



**T.C.
DANIŞTAY**

**150. YIL ANISINA
DANIŞTAY**

YARGIYA GÜVENİN ARTTIRILMASINDA SOMUT ÖNERİLER

Doç. Dr. Gürsel ÖZKAN*

I.GİRİŞ

II. YARGIYA GÜVENİN ÖNEMİ

III. SOMUT ÖNERİLER

1. HÂKİM VE SAVCILARA GÖREVE BAŞLARKEN YEMİN ETTİRİLMESİNİN SAĞLANMASI
2. HÂKİM ADAYLIĞI MÜLAKAT KURULUNUN YAPISININ DEĞİŞTİRİLMESİ
3. HÂKİM ADAYLARININ STAJ SÜRESİNİN EŞİTLENMESİ GEREKLİLİĞİ
4. MESLEK MENSUPLARININ EĞİTİM VE BİLGİ DÜZEYİNİN YÜKSELTİLMESİ
 - 4.1. Meslek İçerisinde İlerlemenin Objektif Kurallara Bağlanması
 - 4.2. Unvanlı Görevlere Atamada Yapılacak Yazılı Sınavdan Belli Puan Alma Koşulu Getirilmesi
 - 4.3. İdari Yargıda Görev Yapan Hâkimlere Hukuk Fakültesine Sınavsız Kayıt Yaptırma İmkânı Getirilmesi
 - 4.4. Avukatlık Yeterlilik Sınavı Getirilmesi
5. YARGININ KARAR VERİRKEN KENDİ KENDİNİ DENETLEMESİNİN SAĞLANMASI
 5. 1. Usuli Kazanılmış Hak İlkesinin Etkili Olarak Uygulanması
 5. 2. Yargı Kararlarının Emsal Alınmasının Sağlanması
6. YARGIYA GÜVEN DUYULMASI İÇİN ÖNCE İDAREYE GÜVEN SAĞLANMASI GEREKLİLİĞİ
 6. 1. Genel İdari Usulün Düzenlenmesi
 - 6.2. Sulh Başvurusunun Zorunlu İdari Başvuru Yolu Olarak Yeniden Düzenlenmesi

* Danıştay Üyesi

- 6.3. Zimni Ret Sisteminden Vazgeçilerek Zimni Kabul Sisteminin Benimsenmesi
7. İDARİ YAPTIRIMLARDA “LEHE KANUN” UYGULAMASINDAN VAZGEÇİLMESİ
8. YARGITAY VE DANIŞTAYA “YILLIK RAPOR” YAYINLAMA GÖREVİ VERİLMESİ
9. YARGI MUHABİRLERİNE HUKUK BİLGİSİ SAHİBİ OLMA ZORUNLULUĞU GETİRİLMESİ
10. YARGI KARARLARI NEDENİYLE YARGIYA YÖNELİK YANILTICI AÇIKLAMALARIN VE SİYASAL AMAÇLARLA YAPILAN ELEŞTİRİLERİN YARGI YÖNETİMİNCE CEVAPLANARAK TOPLUMUN DOĞRU BİLGİLENMESİNİN SAĞLANMASI
11. ADLİ YIL AÇILIŞI YERİNE “YARGI YILI” AÇILIŞI OLARAK DÜZENLEME YAPILMASI GEREKLİLİĞİ

IV. SONUÇ

I. GİRİŞ

Yargının amacı, hukuku uygulayarak adaletin yerine getirilmesi ve kişilerin sahip olduğu hakların güvence altına alınmasını sağlamaktır. Yargıya uygulanan standartların düzenleniş nedeni adaletin yerine getirilmesine yönelik güvenin ön koşuludur. Hukuk devletinin geçerli olduğu bir devlette halkın, temel hakları güvence altına alan ve adil yargılanma hakkına uygun olan genel ilkelerin oluşturulmasını talep etme hakkı bulunmaktadır. Hâkimlere yüklenen sorumluluk da onların tarafsızlığı ve çalışmalarının etkililiğini güvence altına almak için getirilmiştir.

Yargıya güven duygusunun arttırılması amacıyla yapılacak çalışmalara katkı olması bakımından bu makalede kimi somut önerilere yer verilecektir. Ancak bilinmelidir ki bu önerilerin gerçekleştirilmesi tek başına yeterli olmayacak, bununla birlikte yargıya yönelik toplumsal algının yönetimi ve olguların objektif olarak tespitinden başlamak gerekmektedir.

Özellikle bilirkişi müessesesinin mümkün oldukça ihtiyaç olmaktan çıkarılmasının yanı sıra, yargı yetkisinin bilirkişilere devri sonucunu doğuracak uygulamalardan kaçınılması ve kolluğun yönetimi başta olmak üzere ceza kanunlarının sıklıkla değiştirilmemesi ve ceza sisteminin caydırıcı olmasının sağlanması gerekliliği önem taşımaktadır. Yine öğrenci affından vergi affına, imar affından trafik cezalarına kadar her türlü af müessesesinin hukuk sistemine olan güvene önemli ölçüde zarar verdiğinin kabulü gerekmektedir.

Gerek hâkim-savcı gerekse avukatların; hem idari yargı hem de adli yargıda görev yapan meslektaşlarımızın, eğitim ve bilgi düzeylerinin yükseltilmesi ve meslek içinde sürekli öğrenme kapasitelerinin geliştirilmesine yönelik önlemler alınması ve adalet hizmetinin kalitesinin yükseltilmesi gerektiği kuşkusuzdur.¹

İstinaf Mahkemelerinin uygulamaya geçirilmesi ile gelişen olumlu havanın etkisi geçmeden (İstinafta iş birikimi nedeniyle yargının sorunlarının daha da ağırlaşmasına yol açılmadan), bir an önce somut önlemler alınması bir zorunluluktur.

II. YARGIYA GÜVENİN ÖNEMİ

Yargıya güven öncelikle hukuka güveni gerekli kılmaktadır. Hukuk, insanın insana değil, insanın kurallara itaat ettiği varsayımına dayanmakta,² insanın insana itaat etmesi keyfilik anlamına gelmektedir. Toplum düzenleyen ve devlet yaptırımıyla güçlendirilmiş bulunan kuralları ifade eden hukuk, aslında bağlayıcı kurallar sistemini anlatmaktadır.

Hukuk düzeni, yasama, yargı ve idari yoldan veya beşeri varlıkların eylemleriyle oluşan örf ve adetler tarafından yaratılan kurallardan oluşan zorlayıcı bir düzen demektir. Bir kuralın hukuk güvenliği sağlayabilmesi için; önceden konulmuş olması yetmemekte aynı zamanda ilan edilerek bilinir hale gelmiş bulunması ve uygulandıktan

¹ ÖZKAN Gürsel, "Yargı Etiği, Yargıya Güven ve Şeffaflık", Yargıda Etik, Şeffaflık ve Güven Projesi Açılış Sempozyumu, 13-14 Nisan 2017, Sheraton Hotel - Ankara, s. 51-62.

² GÖZLER Kemal, Hukuka Giriş, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 17. Baskı, Bursa 2017, s. 22.

sonra geçmişe etkili olarak değiştirilememesi de gerekmektedir. Bağlayıcı kuralların önceden belirlenmiş olması, insanların kendi davranışlarını bilinen ve kendisine uygulandıktan sonra değişmeden kalacak olan kuralları esas alarak ayarlayabilmeleri ve beklenmeyen sonuçlarla karşılaşmayacakları, yani kurala “güven” duyulması amacı taşımaktadır.

Kuralın sadece muhatapları bakımından bağlayıcı değil, kuralı koyanların da kurala uymak zorunluluğunun bulunması ayrıca önem taşımaktadır. Kural koyma yetkisine sahip kişi ya da organ kendi koyduğu kuralı yine aynı usule uyararak ilga edebilir veya değiştirebilir. Ancak bu kişi veya organ kendi koyduğu kuralı ilga etmedikçe veya değiştirmedikçe bu kurala uymak zorunda bulunmaktadır.

Hukuk, aynı zamanda “doğru” demektir. Toplumsal hayatı düzenleyen hukuk normunun amacı, “doğruluk” ve “adalet”tir. Hukukun amacı adaletin gerçekleştirilmesidir. Hukuk normunun uygulanmasının, hakkaniyet ve adalete uygun sonuçlar vermesi beklenir.

Bireylere güvence sağlamak, ceza sorumluluğunun yasallığını gerektirir, bu ise suçun belirlenmesinin kanunla düzenlenmesi demektir. Hukuka aykırı eylemlerin suç olarak tanımlanması nedeniyle hangi eylemin, yani “neyin suç” olduğu kanunda gösterileceğine göre; hukuka aykırı eylemlerin suç olarak tanımlanması “siyasal tercih” konusudur. Bu siyasal tercihin denetimi ise hukukla yapılacaktır. Hukukun esas aldığı/alacağı değer ise temel insan hak ve özgürlükleri olacağı kuşkusuzdur. Kanunun şeklinden çok, adalete uygunluk ölçüsü önem taşımaktadır. Kanunlar, adalete uygunluk ölçütüne göre geçerli olurlar.

Hukuk devleti, sadece demokratik düzenin tesisinde ve uygulamasında düzenlilik ve istikrar sağlayan biçimsel bir yasallık anlamına gelmemekte, daha çok insan kişiliğinin yüce değerinin bütünüyle kabulüne ve tanınmasına dayanan ve onun eksiksiz biçimde ifade edilmesi için bir çerçeve sunan kurumlar tarafından güvence altına alınmış adalet anlamını taşımaktadır. Kişiler ancak böyle bir düzende yargıdan adalet ve hukuki güvenlik bekleyebilirler. Devlet, insanların temel hak ve özgürlüklerini “bilmek” ve “bunlara göre hareket etmek” hakkını fiilen garanti etmek zorundadır.

Hukuka güven, kuralların önceden belirlenmiş olmasını ve herkes için aynı şekilde uygulanmasını gerektirmektedir. Aynı durumda bulunanlara aynı kuralların ayrımcılık yapılmadan uygulanması, aynı hukuki durumda bulunanlara farklı kuralların uygulanmaması anlamını içeren kanun önünde eşitlik ilkesi, hukuka güven duyulmasının ön koşulunu oluşturmaktadır.

Gerek bireylerin özel hukuk ilişkilerinde gerekse devlet ile olan ilişkilerinde hukuk kurallarının ayrımcılık yapılmadan uygulanmasının sağlanması ve hukukun tanıdığı hak ve yetkilerden herkesin eşit olarak yararlandırılması, görev ve sorumlulukların herkese ayrımcılık yapılmadan etkili biçimde uygulanması gerekmektedir.

Hukuk devleti, her şeyden önce eşitlik ilkesine dayanmaktadır. Tüm bireyleri aynı insani değere sahip olarak kabul eder ve buradan hareketle insanlar arasında herhangi bir ayırım yapmaz. Ayrıca, devletin bütün kurallarını, faaliyetlerini ve kurumlarını hukukun üstünlüğü ilkesine dayandırır. Burada esas alınan hukuk, insanların vazgeçilmez, temel ve evrensel haklarla dünyaya geldiğini kabul eden tabii hukuktur. Bahse konu olan tabii hukuk ilkesi hem devletin üzerinde yer almaktadır, hem de üretilen hukuk (toplumun ürettiği kanunlar) için bir referans oluşturur. Hukuk devletinde kanunların temel hak ve özgürlükleri odak noktası olarak alması ve toplumun rızasına dayanması şarttır. Oysa kanun devleti tamamen yöneticiler üzerine inşa edilmiştir.

Kanun devletinde kanunlar halkın temsilcileri tarafından yapılsa da, ortaya çıkarılan kanunlar, devletin tayin ettiği çerçevenin dışına çıkamaz. Bu anlamda tipik kanun devletinde kanunların amacı temel hak ve özgürlükleri genişletmek ve onları kollamak değil; devlete tartışmalardan uzak bir değer kazandırmak ve devlet otoritesini bu değer üzerinden halkın üzerinde hâkim ve daim kılmaktır.

Hukuk devletinin aksine, kanun devletinde en üstün değer devlettir. Hukuk devletindeki en üstün değer olan hukukun yerine, devlet ve aynı zamanda devletle özdeşleşmiş olan idarecilerin iradesini geçirir. Kanun devleti aynı zamanda insanı odak noktası olarak almadığı için, insanlar arasındaki eşitlik ilkesine de fazla değer vermemektedir. Devlet mekanizmasını elinde tutan siyasal erk, meclisteki

çoğunluğundan aldığı güçle istediği kanunu çıkartabilir ve çıkarttığı kanun yolu ile istediğini elde etme ve tasarladığı hedefe ulaşma imkânını elinde tutabilir.

