

**TESPİT DAVASININ İDARÎ BİR DAVA TÜRÜ OLARAK KABUL EDİLİP  
EDİLEMİYECEĞİ SORUNUNA UYUŞMAZLIK  
MAHKEMSİNİN YAKLAŞIMI**

*Yard. Doç. Dr. Celâl ERKUT<sup>(\*)</sup>*

Son beş yıllık bir dönem içinde Uyuşmazlık Mahkemesi ard arda vermiş olduğu dört ayrı kararda hep belirli bir çizgide kalarak ve kendi içinde tutarlı bir zeminde bu sorunu tartışmıştır. Her dört kararda yer alan muhalefet şerhlerinin gerekçelerinin tutarlılığı da aynı şekilde dikkate değer bir özelliktedir.

Bu kararları kronik bakımdan şöyle sıralıyabiliriz:

- a) T. 21.10.1985, E.85/14, K.85/26 - RG. 17.03.1986/19050
- b) T. 07.04.1986, E.86/ 5, K. 86/ 5 - RG. 04.07.1986/19154
- c) T. 16.02.1987, E.86/54, K. 87/ 3 - RG. 03.06.1987/19476
- d) T. 13.06.1988, E.88/ 9, K.88/15 - RG. 26.10.1988/19971

Bu kararlara konu teşkil eden olaylardaki tespit istemleri de yine sırasıyla şöyledir:

a) İlk olayda , davacı,murisinin - emeklilik hizmet süresine eklenmesi amacıyla-10.02.1963-11.081965 tarihleri arasında Adıyaman Belediye Başkan vekilliği yaptığının tespiti için önce adlî yargı, sonra da idarî yargı düzenlerinde bir tespit davası açmış; her iki yargı düzeninden de verilen görevsizlik kararları üzerine konu Uyuşmazlık Mahkemesi önüne gelmiştir.

b) İkinci olayda, davacı kendisine müsadir ikramiyesi ödenmesini temin amacı ile müsadirliğinin tespitini yine önce adlî yargı sonra da idarî yargı düzenlerinde açmış olduğu tespit davaları ile istemiştir.

---

(\*) Celal ERKUT, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesidir.

c) Üçüncü olayda, davacı - yine aynı prosedürü izleyerek- Sakarya iline naklen atanmasının sağlanması amacıyla, ana, baba ve kızkardeşinin kendisinden başka bakacak kimselerinin olmadığı tespit için bir tespit davası açmıştır.

d) Nihayet, son olayda da, davacı öğretmen olarak Erzurum il merkezine atanabilmek için annesinin bakıma muhtaç olduğunun tespit edilmesi amacıyla bu kez farklı olarak- önce idarî yargı daha sonra da adlî yargı düzenlerinde tespit davası açmıştır.

Belirtmek gerekir ki, her dört uyuşmazlıkta da davacı konumundaki kişiler ile İdare arasındaki ilişkinin niteliği hemen ön plâna çıkmaktadır. Zaten, Uyuşmazlık Mahkemesi de ilk aşamada bu sorunu ele alıp irdelemektedir. Yüksek Mahkemeye göre:

"Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda tespit davaları açık ve genel bir hükümle düzenlenmemiş olmasına rağmen, bu davalar adlî yargıda bir dava türü olarak öğreti ve uygulamada tamamen benimsenmiştir. Tespit davaları bir hukuki ilişkinin var olup olmadığına ilişkin davalardır. Bu itibarla; tespit davasına konu olabilecek hukuki ilişkinin de bir özel hukuk ilişkisi olması gerektiği kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Hukuk mahkemelerinin önlerine getirilen tespit davalarında, davacının dava açmakta hukuki bir yararı olduğunu tespit etmeleri halinde, eğer tespiti istenen hukuki ilişki bir özel hukuk ilişkisi ise, bu konuda esasa girip davayı karara bağlamaları gerektiği açıktır. Ancak, tespiti istenen hukuki ilişki bir özel hukuk ilişkisi olmayıp bir kamu hukuku ilişkisi ise, hukuk mahkemeleri bu tespit davasını inceleyemeyecektir. Zira; tespit davaları bir eda davasının öncüsü durumundadır. Adlî yargıda açılacak bir eda davasında hiçbir zaman kullanılmıyacağı(açıkça anlaşılan), buna karşılık idarî işlem tesisleriyle bir idarî makama veya İdarî Yargı'da açılacak bir davada İdare Mahkemesine ibraz edilmek ve bu makam ile bu mahkemeleri hukuken bağlayacak nitelikte bir belge elde edebilme amacı ile açıl(an) bir tespit davasının Adlî Yargı'da görülmesine imkân bulunmamaktadır".

Koyduğu bu kriteri, görevli yargı yerini belirlemek için temel çıkış noktası olarak kabul eden Uyuşmazlık Mahkemesi , buradan hareketle ve tamamen doğru ve yerinde olarak "...her eda davasının içinde bir tespit isteği de vardır. Gerçekten; eda davasına bakan mahkeme, öncelikle ileri sürülen hakkın var olup olmadığını araştırarak ve bu hakkın varlığını belirlemesi halinde edaya hükmedecektir. Bu itibarla; eda davasına bakmakla görevli olan mahkemenin, tespit davasına da bakmakla görevli olduğu kabul edilmelidir" hükmünü tesis etmiştir.

