece mahkemelerde, Almanya’da %98.1 karara bağlanmış dosyada bilirkişi kullanılmadığını görüyoruz. Buna göre karara bağlanmış davaların yalnızca % 2’sinde bilirkişiye başvurulmuştur. Alman Mahkemeleri delil olarak neyi kabul ediyor? Bunlar Sunulan deliller, tarafların sunduğu deliller, keşif ve bilirkişi raporudur. Burada bahsettiğim %2 tüm sunulan delilleri kapsıyor. Şimdi Schwerin İdare Mahkemesi’nde bilirkişiye gelelim. Karara bağlanan davalara bakarsak; çok nadir bir şekilde bilirkişiye başvurulduğunu görüyoruz. Tabloda da görüyorsunuz: 2011 yılında 16 adet ücrete tabi olan bilirkişi raporu hazırlatıldı, 2012’de 17 adet hazırlatıldı. Bunun dışında bir de tahmini bir sayım var. Yalnızca hâkimlerden aldığım veriler ölçüsünde tahmin edebildiğimiz bir sayı: Bu da yaklaşık kırk tane bilirkişi raporu var (Mesela sağlık kuruluşlarından). Bunlar da ücrete tabi değildir. Alınan raporların büyük bir kısmı, hem 2011 hem 2012 yılında, tıbbi konularla ilgiliydi. 2011 yılında on üçü, 2012 yılında on dört adedi tıbbi konularla ilgiliydi. Ve burada bahsedilen kırk adet, kurumlardan alınan raporlar da tıbbi konularla ilgiliydi. Yine tabloda bazı sayısal değerlerimiz var: bilirkişi için harcanan tutarlar 2011 yılında 21.300 Euro, 2012 yılında 13.200 Euro olarak bilinmektedir. Burada enteresan olabilecek bir başka husus da raporların ücretleriydi. 2012 yılında en pahalı rapor 3.200 Euro iken en düşük maliyetli rapor da 50 Euro olmuştur. Ayrıca karşılaştırmak için bir sayı daha vermek istiyorum: tanık ve şahitlerin mahkemeye gelebilmeleri için verilen yol giderleri 2011 yılında toplam 2.400 Euro, 2012 yılında toplam 3.000 Euro harcanmıştır. Son olarak da sözlü tercümanlar için harcadığımız masrafları bildirmek istiyorum: 2011 yılında 20.000 Euro iken 2012 yılında 40.000 Euro’ya çıkmıştır ve bu tercümanlar genelde yabancılar hukuku ya da iltica hukuku için kullanılıyor. Görüyorsunuz burada bilirkişiler için harcanan meblağlar tercümanlarımızdan çok daha düşük miktardadır. Bu bağlamda şu sonuca gelebilirim: buna göre 2012 yılında Schwerin İdare Mahkemesi’nde karara bağlanan davaların 0.8’inde ücretli bir bilirkişi raporu talep edilmiştir. Kurumlardan elde edilmiş ücretsiz bilirkişi raporları da dikkate alındığında ortalama %3 oranında bilirkişi raporuna başvurulduğunu görüyoruz. Aslına bakarsanız, bu oran çok şaşırtıcıdır. Çünkü idare mahkemelerinde re’sen araştırma var biliyorsunuz. Bence bu bağlamda sekiz farklı noktayı dikkate almamız gerekir. Burada asıl temel, idarelerin hazırladığı dosyalar ve bunların içinde bulunan belgeler ve evraklardır. Ayrıca münferit durumlarda şahitler dinleniyor. Şahitlerin yaptıkları

gözlemler dinleniyor, açıklamaları alınıyor ya da geçmişteki durumla ilgili bilgiler ediniliyor. Keşif genellikle imar hukukuyla ilgili alanlarda yapılmakta ve yol ücretleriyle ilgili olan davalarda karşımıza çıkmaktadır. İkinci olarak, özellikle teknik bilgi içeren bu bilirkişi raporları, genelde idarelerin hazırladığı dosyaların içinde mevcut olarak karşımıza çıkıyor. Buna bir örnek vermek istiyorum: Bir hayvan tesisi işleticisi hazırladığı dosyanın içerisinde hem koku hem gürültü sorunuyla ilgili hazırlanmış raporları sunmaktadır. Üçüncü başlık olarak karşımıza şu çıkıyor: Genelde idare izin verirken bu tür bir raporun hazırlanmasını şart koştuğu için bu rapor hâlihazırda mevcut olabiliyor. Buna da bir örnek vermek istiyorum: Bazı teknik tesislerin inşasında ya da yol yapım çalışmalarında ÇED raporu gerekebiliyor. Bu bağlamda zaten çevre uzmanları da bu raporları hâlihazırda hazırlanmış bir şekilde dosyada mevcut bulundurabiliyor. Dördüncü başlık olarak özel kurumlar karşımıza çıkıyor. İdareler, izin süresi boyunca bu özel kurumlardan gelen bilgileri bilirkişi raporu şeklinde talep edebiliyorlar. Ayrıca bu, dava içerisinde bilirkişi raporu şeklinde değerlendiriliyor. Burada da bir örnek vermek istiyorum: bir tarihi binayı ele alırsak; bu tarihi binanın tadilatı ya da yıkımıyla ilgili konularda genellikle bununla ilgili çalışmayı yapan kurum zaten bir rapor hazırlamıştır. Yani tarihi binadan sorumlu olan kurum bu binanın halihazırda bir tarihi bina olup olmadığı, koruma altında olup olmadığıyla ilgili bir rapor verir. Ya da ilgili kurum binaya hangi değer biçileceğini, daha doğrusu binanın değerini belirtebilir. Beşinci başlıkta şu karşımıza çıkıyor: Eğer idare izin verme süreci esnasında bir bilirkişi raporu hazırlatmışsa, bu raporu mahkemece hazırlanan bir bilirkişi raporu gibi değerlendirebilir. Dolayısıyla mahkeme yalnızca idarenin hazırlatmış olduğu bilirkişi raporunun uygunluğu konusunda şüpheye düşerse, ek bir bilirkişi raporu daha hazırlatabilir. Altıncı başlık olarak çevre düzenlemesi konusunda karşımıza çıkan bazı yasal, teknik düzenlemeler var. Bunlar hava kirliliğine ilişkin yönetmelik ya da emisyon yönetmeliği yahut gürültü yönetmeliği gibi yönetmelikler. Ve bunlar da daha önce hazırlanmış bilirkişi raporları gibi değerlendirilmektedir. Buna bir örnek vermek istiyorum: Eğer bir fabrika ya da bir atölye gürültü emisyonu yapacaksa, o zaman bununla ilgili düzenlemede bulunan emisyon sınırları ya da evlere olacak olan belirtilmiş mesafeler daha önce belirlenmiş ve bilirkişi raporu niteliği taşımaktadır. Daha basitçe anlatmak gerekirse: bu teknik düzenlemelerde bir hayvancılık tesisinin en yakın evlere olan ve uyulması gereken mesafeler tanımlanmış olabiliyor. Bahsi geçen bu tesis gereken mesafelere uyuyorsa mahkeme doğrudan sağlık riskinin oluşmadığını öngörür. Yedinci olarak; Mahkeme, izin süresi boyunca idare ya da özel kurum tarafından hazırlanmış olan rapor hakkında, yalnızca taraflar gerekçeli bir itiraz sunarsa şüphe duymalıdır ve bunun için yeni bir rapor almalıdır. Burada bahsettiğim izin süresinde verilmiş olan rapora karşı somut bir şekilde itiraz edilmelidir. Genel bir itiraz yeterli olmayacaktır. Yani ‘rapor yanlış’ demek yeterli

olmayacaktır. Buradaki somut itiraz rapordaki maddi unsurlarla ilgili olabilir. Ya da raporda uygulanan yöntemle ilgili olabilir. Ve tabii ki raporun sonucuyla ilgili olabilir. Bu bağlamda değinmek istediğim son nokta, sekizinci nokta; Teknik ve bilimsel hususları içeren davaların çoğunda maddi unsurlar değil hukuki konular tartışılmaktadır. Bu, teknik ve bilimsel konuları içeren davalar için de geçerlidir. Örneğin, davacı küçük bir şehrin sınırları içinde süpermarket açmak ister. Davacı tarafından hazırlanan rapor, şehrin merkezinde bulunan diğer marketlerin cirolarının %15 oranında etkileneceğini göstermektedir. Aslında ne davacı, ne de İdare bu raporda bahsedilen ciro dağılımı üzerinde tartışılmaktadır. Burada taraflarca tartışılan tek konu, ciro dağılımına bağlı olarak şehircilikle ilgili negatif bir etkinin doğup doğmayacağı konusundadır. O halde tarafların üzerinde tartıştıkları husus nedir? Mevcut cironun şehrin dışına kayması, şehir merkezindeki marketlerin kapanmasına neden olacak mıdır, yani bu şekilde ticaret hacminin şehrin dışına doğru taşınması söz konusu mudur?

İkinci konu başlığımıza gelirse: Hukuki parametreler. Öncelikle Anayasa Hukukuna değinelim. Anayasa'nın 103. maddesi, hukuka erişim açısından temel teşkil etmektedir. Buna göre mahkemeler, nihai karar üzerinde etkisi olacak, delil niteliği taşıyan maddi unsurları ortaya çıkarmak zorundadır. İkinci olarak, İdari Yargılama Usul Hukukuna gelmek istiyorum. İdari yargıda, hukuk mahkemelerinden farklı olarak re'sen araştırma ilkesi vardır. İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 86. maddesine göre, idare mahkemesi davanın maddi unsurlarını re'sen araştırır. Duruşma esnasında mahkemeye sunulan bir delil, ancak gerekçe gösterilerek reddedilebilir, bu kural kanun maddesi ile de desteklenmektedir. Delil toplamaya ilişkin esaslar idari yargılama usulünde şu şekilde detaylandırılmaktadır: Mahkeme delilleri duruşma esnasında toplar. Şimdi bilirkişinin fonksiyonuna gelmek istiyorum: İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 108. maddesine göre, mahkeme davanın esası hakkında, bağımsız takdire (başka bir deyişle Mahkemede oluşan kanaate) göre karar verir. Hakimin takdirine temel oluşturan sebepler, karar gerekçesinde açıkça belirtilmelidir. Mahkemenin bu kararı, maddi unsurların çok açık bir şekilde ortaya çıkarılmasını öngörür. Bu konuda teknik verilerin değerlendirilmesi gerekiyorsa, bilirkişiye başvurulabilmektedir. Bilirkişinin görevi, ihtisas alanında mahkemeye gerekli teknik bilgileri sunmak ya da önüne gelen uyuşmazlığın maddi unsurlarına ilişkin kendi deneyimlerine göre bir sonuç çıkarmaktır. Bilirkişi raporunun mevcut olması, mahkemenin olaya ilişkin maddi unsurları incelememesi anlamına gelmemektedir. Mahkeme, hem maddi unsurları inceleyecektir, hem de bu bağlamda bir karar verecektir. Bilirkişi, hakim bakımından yalnızca yardımcı bir nitelik taşır. Maddi unsurların ve genel çerçevenin belirlenmesi, tespit edilmesi mahkemenin asli görevidir. Federal İdare Mahkemesi içtihatlarına göre, mahkeme herhangi bir inceleme yapmadan



doğrudan bilirkişi raporu sonucuna göre karar veremez. Bundan dolayı mahkeme, bazı durumlarda bilirkişi raporunu hazırlayan kişiyi duruşmaya davet edebilir. Duruşma esnasında bilirkişiyeye raporla ilgili sorular yönlendirilir, bilirkişiden raporunu sözlü olarak sunması istenir.