Hukuk, “hak”ın çoğulu anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, “hakları ortadan kaldıran” bir kanunun, hukuk düzeni içinde hangi konumda olacağının bir kez daha düşünülmesi gerekmektedir. Hukukun temel ilkelerinden hareket etmeyen bir devlette, parlamento aritmetiğine dayanan “kanun” düzeni ile örtülerek gizlenmiş sistem neticesinde ortaya çıkan olgu ancak bir kanun devletidir.

Hukuka güven, diğer bir ifadeyle hukuk güvenliği, yalnızca hukuk düzeninin değil, aynı zamanda belirli sınırlar içinde, bütün devlet faaliyetlerinin, az çok, önceden öngörülebilir olması anlamını taşımaktadır. Haklı beklentilerin korunması ilkesi³ hukuk devleti kapsamındaki hukuk güvenliği ilkesinin bir uzantısı olup, mevcut düzenlemelere ya da idarenin tutum ve davranışlarına iyi niyetle güvenerek bir takım faaliyetlerde bulunan, işlemler yapan bireylerin bu güvenlerinin korunmasını gerektirmektedir. Zira kişilerin mevzuat hükümlerine ya da idarenin faaliyetlerine dayanarak idareye duydukları güvenin korunmayabileceğinin kabulü, hukuki öngörülebilirliği ve dolayısıyla hukuk güvenliğini ortadan kaldıracaktır.

Haklı beklenti, bireyin hukuka uygun olmak kaydıyla idareye, kamu görevlilerin görevlerini yerine getirirlerken yine yetkileri kapsamında yaptıkları işlem ve eylemler, hukuki açıklamalar, bulundukları taahhütlerin ya da süregelen idari uygulamaların hukuk güvenliği gerekçesiyle kendilerine de uygulanacağı beklentisidir.

Hukuk güvenliği, diğer bir ifadeyle ‘güvenin korunması ilkesi’ ilgilinin hukuki durumunun süreceğine olan güveni dolayısıyla hayal kırıklığına uğratılmaması anlamına gelir. Güvenin korunması, her zaman mevcut bir hukuki durumun dokunulmazlığı anlamında olmasa da, her düzenleme

³ Hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. AYM, E. 2010/106, K. 2011/55, K.T. 17.3.2011.

değişikliğinde yasa koyucunun ve düzenleme yapma yetkisine sahip idarenin göz önünde bulundurması gereken bir nitelik taşımaktadır.

Halkın devlete olan güveninin korunması da ancak hukuk güvenliğinin sağlanmasıyla mümkün olmaktadır. Bu yönüyle, hukuk devletinin önemli bir unsuru olarak hukuk güvenliği, yalnızca hukuk düzeninin değil, aynı zamanda belirli sınırlar içinde, bütün devlet faaliyetlerinin az çok, önceden öngörülebilir olması anlamı taşımaktadır.

Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de belirliliktir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gerekmektedir.

Belirlilik ilkesi, hukuk güvenliği ile bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuki yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmesini gerektirmektedir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirleyebilir. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.⁴

Yapılan düzenlemelerde istikrar, belirlilik ve öngörülebilirlik göz önünde bulundurularak hukuki güvenlik sağlanabilir. Devlet açık ve belirgin hukuk kurallarını yürürlüğe koyarak bunları uyguladığı zaman hukuk güvenliği sağlanır.⁵ Hukuk devletinde bütün devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması önemli ve temel bir ilkedir. Devlet'in faaliyetleri 'keyfi' değil, belirli bir düzen ve usul içinde olmak zorundadır. Hukuk devleti ilkesinin geçerli olmadığı bir devlette, devlet

⁴ AYM, E. 2013/83, K. 2013/116, K.T. 10.10.2013; AYM, E. 2010/7, K. 2011/172, K.T. 22.12.2011.

⁵ Danıştay 10. Daire, E. 2009/14899, K. 2013/5129, K.T. 13.6.2013; Danıştay 10. Daire, E. 2009/12271, K.2013/5127, K.T. 13.6.2013; Danıştay 12. Dairesi, E. 2012/10631, K. 2013/7136, K.T. 10.10.2013; Danıştay 5. Daire, E. 2013/6909, K. 2014/1079, K.T. 14.02.2014.

mekanizması, yöneticilerin keyfi tavırlarına terkedilmiş olur. Hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarından birisi insanların geleceklerini güven içerisinde planlayabilmeleri, davranış ve hareketlerinin hukuki sonuçlarını bilebilmeleridir.

Hukuka ve hukuk kurallarına güven duygusunu sağlamak ve bu duyguyu korumak için birey, yürürlükteki hukuk sistemi ve hukuk kuralları yoluyla kazandıkları hakların korunacağına ve sahip olduğu hakların kesintiye uğramadan sürekli kullanılabilir halde bulunacağına inanmalıdır. Aksi takdirde, toplumda hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi mümkün olamaz. Sahip olduğu hakların korunmasının ve kullanılmasının hukuk düzeni tarafından belirsizlik ve güvensizlik içinde tutulduğunu gören birey, hukuk düzeninin kendisini ve haklarını yeterli şekilde koruduğunu hissedemeyeceğinden, toplum düzeninin iyi ve istikrarlı bir şekilde işlemesinden de söz edilemeyecektir.

III. SOMUT ÖNERİLER

1. HÂKİM VE SAVCILARA GÖREVE BAŞLARKEN YEMİN ETTİRİLMESİNİN SAĞLANMASI

Yemin "andiçme", "kutsal bir değer ya da varlığı tanık göstererek belirli bir konuda söz verme ya da belirli bir beyanın doğruluğunu onama" ⁶olarak ifade olunan yemin, "kuvvet, sağ taraf, sağ el, and içmek, kasem gibi anlamlara gelmekte, dinî bir kavram olarak, "bir kimsenin Allah'ın adını veya sıfatını zikrederek sözünü kuvvetlendirmesi" olarak da tanımlanmaktadır. ⁷

Bir kimsenin verdiği sözü temin veya sözünün doğruluğunu tasdik için kanun ile muayyen sözleri söylemesi veya hareketleri yapmasıdır. Bu sözleri söylemeye, hareketleri yapmaya «yemin etmek» (andiçmek) ve bir kimseyi yemin ettirmeye «tahlif» denir. ⁸

⁶ Ana Britannica Ansiklopedisi, Ana Yayınları, İstanbul 1994, Cilt: 32, s.165.

⁷ Yemin konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız. AVŞAR B. Zakir, Biat'tan Yemin'e ... Kamusal Sorumluluk Üstlenenlerin ve Temsilcilerinin And İçmesi, Gazi Türkiyat, Bahar 2012 / Sayı 10.

⁸ Türk Hukuk Lügati, Türk Hukuk Kurumu-Başbakanlık İdareyi Geliştirme Başkanlığı Yayını, (4. Baskı), Ankara 1998, s.363-364.

Anayasa hukukunda yasama organı üyeleri ve yürütme organının ant içmek suretiyle yemin edecekleri düzenlenmiştir. Nitekim Cumhurbaşkanı ve milletvekilleri «...namusum ve şerefim üzerine andiçerim» (Anayasa, madde 81 ve 103) diye yemin ederler. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, Türkiye Büyük Millet Meclisi önünde ant içerler (Anayasa, madde 106).

Yasama ve yürütme organı üyelerinin belirtildiği şekilde yemin etme “andiçme” şekli ve içeriği anayasada düzenlenmiştir. Yargı organı olarak sadece Anayasa Mahkemesi üyelerinin yemin edeceklerine ilişkin 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 7. maddesinde kurallar getirilmiş, yemin metni ve yeminin şekli düzenlenmiştir. Bunun dışında gerek hâkim savcıların mesleğe kabul aşamasında göreve başlarken, gerekse yüksek yargıya üye olarak seçimleri yapıldıktan sonra göreve başlama sırasında yargı organı üyelerinin yemin edeceklerine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.⁹

Hukuk muhakeme usulünde: taraflar ve tanıklar «...namusum, şerefim ve kutsal saydığım bütün inanç ve değerlerim üzerine yemin ediyorum.» diye yemin ederler (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, madde 233). Ceza muhakeme usulünde ise tanık ve bilirkişiler, «namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim.» şeklinde yemin ederler (5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, madde 55, 64).

⁹ 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu’nun 101. maddesinde, “Adalet müfettişleri lüzum gördükleri kimseleri yeminle dinler”, 6087 sayılı Hakimler ve Savcılar Kurulu Kanunu’nun 17/(2). maddesinde, “Kurul müfettişleri bu görevlerini yerine getirirken; a) Yapacakları araştırma, inceleme ve soruşturmalarda, lüzum gördükleri kimseleri yeminle dinleyebilir”, 2797 sayılı Yargıtay Kanunu’nun 43. maddesinde, Yüksek Disiplin Kurulunun çalışması sırasında, “Görevlendirilen başkan veya üye gerekli ise konu ile ilgili bilgi ve delilleri toplar, lüzum gördüğü kimseleri yeminle dinler”, 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 70/(1). maddesinde, “Soruşturma yapmakla görevlendirilenler, ilgiliye isnat olunan hal ve hareketi bildirerek savunmasını alırlar, lüzum gördükleri kimseleri yeminle dinler”, 6085 sayılı Sayıştay Kanunu’nun 65/(4).maddesinde, “Soruşturmayı yapmakla görevlendirilenler, ilgiliye isnat olunan hal ve hareketi bildirir; lüzum gördükleri kimseleri yeminle dinler”.

Yemin etme yükümlülüğü toplumsal görevleri yerine getiren, toplumsal sorumluluğu alan makam ve mesleklere yönelik olarak kabul edilmiştir.¹⁰ Kaynağını dinsel geleneklerden, ritüellerden almış olsa da yemin günümüzde etik kurallar ve hukuk metinlerinde de kendisine yer bulmuş; kamusal görev yapanlar, bir nitelikli ve özellikli mesleğe intisap edenler açısından göreve başlarken yerine getirilmesi gereken bir ritüele dönüşmüştür.

Günümüzde yeminin en yaygın biçimi, yetkili bir yasal organ önünde verilen ifadede konuyla ilgili olarak bütün bilinenleri ve yalnızca gerçeği söylemeye söz vermektir. Yeminin sözleri genellikle yasalarla belirlenir.

Yargı mensuplarının yaptığı görevin önemini açıklamaya ihtiyaç bulunmamaktadır. Hukukumuzda hâkim adaylığı süreci tamamlandıktan sonra hâkim savcılık mesleğine başlama aşamasında mesleğe kabul

¹⁰ 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'un 70. maddesinde "seçim sandık kurulu başkan ve üyelerinin yemini", 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 9. maddesinde "avukat yemini", 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 6. maddesinde "devlet memuru yemini", 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 37. maddesinde "asker yemini", 3082 sayılı Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde, Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilebilmesi Usul ve Esasları Hakkında Kanun'un 5. maddesinde "değer tespit ve takdir komisyonu üyelerinin yemini", 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 27. maddesinde "bankaların yönetim kurulu üyeleri ile müdürler kurulu başkan ve üyelerinin yemini", 95. maddesinde "bankacılık düzenleme ve denetleme kurulu üyelerinin yemini" ve 113. maddesinde "tasarruf mevduatı sigorta fonu kurulu üyelerinin yemini", 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 7. maddesinde "enerji piyasası düzenleme kurulu üye yemini", 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53. maddesinde "kamu ihale kurulu üye yemini", 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 26. maddesinde "rekabet kurulu üye yemini", 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 21. maddesinde "sermaye piyasası kurulu üye yemini", 3568 Sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nun 11. maddesinde "yeminli mali müşavir yemini", 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 64/(5). maddesinde "bilirkişi yemini", 169/(1). maddesinde "zabıt katibi yemini", 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 264. maddesinde "tanık yemini", 4681 sayılı Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları Kanunu'nun 5. maddesinde "ceza infaz kurumları ve tutukevleri izleme kurulları üyelerinin yemini".

edilirken yapılacak tören ile Hâkimler ve Savcılar Kurulu önünde tek tek yemin ettirilmesi, yapılan görevin önemi ve kullanılan yetkinin niteliği gereği büyük önem taşımaktadır. Ayrıca Danıştay üyeliğine Cumhurbaşkanınca meslekten olmayanların seçilmesi durumu değerlendirilerek gerek Yargıtay Üyeliği gerekse Danıştay Üyeliği seçimleri yapıldıktan sonra da Anayasa Mahkemesi Üyelerinin yemin töreni benzeri bir törenle, yemin şekli ve metninin de yasal olarak düzenlenmesi uygun ve gerekli bulunmaktadır.