Görüldüğü gibi, Yüksek Mahkeme bu konudaki uyuşmazlıkların giderilmesi bakımından son derece açık bir şekilde, "**varolan hukuki ilişkinin nitelenmesi**" gereğini ortaya koymaktadır. Nitekim, İdarenin taraf olduğu bir uyuşmazlıkta, İdarenin üçüncü kişilerle girmiş olduğu hukuki ilişkinin niteliği, uyuşmazlığın çözüm yerini de belirlemektedir. Bu aşamada, uyuşmazlığın çözümü için açılan devamının niteliğinin herhangi bir önemi de bulunmamaktadır. Zira, öncelikle çözümlenmesi gereken olgu, "uyuşmazlığın

konusunu oluşturan hukuki ilişkinin niteliği"dir. Hiç şüphesiz, ilişkinin niteliğinin "kamu hukuku"ya da "özel hukuk" ilişkisi olarak saptanması, bu ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlığın çözüm yerinin idarî yargı ya da adlî yargı düzeni olarak belirlenmesi sonucunu doğuracaktır ki, bu açıdan da davanın açılması ile elde edilmek istenen amaç önem taşımaktadır. Dolayısıyla, açılan davanın taşıdığı özellikler ile bu konudaki nitelermeler, ancak bu aşamadaki belirlemelerden sonra hukuki bir tartışma zemini yaratacaktır.

İşte, Yüksek Mahkeme de, böyle bir mantık zinciri çerçevesinde hareket ederek; her dört kararında da, hukuki ilişkinin niteliğini ortaya koyarken davayı açan kişilerin bu dava ile elde etmek istedikleri amaçların ne olduğunu irdeleme gereğinden söz etmiş ve sonuçta önündeki dört uyuşmazlık bakımından bu amaçları şöylece belirlemiştir:

a) Belediye başkan vekilliği statüsünün tespit ettirilerek, **bu statüde geçen sürenin de emeklilik hizmet süresinden sayılmasını sağlamak;**

b) Gerçek müsadir olduğunu tespit ettirmek ve bu suretle kendisine müsadir ikramiyesi ödenmesini temin etmek;

c) Ailesinin kendisinden başka bakacak kimselerinin olmadığını tespiti suretiyle, **Sakarya iline naklen atanmasının sağlamak;**

d) Annesinin bakıma muhtaç olduğunu tespit ettirerek, **öğretmen olarak Erzurum il merkezine atanmasının sağlamak.**

Uyuşmazlık Mahkemesi, bu belirlemeler ışığında her dört uyuşmazlık bakımından da idare ile davacılar arasında bir "özel hukuk" ilişkisinin varlığından söz edilemeyeceğini vurgulayarak; sonuç itibarıyla, "**bir idarî işlemin tesisinin sağlanması amacı**"nın bir kamu hukuku ilişkisinin varlığını açıkça ortaya koyduğunu belirlemiştir<sup>(1)</sup>.

Bu tutarlı saptamalar sonucunda Yüksek Mahkeme, açıkça İdare ile üçüncü kişi-

(1) Yüksek Mahkeme, ortaya koymuş olduğu bu kriteri tutarlı bir şekilde uyguladığı bir başka uyuşmazlıkta ise, davacının "38 EN 858 plâka nolu aracın kendisine satıldığı hususunun tespiti" için açmış olduğu tespit davasında da, ortada bir alım-satım (özel hukuk) ilişkisinin varlığından hareketle adlî yargının görevli olduğunun kabul ederek;...Adlî yargıda bir dava türü olarak öğreti ve uygulamada tamamıyla benimsenmiş olan tespit davaları bir hukuki ilişkinin var olup olmadığına ilişkin davalardır. Bu itibarla, tespit davasına konu olabilecek hukuki ilişkinin de bir özel hukuk ilişkisi olması gerektiği kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Bir başka anlatımla, **tespiti istenen hukuki ilişki bir özel hukuk ilişkisi ise, tespit davasının adlî yargıda, kamu hukuku ilişkisi ise, idarî yargıda açılması gerekmektedir.** Olayda, davacının tespit edilmesini istediği ilişki bir özel hukuk ilişkisi olduğundan, davanın adlî yargı yerinde görülmesine karar verilmelidir." hükmüne varmıştır.

Kararın ilgi çekici diğer bir özelliği de karşı oy (aslında "ayrı gerekçe") yazısıdır. Aynı gerekçe yazan Üyeler Erol Çırakman ve Şafak Sancar diğer kararlarda olduğu gibi kendi görüşlerindeki tutarlılığı sürdürmüşler ve "...Görev uyuşmazlığına konu olan dava, tamamen adlî yargıya has bir dava türü olan 'tespit davası' niteliğindedir. Bu dava ile tespiti istenen hukuki ilişkinin özel hukuk ya da kamu hukuku alanında olması davanın görüleceği yargı kolunun tayininde esas olacak bir unsur değildir. Kamu hukuku alanındaki

ler arasında bir kamu hukuku ilişkisinin kurulması halinde bu ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıkların idarî yargı düzeni içinde çözümleneceğini "mutlak bir ilke" olarak benimsemiştir. Nitekim, bu ilkedен hareketle de "uyuşmazlığın idarî yargı düzeni önüne ne tür bir dava ile götürülebileceği" sorununun bir "görev" sorunu olmadığını ayrıca vurgulamıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi, kararlarında bu durumu şöyle ortaya koymaktadır:

"Davacının talebinin, hukuki bir durumun tespitine ilişkin olması ve davalı ile davacı arasındaki ilişkinin de kamu hukuku ilişkisi olması karşısında, bu tespit davasının esası hakkındaki kararın İdarî Yargı yerinde verilmesi gerektiği açıktır. Başka bir anlatımla; İdarî Yargı, ya Adlî Yargı'da olduğu gibi, kanunda açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen tespit davalarının bir dava türü olarak İdarî Yargı'da bakılabileceğini benimseyerek elindeki tespit davasını olumlu veya olumsuz olarak karara bağlayacak, ya da İdarî Yargı'da müstakil bir tespit davası açılmıyacağını belirtip, idarî dava türlerinden hiçbirine uymayan bu davanın görev yönünden değil de, inceleme kabiliyeti bulunmamasından reddine karar verecektir"

Belirtelim ki, Uyuşmazlık Mahkemesi, getirmiş olduğu bu yeni ilke çerçevesinde hem ayrışık oylarda yer alan gerekçeleri hem de her dört uyuşmazlıkta da idari mahkemelerinin ortaya koyduğu gerekçeleri karşılamıştır. Öyle ki, bu gerekçelerin tamamında, özetle "2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 2 nci maddesinde idarî dava türlerinin sayıldığı, idare mahkemelerine (idarî yargının) çözümlerine göre tespit davalarının idarî dava türleri arasında yer almadığını; idarî sözleşmelerden doğan davalar ayrı tutulmak kaydıyla, idare mahkemelerinin (idarî yargının) iptal ve tam yargı davaları dışında bir davayı çözümlemekle görevli olduğu davaların gösterildiği; anılan madde hükümlerine görevli bulunduğu kabul edilemeyeceği" görüşleri savunulmuştur.