Üçüncü başlık: Bilirkişiyeye sıkça başvuru olan dava türleri. İdari mahkemele-ri şu tür alanlarda bilirkişi raporuna başvurabilir: Özellikle çevre konularını içeren mevzuat bakımından, Su Kanunu, Doğanın Korunması Kanunu ve Emisyon Kanunu gibi. Buna ilişkin birinci örnek: Özellikle kuşların yaşam alanında rüzgar enerjisi tesislerinin kurulması, kuşların beslenme ortamını etkiler mi? İkinci örnek olarak: Hindi yetiştirme tesisinin, yakın çevredeki yerleşim yerleri için doğurabileceği muhtemel koku emisyonu. Üçüncü örnek olarak: Rüzgar enerjisi tesislerinden (Rüzgar Gülü) yansıyan gölgenin, bu tesislerin yakınındaki yerleşim yerinde bulunan binaları ne kadar süre boyunca gölgesiyle etkileyeceği sorunu.

Ayrıca bilirkişi raporları tüm tıbbi konularda karşımıza çıkmaktadır. Daha önce gösterdiğim istatistiklerde de, Schwerin Mahkemesi örneğinde yoğunluğun bu alanda olduğunu görmüştük. Tıbbi hususlar şu hukuk alanlarında önem taşıyabilmektedir: Memurlar bakımından, memurun iş görememesi sebebiyle işten çıkarılması. Bunun dışında, memurun bir kaza sonucu emekli olması halinde, kazanın memurun kaza sonrası sağlık durumu üzerindeki etkisi tartışma konusu olabilir. Tıbbi sorunlar, askerlikle ilgili konularda da gündeme gelmektedir. Mesela askerliğe engel bir sağlık durumunun olup olmadığıyla ilgili. İltica hukukunda yabancının seyahat edebilecek durumda olup olmadığı ve bunun sonucunda tekrar ülkesine gönderilip gönderilemeyeceği de örnek olarak gösterilebilir. Bir diğer örnekte, kendi geldiği ülkede hayati tehlike taşıyan bir hastalıkla ilgili sağlık tedavilerinin sunulup sunulmadığı gibi. Ayrıca disiplin davalarında, ilgili kişinin sağlık durumu da önem taşıyabilmektedir. Tıbbi konuların önemli olduğu bir başka alan da ehliyet, yani araç sürmek için gerekli olan ehliyet konusundadır. Örneğin, araç kullanabilmek için gerekli olan sağlık durumunu örnek verebiliriz.

Bilirkişiyeye başvurduğumuz bir diğer hukuk alanı da kadastrudur. Buna örnek olarak: belirlenen bir sınırın gerçekten doğru bir şekilde belirlenmiş olup olmadığıdır. Biraz önce, imar hukukunda şehrin sınırları dışında inşa edilecek süpermarket örneğini vermiştim. Bir başka alan da tarihi binaların korunmasıdır. Bir binanın tarihi bir yapı olup olmadığıyla ilgili uyuşmazlık olabilir. Bir başka alan da üniversite ya da diğer sınav hukuku alanlarıdır. Örnek olarak: Sınava giren kişinin verdiği cevabın yanlış olduğu yönündeki değerlendirmenin haklı ya da haksız olduğuna ilişkindir. Son olarak borçlar hukuku bağlamında bir örnek vermek istiyorum. Bir arazinin geri verilmesi konusundaki uyuşmazlıkta, arazi sahibinin bu araziye daha önce satmış olduğu tespit edilmişti. Davacı, satış söz-

leşmesindeki imzanın sahte olduğunu iddia etmiştir. Gelinek noktada, bilirkişiyeye özellikle başvuru tipik dava türlerini görüyorsunuz: Kamu Personel Hukuku, Çevre Hukuku, Mülteci davaları, kadastro davaları, imar davaları, sınavlara karşı açılan davalar ve askerlik hizmetine ilişkin davalar örnek olarak gösterilebilir.

Dördüncü başlık altında birkaç tane örnekle devam etmek istiyorum. Birinci örnekte, doğanın korunması ile ilgili bir uyuşmazlık: İlk örnekte Belediye, hindi üretim tesisine verilen izne karşı dava açmaktadır. Olayda geçen mekan, kuş koruma bölgesi içinde bulunmaktadır. Yani, tesisin hemen yakınında koruma altında olan kuşlar bulunmaktadır. Soru; hukuki ihtilaf nerede? Bu tesisin inşaa edilmesi üzerine koruma altındaki kuşlar artık bu bölgeye gelecek midir, gelmeyecek midir? Mahkeme, çevre konusunda uzman bir bilirkişiyeye başvurmuş, raporda şu soruların cevaplanması isteniyor: Bu tesisin inşası kuş koruma alanının büyük ölçüde etkilenmesine sebep olacak mıdır? Ayrıca 10 Eylül 2008 tarihinde teslim edilecek olan rapor şu soruları da cevaplandırmalıdır: Kuş koruma bölgesinin durumu uyuşmazlığın doğduğu tarih bakımından nasıl değerlendirilecek? Bir diğer soru da, tesisin inşasıyla birlikte doğal alanların mahiyeti değişecek midir? Bu sorularla ilgili bilirkişiden görüş talep ediliyor. Burada sunmak istediğim ikinci örnek tıbbi bir raporu ele alıyor: Davacının polis memuru olduğu uyuşmazlıkta, iki tane iş kazası sonucu davacının çalışması ne kadar sınırlandırılmıştır, bu konuda ihtilaf vardır. Bu uyuşmazlık sonucunda davacıya emekli maaşı ödenecek midir, ödenmeyecek midir? Ödenecekse bunun miktarı nasıl belirlenecektir. Bu konuda farklı fikirler vardı. Mahkeme burada bir tıbbi raporun hazırlanması gerekliliğini öngörmüştür ve bir doktor raporu istemiştir. Şu soruları yönlendirmiştir: Davacının çalışabilirliği ne denli kısıtlanmıştır? Geçirdiği iş kazaları, bu kısıtlamayı ne ölçüde etkilemiştir?

Şimdi beşinci başlığımıza, bilirkişiyeye başvuru ve bununla ilgili usule gelmek istiyorum. Öncelikle burada delil konusu karşımıza çıkıyor. Bilirkişiyeye başvurma resmi anlamda yazılı şekilde bu raporun talep edilmesiyle başlar. Bundan önce bilirkişiyeye yönlendirilecek olan sorular tespit edilir. Mesela çevre koruma örneğinde hem taraflara, hem de bilirkişiyeye sorular yönlendirilmeden önce, sorular taslağı iletilmiştir. Taraflar bu sorular hakkında görüşlerini bildirmişlerdir ve farklı sorular da önermişlerdir.

İkinci başlığımızda bilirkişinin seçimi hususuna gelmek istiyorum. Bilirkişinin seçimi hakimin takdirindedir. Sıklıkla taraflarca uygun bir bilirkişinin isminin beyan edilmesi talep edilir. Genelde, taraflar bu şekilde bir bilirkişi üzerinde mutabakata varırlar. Fakat bazen de kurumlardan uygun isimlerin verilmesi talep edilebilir. Mesela özel tıbbi konularda meslek birliklerinden doktorların isimleri istenebilir. Federal İdare Mahkemesi'nin kararlarına göre, mahkeme uygun bir



teknik bilgiye sahip olmayan bir uzman ya da bilirkişi seçtiğinde, kendi takdir yetkisini kötüye kullanmış olur. Mesela ortopedist olmayan bir doktordan ortopediye ilişkin bir rapor talep edemezsiniz. Bilirkişi bu tür durumlarda kendisine yardımcı olabilecek kişilerden yardım isteyebilir. Fakat her zaman raporun sorumluluğunu kendisi üstlenmektedir. Şimdi bilirkişinin mahkeme tarafından yönlendirilmesi konusunu ele almak istiyorum. Bilirkişinin çalışmasını yönlendirme görevi mahkemededir. Bilirkişi raporunun temelini oluşturacak maddi unsurları tespit etmek mahkemenin görevidir. Pratikte bunun için genelde bilirkişiye dava dosyası ve idarenin hazırladığı dosya gönderilir. Ya da durumla ilgili yazılı bir özet kendisine iletilir. Şimdi yazılı rapor ve tarafların dinlenilmesi konusuna gelmek istiyorum. Bilirkişi raporunu genelde yazılı bir şekilde sunar. Fakat biraz önce bahsettiğim çevre örneğinde olduğu gibi, bazı karmaşık davalarda bilirkişi sözlü duruşmaya davet edilir ve raporuyla ilgili açıklamalarda bulunması talep edilebilir ya da sorulara cevap vermesi istenebilir. Bu kapsamda, taraflara kesinlikle bilirkişi raporuyla ilgili görüş bildirme hakkı verilmelidir.