2. HÂKİM ADAYLIĞI MÜLAKAT KURULUNUN YAPISININ DEĞİŞTİRİLMESİ

Yargıya güven öncelikle yargılama yapacak hâkim ve savcılarının mesleğe alınırken toplumun tüm kesimleri tarafından objektif bir belirleme ve nitelikli bir sınav ve değerlendirme yapılarak hâkim ve savcılık mesleğine girişin sağlandığına yönelik inancın varlığını gerektirmektedir.

Hâkim adaylığı için yapılacak belirlemede, tarafsızlığın sağlanması ve gerek ruhsal yönden gerekse sosyal ve ahlaki yönden yeterlik kriterlerinin uygulanması ve adil bir sınav değerlendirmesinin gerçekleştirilmesi önem taşımaktadır.

Hâkim adaylığı için yapılacak yazılı sınava gireceklerin önceden kapsamlı bir sağlık raporu almalarının sağlanması (-bu raporun psikolojik olarak hâkimlik mesleğini yapmaya engel bir kişilik yapısı ve ruhsal durumunun belirlenmesi amacı ön planda olmalıdır-) ve bu aşamayı geçenlerin yapılacak güvenlik araştırmasından sonra merkezi sınava tabi tutulması ve sınav sonucuna göre en yüksek puandan başlanmak suretiyle ilan edilen kadro sayısı kadar adayın sınavı kazandırılması, ayrıca yazılı sınavdan sonra tekrar sözlü (mülakat) sınav yapılmaması olması gerektirir.

Özellikle mülakatın (sözlü sınav) yazılı sınavdan sonra yapılması ve sözlü sınavın yargısal denetiminin de yetersizliği subjektif değerlendirmelere neden olmaktadır.¹¹ 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar

¹¹ Danıştay sözlü sınav değerlendirmesinin yargısal denetiminde, "Adli Yargı Hakim ve Savcı adaylığı yazılı sınavını 76,900 puan alarak mülakat sınavına katılmaya hak

DÜZELTME

*2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 9/A maddesinde, 17/10/2019 tarih ve 7188 sayılı Yasanın 10. maddesi ile yapılan değişiklik sonrasında, 626. sayfada yer alan paragraflar aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Bu madde de 20/2/2019 tarih ve 7165 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle yapılan değişiklik ile Mülakat Kurulu; Adalet Bakanının görevlendireceği bakan yardımcısı başkanlığında, Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürleri'nden oluşan beş kişiden müteşekkil iken 17/10/2019 tarih ve 7188 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle yapılan değişiklik ile Mülakat Kurulu'nun Adalet Bakanının görevlendireceği bakan yardımcısı başkanlığında, Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürleri ile Hâkimler ve Savcılar Kurulu Genel Sekreteri ve Türkiye Adalet Akademisi Danışma Kurulundan seçilen bir kişi olmak üzere toplam yedi üyeden oluşacağı düzenlenmiştir. Ayrıca Türkiye Adalet Akademisi Danışma Kurulunda Yargıtay veya Danıştay mensubunun birden fazla olması hâlinde bu kişiler arasından Danışma Kurulunca yapılacak seçimle Mülakat Kurulu'na Yargıtay veya Danıştay üyesinin seçilmesi imkanı getirilmiştir.

Bu düzenleme ile Mülakat Kurulunun oluşumunda olabildikçe objektif düzenleme yapılarak mesleğin gerektirdiği temsilcilere yer verildiği ileri sürülebilirse de yeterli değildir. Belirtmek gerekir ki mesleğin tüm taraflarını içerecek şekilde, adli yargı hâkimlik sınavı için Adalet Bakanlığı bakan yardımcısı başkanlığında oluşturulacak kurulda Personel Genel Müdürü, bir Yargıtay üyesi ve bir hukuk fakültesi öğretim üyesi, idari yargı hâkimlik sınavı için Danıştay üyesi ile idare hukuku öğretim üyesinin yanı sıra Türkiye Adalet Akademisi Başkanı ve Türkiye Barolar Birliği temsilcisi birer avukatın bulunması uygun olacaktır. Ayrıca Kurulda ruh sağlığı alanında uzman bir hekimin de yer alması değerlendirilmesi gereken bir husustur.

3. HAKİM ADAYLARININ STAJ SÜRESİNİN EŞİTLENMESİ GEREKLİLİĞİ

2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 10. maddesinde; hâkim ve savcı adaylarının adaylık süresinin iki yıl, avukatlık mesleğinden adaylığa alınanlar için bu sürenin bir yıl olduğu düzenlenmiş, adaylığın eğitim ve staj olmak üzere iki dönemden oluştuğu hükmüne yer verilmiştir.

Bazı avukatların meslek hayatı boyunca sadece adli yargıda avukatlık görevini icra ettiği, idari yargıda ve özellikle vergi mahkemelerinde dava takibinde bulunmadıkları, kurum avukatlarının ise sadece kendi görev yaptıkları kurumun iş deneyimine sahip oldukları bilinen bir gerçektir. Yine yargılama sürecinde sadece savunma yapmak veya davada taraf vekili sıfatı ile temsil edilmek, hâkimlik nosyonunun gelişmesine ve hâkimlik mesleğinin gerektirdiği bilgi ve deneyimin elde edilmesine yeterli olmamaktadır. Çünkü hâkimlik mesleği; bilgi, birikim, araştırma, dosya inceleme ve karar verme yeteneğinin geliştirilmesini zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla staj döneminin yeterli sürede etkin ve verimli bir şekilde tamamlanması bu nedenle önemlidir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 15. maddesine göre avukatlık stajı bir yıl olup bu sürenin ilk altı ayı mahkemelerde, kalan altı ayı da bir avukat yanında yapılması gerekmektedir. Yine Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Staj Yönetmeliği'nin 12. maddesi uyarınca stajın Cumhuriyet Savcılıklarında bir ay, Ağır Ceza Mahkemesinde bir ay, Asliye Ceza Mahkemesinde onbeş gün, Sulh Ceza Mahkemesinde onbeş gün, Sulh Hukuk Mahkemesinde onbeş gün, Asliye Hukuk Mahkemesinde (ticaret, iş, tapulama dahil) bir buçuk ay, İcra Tetkik ve İcra Dairesinde bir ay olarak yapılacağı düzenlenmiş, staj yapılan Baro bölgesinde idari yargı mahkemeleri varsa; stajın Cumhuriyet Savcılıkları ile idari yargı merciinde onbeşer gün olarak yapılacağı kurala bağlanmıştır.

Buna göre eğer staj bölgesinde idari yargı mercii varsa sadece onbeş gün, yoksa hiç idari yargı stajı yapılmadan avukat olunabilmektedir. Kaldı ki adli yargı merciilerinde yapılan stajın ne denli etkin ve verimli yapıldığı tartışmalı olmakla birlikte, avukat yanında tamamlanan altı aylık stajın hakimlik mesleğine atanmada yeterli deneyime katkı vermediği, yaşanan deneyimden bilinmektedir.

Hâkimlik mesleğinin farklı mesleki nitelikler ile eğitim ve uygulama deneyimi gerektirdiği kuşkusuzdur. Hukuk mantığını kavramış, yorum tekniklerini kullanabilen, hukukun evrensel ilkelerini takip eden birikimli yargıçların yetişmesi önem arz etmektedir. Mecelle’de de belirtildiği gibi bilgün, akıllı, doğru, kendine güvenilen, vakar sahibi ve sağlam olmak şeklindeki hâkim vasıflarının kazanılması ve bu suretle yargıya güven duygusunun gelişmesine de katkı sağlaması bakımından, avukatlık mesleğinden gerek adli, gerekse idari yargı hâkim adaylığına atananların staj süresinin de adli ve idari yargı hâkim adayları ile aynı koşullara tabi tutulmasının gerekliliği, halı hazırda yaşanan deneyimler dikkate alındığında zorunluluktur.

2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nun 10. maddesinde adli ve idari yargı hâkim adaylarının ve avukatlık mesleğinden adli ve idari yargı hâkim adaylığına atananların meslek öncesi eğitimi ve staj dönemi ile staj mahkemeleri süresinin iki yıl olarak eşitlenmesi yönünde kanun değişikliği yapılmasının, yargı mensuplarının niteliklerinin geliştirilmesi bakımından acil bir ihtiyaç olduğu açıktır.

4. MESLEK MENSUPLARININ EĞİTİM VE BİLGİ DÜZEYİNİN YÜKSELTİLMESİ

Gerek hâkimler ve savcılar gerekse avukatların; hem idari yargı hem de adli yargıda görev yapan meslek mensuplarının, eğitim ve bilgi düzeylerinin yükseltilmesi ve meslek içinde sürekli öğrenme kapasitelerinin geliştirilmesine yönelik önlemler alınması ve adalet hizmetinin kalitesinin yükseltilmesi gerekmektedir.

Yine unvanlı görevlere yapılacak atamalarda ehliyet ve liyakate önem verilmesi, yargı yönetiminin öncelikle kendi iç işleyişinde hukuka güven sağlayacak objektif kurallara uygun karar almasının sağlanması önem taşımaktadır.

4.1. Meslek İçerisinde İlerlemenin Objektif Kurallara Bağlanması

Meslek içerisinde ilerlemenin liyakat ve ehliyet esas alınarak yapılmasını sağlamak yargıya güvenin gerçekleştirilmesinde büyük önem taşımaktadır. Yargıya güvenin sağlanmasında, öncelikle yargı mensuplarının adaletli bir sistem içinde terfi ve unvanlı görevlere

atamalarının yapılması, sübjektif nedenlerin atamalarda ve seçimlerde ölçü olarak alınmaması gerekmektedir.

Bunun için geçmiş deneyimden yararlanmak yeterli bulunmaktadır. Nitekim 30 Haziran 1973 tarih ve 14580 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 1740 sayılı Kanun ile 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 119. maddesinde değişiklik yapılmış; "...6'ncı ve 2'nci derecelere atanabilmek için ayrıca Danıştay Başkanlığı tarafından yapılacak yükselme sınavını kazanmış olmak şarttır. Bu sınavlara ilişkin esaslar, özelliklerine göre, Danıştay Sınav Yönetmeliğinde gösterilir." şeklinde düzenleme getirilmiştir.

6 Kasım 1973 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan Danıştay Sınav Yönetmeliğinin altıncı dereceye yükselme sınavına ilişkin hükümlerine göre (m. 22-30), "yükselme sınavı, yazılı olarak yeterlilik sınav konularından yapılır". İkinci dereceye yükselme sınavı ise, (m. 31-36) "İlgiliye bir etüd hazırlattırılması suretiyle yapılır" şeklinde ayrı bir düzenleme yapılmıştır.

Etütlerin değerlendirilmesinde ise Etüdün; Kurul üyelerince ayrı ayrı okunacağı, ilgilinin sözlü açıklamalarının dinlenileceği ve etüt üzerinde kendisiyle gerekli görüşmenin yapılacağı da belirtilmiştir.

Buna göre, tetkik hâkimi olarak yazılı ve mülakat sınavlarını geçerek mesleğe başladıktan sonra önce altıncı dereceye yükselme sınavı yazılı olarak, sonra ikinci dereceye yükselme sınavı olarak da tez hazırlama şeklinde iki aşamalı sınav uygulanmak suretiyle sürekli eğitim ve öğrenme ile bilgi düzeyinin sürekli arttırılması amaçlanmaktadır.

Bu durum dikkate alınarak, geçmiş uygulama örneğinden hareketle; adli yargı ve idarî yargı bakımından mesleğe kabulü yapılan hâkim ve savcıların belli süre görev yaptıktan sonra;

a) Örneğin 6'ncı dereceye yükselmeleri için mevcut yükselme koşullarından bağımsız olarak ayrıca yükselme sınavı yapılması, bu sınavın merkezi nitelikte önceden belirlenmiş tarihte yazılı olarak gerçekleştirilmesi uygun olacaktır.

b) Devamında belli kıdemden sonra, mesela 1'nci sınıfa ayrılma aşaması öncesinde birinci sınıfa ayrılma kriteri olarak bu sefer tez

hazırlattırılması, bu tezin de ilgisine göre Yargıtay veya Danıştay Daire Başkanı veya üyesinin başkanlığında, ilgilinin görev yaptığı bölge üniversitelerindeki akademisyenlerden katkı alınmak suretiyle yapılması uygun olacaktır.

4. 2. Unvanlı Görevlere Atamada Yapılacak Yazılı Sınavdan Belli Puan Alma Koşulu Getirilmesi

Unvanlı görevlere atamada esas alınmak üzere mesela 4'ncü dereceye atanma öncesinde merkezi bir yazılı sınav yapılması yararlı olacaktır.