Burada bir parantez açarak belirtelim ki, bu konuda daha önceki içtihatlarla da baktığımızda, Danıştay 10. Dairesinin 15.4.1982 tarih ve E.82/4166-872 sayılı kararında<sup>(2)</sup>; Askerî Yüksek İdare Mahkemesi 2. Dairesinin 18.3.1982 ve 82/171-273 sayılı kararında<sup>(3)</sup> ve yine Askerî Yüksek İdare Mahkemesi 2.Dairesinin 2.10.1985 tarih ve E.85/219 ve K.85/146 sayılı kararında<sup>(4)</sup>, hep önceki içtihat ve görüşler doğrultusunda görevsizlik kararları verilmiş olduğunu görmekteyiz. Ancak, bu kararların tamamının

---

bir hukuki ilişki ile ilgili olmasının tespit davasının incelenmesine engel olup olmadığını takdiri de adli yargıya ait olmak gerekir" görüşünü vurgulamışlardır. Belirtelim ki, biz de, Uyuşmazlık Mahkemesinin diğer üyeleri gibi Sayın Çırakman ve Sancar'a katılmamaktayız (Söz konusu 16.2.1987 tarih ve E. 87/1, K. 87/5 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesi kararı için bkz. R. G. 3.6.987/19476, S. 17-20).

(2) Danıştay 10. Dairesinin söz konusu kararının özeti için bkz. İsmet Köker-İlhan Dinç, "Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları", Yargıtay Yayınları no:21, Ankara, 1988, s.234.

(3) Kararın özeti için bkz. Köker-Dinç, age., s.225.

(4) Söz konusu karar için bkz. Celâl Erkut-Selçuk Soybay, "Anayasa ve İdarî Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar", 2. bası, İstanbul, 1990, s.290/\*\*\*-(I).

Uyuşmazlık Mahkemesinin inceleme konumuz kapasamınındaki dört kararından daha önceki tarihlerde verilmiş olması, bu kararların güncelliğini yitirdiğine delalet etmektedir. Buna karşılık, Uyuşmazlık Mahkemesi, vermiş olduğu son kararlardan birinde, incelemekte olduğumuz dört kararında da belirlemiş olduğu "özel hukuk-kamu hukuku ilişkisi" kriterini hiç gözönüne almaksızın, kendi içinde bir tutarsızlık yaratmıştır. Yüksek Mahkeme, "nüfus kütüğünde kayıtlı şahısla, Emekli Sandığı dosyasında görülen isimdeki kimsenin aynı kişi olduğunun tespiti" istemiyle açılan davanın adlî yargı içinde çözümlenmesi yönünde verilen; "tespit davaları adlî yargıda yer alan dava türü olup, idarî yargılama usulünde müstakil tespit davası adı altında bir dava çeşidi bulunmamakta; 2577 sayılı Kanununun 58 inci maddesine göre bu yargı yerinde tespit davası ancak idarî bir dava ile birlikte açılabilir" görüşünden hareketle tamamen kendi uygulamaları ile ters düşmüştür. Üstelik, bu son kararda, İdarî Yargılama Usulü Kanununun 8. maddesinden yola çıkarak "maddi olgular" ın tespiti arasındaki ayrımı birbirine karıştıran Yüksek Mahkeme, giderek de konuyla ilgili son dört kararında ortaya koyduğu yerinde belirlemelerden uzaklaşarak, önemli bir yanlışlığı içine girmiştir<sup>(5)</sup>.

Her ne kadar iyiniyetli olarak bu son kararında Uyuşmazlık Mahkemesinin, nüfus ve ahvali şahsiye kayıtlarında değişikliğe müncer olacak davaların adlî yargı düzeninde görüleceği yolundaki içtihadını uyguladığı ve dolayısıyla tespit davalarıyla ilgili tartışmanın tâli nitelikte olduğu görüşü ileri sürülebilirse de; her halükarda, Yüksek Mahkemenin son beş yılda oluşturduğu yeni kriter açısından önemli bir sapma yarattığı çok açıktır.

Uyuşmazlık Mahkemesinin bu son kararını bir tarafa bırakacak olursak, Yüksek Mahkemenin getirmiş olduğu yeni ilkenin, aynı zamanda adlî ve idarî yargı düzenlerinin görev alanlarının ayrılığı ve uzmanlığı prensiplerine de uygun düştüğünü belirtmek gerekir.

Ancak, Yüksek Mahkeme, koymuş olduğu kriterin sonuç kısmında ürettiği çözüm açısından kanımızca yerinde bir karar vermemiştir. Şöyle ki; "uyuşmazlığın konusunu teşkil eden hukuki ilişkinin bir kamu hukuku ilişkisi olması halinde, uyuşmazlığın idarî yargı düzeni içinde çözümleneceği" genel ilkesini ortaya koyan Yüksek Mahkeme, bu aşamadan sonra açılan davanın bir tespit davası olması halinde idare yargıcının iki ayrı çözüme varabileceği görüşünü vurgulamıştır. Buna göre, idare yargıcı: a) ya elindeki tespit davasını, adlî yargı düzeninde olduğu gibi, bir eda davasının öncüsü olarak ele alıp karara bağlayacak.; b) ya da idarî yargıda müstakil bir tespit davası açılmıyacağını belirtip davayı inceleme kabiliyeti bulunmamasından ötürü reddecektir.