Şimdi sunumun sonuna geliyoruz. Özetlemek gerekirse; ilk olarak İdare Mahkemelerinde görülen davaların %3'ünde bilirkişiye başvurulur ki, bu bilirkişi raporlarının içerisinde ücretsiz kurumlardan alınmış olan raporlar da vardır. Bilirkişi raporlarının büyük bir kısmını tıbbi konular, özellikle devlet memurları ve iltica hukuku teşkil etmektedir. Bunun yanında teknik konularda ya da bilimsel konularda da bilirkişi raporları alınır. Genelde çevrenin korunması ya da kadastrо hukukunda olduğu gibi. Üçüncü olarak, mahkeme bilirkişiye cevaplaması gereken soruları yönlendirir. Dördüncü olarak da bilirkişi raporlarını genelde yazılı bir şekilde mahkemeye sunar. Çok nadir durumlarda, gerekli görüldüğünde bu raporu sözlü duruşmada sunar. Beşinci olarak da taraflar bilirkişi raporu kendilerine tebliğ edildikten sonra bununla ilgili görüş bildirme hakkına sahiptirler. Altıncı olarak da bilirkişinin görevi mahkemeyi desteklemektir. Mevcut bilirkişi raporu temelinde mahkeme var olan ya da olmayan unsurlara dayanarak bilirkişi raporuna bağlı kalmadan kendi değerlendirmesini yapar.

Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Baki KURU-** Biz de teşekkür ediyoruz. Zamanımız biraz geçmiş olmakla beraber bir ara vermek durumundayız. On beş dakika ara veriyorum.

Sayın Selçuk Hondu'dan rica ettim. Yirmi dakika içinde bitirecek. Ondan sonra listede yazılı olmayan Anadolu Üniversitesi'nden Sayın Barış Toraman Fransa ve İtalya'daki bilirkişi listeleri üzerinde duracak. Bence bilirkişi konusunda en önemli konu bilirkişi listeleri. Yani bilirkişinin seçimi hususudur. Onun için bilirkişi konusunda bir doktora tezi yazmış olan Barış Toraman'ı rica ettim.

Ben de ondan sonra listelerle ilgili ortaya çıkabilecek konular hakkında kısa bir açıklama yapacağım. Buyurun Selçuk Bey.

**Selçuk HONDU-** Sayın misafirler hepinizi sözlerime başlarken saygıyla selamlıyorum. Ayrıca bu konferansın tertibine vesile olan Aydın Bey’e ve ekibine de ayrıca teşekkürlerimi sunuyorum. Ben idari yargıda keşif ve bilirkişi incelemesinden bahsedeceğim. Aslında kendime göre bir mantık silsilesi dahilinde burada bazı konuları hazırladım. Özellikle uygulamada, kırk bir senelik meslek hayatım nedeniyle edindiğim bilgileri size aktarmaya çalışacaktım ama... İnşallah yine de muvaffak oluruz.

Biliyorsunuz keşif, idari yargıda dava konusu hakkında hakimin duyularıyla bilgi edinmesidir. Bilirkişi ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki ifadeyle hukuk bilgisi dışında teknik ve özel bilgiye ihtiyaç duyulan hallerde başvuru ve takdiri delil niteliğinde olan usul müessesesidir. Dolayısıyla, takdiri olması nedeniyle, hakimi bağlamaz. Bu yolla elde edilen bilgiler hakim tarafından genel olarak değerlendirilir ve ona göre karara yansıtılır. İdari davalarda da bazen sadece keşif, bazense sadece bilirkişi incelemesi; bazen de hem keşif hem bilirkişi incelemesi yapılabilir. Örnek vermek gerekirse; bir plan iptali davasında keşif ve bilirkişi incelemesi yapılır. Ama bir not tespitinde veyahut da bir doçentlik tezinin kabul edilmemesine ilişkin davada bilirkişi incelemesiyle yetinilir. Keşfe gerek yoktur, zaten niteliğe de aykırıdır. Bizde, idari yargıda genellikle idare mahkemeleri indinde keşif ve bilirkişi incelemesine başvurulur. Vergi mahkemelerinde sadece bilirkişi incelemesi vardır. O da defter ve belgelerin, mükellefin defter ve belgelerinin incelettirilmesi ve muhasebeye ilişkin bazı teknik bilgilerde başvuru bir yoldur. Onun dışında vergi mahkemelerinde keşif vaki olmaz. İdare mahkemelerinde ise, imar planı iptallerinde, yıkım davalarında, not tespitinde, bunun dışında tam yargı davalarında genellikle başvurulur. Hukuk mahkemeleri ile idare mahkemelerini mukayese ettiğimiz zaman bir defa sıklık yönünden, biraz önce Alman hukukçuların da bahsettiği gibi, bizdeki miktar yani idari yargıdaki keşif ve bilirkişi incelemesine yapılan başvuru miktarı hukuk mahkemelerine göre adeta deve de kulak mesafesindedir. Bizde istisnaen başvuru bir yoldur. Yalnız adli yargıda sıkça bilirkişiye başvurulması toplumun en çok yakındığı konulardan birisidir. Çünkü adeta ‘bilirkişi hakim’ kavramını ortaya çıkarmıştır. Yani hakimi devreden çıkarıp tamamen bilirkişi karar verir hale gelmiştir. Ki bu, uygulamada bizim de hiçbir zaman tasvip etmediğimiz, yanlış bir yoldur. Geremediği sürece bilirkişiye başvurmak mümkün değildir. Mevzuata bir bakarsak; idari yargı yönünden maalesef bir eksiğe değinmemiz gerekiyor. Bizim 2577 sayılı Kanunun 31. maddesinde keşif ve bilirkişi incelemesi yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na atıf yapılmıştır. Bu atıf son derece sakat, son derecede yanlış bir atıftır. Çünkü adli yargıdaki mahkemeler tek hakimli mahkemedir. Bizim

idare mahkemeleri ise toplu mahkemelerdir. Dolayısıyla mahkemelerin teşkilatı yönünden bir defa uyum yoktur. İkincisi, dava konuları çok farklıdır. Dolayısıyla bu yönden de çok fark vardır. Ayrıca bizde keşif ve bilirkişi incelemeleri naip hakim marifetiyle yapılır. Adli yargıda ise böyle bir şey yoktur. Bu bakımdan gönderme yoluyla idari yargıda keşif ve bilirkişi incelemesinin düzenlenmesi son derece yanlıştır. İdari yargının da niteliğine uygun değildir. Uymayan yönlerini eğer zaman olursa size teker teker izah ederdim. Bu bakımdan, idari yargının kendine has niteliklerini göz önünde bulundurarak keşif ve bilirkişi incelemesini yeniden düzenlememiz ve kendi usul kanunumuza, yani İdari Yargılama Usulü Kanunu'na dahil etmemiz şarttır. Gönderme yerinde değildir. Çünkü uyumsuzluk nedeniyle birtakım problemler ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan, Adalet Bakanlığı bu konuda zaman zaman çalışma yaptı, Danıştay çalışma yaptı; fakat henüz kanunlaşması vuku bulmadı.

Böyle genel bir açıklamadan sonra üç başlık altında kısaca keşif ve bilirkişi incelemesini inceleyeceğiz.

Birincisi, karar aşaması ve karar aşamasından önce yapılacak işlem. Bizde, keşif ve bilirkişi incelemesinde, idari yargıdaki arkadaşlarımızın da bildiği gibi, taraflar talep edebilir veya mahkeme re'sen karar verebilir. Fakat, mahkeme tarafların talebi ile bağlı değildir. Dolayısıyla eğer ihtiyaç duyuyorsa kendiliğinden karar vererek keşif ve bilirkişi incelemesini yapabilir. Nihai olarak, aslında keşif ve bilirkişi incelemesi re'sen yapılır. Yani taraf istesin istemesin, ihtiyaç duyarsak incelemeyi kendiliğimizden yaparız. Şimdi burada çok önemli bazı hususlara değineceğim. Yani keşif kararı verilmeden önce, uygulamada yanlış gördüğüm hususlara değinmek istiyorum ki buna pek çok arkadaşım da katılacaktır. Bir, geçen gün bir idare mahkemesi başkanıyla görüşürken bana aynen şunu söyledi: "Müzakereye bir arkadaş dosya getirdi, 'efendim keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmalı' dedi. Konusu nedir diye sorduğumda 'imar planı' dedi. Peki dosyayı inceledin mi dediğimde 'hayır incelemedim, imar planlarında hep keşif ve bilirkişi incelemesi yapıyoruz' diye söyledi". Bu yanlış bir imaj. Yani her imar planı iptali davasında mutlaka keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmaz. 1/5000'lik plan yapılmadıysa 1/1000'lik plan kendiliğinden zaten iptale mahkumdur. Niçin keşif, bilirkişi incelemesi yapılsın... O bakımdan;

1) Keşif kararı verilmeden dosyanın mutlak surette çok iyi incelenerek, dava konusu tespit edilip özel ve teknik bilgiye ihtiyaç bulunup bulunmadığı araştırılmalı ve ondan sonra karar verilmelidir. Aksi halde yapılacak keşif ve bilirkişi incelemesi ile lüzumsuz yere masraf ortaya çıkar ki, Anayasa'nın zannedersen 141. maddesinde 'davalar en kısa zamanda ve en az masrafla görülür' hükmüne bir defa ters düşer, bir. İkinci olarak, keşif yapılması en az altı ay alır.

İşin niteliğine göre daha uzun süreler de alabilir. Böyle bir durumda dosyanın kendiliğinden altı ay süreyle uzaması söz konusu olur ki, bu da çok yanlıştır. Lüzumsuz yere taraflara masraf çıkar. En mühim meselelerden birisi de budur. Uygulamada, mesela biz keşif kararı verdiğimiz zaman davacının gelip de ‘benim bunu ödeyecek param yok, avansı ödeyecek param yok’ dediğini gördük. Hatta bir seferinde, Diyarbakır’da bir emlak keşfinde sırf adaleti sağlayalım diye, cebimizden sanki özel iş gibi para yatırıp keşfi yaptık. Bu bakımdan hakimin mutlaka dosyayı inceleyerek keşfe gerek olup olmadığı konusunda ciddi bir araştırma ile karar vermesi lazım.

2) Daha önce gerek Yargıtay, gerekse Danıştay içtihatlarıyla, istikrar kazanmış bir konu vardır: Hakim kendi hukuk bilgisiyle ya da genel bilgisiyle çözeceği konularda bilirkişiye gitmesi yasaklanmıştı, bozma nedeniydi. Yüksek Mahkemeler bu şekilde birçok kararı bozdu. Şimdi bu husus, yasa haline geldi. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda, hakimin bilirkişiye ancak hukuk bilgisi dışında özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyması halinde başvuracağı belirtilerek ortaya konulmuş. Dolayısıyla hakim işin kolayına kaçıp da hukuki mevzuları dahi bilirkişiye havale ederse, o zaman bu müessese amacından saptırılmış olur. Bir sözleşmede “geçerli midir, değil midir?” diye bilirkişiye başvurulursa veya bakın çok ilginç, geçen bir tam yargı davasında kusuru belirlemek için, kimin kusurlu olduğunu belirlemek için bilirkişiye başvurulmuş. Bu tamamen hakimin yapması gereken bir iştir. Bu konuda hiçbir şekilde bilirkişiye başvurulamaz. Bu bakımdan kanun hükmüne riayet etmek gerekir. Daha önce dediğim gibi bunlar müstakar hale gelmiş içtihat halindeydi.