Bu sınav sonucunda;

a) Yargıtay ve Danıştay Üyeliğine seçilmek için 80 puan,

b) Bölge Adliye ve Bölge İdare Mahkemesi başkanlığına ve Daire başkanlıklarına atanmak için 75 puan,

c) Komisyon başkanı, Mahkeme başkanı, Cumhuriyet Başsavcısı olarak atanmak için 70 puan almış olmak şartı getirilmesi amaca uygun olacaktır.

4. 3. İdari Yargıda Görev Yapan Hâkimlere Hukuk Fakültesine Sınavsız Kayıt Yaptırma İmkânı Getirilmesi

İdari yargıda hukuk fakültesi mezunu olmayan hâkimlerin 5 yıl meslekte görev yaptıktan sonra meslek içinde sürekli eğitimi teşvik etmek amacıyla ikinci bir fakülte okumasını sağlamak önem taşımaktadır. Hukuk fakültesi mezunu olmak aynı zamanda iki fakülte mezunu olmayı gerçekleştiren idari yargıda görev yapan hâkimler bakımından; hâkim kalitesinin yükseltilmesi, yargıya güven duygusunun pekiştirilmesi ve kararların niteliğinin arttırılması gibi pek çok bakımdan kamu yararının sağlanmasına hizmet edecektir.

4. 4. Avukatlık Yeterlilik Sınavı Getirilmesi

Eğitim kalitesi tartışmalı bulunan ve yeterli öğretim üyesinden yoksun hukuk fakültelerinden mezun olabilenlerin, nitelikli hiçbir sınava tabi tutulmaksızın avukat olarak göreve başlamaları yargıya güveni zedelemekte, yargılama faaliyetine güveni temelden sarsmaktadır.

DÜZELTME

*17/10/2019 tarih ve 7188 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında, 631. sayfada yer alan son paragraftan sonra gelmek üzere aşığıdaki paragraflar eklenmiştir.

Belirtmek gerekir ki 17/10/2019 tarih ve 7188 sayılı Kanun ile Hukuk Mesleklerine Giriş Sınavı ve İdari Yargı Ön Sınavı hakkında düzenleme yapılmış, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, 1512 sayılı Noterlik Kanunu, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ve 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda değişiklik yapılmıştır.

Hakimlik, savcılık, avukatlık ve noterlik hukuk mesleği olarak tanımlanarak, bu mesleklere giriş için sınav koşulu getirilmiş olması önemli bir ihtiyacı karşılayacak ciddi bir gelişme olmuştur. Ancak 24 Ekim 2019 tarihinde yürürlüğe giren 17/10/2019 tarih ve 7188 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile Hukuk Mesleklerine Giriş Sınavı ve İdari Yargı Ön Sınavının yükseköğretim kurumlarına bu maddenin yürürlüğe girdiği (24 Ekim 2019) tarihten sonra kayıt yaptıranlar hakkında uygulanacağına ilişkin kural getirilmiş olması, en erken beş yıl (2020 Eylül ayından itibaren dört yıl sonra) bu sınav koşulunun uygulanmaması anlamına geleceği için beklenen faydayı sağlamayacağı açıktır.

5. YARGININ KARAR VERİRKEN KENDİ KENDİNİ DENETLEMESİNİN SAĞLANMASI

Hukuka güven, bir uyumsuzluğun mahkemelerce nihai biçimde karara bağlanmasının ardından, oluşan kesin hükme saygı gösterilmesini gerektirmektedir.¹³ Bu ilke uyarınca ayrıca, yargı kararlarında belirli bir istikrarın ve tutarlılığın sağlanması beklenir.¹⁴

Hukuka güvenin gereği olan yargısal kararlardaki tutarlılığın sağlanması, hukukî durumlarda istikrarı temin etmekte ve kamuoyunun mahkemelere yönelik güvenine katkıda bulunmaktadır. Bunun aksine olarak, birbiriyle uyumsuz mahkeme kararlarının sürüp gitmesi ise yargı sistemine güveni azaltıcı bir etki yapmakta ve hukuki belirsizlik hali oluşturmaktadır. Öte yandan hukuki güvenlik ilkesi, kişilere içtihadın değişmezliği şeklinde bir hak da bahsetmemektedir. İchtihadında değişikliğe gitme, mahkemelerin sahip oldukları takdir hakkı içerisinde kalır ve bu değişiklik esasen önceki çözüm yönteminin mahkemece tatminkâr bulunmadığının bir işaretidir.

Kararlar arasındaki farklılığın, davaların içeriğinden kaynaklanmadığı durumlarda, yani gerçek anlamıyla aynı olay ve hukuksal sorunlar bakımından birbirinden farklılaşan kararlar verilmiş olması, yargıya güven duygusunun azalmasına işaret etmektedir.

5. 1. Usuli Kazanılmış Hak İlkesinin Etkili Olarak Uygulanması

Usuli kazanılmış hak ilkesi, Türk hukuk uygulaması tarafından, güncel hukukun boşluğunu doldurmak üzere, Yüksek Mahkemelerin hukuk yaratma faaliyeti sonucu ortaya çıkmıştır.¹⁵ Usuli kazanılmış hak, bir davada mahkemenin veya tarafların yaptığı bir usuli işlem ile taraflardan biri lehine ve diğeri aleyhine doğan ve kendisine uyulması zorunlu olan hak demektir.¹⁶

¹³ AİHM, Brumărescu/Romanya [BD], B. No: 28342/95, 28.10.1999, § 61.

¹⁴ Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye [BD], B. No: 13279/05, 20.10.2011, § 57.

¹⁵ ÖZKAN Gürsel, Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Hukukunda Usuli Kazanılmış Hak İlkesi, Sakarya Hukuk Dergisi, Cilt:2, Sayı:1, Temmuz 2014, s.11.

¹⁶ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, E.1957/13, K.1959/5, K.T. 4.2.1959.

Yargıda, usuli kazanılmış hak ilkesinin uygulanması ile hukuk güvenliği sağlanması, geçmişe yürümezlik ilkesi, hukuki istikrar, yargıya güveni sağlamak, haklı beklentilerin gerçekleşmesinin sağlanması, belirlilik, öngörülebilirlik, kamu düzeninin korunması, usul ekonomisi sağlanması, makul sürede yargılanma hakkına imkan vermesi, yargılamanın kesin hükme ulaşma gayesine hizmet etmesi ve yargının kendi kendinin denetimini sağlaması gibi önemli sonuçlara ulaşılmasını gerçekleştirecektir. Aslında usuli kazanılmış hak ilkesi, yargılamada istikrarın sağlanması ve yargı kararlarına güvenin sarsılmasını önlemek amacıyla doğmuştur.¹⁷

Yargı kararının, hukuka uygun olmaması, maddi gerçekleri yansıtmaması halinde toplumsal barışın sağlanmasının zorlaşacağı açıktır. Böyle bir durumda, mahkemelere güven azalacak, önemli usule aykırılık hallerinde, taraf ve toplumun yararlarının zedelenmesi kaçınılmaz olacaktır.¹⁸

Yargıya olan güvenin derecesinin yükseltilmesinde kamu yararı bulunduğu kuşkusuzdur. Kamu yararı ise, ilk derece mahkemelerinin denetiminde, devletin yargılama organlarına olan genel güvenin sürdürülmesinde, hukuk uygulanmasında birliğin korunmasında yatmaktadır.

Kanun önünde eşitlik ilkesini zedelemekten ve adalet duygusunun incitilmesinden ve yargıya olan güvenin sarsılmasından kaçınmak için en uygun yol olarak üst mahkemeler kurulmuştur.

Yargıtay ve Danıştayın işlevi de, hukuka uygun kararların verilmesinin sağlanması olmak zorundadır. Hukuka uygun karar verme amacı, Yargıtay ve Danıştaydaki temyiz incelemesinde de geçerli bulunmaktadır. Temyiz incelemesi sonucunda verdiği kararların da hukuka uygun olması gerekir. Temyizin esas amacı, hukuk uygulamasında birliğin sağlanması ve hukukun geliştirilmesi olarak kabul edilse bile, hukuka uygun olmadığı düşünülen kararların temyiz edilmesi

¹⁷ Danıştay VDDK, E. 2011/236, K.2011/582, K.T.12.10.2011; Danıştay VDDK, E. 2010/314, K.2010/476, K.T. 5.11.2010 (Karşı Oy).

¹⁸ AKCAN Recep, Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri, Nobel Yayın Dağıtım Ltd. Şti., Ankara 1999, s.232.

durumunda; artık temyizın amacı, bireyin hak ve özgürlüğünü korurken kamu yararını da gerçekleştirmektir.

Mahkemelerin, temyiz istemlerinin bozma kararına uymak suretiyle verdikleri kararların, bu defa karşı tarafın temyizi üzerine üst mahkemelerce yeniden bozulması, usul hukuku ilkelerine tamamen aykırıdır. Alt derece mahkemelerinin bozma kararına aynı gerekçe ile uymak suretiyle taraflardan biri lehine karar verilmiş olması halinde 'usuli kazanılmış hak' meydana gelmiş olur. Bu kararın yeniden aynı veya farklı sebeplerle bozulması, kazanılmış hak, istikrar ve mahkeme kararlarına duyulan güven ilkesine aykırılık oluşturur.

Mahkeme kararlarının doğru, maddi gerçeği yansıtıcı nitelikte olması gerekir. Bunun gerçekleştirilebilmesi için, Yüksek mahkemelerin gerekli özeni göstermesi gerekmektedir. Aksi halde, mahkemelere (hâkimlere) saygınlığın azalması, yargı kararlarına olan güvenin sarsılması önlenemez. Unutulmaması gerekir ki toplumda, adalet duygusunun zedelenmesi durumunda, hukuksal barışın korunması zorlaşacaktır.

Yargılamaya çeşitli biçimler (yöntemler, usuller) egemendir, yargılamanın hiçbir biçime bağlı olmaması düşünülemez. Yargılamanın herhangi bir yöntem, biçime bağlı olmaksızın yapılması (günümüzde yeterince erdemli hale gelmemiş olması) keyfiliğe yol açacaktır. Biçimle ilgili kurallar, davanın tarafları için güvence olduğu gibi, taraflar ve davayı karara bağlayacak olanlar için izlenmesi gereken yolu da göstermektedir.

Yargılamanın herhangi bir biçime bağlı olmaksızın yapılmasının, keyfiliğe yol açacağı kuşkusuzdur. Biçimselliğin koruyucu niteliği gereği, taraflar hâkimin keyfiliğinden de korunacaklardır.

Usuli kazanılmış hak ilkesi, temyiz incelemesi yapılırken bozma kararı verilmesi değerlendirmesi sırasında özel bir hassasiyet gösterilmesini zorunlu kılacaktır. Çünkü verilen bozma kararına mahkemece uyulmasından sonra, karara karşı temyiz isteminde bulunulması üzerine artık temyiz mercii; re'sen araştırma ilkesi uyarınca kendiliğinden dikkate almak zorunda olduğu görev, yetki, ehliyet gibi kamu düzenine ilişkin hususlar ve içtihat değişikliği, Anayasa

Mahkemesince verilmiş iptal kararı, yeni yasa çıkması gibi yeni hukuki durumlar dışında bozma kararı veremeyeceğini bilecek ve böylece keyfi karar veremeyecektir.

Bu durum, Yüksek mahkemelerin kendi kendinin denetlenmesi sonucunu doğuracak ve dolayısıyla istikrarlı kararlar verilmesi yoluyla yargıya güven duygusunun artmasına katkı sunacaktır.

Devlet faaliyetlerinin tüm erkler bakımından yasama, yürütme ve yargı organlarını kapsadığı dikkate alındığında, yasama ve yürütme erkleri için kabul edilen geçmişe yürümezlik kuralı, hukuk güvenliğinin sağlanması ve korunması bakımından; Yargıtay veya Danıştayın verdiği bozma kararlarına uyularak verilen kararlar nedeniyle bozma kararına uygunluk yönünden denetim yapmak suretiyle sınırlandırılmış olması keyfiliği önleyecek, hukuk devleti olmanın gereklerine yargının da uyması sonucunu doğuracaktır.

Usuli kazanılmış hak ilkesinin uygulanmamasına örnek oluşturmaları bakımından dikkat çekici olan bir dava hakkında bilgi vermek yararlı olacaktır. Ankara 3. İdare Mahkemesi'nin 26/07/2011 günlü, E:2011/359, K:2011/956 sayılı kararıyla; dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, temyiz incelemesi sonucunda Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 20/09/2012 günlü, E:2012/355, K:2012/6486 sayılı kararıyla bozma kararı verilmiş, İdare Mahkemesince bozma kararına uyulmayarak, dava konusu işlemin iptali yolundaki ilk kararda ısrar edilmiştir.