(5) Bakınız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 17.12.1990 tarihli ve E.90/35 ve K.90/35 sayılı kararı (RG.21 Ocak. 1991/20762,s.16)

Belirtmek gerekir ki, Uyuşmazlık Mahkemesinin getirmiş olduğu bu çözüm, ilgililerin bir kamu hukuku ilişkisinin tespiti konusunda açmış oldukları tespit davalarının çözümsüz kalabileceğini ya da bir başka deyişle, vatandaşların bu türdeki tespit davalarını çözümlenecek yargı mercii bulamamaları sonucunu üstü kapalı bir biçimde kabul etmektedir. Öyleki, bir kamu hukuku ilişkisi dolayısıyla ortaya çıkan uyuşmazlıklar konusunda vatandaşların açacakları tespit davaları söz konusu Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı karşısında adliye yargıcınca "görevsizlik" kararı verilerek reddedilirken; idare yargıcı da aynı davayı "inceleme kabiliyeti bulunmadığı" gerekçesiyle reddedebilecektir. Böylelikle de vatandaşlar bu tür bir davayı götürebilecekleri herhangi bir başka yargı yeri de bulamıyarak, başvuru yollarını sorunları çözümleneksizin tüketmiş olacaktırlar. Böyle bir hukuk mantığının ise Anayasa'da yer alan "hak arama özgürlüğü" ve "demokratik hukuk devleti" ilkeleriyle bağdaşır tarafı yoktur. Dolayısıyla, Uyuşmazlık Mahkemesinin üretmiş olduğu bu çözümün, hukuk düzenimizde yaratacağı en büyük tehlike ve çelişki de bu noktada kendini göstermektedir. Kaldı ki, Yüksek Mahkeme, inceleme konusu olan bu dört kararı öncesinde ve hatta aynı tarihlerde böylesine detaylı bir analiz yapmaksızın, fakat en azından kesin bir çözüm üreterek, açılmış bulunan tespit davalarını nihai anlamda karara bağlanmak üzere- ya adli yargı düzenini yada idarî yargı düzenini görevli kılmaktaydı. Nitekim, Yüksek Mahkeme, konumuz bağlamında açılmış bulunan iki ayrı tespit davasının idarî yargı düzeninde görülmesi gerektiği yolunda karar vermiştir.

Bu kararlardan ilkinde Uyuşmazlık Mahkemesinin önüne "olumsuz görev uyuşmazlığı" şeklinde gelen uyuşmazlıkta, TRT'nin Diyarbakır'daki lojmanlarında oturmakta olan davacı, bir yandan İdarenin aylık ısıtma masraflarının keyfi ve gerçeğe aykırı olarak tahakkuk ettirdiğinin ve diğer yandan da her ay ödenmesi gereken gerçek ısıtma masraflarının tespiti talepleriyle dava açmış; Yüksek Mahkeme, tespit davasının adını dahi zikretmeden, "...dava konusu konut TRT hizmetine mahsus konut yönetmeliğinde belirtilen hükümlere tâbi olup, taraflar arasında özel bir kira sözleşmesi mevcut değildir. Anlaşmazlık, davacıya İdare tarafından söz konusu yönetmelik hükümlerine göre tahsis edilen binaya bu yönetmelik hükümlerinin uygulanması biçiminde doğduğuna göre, İdarî yargı yerinde çözülmesi gerekir" hükmünü tesis etmiştir<sup>(6)</sup>.

Yüksek Mahkemenin ikinci kararına konu teşkil eden uyuşmazlık ise şöyle gelişmiştir. Babalarının askerde iken şehit düştüğünü iddia eden davacılar, dul ve yetim aylığı alabilmek amacıyla babalarının askerlik kayıtlarındaki 1311 olan doğum tarihinin 1308-1309 olarak tespitini ve keza Ankara II İdare Kurulu'nun, af yasasına dayanarak Eylül 1337 olarak tespit ettiği ecele bağlı ölüm kaydının, askerlik kayıtlarına uygun biçimde

(6) Uyuşmazlık Mahkemesi, T.8.10.1979,E. 79/13,K. 79/11-in Köker-Dinç a.g.e.,s.132-133

şehiden ve 11 Mart 1333 olarak düzeltilmesini dava etmişlerdir. Uyuşmazlık Mahkemesi, bu kararında da yine tespit davasından hiç söz etmeksizin,...davaların...askerde iken şehit düştüğü ileri sürülen davacıların babalarının doğum ve ölüm tarihlerinin gerçeğe uygun olarak tashihi ve şehiden öldüğünün tespiti suretiyle dul ve yetim maaşı alabilmek amacı ile açıldığı anlaşılmaktadır. Başka bir anlatımla; anılan davaların açılmasından amaç... sonuç olarak **şehitliğin tespit edilerek kayıtlara geçirilmesidir**" gerekçesiyle davanın Askerî Yüksek İdare Mahkemesinde görülmesine karar vermiştir<sup>(7)</sup>.

Her iki karara da baktığımızda, Uyuşmazlık Mahkemesinin hiç bir şekilde tespit davasından ve bu konuda gözönüne aldığı kriterlerden söz etmediğini; ancak tespit talebinden bahsederek ve dava türü ayırımına da girmeksizin uyuşmazlığın esasının çözümlenmesi amacının ele alındığını görmekteyiz. Bu iki kararı tek tek ele aldığımız takdirde, Yüksek Mahkemenin; a) Birinci kararında hiçbir somut kriter getirmediğini, b) İkinci kararında ise, istenilen tespitin, "şehit durumunun kayıtlara geçirilmesini sağlamak" amacıyla gündeme getirildiğini belirtmek suretiyle, üstü kapalı olarak, kamu hukuku ilişkisinin varlığını kabul ettiğini, söylemek mümkündür. Bununla birlikte, her iki karar da sorunu somut olarak irdelememiş; önemli hukuki noktaları vurgulamaktan kaçınarak analitik yöntemden uzaklaşmıştır. bu nedenle, her iki karar da inceleme konumuza ışık tutabilecek verilerden yoksundur.