Şimdi keşif ve bilirkişi incelemesinin uygulamasına geçelim. Bizde biraz önce bahsettiğim gibi toplu mahkeme olduğu için, heyet halinde keşif yapılmaz. Çok istisnai durumlarda yapılabilir. Onun da gerekçesi, mutlaka keşif kararında yazılı olmak şartıyla mümkündür. Bizde mutlaka bir naip hakim tayin edilir, o naip hakim marifetiyle işlemler yürütülür. Naip hakimle heyetin ilişkilerinde de uygulamada bazı problemler çıktığını görüyorum. Naip hakim aslında heyete vekaleten iş gören bir şahıstır, yetkiyi tamamen heyetten alır. Dolayısıyla heyete karşı sorumludur. Şimdi sorulacak sualleri en basit misali, naip hakim tayin eder. Ve keşif kararında da mutlaka ‘verilen yetkiler, bilirkişi ücretinin tayini, sürenin verilmesi bilirkişi raporu için, sorulacak suallerin belirlenmesi ve keşifle ilgili diğer işlemler yapmak üzere filanın naip hakim tayinine’ diye karara yazarız. Sonuçta bu karar heyet halinde verileceğine göre ve naip hakim de heyete vekalet ettiğine göre mutlak surette sualin sorulmasından önce ve bizim ‘ön müzakere’ dediğimiz müzakere ile dosya hakkında bilgiyi, sorulacak sualler hakkında bilgiyi naip hakimine mutlaka heyete sunması gerekir. Ama uygulamada, maalesef “Ben naibim, istediğimi yaparım, istediğim şekilde sorarım”. Arkasından eksik bilgi geldiği,

dava çözülemediği zaman ikinci bir bilirkişiye gidiyor veya ek rapor istemek durumunda kalıyor. Bu da uzatıyor veya masrafı arttıran unsur oluyor. O bakımdan naip hakimin, dediğim gibi bu sorumluluğu taşıyan kişi olması lazım ve heyete zaman zaman bilgi vermesi lazımdır.

Son zamanlarda, keşifte daha önce bulunmayan bir harç çıkarıldı. 23/07/2010 tarihinde 6009 sayılı kanunla yapılan değişiklikle Harçlar Kanunu'na keşif harcı diye bir şey eklendi. Bu uygulamada, başlangıçta istemişse eğer davacı peşin alınıyormuş. Peki re'sen veya sonradan karar verilirse ne olacak? Orada da bu harç yatırılmadan keşif yapılması mümkün değil, Harçlar Kanunu'nun 32. maddesine göre eğer yatırılmazsa ne yapılacağı orada belirtilmiş: Müteakip işlemler yapılamaz, diyor. O zaman keşif de yapılamayacak demektir. Bu kurum, dediğim gibi, idari yargıya yeni girmiştir. Daha doğrusu, adli yargıda söz konusudur. Öncelikle bunun yatırılması lazım, arkasından avans istenmesi gerekir. Yani hakimin yolluğu ve ekibin yolluğu, vasıta giderleri, bilirkişi ücreti ve posta giderleri ve diğer giderler için önceden bir miktar para isteyeceğiz. Aynı hukuk davalarında olduğu gibi. Şimdi burada çok önemli bir husus var. İki taraf var: Birincisi ya parayı çok yüksek istersin, sonuçta artanını iade edersin. Ama o arada da şahıs o parayı denk getirmek ve yatırmak için oldukça zorlanır. Hatta iki seneye yakın o para emanet olarak bizim kasamızda kalır, buna yazık günah. Eğer onu değerlendirseydi şu kadar gelir elde ederdi. Fazla isteme nedeniyle. Öbür taraftan eksik istenirse bu defa yeniden yazışma yapıp yeniden istenecek ve iş uzayacak. Bu bakımdan hakim avans isterken bu iki kefenin gözünü dengede tutmak zorundadır. Başka türlü olursa, dediğim gibi, ya haksızlık olur veyahut da lüzumsuz yere kişi töhmet altına, yük altına girer. Biraz önce bahsettiğim gibi keşif avansının yüksek istenmesi halinde gelip davacının "Ben vazgeçtim keşiften, yatırma gücüm yok" dediği halleri uygulamada görmüşüzdür.

Bu yolluk da yatırıldıktan sonra, daha doğrusu avans da yatırıldıktan sonra özellikle bilirkişilerin seçimine geliyor iş. HMK'da diyor ki, adli yargı adalet komisyonu tarafından hazırlanan listeden seçilir. Bizim idari yargıda böyle bir uygulamamız yok. Çünkü adli yargının bilirkişileriyle bizim bilirkişilerimiz farklı. Konularımız farklı. Oradan bizim bilirkişi olarak istifade etmemiz mümkün değildir. Onun için biz, uygulamada genellikle ya resmi dairelerden bu işi yapan mühendis, mimar, şehir plancısı vs. veyahut üniversitelerden genellikle hocalardan istifade ederek bilirkişi tayin ederiz. Bunların bilirkişiliği kabulü mecburidir. Çünkü mesleklerini bu mütalaayı bildirmeden yapmaları mümkün olmadığı için mecburen resmi bilirkişi sıfatını haizler ve her zaman gelebilirler. Yalnız orada tabi kendi idaresinin dava ile ilgisi olmaması lazım. Ona da dikkat etmek lazım. Adet olarak HMK'da bir veya üç diye geçerdi, tek rakamlıydı. Şimdi yeni kanunumuzda prensip olarak bir diyor. Ama işin niteliğine göre ucu açık olmak üzere

tek rakamlı daha fazla da seçilebilir, diyor. Dolayısıyla üçten fazla seçme imkanı ortaya çıkmış gibi bir sonuç ortaya çıkıyor ki, benim kanaatime göre o da pek uygun değildir. Yani üçten fazla bilirkişi seçmek, tek rakamlı olmak kaydıyla, işin niteliğine pek uygun değil. Gene eskisi gibi bir veya üç. Prensip olarak bir, eğer yeterliyse bir; ama yetersiz ise üç tane de seçilebilir. Hiç unutmam Ermenek’te bir su keşfi vardı. Biz, zorla bir tane hidrolog bulduk. Onunla keşfi yaptık. Danıştay ‘üç tane bilirkişi ile yapacaksınız’ diye bozdu bizim kararımızı. Konya’dan Ermenek’e gitmişiz. Yaz günü gidebiliyorsun, kış günü gidemiyorsun. Ona rağmen zorla bir tane Devlet Su İşleri’nden hidrolog bulduk. Bizim kararımızı “üç mühendisle yapacaksınız” diye bozdu. Tabi uzaktan davulun sesi hoş gelir, başka bir şey değil. Mahallinde iş yapmak lazım. İnsan bulunduğu yörenin değerlerini bilirse ona göre hareket eder; bilmezse asar keser. Bu bakımdan bilirkişinin adedinde de ölçü, benim kanaatime göre ki, kanun da aynı şeyi söylüyor, özel ve teknik bilginin niteliği ve davanın niteliğidir. Bunlara göre ya bir kişi ya üç kişi seçmek mümkündür. Uygulamada biz bilirkişi seçerken taşrada şöyle bir metot geliştirmiştik: Eğer bulunduğumuz yerden bilirkişi seçersek o bilirkişinin vereceği raporda etki-tepki münasebeti doğma ihtimali varsa genellikle idare mahkemesi bulunan yakın bir vilayetle sempatik ilişkide bulunuruz, niyabeten onlara dosyayı göndeririz, onlar orada bilirkişileri bulur, dosyaya incelettirir, bize gönderir. Onların da bize göndermeleri gereken dosya olduğu zaman bize gönderir, biz yaptırırız. Mesela Konya ile Ankara arasında böyle bir sempatik ilişki vardı, idare mahkemeleri arasında, benim bölge idare mahkemesinde olduğum dönemde. Orada özellikle tıp fakülteleri ile veya üniversite ile ilgili konularda mutlak surette bu yardımdan istifade ederdik. Çünkü mahallinde etki ihtimali çok kuvvetli idi.

Bilirkişi seçerken uygulamada dikkat edeceğiz, iğneyi biraz kendimize batıralım diye söylüyorum. Eski meslektaşlardan seçim bilhassa vergi mahkemelerinde çok oluyor. Benim kanaatime göre, şüphesiz belki hakikaten çok iyi yapabilir ama seçilmese daha uygun olur diye düşünüyorum. Çünkü o unvan duyulduğu zaman gayri ihtiyarî bir töhmet zannı doğması muhtemeldir. Ayrıca bir konu daha çok önemli. Mesela bunu ben görev yaptığım taşradaki illerde çok hissettim. Aynı bilirkişilerin aynı mahkemede devamlı seçilmesi halinde şöyle bir durum ortaya çıkıyor: İdare mahkemesinde plan iptal mi? Onları devamlı şu arkadaş çözer. Biz onları bulalım, ondan sonra davamızı halledelim zihniyeti. Bu bakımdan imkan bulabilirsek aynı bilirkişileri uzun süre kullanmamaya çalışalım ve değiştirelim. Şimdi burada arkadaşlarım bana sitem edecekler: ‘İyi de kolay mı bulunuyor bilirkişi, namuslu, dürüstü ve liyakatli’ diye. Onda da haklılar. Hakikaten bilirkişinin namuslusunu, liyakatlisini bulmak da çok büyük bir mesele. Keşke hepsi öyle olsa. O bakımdan keşif sırasında, ben adalet akademisindeki arkadaşlarımıza da söylüyorum bilirkişileri koltuğunuzun altından ayırmayın,



diye. Çünkü daha orada başlıyor bir eş dost yakınlığı sağlamaya çalışma. Onun için aynı bilirkişileri uzun müddet aynı mahkemede kullanmak, eğer imkan varsa yanlış oluyor.