İsrar kararının davalı idarece temyizi üzerine, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 30/10/2014 günlü, E:2013/1495, K:2014/3206 sayılı kararıyla işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle, ısrar kararının bozulmasına karar verilmiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun bozma kararı üzerine, Ankara 3. İdare Mahkemesi, bozma kararına uymuş ve 26/06/2015 günlü, E:2015/1664, K:2015/1061 sayılı kararıyla davanın reddine karar vermiştir.

Ankara 3. İdare Mahkemesi'nin 26/06/2015 günlü, E:2015/1664, K:2015/1061 sayılı "bozmaya uyma-ret" kararının bu defa davacı tarafından temyizi üzerine, Danıştay Sekizinci Dairesince, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun bozma kararı çerçevesinde bir değerlendirme

yapılarak, bozma kararına uyulup uyulmadığı yönünden incelenmek suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, bozma kararında belirtilen hususlar dışında işin esası hakkında yeniden değerlendirme yapılmış ve 11/04/2016 günlü, E:2015/12559, K:2016/3554 sayılı kararıyla, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun esasa ilişkin bozma kararına uyulmak suretiyle verilen kararın yeniden bozulmasına karar verilmiştir. Bunun üzerine Ankara 3. İdare Mahkemesi; 30/01/2017 günlü, E:2017/237, K:2017/682 sayılı kararıyla, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun bozma kararına uyulmak suretiyle verilen davanın reddine ilişkin 26/06/2015 günlü, E:2015/1664, K:2015/1061 sayılı kararında ısrar etmiştir.

Bu kararın davacı tarafından temyiz edilmesi üzerine, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, *“bozma üzerine yeniden verilen kararlara karşı yapılan temyiz başvurularının bozma esaslarına uyulup uyulmadığı yönünden incelenmesi gerektiği Danıştayın yerleşik içtihatlarındanır. Dolayısıyla, ısrar kararını temyizen inceleyen Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun vermiş olduğu bozma kararına uymak zorunda olan ilk derece mahkemesince yeniden verilen kararın temyiz edilmesi durumunda, Dairesince yapılacak temyiz incelemesinin, yalnızca bozma kararına uygunluk yönünden ve bu hususla sınırlı olarak yapılması gerekmektedir. Aksi düşüncenin kabulü, bozma kararının verildiği sırada yapılan temyiz incelemesini işlevsiz hale getireceği gibi, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda tanınmayan bir yetkinin kullanımı ile yargılama sürecinin belirsiz bir şekilde uzamasına, yargılamanın sonuçlanmasının engellenmesine ve tarafların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılama hakkının özellikle öngörülebilirlik ilkesi yönünden ihlaline yol açacak, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğu yolundaki Anayasa'nın 141. maddesi hükmüne aykırılık oluşturacak ve usuli güvenceler yönünden hukuki güvenlik ilkesini zedeleyen sonuçlara neden olacaktır.”¹⁹* şeklinde gerekçeye yer vermek suretiyle davanın reddine ilişkin temyize konu kararı usul ve hukuka uygun bulmuştur.

¹⁹ Danıştay İDDK, E. 2017/1782, K. 2018/499, K.T. 19.2.2018.

3377 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 18/6/2014 tarih ve 3343 sayılı Kanunla 23 maddesi ile değişik 50 maddesinin 4. fıkrasında, "Danıştayın bozma kararına uyulduğu takdirde, bu kararın temyiz incelemesi bozma kararına uygunlukla sınırlı olarak yapılır." şeklindeki kural dikkate alındığında, Danıştay uygulamaları ile ortaya çıkan olumsuz durumun Yasama organınca giderilmeye çalışıldığı, artık usulî karamanlık hak dâresinin Danıştay tarafından ihmal edilemeyeceği söylenebilir.

İdari yargıda usulî kazanılmış hak, Danıştayın da bozma kararına uyan mahkemece verilen uyma kararını temyizen incelerken, bozma kararındaki gerekçelere uygun karar verilip verilmediğini denetlemekle sınırlı inceleme yapmasını gerektirmektedir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bozmaya uyma veya dâretme başlıklı 373/(6). maddesinde, "Davanın esasın reddi veya kabulünü içeren bozmaya uyularak tesis olunan kararın önceki bozmayı ortadan kaldıracak şekilde yeniden bozulması üzerine alt mahkemece verilen kararın temyiz incelemesi, her hâlde Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca yapılır" şeklinde hükme²⁰ yer verilmiştir.

Usulî kazanılmış hak bakımından Danıştay ile Yargıtay arasında farklılık yaratılmasının nedeni olarak, idari yargının hukuka uygunluk denetimi sonucunda verdiği iptal kararının objektif sonuçları ve iptal kararlarının niteliği gereği böyle bir ayrımın yapıldığı değerlendirilebilir. İse de, adli yargı bakımından da, Yargıtay Kanunu'na İdari Yargılama Usulü Kanunundaki hükme paralel bir düzenleme yapılması uygun olacaktır.

Temyiz incelemesi sonucunda bir mahkeme kararının işin esasına ilişkin olarak bozulması halinde mahkemenin, bozma kararına uymak veya ilk kararında ısrar etmek olanağı bulunmaktadır. Mahkemenin ilk kararında ısrar etmeyerek, bozma kararına uymak suretiyle verdiği kararın temyizi halinde, temyiz mercii, bu kez bozma kararına uygun karar verilip verilmediğini incelemek durumundadır.

²⁰ 17/4/2013 tarih ve 6460 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile eklenmiştir. 30 Nisan 2013 tarih ve 28633 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

Temyiz incelemesi sırasında temyiz merciinin, aynı yasal mevzuatla farklı bir sonuca ulaşması, ilk bozma ve buna uyularak verilmiş olan yargı kararının aynı mevzuat karşısında yeniden değerlendirilmesi, taraflar ve uygulama açısından istikrar ve kazanılmış haklar yönünden, hukuka aykırı sonuçlar yaratabilmektedir.

Temyiz merciinin; re'sen araştırma ilkesi uyarınca kendiliğinden dikkate almak zorunda olduğu görev, yetki, ehliyet gibi kamu düzenine ilişkin hususlar ve içtihat değişikliği, Anayasa Mahkemesince verilmiş iptal kararı, yeni yasa çıkması gibi yeni hukuki durumların dışında bozma kararı veremeyeceğini özellikle vurgulamak gerekir.

Belirtildiği gibi yargısal işlemlerin devamlılığı, toplumda hukuk güvenliğinin sarsılmaması ve yargılama organlarına güvenin azalmaması için önem taşımaktadır.

5. 2. Yargı Kararlarının Emsal Alınmasının Sağlanması

Adalet Bakanlığınca hazırlanarak²¹ 19/11/2003 tarih ve 3884 sayılı olarak Başbakanlığa sunulan ancak bakanlıkların görüşüne sunulmak üzere iade edildikten sonra tekrar 13/6/2006 tarih ve 1152 sayılı olarak Başbakanlığa sunulan Genel İdari Usul Kanunu Tasarısının 53. maddesi emsal yargı kararları başlığını taşımaktadır.

Tasarı maddesinde; *“İdare, işlemlerinde ve diğer faaliyetlerinde, benzer nitelikte ve istikrar kazanmış emsal yargı kararlarını ve gerekçelerini dikkate alır”* şeklinde düzenleme önerilmiştir. Bu maddenin gerekçesinde ise, istikrar kazanmanın niteliği belirtilmiş, *“aynı konu ve nitelikte kesinleşmiş en az iki yargı kararının bulunması”* olarak anlaşılması gerektiği şeklinde açıklama yapılmıştır.

Türk hukuk tarihinde fetva sistemi olarak bilinen bir uygulama bulunmaktadır. Öncelikle konulmak istenen kurala yönelik olarak bir hukuki sorun oluşturulmakta ve bu sorunun erkek olan süjelerine Zeyt, Amr, Bekir, kadın olanlarına da Hint, Zeynep gibi isimler verilmektedir. Sorunun altına yazılan (el cevap) kelimesinden sonra sorunun cevabı verilerek istenilen kural konulmuş olmaktadır.

²¹ Bu Tasarı, üyesi ve Alt Komisyon Başkanı olarak görev yaptığım Komisyonca hazırlanmıştır.

Bu yöntemle uyuşmazlığın/sorunun çözümüne ilişkin olarak uygulanmak üzere konulan kural, aynı nitelikli hukuksal sorunlarda esas alınmakta ve sorunun çözümü olarak uygulanmaktadır.

Genellikle özel hukuk alanında geliştirilen bu yöntem, Osmanlı devletinde etkili biçimde uygulanmıştır. Eğer yeni ve farklı bir hukukî sorun doğmuşsa bu sorun için yeni bir çözüm niteliğinde yeni kural koyan fetva verilmiştir. Buna ‘sorun hukuku’ denilmektedir. Aslında sorun hukuku uygulaması bugünkü İngiliz hukuk uygulamasına dış görünüş bakımından benzemektedir. İngiliz hukukunun en önemli kısmı örf ve âdete, daha doğrusu mahkeme teamüllerine dayanmasıdır. Bu teamüller mahkeme kararıyla oluşmuştur.²² Osmanlı devletinde Tanzimat’tan önce geçerli olan hukuk, (kanun hukuku) olmaktan daha ziyade (sorun hukuku) niteliği taşımaktadır.

Osmanlı hukuku ile İngiliz hukuku arasında iç bünye bakımından en küçük bir münasebet olmadığı halde hukukun dış görünüşü bakımından mevcut olan bu benzerlik dikkat çekicidir. Bugünkü ‘kanun hukuku’ olarak ifade edilen hukuk uygulaması bilindiği gibi Kara Avrupası hukuk sisteminden alınmıştır.

Genel İdari Usul Kanunu Tasarısından hareketle hukuka güvenin sağlanmasında emsal karar uygulaması gerçekten büyük bir ihtiyacı karşılayacaktır. Ancak sadece idareye yönelik olarak emsal karar uygulaması amaca ulaşmada yeterli olmayacaktır. Yargı organına yönelik olarak emsal karar uygulaması büyük önem taşımaktadır.

Belirtildiği gibi günümüzde hâkimler, kararını verirken baktıkları uyuşmazlıkta esas olacak temyiz mahkemesince daha önce verilmiş bir karara uymak zorunda değildir. Sorun hukuku veya kanun hukuku, ayırımından bağımsız olarak, mevcut hukuk sorunlarının çözümünde

²² İngiltere’de mahkeme kararlarında emsal karar sistemi geçerli bulunmaktadır. Yani her mahkeme kendinden yüksek derecedeki hatta bazen kendi derecesindeki bir mahkemeden verilmiş bir kararda yer verilen gerekçeye ve ilkeye uymakla zorunlu bulunmaktadır. İngiliz hukukunda birçok durumda uygulanan objektif ve genel bir kural değil, eski bir sorun hakkındaki mahkeme kararının ihtiva ettiği prensiptir. Bu «sorun hukuku» yahut «mahkeme hukuku» anlamına gelmektedir.

emsal karar uygulama zorunluluğu getirilmesi önemli bir ihtiyaç karşılayacaktır.

Mevcut hukuk sistemimize göre, bir mahkemenin kararı kendisini ve bir üst mahkemenin kararı, alt mahkemeyi bağlamamaktadır. Belli bir konuda belli bir karar veren mahkeme, benzer bir konuda somut olay aynı olmasına rağmen tamamen başka bir karar verebilmektedir. Benzer şekilde bir alt mahkeme belli bir uyuşmazlıkta üst mahkemenin aynı konuda belli bir biçimde verdiği kararı uygulamayabilmektedir.

Emsal karar uygulamasında, mahkeme karar verirken benzer olaylarda verilmiş bulunan kararların dikkate alınması zorunluluğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Üst mahkemelerin kararlarının bütün alt mahkemeler tarafından izlenmesi ve uyulması zorunlu olacak şekilde uygulanması önem taşımaktadır.