Buna karşılık, Yüksek Mahkeme, asıl incelemekte olduğumuz ve yukarıda belirttiğimiz dört ayrı kararında da "kamu hukuku-özel hukuk ilişkisi ayrımı"ndan yola çıkarak ve tamamen analitik bir yöntemle sorun hakkında önemli çözümler üretmiş; ancak, nihai olarak verilmiş olduğu hüküm açısından, sorun üzerindeki tartışmalara son verememiştir. Bir başka deyişle, sorunu kökünde çözümlenerek, bu konuda kesin bir içtihat yaratmamıştır. Zaten kararlara getirmiş olduğumuz eleştiri de bu nokta üzerinedir.

Yüksek Mahkeme her dört kararında da:

a) Öncelikle, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin niteliği üzerinde durmuş ve bu açıdan "kamu hukuku-özel hukuk ilişkisi" kriterinden hareketle, kamu hukuku ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıkların mutlaka idarî yargı düzeni içinde çözümleneceğini kabul etmiş;

b) Daha sonra, "tespit davası" ve "delil tespiti talebi" arasındaki farklılığı vurgulayarak; delil tespitinin ancak açılmış bulunan ya da açılacak bir davada maddi olguların ya da delillerin belirlenmesine yönelik talepleri içerdiğini, buna karşılık tespit davasının

(7) Uyuşmazlık Mahkemesi, T.17.11.1986,E. 86/12,K. 86/49-in Köker-Dinç a.g.e.,s.465-470

ise bir hakkın veya hukuki ilişkinin bulunup bulunmadığını saptanmasına yönelik taleplerden oluştuğunu irdelemiştir;

c) Nihayet, gündeme getirilen uyuşmazlıkların ancak tespit davası suretiyle ele alınabileceği görüşüyle; tespit davalarının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda açıkça ya da genel bir hükümle düzenlenmemiş olmalarına rağmen, bu tür davaların adli yargı düzenindeki işlevi konusunda gerek içtihatlar ve gerekse öğretide tartışma kalmadığını, ancak tespiti istenen ilişkinin kamu hukuku ilişkisi olması halinde böyle bir tespit davasının adli yargıda incelenemeyeceğini vurgulamış ve giderek bu tür tespit davaları hakkında esasa ilişkin kararın idari yargı yerlerince verilmesi gerektiğinin açıkça ortaya çıktığını belirlemiştir.

Açıkça ifade edelim ki, bu aşamaya kadar Yüksek Mahkeme konuyu ele alış ve ortaya koyuş açısından, hukuk mantığı çerçevesinde mükemmel bir analiz gerçekleştirmiştir. Ancak, sonuç itibarıyla, hüküm aşamasında varmış olduğu çözüm, bu analize büyük gölge düşürmüştür.

İçtihat Mahkemesi işlevi çerçevesinde, Uyuşmazlık Mahkemesi idari, adli ve askerî yargı düzenlerinin görev alanlarının belirleyip biçimlendirirken hem öğretiye hem de mahkemelere yol gösterme, ışık tutma yükünün bilinci içinde sorunları değerlendirme zorunluluğundadır. Bu zorunluluk, Yüksek Mahkemeye "kaçak dövüşme" hakkını vermediği gibi; aksine sorunların üstüne üstüne giderek, çağdaş hukuk ilkelerini uygulayıp irdeleme görevini yüklemektedir. Bu bağlamda, Türk hukuk sisteminde, İdarî Rejim'in zorunlu bir unsur olarak öngörülüp, yaratılan Uyuşmazlık Mahkemesi, adli-idari yargı düzenlerinin ayrılığı ve bağımsızlığı ilkelerini dar kalıplar içerisinde kalmaksızın çağdaş ölçütler uyarınca ortaya koymalıdır. Türk Hukuk sisteminde, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu başta olmak üzere, hiçbir pozitif düzenlemede yer almayan tespit davalarının adli yargı düzeninde tartışmasız olarak kabul edildiğini vurgulayan Yüksek Mahkeme, idari yargı düzeninde bu tür davaların kabul edilip edilmemesi gereğini hiç tartışmaksızın ve, sanki kendisini ilgilendirmezmiş gibi- "tespit davalarına idari yargı düzeninde yer verilip, verilmeyeceği İdare Hukukunun bir meselesi olarak ortaya çıkmaktadır" demek suretiyle konuyu kesip atmakta, geçiştirmektedir.

Halbuki, adli-idari yargı düzeni ayrımı yapmaksızın, tespit davalarını bir eda davasının öncüsü olduğu belirleyen ve "her eda davasının içinde bir tespit isteği de vardır...Eda davasına bakan Mahkeme, öncelikle ileri sürülen hakkın var olup olmadığını araştırmalı ve bu hakkın varlığını belirlemesi halinde edaya hükmetmelidir. Bu itibarla, eda davasına bakmakla görevli olan mahkemenin, (bunun öncüsü olan) tespit davasına da bakmakla görevli olduğu kabul edilmelidir" görüşünün savunan Uyuşmazlık Mahkemesi'nin; tüm bu görüş ve belirlemelerden sonra, "idari yargı düzeninde de tespit davala-



rının kabul edilmesi gerektiği" nihai hükmüne varmaması ve sorunu geçiştirici bir çözümlü tercih etmesi kabul edilemez bir tutumdur.