Biraz önce Alman hukukçu arkadaşlar da bahsetti, keşif ve bilirkişi incelemesi ne zaman yapılır diye. Prensip olarak dosyanın tekemmülünden sonra yapılır. Biliyorsunuz iki dilekçe iki savunma, yani hukuki tekemmül oluştuktan sonra yapılır. Çünkü delilleri, iddiayı ve savunmayı bilirkişinin de görmesinde yarar var. Ama bazı haller de vardır ki mesela mail-i inhidam yapılarında, eski tabirle mail-i inhidam dedim, İmar Kanunu'nda da öyle geçerdi. Yıkılmaya yüz tutmuş yapılarında idare kararı hemen infaz edeceği için verilerin kaybolmaması açısından yürütme istenmişse, daha yürütme aşamasında da keşif ve bilirkişi incelemesi yapılabilir. Hatta zaruret de vardır. Aksi takdirde iptal davası tam yargı davasına dönüşür. Çünkü yıktığı şeyi bir daha ihya etme imkanı yoktur. Vatandaş olsa olsa tam yargı davası açacaktır. O bakımdan bizde prensip olarak dosya tekemmül ettikten sonra, hukuki tekemmüle kavuştuktan sonra ancak keşif ve bilirkişi incelemesi yapılması lazım.

Uygulamadan bir şey daha söyleyeceğim, hukuk mahkemeleri ile de mukayese edeceğim. Keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verildiğinde hakim mutlaka keşif mahalline bilirkişilerle birlikte gidecek veyahut da orada buluşacak; ama davaya konu olan gayrimenkulü, sınırlarını, niteliklerini gezip görmesi lazım. Şöyle köşeye oturup, eğer köyse 'getirin benim ayranımı' deyip, başkatibe veya katibe 'haydi kardeşim dolaş da gel şurayı' demek çok yanlıştır. Adli yargıda buna çok şahit oluyoruz. Aslında keşfi katip yapıyor. Hatta katip de biraz uyanıksa o da bilirkişilere işi bırakıyor. Bu son derece sakıncalı bir şeydir. Ben hiçbir zaman, keşfe gittiğim zaman böyle bir yere oturup da 'git dolaş da gel' demişliğim vaki değildir. Çünkü gezerken bilirkişiler bazı şeyleri sormak isteyebilirler. O sorduklarına icap ederse taraflarla birlikte bir cevap verme imkanı olur. Bilirkişiler fotoğraf çekmek isteyebilir. Onlara o imkanı sunmak ve o imkanı vermek açısından hakimın mutlaka keşif sırasında bilirkişilerle birlikte gayrimenkulü incelemesi gerekir. Keşfin amacı zaten başlangıçta, tarifte söyledik 'duyularıyla bilgi edinmesidir'. Yukarıdaki örnekte olduğu gibi bir köşede oturan bir insan duyularıyla nasıl bilgi edinecek? Onun için mutlaka gezip dolaşması lazımdır. Ve bir de tekrar söylüyorum bilirkişileri yanından hiç ayırmayacak. Bilirkişiler taraflarla yalnız kalmayacak. Çünkü şöyle bir izlenim var: Bir eski eser keşfine gittim, geziyoruz, davacı gelir gelmez 'Bu evin neresi eski eser? Eski eser saydılar bizi mağdur ettiler' demeye başladı. Yani daha ilk anda bu şekilde bir etki altına almaya çalışıyor bilirkişileri. O bakımdan ben kişisel olarak yaptığım bütün keşif ve bilirkişi incelemelerinde hem bilirkişileri, hem de tarafları mutlaka

yanımda bulundurmuş ve sorup öğrenmeleri gereken hususları benim yanımda öğrenmelerini sağlamışımıdır. Ve bunun faydasını da gördüm.

Soruların tespitine gelince, bu da çok önemli bir konu. En mühim konu belki o, can damarı diyebiliriz. İdari yargıda soruların tespiti konusunda iki sistem vardır: Birincisi naip sualleri tespit eder, bunu yazılı hale getirir ve keşif sırasında taraflara verir. Veyahut okutup bir örneğini dosyaya bırakır. İkinci seçenek, dediğim gibi naip bunları hazırladıktan sonra dosyayı mutlaka heyetle toplantı halinde götürür. Bir ön görüşme yapar. ‘Uyuşmazlık şu, şunun için ben şu bilgilere ihtiyaç gördüm ve bu nedenle şu sualleri sormak istiyorum. Sizler de ilavesini istediğiniz veyahut fazla gördüğünüz şeyler varsa söyleyin onları çıkaralım. Veyahut bu konuda ittifak edelim, ona göre de sualleri belirleyelim’ diyerek çalışmasını yapar ve sualleri belirler. Gezildikten sonra, benim şahsi olarak yaptığım uygulamayı söylüyorum size faydasını gördüğüm için de genç arkadaşlar da var burada, hatta akademiden benim talebem olan arkadaşlarım. Evvela gayrimenkülü gezdiririm davacıya tarif ettirerek sınırlarını göstermesini isterim. Arkasından hepsini bir araya getiririm, derim ki ‘davanın konusu şu, iddialar şu, savunma şu, sualler de şu’. Bilirkişilerden bunların cevaplandırılmasını isterim. Taraflara da ilavesini istedikleri bir şey var mı veyahut fazla gördükleri şeyler var mı diye sorarım. Bunu şunun için yapıyorum: Bazen kendiliğinden itiraz ederler. Derler ki ‘şunun da sorulmasını veyahut da şunun da araştırılmasını istiyoruz’. Eğer o şey sadece avukatın ücretini artırıcı nitelikteyse onu reddedip keşif mahallinde tutanağa geçirmek kaydıyla, bu sayede lüzumsuz şeylerin sorulmasını önlemiş olursunuz. Bu şekilde sualler sorulduktan sonra keşif mahallinden ayrılırız. Yalnız burada bir şey daha var: Bilirkişilere yemin mevzuu. Daha önceki kanunumuzda yemin mecburi değildi. Ama şimdiki kanunumuzda yemin mecburi hale getirilmiş. Faydalı mı zararlı mı? Kişisel inanca bağlı. Adam ayağını kaldırarak yemin ediyorsa onun faydası olmaz tabi. Veyahut da yemin şekli başkaysa... Mesela Diyarbakır’da görev yaptık, orada yemin şekli farklı idi. O söylenenleri, bildikleri doğru ve tamamıyla söyleyeceğime ahlaki değerlerim üzerine yemin ederim, diyor. Daha önce Allah’ım ve namusum üzerine yemin ederim, diye ifade vardı. Onu çıkardılar, şimdi böyle söylüyorlar. Bu, dediğim gibi kişinin sahip olduğu değerlerle ilgili bir konudur. Yemin bazıları üzerinde çok etkilidir, adam titrer; bazıları üzerinde de adam tınmaz, bir kulaktan girer bir kulaktan çıkar. Ama yeni kanunumuz yemini mecburi hale getirmiştir. Eğer seçim, Adalet Komisyonu’nun hazırladığı listeden yapılmıyorsa, mutlak surette keşif mahallinde bilirkişilere yemin yaptırmak zorunludur. Biz daktilo döneminden geldiğimiz için çilekeş dönemler yaşadık. Keşfe giderken daktilo götürürdük ve orada bir saatte keşif tutanağı düzenlerdik. Şimdi gayet kolaylaşmış. Matbu bir şey, “gelen şu giden bu” boşlukları doldur. Ondan sonra da altına bir imza çak, tamam keşif tutanağı. Ha-



yır, bu keşif tutanağı olmadı. Tespit olabilir belki ama keşif tutanağı değil. Keşif tutanağı böyle düzenlenmez. Ama idare mahkemelerinden gelen dosyalarda gördüğümüz hep bu şekilde, uyduruk, adını da keşif tutanakları diye koymuşlar. Halbuki keşif tutanağında yemin verdirildiği, tarafların hangisinin geldiği hangisinin gelmediği, suallerin sorulduğu, onlara ilavesinin olup olmadığı beyanı, keşif mahallinin gezilip görüldüğü vs. bunların hepsinin tutanağa geçirilmesi ve ondan sonra imzalanması gerekir. Hatta keşif mahallinde feragat bile mümkündür. Tutanağa geçersiniz, dava biter. Ama o şekilde uyduruk, aralarındaki boşluklar doldurulan bir tutanakla bu iş olmaz. O bakımdan tutanakların da usulüne uygun olarak mutlak surette düzenlenmesi ve imzalanması şarttır. Şimdi bir hatıramı anlatayım: İstanbul’da, Anadolu yakasında, Suadiye veya Bostancı tarafında bir eski eser keşfine geldik. İstanbul Teknik Üniversitesi’nden üç tane hoca, çok eski ama belki otuz sene önce, onlar da kalmadı şimdi, bilmiyorum. Ben Danıştay’da tetkik hakimiyken, dosyayı hocalardan birisine teslim ettik. Rapor süresi olarak da bir ay mı, iki ay mı ne verdik. Bir buçuk senede ancak dosyayı alabildik. Raporu yine hocadan alamadık. Onu da nasıl aldık? Savcılığa suç duyurusunda bulunacağımızı 6. Daire kararı olarak aldık, kendisine tebliğ ettik, onun üzerine sadece dosyayı gönderdi. Raporu alamadık, ikinci bir keşif ve bilirkişi incelemesi yaptık. Hatta hiç unutmuyorum Köprülü Kütüphanesi ile ilgiliydi. Şu surların üstünde Köprülü Kütüphanesi var, onun eski eser olup olmadığı konusunda idi. Keşif mahallinde, idari yargıda biz genellikle dosyayı zimmet karşılığında bilirkişi tek ise ona; üç kişiden birisine teslim ederiz. Sonuçta raporla birlikte alırız. Ama bazen böyle şeyler de çıkıyor ve hoca bizi baya zorlamıştı.