6. YARGIYA GÜVEN DUYULMASI İÇİN ÖNCE İDAREYE GÜVEN SAĞLANMASI GEREKLİLİĞİ

İdareye güven, kamu yetkisi kullanan idare makamlarının muhatabı bireylere güven vermesinden geçmektedir. Halkın devlete olan güvensizliği genel olarak, devletin kurumları ve personeliyle halkın beklentilerini karşılamaktan uzak, bürokratik çıkar, kişisel, ailevi veya parti çıkarlarının peşinde koşan tavır ve uygulamalar sergilemelerinden kaynaklanır. Demokratik kural ve değerlerin işlenmediği, yolsuzluk geleneğinin artarak devam ettiği sistemlerde toplumun çıkarları dikkate alınmamakta, politik ve bürokratik çıkarlar kendisine yakın kesimleri üretmekte ve zamanı geldiğinde onları da sistemin menfaatleri uğrunda harcamaktan çekinmemektedir.

Bu durum, kamu yararı ve kamu hizmeti anlayışını zedelemekle kalmamakta, yazılı hukuk kurallarının siyasi otoriteden bağıttırma mahkemelerce, sosyal, ekonomik ve siyasal statülere bakılmaksızın her vatandaşa eşit bir şekilde uygulanmasının sağlanması, idareye güvenin sağlanmasında önem taşımaktadır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 23 Eylül 1977 tarihli ve (77) 31 sayılı "Bireyin İdari İşlemler Karşısında Korunması" bağlığını taşıyan kararı, bu bakımdan önemlidir. Bakanlar Komitesi bu kararla dirilenilme

hakkı, belgelere erişim hakkı, idari usulde temsil ve danışmanlık hakkı, idari işlemde gerekçe yükümlülüğü ve hukuki başvuru yollarının gösterilmesi şeklindeki beş ilke tespit ederek, üye devletlerin milli idari usul hukukları açısından bunların dikkate alınmasını talep etmiştir.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 41. maddesinde, 'iyi yönetim isteme hakkı' düzenlemiştir.

Avrupa Birliği Anayasası olarak da Temel Haklar Şartı, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (77) 31 sayılı Tavsiye Kararı'nda belirtilen idari usul ilkelerini, Birliğin temel ilkeleri haline getirmiş ve bu ilkeleri idare için 'iyi yönetim yükümlülüğü', bireyler içinse 'iyi yönetim hakkı' olarak düzenlemiştir. İyi yönetim hakkı, yönetim karşısında bireyin daha iyi korunmasına ve onun hukuksal güvenliğine, bireyin yönetime güvenmesine, bu suretle temel haklarının korunmasına ve ayrıca yönetimin meşruluğunun güçlenmesine, sadece sıkı sıkıya kanuna bağlı değil, aynı zamanda hukuka uygun bir yönetim anlayışının yerleşmesine de hizmet etmektedir.

Bu anlamda belirtilmelidir ki; idareye güven iyi yönetim hakkının yasal olarak kabul edilmesini gerektirmektedir.

Kötü yönetim örneklerinin, idarenin hareketsizliğinden kaynaklansın veya kaynaklanmasın, karar almadaki gecikmelerin veya yasal yükümlülüklerin ihlalinin, yargısal yolları da içerebilecek uygun yöntemlerle yaptırıma tabi tutulması gerekmektedir. İyi yönetimin, yasaların konuya uygun, tutarlı, açık, kolay anlaşılabilir ve ulaşılabilir olma nitelikleri geliştirilerek sağlanması gerektiği açıktır.

İyi yönetim, devletin faaliyetlerinden doğrudan etkilenenlerin, özellikle zayıf ve hassas olanların hak ve çıkarları ile toplumun çıkarları arasında uygun bir denge kurulmasını gerektirmekte, bu dengenin devletle ilişkilerinde bireylerin çıkarlarını korumayı hedefleyen yöntemlerin kimi durumlarda diğer kişilerin veya daha geniş kesimlerin çıkarlarını da koruyacağı tartışmasızdır.

İyi yönetimin, sadece yasal düzenlemelerle ilgili olmadığı; örgütlenme ve yönetme kalitesine bağlı olduğu; etkililik, verimlilik ve toplumun ihtiyaçlarına duyarlılık gereklerini karşılamak zorunda

bulunduğu; kamu mallarını ve diğer kamu çıkarlarını takip etmeyi, gözetmeyi ve korumayı gerektirdiği; bütçe gereklerine uymak zorunda olduğu ve her türlü yozlaşmayı önlemesi gerektiği de açıktır.

6. 1. Genel İdari Usulün Düzenlenmesi²³

23.10.1996 gün ve 710-530 sayılı Başbakanlık Müsteşarlığının 'Olur'u ile görevlendirilmem üzerine oluşturulan "İdari Usul Yasasında Düzenlenecek Hususlar" konulu Proje Komisyonunca hazırlanarak 31.03.1998 tarihinde "İdari Usul Kanunu Ön Taslağı" adı altında Başbakanlığa sunulmuş, ancak ayrıca yapılan çalışmalar ile "İdari Usul ve Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Taslağı" olarak 15.02.1999 tarihinde tamamlanarak tekrar Başbakanlığa sunulmuştur.

Taslak üzerinde yapılan çalışmalar sonucunda "Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı" Adalet Bakanlığınca 19.11.2003 tarihli ve 3884 sayılı olarak Başbakanlığa sunulmuş, Başbakanlıkça yeniden alınması istenilen bakanlık görüşlerinin değerlendirilmesinden sonra ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu dikkate alınarak son şekli verilen ve 58 maddeden oluşan yeni "Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı" metni gerekçeleriyle birlikte 13.06.2006 tarih ve 1152 sayılı olarak tekrar Başbakanlığa sunulmuştur.

Genel İdari Usul Kanunu Tasarısının yasalaşması Türk idari yargısı ve yönetim hukuku bakımından vazgeçilmez öneme sahiptir.

İyi yönetim hakkının, idarenin sahip olabileceği uygun insan kaynağı ile kamu görevlilerinin niteliklerine ve kamu görevlerinin hizmet içi eğitimlerine bağlı olduğu söylenebilir. Ayrıca idarenin görevinin gerektirdiği kamu gücü ayrıcalıkları kullanması nedeniyle bu yetkilerin, aşırı ve uygunsuz biçimde kullanılması halinde bireylerin haklarını ihlal edebileceği dikkate alınarak, iyi yönetim hakkının ve iyi yönetim

²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZKAN Gürsel, İdari Usulün Düzenlenmesi İhtiyacı ve Genel İdari Usul İlkeleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 1998; ÖZKAN Gürsel, İdari Usul, Danıştay Dergisi, Sayı:101, 2000; ÖZKAN Gürsel, Demokratik Yönetime Geçiş 21. Yüzyıl Türkiye'si İçin Bir Kanun Önerisi, Tutibay Yayınları, Ankara 2001.

ilkelerinin genel bir yasal düzenleme ile kurala bağlanması gerekmektedir.

İyi yönetim ilkeleri; bireye dinlenilme, hukukî yardım ve belgelere erişim hakkının tanınması; ilgilinin haklı beklentilerine uygun davranılması; karar verme sürecinde tarafsızlık, usulde paralellik, ölçülülük, orantılılık ve nihayet işlemin tespitinde gerekçe ve başvuru yollarının gösterilmesi, hukuka uygun davranma yükümlülüğü, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, tarafsızlık ilkesi, orantılılık ilkesi, hukuki kesinlik ve kazanılmış haklara saygı duyulması, makul süre içinde faaliyette bulunma ilkesi, katılım ilkesi, özel hayatın gizliliğine saygı ilkesi ve açıklık ilkesi olarak belirlenmiş bulunan ilkelerin hukukumuzda dağınık halde gerek Anayasa gerekse diğer yasalarda düzenlenmiş olanlarının da tek bir kanun kapsamında yer alacak şekilde yasalaşması gerekmektedir.

Böyle bir düzenleme ile; idarenin karar almadan önce, maddi bakımdan hukuka uygunluğun sağlanması ve insan hak ve özgürlüklerinin idarenin keyfi eylem ve işlemleri karşısında yargı denetimi öncesinde idarenin iç işleyişinde korunması sağlanacaktır.

İlgililere, karar alma sürecine aktif olarak katılarak, görüş ve düşünce beyanında bulunmak suretiyle idareyi etkileme imkânının verilmesi, idarede açıklığın sağlanması hedefini gerçekleştirecektir. İdarenin, bürokratik tavrı ve gizliliği kural haline getirmiş olması dolayısıyla ilgililere işlem dosyasını çeşitli nedenlerle incelemekten kaçınması karşısında, gizliliğin yerine, idari usulün de amaçlarından biri olan açıklık kuralının getirilmesi, idarenin şeffaflaşması bakımından önemli yarar sağlayacaktır.

İdari usul, yargısal denetimin bazı bakımlardan sınırlı ve yetersiz olması nedeniyle, idari kanun yollarının şekil şartına bağlanarak, bireyler için daha güvenceli bir duruma getirilmesini mümkün kılmakta, dolayısıyla idari yargının yükünü hafifletmesi amacını da bu yolla gerçekleştirmektedir. İdareyi hukuka uygun işlemler yapmaya zorlamak ve hak ve menfaati ihlal edilenleri yargıya başvurmadan önce idari itiraz yollarına yönlterek, uyuşmazlığı idare içinde çözmek suretiyle hem idarenin demokratikleşmesi hem de halkla bütünleşmesi sağlanacaktır.

Kamu hizmetinin etkili ve verimli yürütülmesi sağlanacaktır. İdari işlemin karar alma sürecinde oluşturulması, keyfi yönetimi önleyecek hata ve yanılma ihtimalini azaltarak, yolsuzluk ve suistimalleri ortadan kaldırarak maddi ve hukuki gerçeğin ortaya çıkması sağlanacaktır.

İdari yargı kararlarının, karar alma sürecinde emsal alınması sağlanarak, hem çelişkili kararlar alınması önlenecek, hem de idari yargıyı gereksiz yere meşgul etmemek suretiyle idarenin hukuka uygunluğu eksiksiz olarak gerçekleştirilecektir. Eşitlik ilkesi de, böylece kamu hayatında etkili olabilecektir. İdari yargı kararlarının, işlem üretme sürecinde emsal alınması sağlanarak, idarenin bütünlüğü ve kararlarındaki keyfi tutumu önlenebilecektir.

İşlem üretme sürecinde üretilecek kararların oluşmasında, düzenlenecek usul kanununda belli kurallara bağlanmakla birlikte, hem çelişkili kararlar alınmasını önlemek, hem de idari yargıyı gereksiz yere meşgul etmemek ve idarenin hukuka uygunluğunu eksiksiz sağlamak için, bu süreçten çıkan ve yargıya intikal eden işlemler hakkında verilen yargı kararlarının emsal alınması suretiyle idari usul ile varılmak istenen amaca ulaşılabilecektir.

Kamu görevlilerinin sorumluluğu belirlenerek, kamunun uğratıldığı zararın ilgili kamu görevlisine kusuru oranında yansıtılması (rücu) sağlanarak, kamu görevlilerinin hukuka aykırı tutum ve davranışlarının önüne geçilecektir.

İdari usul ile düzenlenecek olan gerekçe ilkesi, bireylerin idareye güven duymasını sağlayacaktır. Gerekçe ilkesi uyarınca, idare makamı, kararını dayandıracığı maddi ve hukuki olayları iyice araştırıp aydınlatmak zorunluluğunda kalacak ve yanılma ihtimalleri böylece azalmış olacaktır. Bununla birlikte, yeterli ve açık bir gerekçe, ilgili bireylerin, idari işlemin dayandığı esasları görebilmelerini, bu esasların gerçeğe ve bu esaslardan çıkarılan sonuçların da kanuna uygun olup olmadığını denetleyebilmelerine imkân verecektir.

Bu amaçlara ulaşılması için Genel İdari Usul Kanunu adı altında yasal bir düzenleme yapılması önem taşımaktadır. Bu kapsamda "İyi Yönetim Hakkı"nın da yukarıda belirtilen iyi yönetim ilkelerini kapsayacak şekilde topluca yer verildiği bir yasaya acil ihtiyaç bulunduğu kuşkusuzdur.

6. 2. Sulh Başvurusunun Zorunlu İdari Başvuru Yolu Olarak Yeniden Düzenlenmesi²⁴

659 sayılı KHK’de idarelerin taraf oldukları uyuşmazlıkların, ihtilaflı tarafların hak ve menfaatlerinin dengeli olarak değerlendirilerek, adil ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi öngörülmüştür. Bu amacı yerine getirebilmek için, hukuk danışmanlığı işlevi kapsamında hukuk birimlerine, anlaşmazlıkları önleyici hukukî tedbirleri zamanında alma ve uyuşmazlıkların sulh (uzlaşma) yoluyla çözümü konusunda görüş verme görev ve yetkisi verilmiştir (659 sayılı KHK uyarınca çıkarılan, Hukuki Uyuşmazlık Değerlendirme Komisyonunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik 4.7.2012 tarih ve 28343 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır). 659 sayılı KHK uyuşmazlık çözümünde önce uzlaşmaya (sulhe) başvurulmasını, bundan sonuç alınamadığı takdirde, son çare olarak dava açılması esasını benimsemiştir.