Kamu Hukuku ilişkisinden kaynaklanan bir tespit davasına karşı önce adli yargı yolunun kapalı olduğunu belirlemek; daha sonra ise, bu konuda görevli kıldığı idare yargıcına "böyle bir davanın dinlenilmez (irrecevable) nitelikte olduğu" nu saptama hak ve yetkisini tanımak, bu tür tespit davalarının esastan karara bağlanmasını engellemekle özdeştir. Üstelik, Yüksek Mahkemenin benimsediği bu çözümün, giderek içtihat birliğini zedeleyeceği de kuşkusuzdur. Öyle ki, idare yargıcı, bazen, "tespit davalarının idari yargı düzeninde de dinlenebileceği", bazen de "bu tür tespit davalarının idari bir dava türü olarak öngörülmediği ve dolayısıyla "dinlenemez" nitelikte olduğu" yolunda takdirini kullanabilecektir. Hatta, şimdiye kadarki idarî yargı içtihatları ve uygulamaları doğrultusunda hareket ettiği takdirde, idare yargıcının ikinci çözümü tercih edeceği ve tespit davasının idarî davalar arasında yeri olmadığı sonucuna varacağı ve giderek de Uyuşmazlık Mahkemesinin söz konusu içtihadı doğrultusunda davayı inceleme kabiliyeti bulunmadığından dolayı reddedeceği son derece açıktır. İşte, bu durumda, açmış oldukları bu nitelikteki tespit davalarını adliye mahkemeleri önüne götürmek hakkından da mahrum bırakılan kişiler, bu, nitelikteki davalarını hiçbir yargı mercii önünde dinletemeyeceklerdir. Belirtelim ki, Yüksek Mahkemesinin ulaştığı bu çözümün, adalet duygularını zedelemesi bir yana yaratacağı tutarsızlıklar ve hukuk-dışı belirlemeler yargıcın etkinliğini de olumsuz kılacaktır.

Günümüzde tespit davalarının idarî yargı düzeninde kabul görmesi zorunluluğu, çağdaş hukuk ilkelerinin olması gereken sonucudur. Kaldı ki, bunun aksini iddia edenlerin hukuksal dayanak olarak ele aldıkları İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 2 nci maddesinin yorumlanmasında takındıkları katı tutumu da açıklamak güçtür. Söz konusu maddenin, İdarî yargı düzeninde görülecek davaları belirlerken, numerus-clausus ilkesinden yola çıktığı iddiası yargı işlevini dar kalıplara mahkum etmekten öteye gitmez. Dolayısıyla, biz böyle bir yorumun kabul edilemeyeceği görüşündeyiz. İdarî Yargılama Usulü Kanununun 2 inci maddesi, adli yargıdan farklı bir biçimde, idarî yargının özellikleri itibarıyla kaçınılmaz olarak varlığı zorunlu birtakım davaları "idarî davalar" olarak ayrıca belirleme yoluna gitmiştir. Öyle ki, maddenin içerdiği anlam, idarî yargı düzenindeki dava türlerinin sadece bunlardan ibaret olduğu sonucunu doğurmadığı gibi<sup>(8)</sup>; aksine, adli yargı düzeninde öngörülme ve sadece idarî yargının özelliklerinden kaynaklanan davaları ayrıca belirtme işlevini ifade etmektedir. Bu aşamada, sorunu iki ayrı açıdan ele almak gerekir.

İlk olarak, tespit davasının daha sonra açılacak bir iptal ya da tam yargı davasının öncüsü konumunda olduğunu varsayarak, bazı saptamalarda bulunulabilir. Bu durumda,

(8) Bkz. Erkut-Soybay, dpn:4 s.220/\*\*-(11)

iptal ve tam yargı davalarının biri "eda davası" niteliğinde olduğu ve her eda davasının içeriğinde bir tespit isteminin de yer aldığı konusunda kuşku bulunmadığına göre ve idarî yargı düzeninde müstakil bir tespit davası açılmayacağını düzenleyen hergangi bir pozitif normun bulunmaması karşısında; böyle bir tespit isteminin, müstakil bir dava ile dile getirilmesi sonucunda yargı yerinin vereceği kararın, eda davası ile birlikte ortaya konulan tespit istemi hakkında verilecek hüküm ile aynı hukuksal etkiyi yaratacağı hususu da gözönünde bulundurulduğu takdirde, "tespit davalarını idarî yargı düzeninde dinlenmeyeceği" yolundaki görüşün hiçbir şekilde hukuk mantığı ile bağdaşmadığı açıkça ortaya çıkacaktır.

Uyuşmazlık Mahkemesinin incelediğimiz dört ayrı kararında da dile getirilen tespit istemleri bu bağlamda değerlendirilmelidir. Bu tespit istemlerinin konuları, sırasıyla "Belediye Başkan vekilliği görevinde bulunulduğunun tespiti", "müsadirlik statüsünün tespiti", "ailelerinin bakıma muhtaç durumda olduğunun tespiti" hususlarıdır ve hiç şüphe yoktur ki, bu tespit işlemleri ile nihai olarak elde edilmek istenen sonuç, İdarenin olumlu yönde bir işlem ya da eylemde bulunmasını sağlamaktır. Nitekim, Uyuşmazlık Mahkemesinin de belirlediği gibi ilgililerin bu tespit istemleri ile elde etmek istedikleri hukuki sonuçlar sırasıyla, "emeklilik hizmet süresinin arttırılması", "müsadirlik ikramiyesini alabilmek" ve "naklen atanabilmek" tir. Dolayısıyla, ilgililerin elde etmek istedikleri bu amaçlara ulaşabilmeleri için önce bir tespit davası açarak "bir hukuki ilişkinin varlığını ortaya koymak" ve daha sonra da gerekli olan eda davasını açmak yoluna gitmeleri hususunda herhangi bir engel bulunmamak gerekir. Oysa, yukarıda da belirttiğimiz gibi, Uyuşmazlık Mahkemesinin üretmiş olduğu çözüm karşısında ilgililer bu yoldan herhangi bir hukuksal sonuç elde edemeyeceklerdir. Ancak, yine de bu aşamada, ilgililer yapmış oldukları yargısal başvuruların sonuçsuz kalması üzerine, bu kez İdarî Yargılama Usulü Kanununun 10 uncu maddesi çerçevesinde İdare'ye başvurarak elde edecekleri idarî işlemi dava konusu edebileceklerdir. Fakat, elbette ki ilgililerin sahip olduğu bu olanak, diğer bir haktan yararlanmalarını engellenmesi hususunu yani Uyuşmazlık Mahkemesinin söz konusu içtihadını mazur göstermez.