Gelelim rapora ve raporun süresine. Yeni kanunumuz üç ay azami süre veriyor. Süre konusu tamamen işin niteliğine göre hakim tarafından belirlenir. Ve keşif tutanağında zapta geçirilir veyahut bilirkişi tutanağında zapta geçirilir. Eğer bu süre içerisinde yetiştirememişse kendisine ek süre verilebilir. Ama üç ay azami süre olarak yeni kanunumuzda gösterilmiş. Üç aydan fazla sürüncemede bırakamaz. Burada dikkat çekilmesi gereken konu şudur: Adli yargıdaki bilirkişi raporlarında ya “davanın reddi gerekir, ya da şu kadar tazminata hükmedilir” diye, adeta hakim yerine geçip davayı çözümleyici nitelikte ifadeler kullanılıyor. Bizde de zaman zaman burnu Kaf dağında olan bilirkişiler böyle davranışlarda bulunuyorlar. Buna suret-i katiyede müsaade etmemek lazım. Zaten kanunda da yeni madde konulmuş: “Hukuki mütalaada bulunamaz” diyor. Yani davanın reddi gibi, veyahut işlemin iptali gibi hiçbir şekilde davayı çözümleyecek ifadelerle rapor tanzim edilemez. Bizim sadece bilgiye ihtiyacımız var, o bilgiyi alıyoruz. Dolayısıyla o da bize bilgiyi vermek zorundadır. Yoksa hakimin yerine geçmeye niyetlenmek yanlıştır. Adam hukuk fakültesinde okuyamadıysa onun acısını bilirkişilikte çıkarmaya çalışıyor ve dediğim gibi altına “davanın reddi gerekir

veyahut işlemin iptali gerekir ya da şu kadar tazminata hükmetmek gerekir” diye mütalaa verdiği oluyor. Bu yanlıştır, bunu her hâlükârda önlememiz gerekir. İkinci husus, sorulan suallere mutlak surette bilirkişinin net ve açık cevap vermesi lazım, muğlak ifadeler yanlıştır. Bu, bilirkişi raporu yerine geçmez ve bu da zamanında ikazla önlenabilir. Mesela, böbreğini kaybeden bir bayanın hastaneye karşı açtığı tam yargı davasında Tıp Fakültesi’nden üç profesör getirdik. Başlangıçta ‘o ameliyat öyle de yapılabilir, böyle de yapılabilir’ şeklinde bir rapor geldi. Kendilerine iade ettik, dedik ki “bize net olarak bu ameliyatın hatalı olup olmadığını belirtin”. Bu bakımdan bilirkişi raporlarının net, açık bir şekilde bilgi verir nitelikte olması gerekir. Eğer bilirkişi birden ziyade ise, muhalif kalan var ise, muhalefetini yazıp altını imzalaması gerekir.

Uygulamada bizde de adli yargıda da olan bir durum daha var: Birden fazla bilirkişi seçilen durumlarda, özellikle dosyayı kim aldıysa raporu o hazırlıyor. Ötekiler de imzayı atıp getiriyorlar. Buna da çok şahit olduk. Utanmadan bir de o parayı üçe bölüp kendileri de bilirkişi ücretlerini aynen alıyorlar. Emeğin sinmedi, vicdanen nasıl yapabilirsin bunu? Yani bizim açımızdan bu, tespiti zor bir husustur. Bu konuda pek bir şey de yapamıyoruz, elimiz kolumuz bağlı.

Gelelim raporların değerlendirilmesine. Özellikle taşrada iken idare mahkemeleri arasında; 6. Dairede iken de üyeler arasında çok görüş farklılıkları olmakta idi. Bir görüş diyor ki: Özel ve teknik bir bilgiye ihtiyacım vardı. Onun için gittim bilirkişiye başvurdum. Raporu getirdi, ondan sonra raporun tersine karar veriyorsun. Olur mu böyle şey? Yani mademki gittin, o zaman buna uymalısın. İkinci görüş: Ben kararımı oluşturmak için gerekli bilgiyi temin için gidiyorum, diyor. Dolayısıyla onun verdiği rapora aynen uymak zorunda değilim. Nitekim bu ikinci görüş önceki kanunumuzda da vardı. Şimdi de “hakim, bilirkişi raporunu diğer delillerle birlikte değerlendirir” diyor. Bu görüşten hareketle, hakikaten bilirkişi raporu hakimi bağlamaz ve zaten takdiri delil olduğunu söylemiştik. Dolayısıyla raporun değerlendirilmesi hakime aittir. Oradan elde ettiği bilgilerle kararını verir. Rapora aykırı karar verirse ne olacak? Burada getirdiğim örnekler var. Mesela kendi başımdan geçen bir dava: Sarıyer civarında bir apartman sakini dava açtı. Bina, yol, yolun bu tarafında bir sur kalıntısı ve öbür tarafında da deniz var. Adam denizi göremiyor. İstiyor ki bu eski eser vasfından çıkarılsın. Onun için açtığı davada, bilirkişi raporu ‘bu eski eser değildir’ diye geldi. Fakat 6. Daire oradaki bilgilere de bakarak sonuçta dedi ki ‘bilirkişi raporu böyle diyor ama biz ona katılmıyoruz. Bu, şu nedenlerle eski eserdir.’ Mahkeme davanın reddine karar verdi. Yalnız burada çok önemli bir hususa değinmekte yarar var: Eğer bilirkişi raporuna aykırı karar vereceksek, mutlak surette gerekçe koymamız lazım. Bilirkişi raporunda uygulama, aslında nazariyatta da böyle de, idare mahkemelerinde, vergi mahkemelerinde naibe hazırlanmış bilirkişi raporu geldi mi

alır eline kaleme gönderir. Ardından da bilirkişi ücretini öder ve bitirir işi. Bu benim kanaatime göre hiç uygulamadığım ve yanlış gördüğüm bir şeydir. Bilirkişi böyle bir şey getirdiğinde bir çay ya da kahve ikram edip arkasından bu bilirkişi raporu sorduğum suallere cevap teşkil edecek nitelikte mi, sonuç ne, yargı kararı niteliğinde mi yoksa görüş bildiren nitelikte mi gözden geçirmek gerekir. Bunlara bakıp eksik varsa bilirkişiye bildirmek ve eksikliklerin tamamlanmasını istemek lazımdır. Bu, en az üç ay kazanmak demektir. O yüzden naip arkadaş hemen kaleme havale etmek yerine benim kanaatime göre eksiklik var mı diye bir incelemelidir. Bu aşamalardan da geçildikten sonra heyete rapor gelir. Raporun değerlendirilmesi biraz önce de söylediğimiz gibi heyete ait. Eğer rapor yetersizse, eksiklikler varsa ek rapor istenmesi ve eksikliklerin tamamlanması gerekir. Hatta yeniden bir bilirkişi incelemesi yapılabilir. Geçmişte çok tartışılan bir konu: Bir mahkeme kaç defa bilirkişiye başvurabilir? Vardığımız sonuç şu: Bir ve iki defa başvurulabilir. İkisi arasında çelişki varsa en fazla üçüncü bilirkişiye başvurur. Ondan sonra başvuramaz, diye içtihatlarımızda vardır. 6. Daire içtihatları bu yöndedir. Kanunda bu konuda bir hüküm yok. Uygulamada çözüm olarak bunu bulmuşuz.

Bilirkişi ücreti ve masraflarına gelince, bilirkişi ücretinin takdiri gene naip üyeye aittir. Bilirkişi ücretini tayin ederken sarf edilen emek, bilirkişinin yaptığı masraflar göz önünde bulundurularak hakim tarafından tayin edilir. Artan para olursa iade edilir. Bazı mahkemeler esas kararlar birlikte iade ediyor, bazıları da rapor geldikten sonra iade ediyor. Bence onların devlet kasasında fuzuli bekleme-sinde yarar yok. Benim söyleyeceklerim bu kadar.

**Prof. Dr. Baki KURU-** Teşekkür ederiz Sayın Selçuk HONDU. Çok ilginç bir konuşmadı. Aydın Bey yirmi beş dakika kaldı. Biz bildiri verme heveslisi değiliz ama sorular da var. İsterseniz biz hiç konuşmayalım, doğruca sorulara geçelim.

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Konuşmanız önemli hocam, lütfederseniz. Soruları olanlar yemekte sorarlar Hocam.

**Prof. Dr. Baki KURU-** Sayın meslektaşlarım, biliyorsunuz yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu bir bilirkişi listesi düzenledi. Yeni duyduğum baronun sitesinde de internette de erişilir hale gelmiş. Bu bilirkişi listelerinin uygulaması nasıl olacaktır? İdari yargıda bu mümkün mü? Onu ben biraz sonra arz edeceğim. Daha önce bu bilirkişi sistemi nereden alınmıştır, belli değil. En çok benzediği yer Fransa ve İtalya. Onun için Sayın Barış TORAMAN'a kısa bir inceleme yaptım. Bir on dakika içerisinde bize vardığı sonucu özetlesin. Ondan sonra ben bilirkişi listeleriyle ilgili konuşacağım.

**Yard. Doç. Dr. Barış TORAMAN-** Teşekkür ederim hocam. Ben hocanın işaret ettiği konular üzerinde, esas itibarıyla Fransız hukuku bağlamında

kısa şekilde durmak istiyorum. Sizin de bildiğiniz gibi HMK, yürürlükten kalkan HUMK’ya göre çok önemli değişiklikleri içeriyor. Kanunun bilirkişinin seçimi ve tayini konusundaki en önemli değişikliği hiç şüphe yok ki bilirkişi listelerinin getirilmiş olmasıdır. Konunun idari yargılama hukuku ile ilgisi ise, bildiğiniz üzere İYUK’un 31. maddesinde bilirkişi incelemesiyle ilgili olarak HMK’ya gönderme yapılmasından kaynaklanıyor. Tabii 268. maddede hem bu listelerin bölge adliye mahkemeleri fiilen yürürlüğe girene kadar yargı çevresi adli yargı adalet komisyonları nezdinde tutulacağı öngörülüyor; hem de bu listelerden bilirkişi tayinini HMK bakımından zorunlu tutuluyor. Gerçi İYUK 31. madde üzerinde Sayın Hocam Prof. Dr. Baki KURU duracak, her ne kadar idari yargı mercileri bilirkişiyi re’sen seçecekse de idare mahkemeleri söz konusu listelerden bilgi amacıyla yararlanabilecekleri gibi liste usulü şayet doğru uygulanırsa uzman bir bilirkişinin tayin edilmesi konusunda en azından bu amaca hizmet edecektir. Az evvel Hocam da ifade etti, çeşitli yabancı ülke hukuklarında liste usulüne ilişkin çeşitli örnekler var. Baktığımız zaman en yakın örneği aslında Fransız hukukunda ve Fransız hukuku kadar olmasa da İtalyan hukukunda olduğunu görüyoruz. Ben şimdi genel hatlarıyla bir çerçeve çizmeye çalışacağım, en azından beş-altı dakika içerisinde.