Bu düzenlemeye göre asıl olan, dava açılmadan önce sulh (uzlaşma) teklifinde bulunulması olup, uyuşmazlığın dava veya icra takibi konusu olması dahi, sulh teklifinde bulunmaya engel oluşturmamaktadır. 659 sayılı KHK kapsamında yapılan sulh başvurularından kabul olunana rastlanılmamıştır. Dolayısıyla sulh başvurusu müessesesinin uygulaması gerçekleştirilememiş, işlerliği sağlanamamıştır.

Sulh başvurusunun “zorunlu idari başvuru yolu olarak” düzenlenmesi gerekli bulunmaktadır. 659 sayılı KHK’nin yürürlüğe girmesine rağmen, gerek idarelerce, gerekse vatandaşlarca uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümüne ilişkin hükümlerin etkin bir şekilde uygulanmadığı görülmektedir. Sulh başvurusunu uygulamak amacıyla idareler bünyesinde kurulacak olan hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonlarında görev yapacak üyelerin sürekli hale getirilmesi de sistemin işlerliği bakımından önemli olmaktadır. Yine KHK kapsamına giren idari uyuşmazlıklarda sulh yoluna başvurulmasının

²⁴ ÖZKAN Gürsel, “Tazminat Uyuşmazlıklarının İdari Yargı Öncesi Sulh Yoluyla Çözümü”, Uluslararası Avrasya Ekonomileri Konferansı, 29-31 Ağustos 2016, Kaposvar Üniversitesi-Macaristan, International Conference on Eurasian Economies, Beykent University Publications No:115, s.260-267.

“zorunlu” hale getirilmesi de ayrıca üzerinde değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir.

659 sayılı KHK’de yapılacak değişiklik ile idareler tarafından tesis edilen bir idari işlem nedeniyle haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin açtıkları iptal davasının sonuçlanmasından sonra tam yargı davası açmadan önce sulh yoluna başvurmalarının da “zorunlu” tutulması uygun olacaktır. 659 sayılı KHK’de yer alan mevcut düzenlemede, idaredaki uzlaşma ile görevli kamu görevlilerinin uzlaşma ile ilgili görevlerinden dolayı hukuki güvencelerinin bulunmaması ve mali sorumluluk kaygısı kamu görevlilerinin inisiyatif almasını güçleştirmekte olduğunun da bilinmesi gerekmektedir.

Uzlaşma bilincinin yeterince oluşmadığı ve uzlaşmaya varmada genel bir isteksizliğin geçerli olduğu ülkemizde, uyuşmazlıkların yargı dışı mekanizmalar ile çözümüne işlerlik kazandırmak, öncelikle bu yollara başvurulmasının zorunlu tutulmasını gerektirmektedir. Ancak başvurunun etkili olması, idare içinde işleyen süreçte uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasının mümkün olması halinde sistemin işlerliği sağlanabilecektir.

6. 3. Zimni Ret Sisteminden Vazgeçilerek Zimni Kabul Sisteminin Benimsenmesi

Sukut etmek; susmak, konuşmasını kesmek, konuşmaktan kaçınmak, etkisini göstermemek, tepki göstermemek anlamını taşımaktadır. İkrar ise; benimseme, onama, kabul, tasdik, açıkça söylemek, kabul etmek anlamına gelmektedir. Diğer bir ifadeyle bir tarafın ileri sürdüğü iddianın doğruluğunu diğer tarafın kabul etmesi demektir.

Hukuk devleti ilkesinin gelişimi ile idare ve bireyler arasındaki ilişkilerde esaslı bir dönüşüm meydana gelmiştir. Bu gelişmenin sonucu olarak, bireyler hukuk düzeninin kendilerine tanıdığı haklar ile idare karşısındaki konumlarını güçlendirmişlerdir. İdare ve yurttaşlar arasındaki ilişkilerde bireyi merkeze alan bu anlayış, günümüzde bireyin idareye karşı sahip olduğu hakların korunmasını ve daha da iyileştirilmesini amaçlamaktadır. Bu anlamda, Fransız idare hukukunda 2013 yılında “devrim” olarak nitelendirilen bir reform yapılmıştır.

İdari yargı sisteminin ve idari rejim olarak kamu yönetimi anlayışının kaynağını oluşturan Fransız sisteminde susmaya olumsuz anlam yüklenmesi nedeniyle, bizde geleneksel olarak susmanın kabul etme, onaylama anlamını ters yüz ederek zımni ret müessesesini, susmaya olumsuz anlam yükleyerek uygulamaya devam etmekteyiz.

Gelinen aşamada 12 Kasım 2013 tarihli bir Yasa ile Fransız yasa koyucusu, zımni ret müessesesini genel kural olmaktan çıkarmış ve yerine "zımni kabul" kuralını benimsemiştir.²⁵

Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" başlıklı 40. maddesine 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla eklenen ikinci fıkrasında "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." şeklinde hüküm düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin gerekçesinde ise "Bireylerin yargı ya da idari makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkân sağlanması amaçlanmaktadır. Son derece dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, mercii ve sürelerin belirtilmesi hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk haline gelmiştir." şeklinde açıklama yapılmıştır.

Bu hükmün anlamı, idarenin, gerek re'sen tesis ettiği gerek kendisine yapılan başvurular üzerine tesis edilen tüm işlemleri bakımından "hangi kanun yolları ve mercilerine başvurulabileceği ve bunlara ilişkin süreleri" belirtmek zorunda olduğu, cevap vermemek ya da suskun kalmak gibi bir seçeneğinin bulunmadığı sonucunu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla suskun kalmak ya da cevap vermemek suretiyle bu Anayasal gerekliliği işlevsiz hale getirmek söz konusu olamayacağından gerek re'sen gerek yapılan başvurular üzerine tesis edilen tüm işlemler bakımından mutlaka bir cevap verilmesi ve bu cevapta da başvuru yolları ile sürelerinin gösterilmesi Anayasal bir zorunluluktur.

²⁵ Zımni kabul anlayışına ilişkin daha geniş bilgi için bkz. ÖZKAN Gürsel, "İdari Usul, İyi Yönetim Hakkı ve Türk Devlet Geleneğinde Yönetim Anlayışı", 148. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Danıştay Başkanlığı, 10 Mayıs 2016, Ankara, s. 257-258.

Anayasa Mahkemesinin zımni ret sisteminin varlığı ve devamı sonucunu doğuran anlayışına²⁶ rağmen yasama organının Fransız sisteminin benzeri bir düzenlemeyi yapması uygun ve gerekli bulunmaktadır. Kaldı ki; toplumsal kültürümüzün susmaya zımni kabul anlamı yüklediği dikkate alındığında bu düzenlemenin sosyal dayanağının da varlığı tartışmasızdır.

7. İDARİ YAPTIRIMLARDA “LEHE KANUN” UYGULAMASINDAN VAZGEÇİLMESİ

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun “Zaman Bakımından Uygulama” başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasında, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümleri kabahatler bakımından da uygulanır. Ancak, kabahatler karşılığında öngörülen idarî yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama kuralı geçerlidir” hükmüne yer verilmiştir.

5237 sayılı Kanun'un "Zaman Bakımından Uygulama" başlıklı 7. maddesinin 2. fıkrasında ise “(2) Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur” kuralı yer almıştır.

AİHM, bu ilkenin, Avrupa Temel Şartı da dâhil temel bütün metinlerde tanındığını, artık Avrupa ceza hukuku geleneğinin bir parçası olduğunun kabul edildiğini, hukukun üstünlüğü ilkesi gereğince hâkimin,

²⁶ Danıştay Onüçüncü Dairesinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 55. maddesinde yapılan değişiklikle “Belirtilen süre içinde bir karar alınmaması durumunda başvuru sahibi tarafından karar verme süresinin bitimi...” şeklinde düzenlenen hükmün iptali istemiyle yapılan başvuruyu, Anayasa Mahkemesi; “İtiraz konusu ibareyi içeren kural, ihale sürecindeki işlem veya eylemlerin hukuka aykırılığı iddiasıyla ilgililerin ihaleyi gerçekleştiren idareye yaptıkları şikâyet başvurusu üzerine, on günlük inceleme süresinde gerekçeli bir karar verilmemesi başka bir deyişle zımni ret halinde, ihaleyle ilgili işlemler için kanun yolu olarak itirazen şikâyet yoluna ve merci olarak Kamu İhale Kurumuna, idarenin karar vermesi için belirtilen sürenin bitiminden itibaren on günlük süre içinde, başvurulabileceğini açık bir şekilde düzenlemiştir. Böylece başvurulacak kanun yolu ve merci ile başvuru süresi gösterildiğinden, muhtemel muhatapların mevcut şartlar altında ihale işleminin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmeleri mümkün kılındığından kuralın Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasına aykırılığından bahsedilemez” gerekçesiyle reddetmiştir. AYM, E.2016/143, K. 2017/23, K.T. 9.2.2017.

suç oluşturan eyleme kanun koyucunun orantılı bir ceza olarak belirlediği cezayı vermesinin tutarlı olduğunu, suç işleyene sadece suç işlediği tarihte daha ağır bir ceza öngörüldüğü gerekçesi ile ağır bir ceza verilmesinin ceza hukukunun temel ilkelerine aykırı bulunduğunu, bunun aynı zamanda suçun işlendiği tarihten sonra meydana gelen bütün yasal değişiklikleri ve toplumun o suç karşısındaki yaklaşım değişikliğini görmemek anlamına geldiğini, lehte olan ceza hükmünün geriye yürümesi ilkesinin cezaların öngörülebilir olması gerekliliğinin bir uzantısı olduğunu, buna göre, eğer suçun işlendiği tarihte yürürlükte olan ceza kuralı ile kesin bir hükmün verilmesinden önce kabul edilen bir ceza kuralı farklı ise, hâkimin, sanığın lehine olan ceza kuralını uygulaması gerektiğini belirtmiştir.²⁷

Lehe kanun uygulaması için ortada ceza hukuku anlamında bir suç veya cezanın bulunması gerekmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi kabahatin suç niteliğinde olduğu²⁸ saptamasını yapmakta ve suçta ve

²⁷ AlHM, Scoppola/İtalya no. 2, B. No: 10249/03, 17/9/2009, §§ 105-109; Yargıtaya göre de, ceza yargılaması bakımından lehe kanun uygulaması olması gerektiği gibi değerlendirilmektedir. "5237 sayılı Kanun'un 7. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca; sonradan yürürlüğe giren yasanın, bir fiili suç olmaktan çıkarması, suçun unsurlarında veya diğer cezalandırılabilme şartlarında, bu suçtan dolayı mahkûmiyetin yasal neticelerinde, ceza ve hatta güvenlik tedbirlerinde değişiklik yapması ve bu değişikliğin failin lehine sonuç vermesi durumunda, yürürlüğe girdiği tarihten önce işlenen suçlar hakkında da uygulanması gerekecektir. Bu değişiklik, kesinleşmiş ancak infazı henüz tamamlanmamış hükümler ile infazı tamamlanmış hükümler bakımından da söz konusudur". Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2011/5-74, K.2011/147, K.T. 28/6/2011; YCGK. E.2008/5-220, K.2009/28, K.T. 17/2/2009.

²⁸ "Kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımların kapsamı ise Yasa'nın 16. maddesinde belirlenmiş ve idari yaptırımlar, idari para cezası ve idari tedbirler olarak ifade edilmiştir. 'Kabahat' tanımı yapılmak suretiyle, daha önce idari yaptırıma tabi olmayan bir eylem, idari yaptırıma tabi kılınmamakta, aksine kanunla idari yaptırıma tabi kılınmış eylemler kabahat olarak adlandırılmaktadır. ...Kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü kabahatlerden bir kısmının ceza hukuku kapsamında suç niteliği taşıdığı açıktır. Nitekim, Kabahatler Kanunu'nun İkinci Kısımında 'Çeşitli kabahatler' başlığı altında düzenlenen fiilleri, ağırlıklı olarak 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 526. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan kabahatler oluşturmaktadır. Ayrıca, çeşitli yasalarda yer alan ve yaptırımı hafif hapis ya da hafif para cezası veya her ikisi olan fiiller, 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 7. maddesiyle idari para cezasına

cezada kanunilik ilkesi uyarınca lehe kanun hükmünün uygulanmasını kabul etmektedir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 5/(1). maddesinin yaptığı yollama ile Türk Ceza Kanunu'nun "suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur" kuralı uyarınca idari yaptırımlar hakkında da lehe kanun uygulaması yargı kararları ile kabul edilmiş bulunmaktadır.