Uyuşmazlık Mahkemesinin söz konusu içtihatları ile üretmiş olduğu çözüm, ikinci aşamada, "idarî işlemlerin yok hükmünde olduğu" nun tespiti bakımından daha da karmaşık bir durum yaratmaktadır.

Bilindiği gibi, bir İdarî işlemin kurucu unsurlarındaki hukuka aykırılık derhal farkedilebilir nitelikte ve işlemin kimliğini dahi yitirmesine yol açabilecek derecede ağır, açık ve bariz ise, söz konusu işlem yok hükmündedir<sup>(9)</sup>. Bu gibi işlemlere karşı ne gibi yargısal başvurularda bulunulabileceği ise gerek Fransız ve gerekse Türk öğretisi ve içti-

(9) Celâl Ekut, "İptal davasının konusunu oluşturma bakımından idarî işlemin kimliği", Danıştay Yayınları No: 51, Ankara, 1990, s.150.

hatlarında tam anlamıyla çözümlenebilmiş değildir. Ancak, öğretide çoğunluk, yokluk iddiasının bir iptal davası şeklinde değil, ancak bir tespit davasıyla ileri sürülebileceği görüşündedir. Öğretide, ayrıca yokluğun tespitinin herhangi bir yargı mercii önünde istenebileceği; adlî yargı mercilerinin de bu konuda görevli ve yetkili olduğu ve hatta kural olarak yokluk tespitinin adlî mahkemelerce yapılması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>(10)</sup>. Bu görüşleri hiç tartışmaksızın, belirtmek gerekir ki, gerek Conseil d'Etat ve gerekse Danıştay, -öğretinin aksine- önlerine iptal davası ile gelen uyuşmazlıklarda idarî işlemin yoklukla özürlü olduğunu belirlemişlerdir<sup>(11)</sup>.

Uyuşmazlık Mahkemesinin inceleme konumuzu oluşturan kararları ile bu görüşler ve içtihatlar birarada ele alınıp değerlendirildiğinde ortaya son derece karmaşık bir hukuksal denklem çıkmaktadır. Bir yandan yokluk iddiasının ancak bir tespit davası ile ve adlî yargı düzeninde ileri sürülmesi gerektiğini kabul eden öğretiyi; diğer yandan ise, tespiti istenen hususunun bir kamu hukuku ilişkisinden kaynaklanması halinde açılacak tespit davasının mutlaka idarî yargı düzeni içinde çözümlenmesi zorunluluğunu ortaya koyan Uyuşmazlık Mahkemesi içtihatları, bu denklemin iki önemli boyutunu oluştururken; iptal davası açılmak suretiyle dava konusu işlemin yoklukla özürlü olduğunun ileri sürüldüğü davalarda "yokluk" halini belirleyen Danıştay içtihatları da soruna ayrı bir bakış açısı katmaktadır.

Bu idari işlem ile oluşan hukuki ilişkinin yoklukla özürlü olduğunun tespiti konusunda, uyuşmazlığın kamu hukuku ilişkisinden kaynaklandığında hiçbir şüphe bulunmamaktadır. Dolayısıyla üzerinde tartışma olmayan bu husus aynı zamanda sorunun çözümü bakımından da çıkış noktası olarak ele alınmalıdır.

Bu bakımdan, Uyuşmazlık Mahkemesi içtihatlarının belirlediği prensip, kesin bir yaklaşımla "kamu hukuku ilişkisi+idarî yargı" formülünü benimserken; öğretiyi, "kamu hukuku ilişkisi + adlî yargı", Danıştay içtihatları ise "kamu hukuk ilişkisi + idarî yargı + iptal davası" formüllerini kabul etmişlerdir.

Uyuşmazlık Mahkemesi, soruna tamamen görevli yargı düzeninin belirlenmesi açısından yaklaşarak: "kamu hukuku ilişkisinin varlığı halinde uyuşmazlığın hangi dava ile ileri sürüldüğüne bakılmaksızın sorun idarî yargı düzeninin içinde çözümlenir. Ancak, idare yargıcı, müstakil bir tespit davasının idarî yargı düzeninde açılmıyacağı gerekçesiyle, davanın inceleme yeteneği bulunmadığına karar verebilir" hükümünü tesis etmiştir.

(10) İd., s.152; belirtelim ki, biz bu görüşlere katılmadığımızı aynı sayfalarda daha önce vurgulamıştık.

(11) İd., s.186/dpn. 330'daki kararlar ve ayrıca Bkz. Celâl Erkut, "İdare Hukukunda Yokluk Kavramı", in I.H.I.D. 1988, Duran'a Aramağan Özel Sayısı.

Öğreti ise, Uyuşmazlık Mahkemesinin aksine, konuyu tamamen "tespit davaları" açısından ele alarak; "uyuşmazlığın konusunu oluşturan hukuki ilişkinin niteliği ne olursa olsun, açılan dava bir tespit davası ise, sorun adlî yargıda çözümlenir" görüşünü egemen kılmıştır ki, Uyuşmazlık Mahkemesinin söz konusu kararındaki muhalefet şerhlerindeki gerekçeler de tamamen bu görüşün bir ürünüdür. Bu görüşlere kesinlikle katılmamakla birlikte, belirtmek gerekir ki, bu görüşler en azından bu tür bir uyuşmazlığın nihai anlamda çözümlenmesini sağlayıcı bir tutarlılık göstermektedir. Ancak, bu görüş kabul edildiği takdirde de, bu kez kamu hukuku ilişkisinin nitelendirilmesine yabancı olan adliye yargıcına uyuşmazlığı çözümlene yetkisini terketmek ve İdare Hukukunda içtihat birliğini zaafa uğraticı içtihatların oluşmasına göz kırpmak gerekecektir. Biz sadece bu nedenlerle dahi bu görüşün kabulüne olanak görmemekteyiz.