Fransız usul kanununda olduğu gibi Fransız idari yargılama kanununda da bilirkişinin seçimine ilişkin bazı düzenlemeler var. Fransız usul kanununa ve bu konuda diğer pozitif düzenlemelere baktığımız vakit, Fransa’da bilirkişilerin seçilmesi konusunda çok ciddi koşulların öngörüldüğünü görüyoruz. Adli yargıda hem istinaf mahkemeleri nezdinde yerel bilirkişi listeleri, hem de temyiz mahkemesi nezdinde ulusal bilirkişi listeleri mevcut olduğunu görüyoruz. İstinaf mahkemeleri nezdindeki yerel listelere başvuru için önce bir geçici başvuru söz konusu. Burada aynen Türk hukukunda HMK’daki bilirkişiye ilişkin düzenlemede olduğu gibi genel koşullar, ceza yahut idari yaptırıma tabi olmama, ehliyet koşulu aranıyor. Daha sonra savcılık tarafından başvuru inceleniyor. En son söz sahibi olan istinaf mahkemesi. Buna karşılık burada iki yıllık bir geçici süre söz konusu. Buna karşılık esas bilirkişi listesine asli kayıt bu iki yıllık süreden sonra beş yıllık kayıt için söz konusu olabiliyor ve burada çok daha ciddi birtakım koşullar öngörülmüş. Örneğin; bu iki yıllık süre zarfında stajyer olarak tabir edebileceğimiz bilirkişi kendi uzmanlık bilgisini nasıl geliştirdi? Aynı zamanda, yargısal temel haklara ilişkin hangi konularda bilgi sahibi olabildi veya olabildi mi? Yine, bilirkişi incelemesine dair hükümler dahilinde ne kadar bilgi sahibi? Bunların değerlendirilmesi söz konusu. Bu değerlendirme belli bir komisyon tarafından yapılıyor. Karşılaştırılmalı hukuk bakımından ilginç olan; bu komisyonda toplan on iki hakim yer aldığı gibi beş tane de farklı alanlardan bilirkişiler bulunmaktadır. Komisyon, bilirkişinin bu koşulları sağlayıp sağlamadığı hakkında karar

verdikten sonra tekrar bunların görüşü istinaf mahkemesine gidiyor ve istinaf mahkemesi genel kurulu tarafından adayın bilirkişi listesine kaydedilip kaydedilmeyeceği hakkında karar veriliyor. Bu karar gerekçeli olmak zorundadır. Aynı şekilde bu karara karşı temyiz kanun yolu açıktır. Böyle ilginç bir düzenleme ve çok ciddi koşullar var. Yine ulusal liste konusunda üç yıllık bir koşul öngörülmüş. Şimdi tabi, demin Sayın Selçuk HONDU bir husustan söz etti: Sürekli aynı bilirkişilere başvuru meselesi. HMK Bilirkişi Yönetmeliği'nin 13. maddesinde şöyle bir hüküm var: 'Bir bilirkişiye bir yıl içerisinde en fazla üç yüz; ancak seri davalar bakımından bin iki yüz dosya verilebilir, azami.' Bu, yine çok fazla bir rakama karşılık geliyor. Özellikle hakimlerin sürekli aynı bilirkişilere başvurusunu engelleyip engelleyemeyeceği hususu biraz tereddütlü. Fransızlar burada ilgi çekici bir yöntem bulmuşlar: Her bilirkişi her adli yıl başında bağlı olduğu istinaf mahkemesi nezdinde istinaf mahkemesi birinci başkanına bir yıl boyunca kaç dosya aldığını, hangi mahkemeler tarafından görevlendirildiğini, kendisine bu dosyalar bakımından ne kadar süre verildiğini bildirmek zorundadır. Bu, özellikle "hangi alanlarda uzmanlığa ihtiyaç duyuluyor veya hangi mahkemeler aynı bilirkişileri sürekli kullanıyor?" bu bağlamda bunların değerlendirilmesi açısından işlev görüyor. Genel mesele bu şekilde hukuk yargısında. İdari yargılama usulü kanununda ise bağlayıcı listelerin bulunmadığını görüyoruz. Aslında 2004 değişikliklerinde Fransız idari yargılama kanununda da Danıştay nezdinde bir listenin tutulacağı öngörülmüş. Bu listenin tutulmasında da temyiz mahkemesindeki listelerden ilham alınmış. Buna mukabil, şayet gerek duyulursa idare mahkemesinin veya idare istinaf mahkemesinin başkanının kararıyla birtakım ihtiyari listeler var. Ancak hem hukuk yargısında, hem de idari yargıda bu listelere hakimlerin başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu listeler bilgilendirme işlevi taşıyorlar. Hatta Fransız idari yargısının uygulamada yeri geldiği zaman idari yargı hakimlerinin hukuk yargısında tutulan listelerden de faydalanabildiği ifade ediliyor.

Bir notuma bakacağım çok kısa, bitirmeden evvel. Son olarak idari yargılama hukukunda tutulan listelere örnek teşkil etmesi bakımından idari istinaf mahkemesi nezdinde tutulan 2012 yılında tutulan listesine göz atmıştım. Burada hem temel branşlar, hem de bu branşlara ilişkin mesleki uzmanlık dallarına yer verilmiş. Bir de şunu ifade edeyim çok kısa, Fransa'da uzmanlık dalları katalogları Adalet Bakanlığı'ndan önceden hazırlanan bir katalogta tutuluyor. Ve sekiz ana branş var. Bunun yanında yaklaşık üç yüz yetmiş beş uzmanlık dalından bahsediliyor. Şimdi bu Marsilya'daki idari istinaf mahkemesindeki temel branşlar ise; bayındırlık işleri, taşınmazlar, tıbbi konular, ziraat, mali konular ve bilişim alanlarını konu ediyor. Bunun yanı sıra şehircilik, mimarlık, psikiyatri, jeoloji gibi konularda da ayrıca bu dallara da yer verildiğini görüyoruz. Ben sözü Baki

Hocama bırakacağım. Genel olarak aktaracağım hususlar bu kadar. Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Baki KURU-** Biz de teşekkür ederiz. Salon için on beş dakika daha ilave süre alınmış. Ben de on-on beş dakika gibi bir sürede anlatacaklarımı aktaracağım, daha sonra da sorularınızı cevaplama imkanı bulacağız. Şimdi bu liste usulü bilindiği gibi HMK’ya göre düzenlenmiş, hukuk mahkemeleri için. Ceza mahkemelerinde daha önce vardı, CMK’ya göre. Bizim liste usulü düzenlenirken muhtemelen CMK’dan ilham alındı. Belki biraz da Fransız hukukundan ilham alındı ama kaynak gösterilmemiş. Bizde o kadar açık olmamakla birlikte hem kanunda, hem de yönetmelikte listelerden seçme mecburiyeti var. Yönetmelikte mecburdur diyor, ilgili branşta bilirkişi varsa. Listeler daha yeni düzenlendi. Demin ben yanlış belirtmişim. Bu listeler yakın zamana kadar yalnızca UYAP’ta mahkemelerin erişebileceği, hakimlerin erişebileceği bir şekildeydi. Ama şimdi İstanbul Adliyesi’nin sayfasında da yayınlanmış. Listelerden seçilecek fakat listeler, bir hakim öğrencime sordurdum o demiş ki “Listelerdeki bilirkişileri tanımıyoruz. Onun için güvenemiyoruz. Biz yine güvendiğimiz bilirkişileri seçmeye devam ediyoruz.” Bu kanuna ve yönetmeliğe çok uygun bir şey değil. Şimdi tahmin edilir ki, daha yeni uygulanmaya başlandı bu konu. Liste dışında bilirkişi olarak görevlendirilen bilirkişi raporuna göre karar verilmesi hali bilirkişi aleyhine olan tarafça temyiz sebebi yapılacak. Acaba Yargıtay sırf bu nedenle hükmü bozabilecek mi? Benim öteden beri savunduğum bir görüş var: İstinaf mahkemeleri kurulamadığı için biliyorsunuz HUMK’ta temyize ilişkin hükümler hala yürürlüktedir. 428. maddenin son fıkrasına göre sonuca etkili olmayan usul yanlışları bozma sebebi teşkil etmez. Bunu ben ders verdiğim sırada üniversitede de tekrar ederdim. Fakat uygulamada bu kurala uyulmadığını görüyoruz. Burada liste dışındaki bilirkişiden alınan rapor doğruysa, mahkemeyi ikna etmişse, Yargıtayca da doğru bulunuyorsa, sırf ‘liste dışından birinden alınan rapordur’ diye karar bozulmamalı. Yoksa bilirkişi incelemesini disiplin altına alalım derken davaların uzamasına sebebiyet verilir. Bakalım uygulama ne gösterecek. Bilirkişi konusunda, bugünün konusu değil belki ama az önce Sayın Selçuk HONDU da değindi, bilirkişiler birden fazla ise aralarında görüşmeleri, raporu birlikte hazırlamaları lazım. Bu kanuna konulmamış. Biraz daha aykırı bir misal vereceğim, üç bilirkişi tayin ediliyor. Birbirlerini hiç tanımıyorlar. Bir tanesi gidiyor raporu alıyor. Benim bir yakınımın başından geçti. Kendine göre rapor yazıyor. Götürüyor mahkeme mübaşirine teslim ediyor. Ondan sonra telefon ediyor diğer bilirkişiye. ‘Biz bir olayda beraber bilirkişiyiz. Ben raporu yazdım. Mahkeme mübaşirinde duruyor. Gidin imzalayın da bilirkişi ücretlerimizi alalım’ diyor. Deliye döndü o yakınım ve ondan sonra bilirkişilik yapmadı. Bir de sonra sordum ki avukat meslektaşlarıma, bu uygulama oldukça yaygınmış. Bu, kanunu, bilirkişilik mü-



essesesini alaya almak demektir. Mahkemeler de bunu biliyor. Mübâşire gidiyor, bilirkişi raporu verilmiş, diyormuş avukatlar; efendim imzalar tamamlanmadı. Bu kadar dejenere olmuş bir bilirkişi uygulamasını düzene sokmak için yapılmış bir liste uygulaması bu. Artı, kanunda o kadar ayrıntı bilgi olan HMK'nın yeni şeklinde, bilirkişiler sözlü olarak açıklamaya davet edilirse, hakim huzurunda aralarında görüşme imkanı verilir. Ama sözlü değil de yazılı rapor hazırlamaları gerekirse, gayet doğal olarak aralarında görüşecekler. Çünkü 'muhalif kalan üye de muhalefet şerhini yazar' diyor. Nerede muhalif kalacak? Görüşmeler sırasında. Bu uygulamaya da dikkatinizi bir defa daha çekmek istedim. Son olarak Sayın Selçuk HONDU Bey'in de değindiği 'acaba bu listeler idari yargı organları bakımından bağlayıcı mıdır?' Değil bence. İYUK 31. maddesi genel olarak bilirkişi incelemesi için HMK'ya atıf yapıyorsa da, son cümlesinde bence bunun mecburi olmadığını gösteren şu ifade var: 'Ancak bilirkişi seçimi Danıştay, mahkeme veya hakim tarafından re'sen yapılır'. Bu re'sen yapılardan, yani Danıştay, idare mahkemesi, vergi mahkemesi listeden bilirkişi seçebilir, varsa. Çünkü konuları da farklı. Yani idari yargıdaki bilirkişilik konularıyla medeni yargıdaki bilirkişilik konuları farklı. Varsa oradan bilirkişi alabilir. Ama aynı olsa da konular mecbur değil, ben de katılıyorum.

**Selçuk HONDU-** Hocam şimdi o değişikliğe ilavedir. Sebebi şu: Daha önceleri biz, önce taraflara teklif ederdik, "bir veya üç, üzerinde anlaşacağınız bilirkişiyi bildirin" derdik. Hiç uygulamada anlaşıp da 'Biz şu bilirkişilerle anlaştık' diye gelen olmadığı için, o hükmü çıkardık, uygulamayı çıkardık, bunu koyduk.

**Prof. Dr. Baki KURU-** Bunun için konuldu ama şimdi bu liste uygulaması içinde re'sen yetki veriyor çünkü. Ben de kısaca bu kadar maruzatta bulunmakla yetineyim. Şimdi sorularınız varsa, özellikle Alman hukukçular var, onlara sorularınız varsa sorularınızı rica edelim.

**Selçuk HONDU-** Hocam bir hususu müsaade ederseniz hemen arz edeyim. Şimdi bu HMK ile uzman raporu diye bir şey konuldu. Uzman görüşü diye. Bu idari yargıda uygulanır mı uygulanmaz mı biz bunun üzerinde çok düşündük. İdari yargıda uygulanmaz. Çünkü o hüküm keşif ve bilirkişi dışında başka bir fasılda yer alıyor. Atıf ise sadece keşif ve bilirkişi incelemesine. Dolayısıyla bizde uygulanmaz. Kaldı ki, masrafi görüşü alana ait olmak üzere, çünkü yargılama giderlerinin içerisine öyle bir masraf konulamaz, arzu ederse öyle bir görüşü getirip idari davalarda da koyabilir. Bağlayıcı hiçbir niteliği yoktur. Yargılama giderlerine de dahil değildir.

**Prof. Dr. Baki KURU-** Şimdi bu uzman görüşü uygulamada çok istismar edildi, bilimsel mütalaa adı altında. Bunu biraz disipline sokmak için kabul edildi. Bundan sonra mahkeme çağırabilecek.

**Selçuk HONDU-** Hukuk mahkemelerinde olur da bizde olmaz o.

**Prof. Dr. Baki KURU-** Sizde de olabilir. İdare mahkemesi ‘gelsin bakalım bu uzman bize açıklama yapsın’ diyebilir. Belki konuya aydınlık getirebilir. Ona başvurmak tamamen ihtiyari. Bizim medeni usul hukuku bakımından doğru bir düzenleme. Çünkü ben de zamanında hukuki mütalaa verdim ama sonra gördüm ki, hukuki mütalaa hatta özel bilirkişi raporu müessesesi çok kötüye kullanıldı. Şimdi bir misal vereyim size: Bir davada bir mimar projeye aykırı mıdır değil midir, A binası için bir proje vermiş bir mimar. Projeyi alan B’de de onu kullanmış. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na aykırı. Ona dayanarak dava açılıyor. Karşı taraf en az dört üniversiteden üçer profesörden lehine bilimsel mütalaa alıyor ve dosyaya koyuyor. Mütalaaalar aynı, kelime kelime birbirinin aynısı. Dört tane üniversite böyle bağlayınca mahkeme bloke oldu, bilirkişi bulamıyor. O üniversitelere başvuramıyor çünkü oradan özel mütalaa gelmiş. Diğer üniversitelerden de çekiniyorlar, hocaları var vs. ‘Siz bilimsel uzman görüşünde bulundunuz. Bu yurun açıklayın bu görüşünüzü. Bakın davacı taraf şöyle diyor. Bunun hakkında ne diyorsunuz’ dediği zaman, belki de bir kısmı ‘Haberim yok’ diyecek. Çünkü görüyoruz bir asistana yazdırılıyor hukuki mütalaa. Neyse artık sorulara geçelim.

**Katılımcı-** Efendim merhaba. Fethiye Nur Baştürk, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisiyim. Benim hem Alman hakimlere hem de Selçuk Bey’e bir sorum olacak. Gerekçe tesisi bakımından bir sorum olacak: Bilirkişi raporunun aynen tekrarı suretiyle hüküm kurulmasını gerekçe hakkı bakımından nasıl değerlendiriyorlar? Almanya’da bunun bir yaptırımı var mı temyiz aşamasında? İkinci olarak da: Yine aynı olgu iptal kararlarının yerine getirilmesi bakımından bir problem doğurmuyor mu? Yani idareye ya da iptal istemi reddedilen tarafa karşı bunu açıklamak biraz güç oluyor zannedersen. Selçuk Bey bu konuda ne düşünüyorlar onu merak ettim. Teşekkür ederim.

**Dr. Joachim KRONISCH-** Normalde bu, kararın kalitesini ya da doğruluğunu etkilemez. Zaten bilirkişi raporu hukuki herhangi bir gerekçe olmaya-  
cağından, hakim onu ayrıca temel alamaz. Yani oradan herhangi bir şeyi kopyalayıp kullanamayacaktır. Yalnızca teknik bilgileri alıp kullanabilecektir. Bazen bir bilirkişi raporunun yalnızca bir kısmı mahkemece kabul edilir. O zaman da gerekçede ‘şu kısımlar kabul edilmiştir, şu gerekçeden dolayı; şu kısımlar kabul edilmez, gerekçeleri bunlardır’ diye yazılır. Zaten bir bilirkişi raporuyla çalışmak bir hakim için ekstra iş yükü. Çünkü bilmediği bir konuyu anlamak zorunda, bilirkişi raporunu anlamak zorunda. Çok fazla bilirkişi raporuyla çalışmıyorum, dediğim gibi. Yalnızca bazı bilirkişi raporlarının kalite olarak çok çok iyi olma-



dığımı biliyorum. Ve tabii bilirkişi raporunu incelerken taraflar da bu konuda bize destek oluyorlar.

**Selçuk HONDU-** Bizde, bilirkişi raporunu eğer mahkeme heyeti kabul etmişse kararı yazarken genellikle o rapordan tırnak içerisinde alıntılar yapabilir. Bazen de hüküm kısmı hariç diğer kısımlar tırnak içerisinde yazılır; aşağıda da der ki ‘yukarıdaki bilirkişi raporundaki görüşe aynen iştirak edilmiş ve şu bilgiler karşısında davanın kabulüne ya da reddine’. Bazılarında ise hiç tırnak içerisinde alıntılar yapmadan doğrudan doğruya kendi ifadelerine göre bilirkişinin raporunda belirttiği hususları değerlendirerek kendisi gerekçe oluşturur ve o şekilde yazar. İkisi de uygulanabilir. Yalnız biraz olaya karşı olursa, dediğim gibi, tırnak içerisinde bilirkişinin o bilgi veren kısmını alır, arkasına da bir cümle ekler ve ‘davanın reddine veya işlemin iptaline’ diyebilir.

Biz kararımızı verdik. Bilirkişiye uyup uymadığını belirttik. Dolayısıyla biz ne diyorsak idarenin onun gereğini yapması lazım.

2) Benim sorum Selçuk Bey’e olacak. Bilirkişi başvurusunda hakim, hukuk bilgisi dışında, tamamen teknik bir konuda bilirkişiye başvuracağı zaman, bu bilirkişi raporuna gerekçe göstererek itiraz edebileceğini söylediniz az önce. Peki, hukuk bilgisi dışında, teknik bir konuda, bilmediği bir konuda başvuruyor. Ama buna gerekçe göstererek nasıl itiraz edebiliyor veya başka bir bilirkişi ataması yoluna mı gidiliyor?

**Selçuk HONDU-** Hayır, başka bilirkişi atamasına gitmeye gerek yok. Dediğimiz gibi bakın, siz de aynı şeyi ifade ettiniz, bilirkişi sadece teknik bilgiyi ortaya koyuyor. Dolayısıyla bunun değerlendirilmesi mahkemeye ait. Yani bu bilgiler doğrultusunda davanın reddi mi gerekir, kabulü mü gerekir, bu konuda karar verecek olan hakim. Şöyle söyleyeyim: Masa yapacağız ama masayı yapmak için tahta lazım evvela. O tahtayı bize bilirkişi veriyor. Biz de tutuyoruz, kesiyoruz, biçiyoruz, masayı yapıyoruz. Dolayısıyla masayı yapan biziz, bilirkişi değil. O sadece malzemeyi veriyor. Öyle değerlendirin. Dolayısıyla malzeme iyiyse yapılan masa da iyi oluyor; malzeme kötüyse o zaman hakim ya başka bir malzemeciye başvuruyor veyahut yeniden bir bilirkişi incelemesi yaptırıyor.

3) Öncelikle merhaba diyorum sizlere. İsmim Dursun Çelik. Almanya’da doktora öğrencisiyim. Sorum Alman misafirlerimize. Bir idari işlemin iptali davasında taraf daha önce zorunlu olmamasına rağmen bir uzman incelemesi yaptırmışsa, kanunen bir zorunluluk olmamasına rağmen bir uzman görüşü almışsa kendiliğinden, daha sonra idare bu bilirkişi raporunu yok saymış veya hiçbir şekilde dikkate almamışsa mahkemede bu uzman görüşü bilirkişi raporu olarak geçecek mi? Yoksa farklı bir bilirkişi atayabilecek mi mahkeme?

**Dr. Joachim KRONISCH-** Şimdi, idare kendisine teslim edilen raporu dikkate almamışsa öncelikle bunun sebebi araştırılmalıdır. Bunun sebebi raporun içeriğinin yeterince nitelikli olmamasından dolayıysa mahkeme bunu dikkate almaz. Eğer raporun içindeki bilgiler nitelikli ise ve idarenin normalde vereceği kararı etkilemiş olması gerekliliği öngörülüyorsa o zaman mahkeme bu şekilde bunu değerlendirir. Belgelerin içinde böyle bir rapor mevcutsa ve idare bunu dikkate almamışsa, belgelerin içinde olan bir rapor ve bir belge olarak mahkemede dikkate alınır. Dosyanın diğer tüm içerikleri gibi bu incelenir.

**Prof. Dr. Baki KURU-** Teşekkür ederiz.