Buna karşılık, yukarıda da belirttiğimiz gibi, Uyuşmazlık Mahkemesinin anılan içtihatlarında üretmiş olduğu çözüm, hüküm fıkrasında belirlediği esaslar çerçevesinde kabul edilemez niteliktedir. Yüksek Mahkeme, bu kararları ile, bu konuda açılmış bulunan davaların nihai olarak çözümlenmesini engellemiş olma tehlikesi içindedir. Üstelik, bir hukuki ilişkinin ya da bir hakkın var olup olmadığına ilişkin olağan tespit istemlerinden farklı olarak, bir idarî işlemin yokluğunun tespiti işlemi sonucunda verilecek hüküm aynı zamanda doğrudan yerine getirilme zorunluluğu da taşıyacaktır. Dolayısıyla, Uyuşmazlık Mahkemesinin bu içtihadı ile, bir yandan, ilgili kişi ya da kişiler bir idarî işlemin yok hükmünde olduğunu ileri sürebilecekleri bir mahkeme bulamama tehlikesi ile karşı karşıya kalabilecekler ve diğer yandan açık ve bariz bir hukuka aykırılık belki de bu sayede hukuk düzenimizde ayakta kalmayı sürdürebilecektir.

Nihayet, Danıştay içtihatları ise, bu açıdan hiçbir tartışmaya girmeksizin, tamamen iptal davası usulüne uygun olarak önüne gelen uyuşmazlıklarda aynen iptal hükmü verircesine yokluğu tespit etmişlerdir. Dolayısıyla, sorunu aydınlatıcı herhangi bir veriden yoksun olan bu kararların, sadece üstü kapalı bir biçimde benimsemiş oldukları formülün irdelenmesi bakımından soruna ışık tutabildikleri söylenebilir. Nitekim, Danıştay, bir idarî işlemin yok hükmünde olduğunu tespit ettiği kararında, adeta Fransız hukukunda Prof. Chapus'nün yapmış olduğu ayırım doğrultusunda hareket etmiştir. Chapus, iptal davasına konu olabilecek başvuruları: a) bir işlemin iptali için yapılan başvuru, b) bir işlemin hukuka uygun olup olmadığının tespiti için yapılan başvuru, ve c) bir işlemin yok hükmünde olduğunun tespiti için yapılan başvuru olmak üzere üçe ayırmış ve her üç başvurunun da iptal davası niteliğinde olduğunu vurgulayarak, yok hükmündeki işlemlerin de iptal davasına konu olabileceklerini kabul etmiştir<sup>(12)</sup>.

Kanımızca, Chapus'nün ortaya koyduğu bu ayırım, kamu hukuku ilişkisinden kaynaklanan tespit davaları açısından değil, fakat sadece idari işlemin yokluğunun tespiti

(12) Erkut dpn. 9,s.152.

konusundaki davaların ele alınması hususunda bizim de kısmen katıldığımız önemli bir çözüm üretmiştir. Gerçekten de iptal davalarının objektif niteliği ve hukuk mantığı böyle bir çözümü geçerli kılmaya yatkındır. Öyle ki, bu çözüm sayesinde yoklukla özürlü işlemlerin tespiti konusundaki çeşitli görüşler ve içtihatlarla ileri sürülen çözümlerin içerdiği sakıncalar da sadece bu bakımdan giderilebilecektir. Ancak, biz Chapus'nün ürettiği bu çözümün, sorunun bütününe uygulanabileceği kanaatinde değiliz; bu nedenle bu çözümün de varılan sorunu ortadan kaldırmada yetersiz kaldığı söylenebilir.

**SONUÇ:** Günümüzde, Türk hukuk düzeni içinde hiçbir somut pozitif norma dayandırılmaksızın adlî yargıda varlığı kabul edilen tespit davasının; aksine yorum ve görüşler doğrultusunda idarî yargı düzeni bakımından reddedilmesinin hukuksal bir mantığı bulunmamaktadır. Öyle ki, idarî yargı düzeninde tespit davası şeklinde bir dava türünün öngörülmediğini ileri sürenlerin dayandıkları pozitif hukuk normu İdarî Yargılama Usulü Kanununun 2'nci maddesidir. Ancak, bu madde sadece İdarî Yargının kendine özgü yapısından kaynaklanan dava türlerini belirlemekte ve yalnızca iptal ve tam yargı davalarını idarî dava türleri olarak nitelendirmektedir. Bununla birlikte, aynı maddede idarî nitelikteki uyuşmazlıkların sadece bu iki dava türü ile gündeme getirilebileceğini vurgulayan hatta hissettiren en ufak bir ipucu dahi bulunmamaktadır. Aksine, "idarî sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara ilişkin davalar" da yine aynı madde ile idarî nitelikte sayılırken; Anayasanın 155 inci maddesindeki ifadede "Danıştay'ın (idarî yargı düzeninin) -sadece idarî davaları değil- aksine **idarî uyuşmazlıklardan doğan her türlü davayı çözümlenmekle görevli olduğu**" sonucu çıkmaktadır. Sonuç itibarıyla, konumuz açısından önem taşıyan ve gözönüne alınması gereken husus "uyuşmazlığın niteliği"dir. Eğer uyuşmazlık bir kamu hukuku işkisinden kaynaklanıyorsa "idarî niteliktedir ve mutlaka idarî yargı düzeni içinde çözümlenmek gerekir ki, böyle bir uyuşmazlığın yargı önüne hangi tür bir dava ile getirildiği sorunu bu bağlamda bir hukuki değer taşımamaktadır. Sonuç olarak, bu gerekçelerle, bir adlî yargı düzeninde olduğu gibi idarî yargı düzeninde de içtihatların tespit davasının varlığını belirlemesi ve giderek sorunu kökeni itibarıyla çözüme kavuşturması gerektiğini savunmaktayız.

27. Mart 1991