Nitekim Danıştay, "...İdari yaptırımlar bakımından ceza verilmesinin dayanağı kuralın yürürlükten kaldırılması veya lehe düzenleme yapılması yoluyla ortaya çıkan yeni hukuki durumun dikkate alınması gerektiği"²⁹ ne karar vermekte, yine "Ceza hukuku kökenli bir ilke olan lehe olan hükmün uygulanması, işlendiği zamanın hukuki normları uyarınca suç sayılan bir fiil sonradan yürürlüğe giren bir düzenleme ile suç olmaktan çıkarılmış bulunuyorsa veya sonradan yürürlüğe giren düzenleme suçun işlendiği zaman mevcut olan düzenlemeye göre suçlunun lehinde ise, sonraki normun daha önce işlenmiş olan fillere uygulanmasını öngörmektedir"³⁰ şeklinde açıklama yapmaktadır.

Halbuki iptal davalarında yargılanan, idari işlemlerdir. İdari işlemlerin, tesisine sebep olan kanun hükmüne uygun olması gerekmektedir. Sonradan yürürlüğe giren kanun hükmünün, geçmişe yönelik olarak idari işlemi sakatlamayacağı açıktır. İdari işlemin tesisinden sonra yürürlüğe giren mevzuat hükmüyle, açıkça belirtmek suretiyle geçmişe yönelik olarak ancak af niteliğinde düzenleme yapılması mümkündür. İdari para cezası verilip ilgisine tebliğ edilerek kesinleşmesinden sonra ceza hukuku ilkelerinin idare hukuku alanına ve

dönüştürülmüşlerdir. Uygulanacak yaptırımın yasa ile 'idari' para cezasına dönüştürülmesinin bu tür yaptırım uygulanacak eylemlerin gerçekte ceza hukuku alanına giren suç olma özelliklerini etkilemeyeceği açıktır." AYM, E.2007/115, K.2009/80, K. T. 11/6/2009.

²⁹ Danıştay İDDK, E. 2015/4256, K.2017/2345, K.T. 29.5. 2017.

³⁰ Danıştay İDDK, E. 2014/5191, K.2016/211, K.T. 10.2.2016.

idari yaptırımlara uygulanmasına ilişkin 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükmü, hukuka güvenin sarsılması sonucunu doğurmaktadır.

Bu durumun bir örnek ile açıklanması uygun olacaktır. Aynı hukuk kuralının ihlal edilmesi ve yaptırıma tabi tutularak aynı idari para cezasının uygulandığı komşu iki ticaret erbabının varlığını düşünelim. Bunlardan birisi hukuk kuralının ihlali nedeniyle eyleminin karşılığı olarak uygulanan para cezasını ödemesine karşın, diğerinin bu işleme karşı iptal davası açtığını varsayalım. Dava açan kişinin önce idare mahkemesi sonra Danıştaydaki temyiz süreci devam ederken para cezasına konu eylemin suç olmaktan çıkarılması veya daha hafif para cezası verilmesine ilişkin düzenleyici işlem tesis edildiğini ve Danıştayın mahkemenin ret kararını “lehe kanun uygulaması” gerekçesiyle bozduğu, sonuçta da bu cezanın iptal edilmek suretiyle davacının eyleminin karşılığı para cezasını ödemekten kurtulduğu durumun sonucunu değerlendirelim.

Dava açtığı için para cezasını lehe kanun uygulaması nedeniyle ödemekten kurtulmanın komşusu olan, idari para cezasını hukuk kuralını ihlal ettiğini bildiği için ödeyen kişinin, devlete ve yargıya olan güven duygusunun ne denli zarar gördüğünün/göreceğinin değerlendirmesi büyük önem taşımaktadır.

Hatta para cezasına karşı açılan davanın reddedilerek derecattan geçmek suretiyle kesinleştiğini ve para cezasının ödenmek zorunda kalındığı, ancak aynı dönemde aynı nitelikteki eylemin aynı tür yaptırımla cezalandırılmasına rağmen yargı sürecinin uzaması nedeniyle yargılamadan kaynaklanan gecikmeden dolayı başka birinin açtığı davada “lehe kanun” uygulamasından dolayı verilen iptal kararı örneğinde durum daha da vahim olacaktır.

8. YARGITAY VE DANIŞTAYA “YILLIK RAPOR” YAYINLAMA GÖREVİ VERİLMESİ

Danıştayın kuruluş ve görevlerinin belirlenmesi ile teşkilatlanmasında örnek alınmış olan Fransız Danıştayının, yargısal görevlerinin dışında idari nitelikte yaptığı (siyaset ile kanunların ve düzenleyici işlemlerin hukuksal yorumu yani yargılama faaliyeti arasında bir fonksiyon olan) “Yıllık Rapor” yayınlama faaliyeti bulunmaktadır. Bu

rapor, Fransız Danıştayının rapor ve çalışmalara ilişkin birimi tarafından hazırlanmaktadır. Hazırlanan bu raporlar; Danıştayın farklı görevlerine ilişkin etkinliklerin genel değerlendirmesini, getirilen önerileri ve her yıl için belirlenen idare hukukunun özellikli konularını içermektedir. Örneğin, bu konular; kamu hizmeti, şeffaflık veya sır kavramı, kamu yönetiminde değişim, hukuka uygunluk denetimi ve kamu yararı gibi konulardır.

Fransız Danıştayı, idareye tavsiyelerde bulunmakta, kanunların ve düzenleyici işlemlerin uygulanmadan önce yorumunu yapmakta, idareye yol gösterici nitelikte, bir çeşit danışmanlık ve bilirkişilik görevi yürütmektedir. Bu da Danıştayın, Napolyon dönemi olarak bilinen kuruluş sürecinden bu tarafa devam etmektedir.

Danıştayın her hangi bir dairesinin, bu dönemde açılan davalar bakımından hangi konunun birinci sırada öncelikli olarak önüne geldiğini, buna ilişkin uyuşmazlığın ilgili kanunun yorumundan mı, yoksa düzenlenme biçiminden mi, idari uygulamadan mı kaynaklandığının belirlenmesi; ortaya çıkan sorunun-uyuşmazlığın doğmasının nedenine bağlı olarak yasama ya da yürütme organına yönelik çözüm önerisinde bulunulması önem taşımaktadır.

Bu raporlarda, yıllık çalışmaların analizi, görev alanları ile ilgili mevzuattan kaynaklanan eksiklikler ve bunlara yönelik çözüm önerilerinin yer alması gerektiği kuşkusuzdur. Bu yolla hem devlete gerçek anlamda danışmanlık yapılacak, hem de yargının yargısal sorunların çözümünde sorumluluk alması sağlanacak ve hesap vermesi mümkün hale gelecektir.

Anayasanın 155. maddesinde, “Danıştay ... kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir” hükmünün yer almış olması karşısında, kanunla Danıştaya böyle bir görev verilmesinin Anayasaya aykırılığından söz edilemeyecektir.

2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 57/(2). maddesinde, “Daire Başkanlarının her takvim yılı sonunda, dairelerindeki işlerin durumu ve bunların yürütülmesinde aksaklık varsa sebepleri hakkında Danıştay Başkanlığına bir rapor verecekleri ve alınmasını lüzumlu gördükleri tedbirleri bildirecekleri” hükmü yer almaktadır. Düzenlenmesi önerilen

bu raporların daha ciddi olarak hazırlanmasını sağlamak için Danıştay Başkanlığına Yıllık Rapor Hazırlama ve kamuoyuna sunma görevi verilmesi uygun ve yararlı olacaktır.

Yine Anayasanın 154. maddesinde, “Yargıtay’ın kuruluşu, işleyişi ...kanunla düzenlenir” hükmü bulunmaktadır. 2797 sayılı Yargıtay Kanunu’nun Yargıtayın görevleri başlıklı 13. maddesinde, Yargıtayın görevleri arasında “Kanunlarla verilen diğer işleri görmek” hükmüne, Başkanlar Kurulunun görevleri başlıklı 17. maddesinde “Kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmek” hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla aynı nitelikli görevin Yargıtay’a da verilmesi gerekmektedir.

9. YARGI MUHABİRLERİNE HUKUK BİLGİSİ SAHİBİ OLMA ZORUNLULUĞU GETİRİLMESİ

Hak ve özgürlüklerin savunuculuğunu yapan sivil toplum kuruluşları ve olumlu veya olumsuz devlet faaliyetleri konusunda halkı doğru bilgilendirme amacıyla hareket eden medya kuruluşlarının varlığı önem taşımaktadır. Ancak medya kuruluşlarının doğru bilgilendirme amacı taşıması yetmemekte, önce yargı muhabirlerinin kendilerinin doğru bilgi verecek temel hukuk bilgisine sahip olması gerekmektedir.

Maddi gerçeğin tam olarak bilinmesi ve hukuki nitelemenin doğru yapılması, yargı haberlerini hazırlayan ve sunanların hukuk bilgisi sahibi olmalarıyla doğru orantılıdır. Toplumun haber alma hakkının gereği olan doğru bilgilendirilmesinin sağlanması, demokratik sistemin işleyişi ve adaletin gerçekleşmesi bakımından büyük önem taşımaktadır.

Belirtmek gerekir ki, yargı haberciliği batı ülkelerinde hukuki bir formasyon ve eğitim altyapısı gerektirdiği halde ülkemizde bu alanda faaliyette bulunmak için lise mezunu olmak³¹ yeterli sayılmaktadır.

³¹ Basın Kartı Yönetmeliğinin basın kartı alacak kişilerde aranan nitelikleri düzenleyen 5/(b). maddesinde, “En az lise veya dengi bir eğitim kurumundan mezun olma” koşulu yer almış, aynı Yönetmeliğin 17. maddesinde de, özel radyo ve televizyonlarda basın kartı alabilecek unvanlar arasında, ulusal, bölgesel ve yerel yayın yapan özel radyo ve televizyonlarda haber spikeri ve muhabir unvanlarında çalışan mensuplarına yer verilmiştir.

Yargı muhabirliği yapacaklara öncelikle hukuk fakültesi mezunu olma koşulu getirilmesi ve gazetecilik yetiçek lisans derslerini alıp gazetecilik yapılmasının sağlanması önem taşımaktadır.

Yargı muhabirliği sadece adliye ve polis muhabirliği şeklinde anlaşılmaktadır. Büyük davaların, politik anlamlı yapılmaları ve henüz davanın başında hüküm aşamasına yönelik değerlendirmeler içermemesi gerektiği kuşkusuzdur. Nitekim bütün hukukiall süreçlerin bilinmesi ve kamuoyunun doğru bilgilendirilmesi bakımından sadece avukatların ya da hukuk mezunlarının haberleştirmesi zorunluluğu değerlendirilebilir.

Adliye kapılarında beklenilerek, bilgi edinme çabası içinde ve yanlış kişilerden bilgi aktarılmasının sakıncaları açıktır. Biltilerde sayfaya ulaşan iddianameleri çok hızlı okuyup haber yapıldığını zorunlu bir şekilde yakın geçmişte yaşanan Ergenekon davası, Balıyoz davası, "FİTÖ/PDY" davalarının haberleştirilmesi ve program komitesi yapıldığını sıradanlıkla toplumun haber alma hakkı ihlal edilmiş, doğru bilgilendirilmesi mümkün olamamıştır.

Yargı muhabirliği, polis/adliye muhabirliğini de kapsamaktadır. Gazeteci, adalet arayışında toplumsal bir sorumluluk ile kamuyu yarımını dikkate almak durumundadır.

Masumiyet karinesinin ihlali, hüküm giymiş kişilere cezasını tamamladıktan sonra suçlu muamelesi yapılması, tehditkârlar, damgalayıcı haber ve yorumlar, kahrâmanlaştırma ve yüceltme ihtilafları, sırtı sıvazlanan suçlular, statükoya ya da politik iktidara yakın duran İnsanların taçlandırılması, kahrâmanlaştırılması, suçu ve suçluyu örtme haberleri yargı muhabiri ve yargı haberciliği yapanların hukuk bilgisi ile doğru orantılı bulunmaktadır.

10. YARGI KARARLARI NEDENİYLE YARGIYA YÖNELİK YANILTICI AÇIKLAMALARIN VE SİYASAL AMAÇLARLA YAPILAN ELEŞTİRİLERİN YARGI YÖNETİMİNCE CEVAPLANARAK TOPLUMUN DOĞRU BİLGİLENMESİNİN SAĞLANMASI

Gerek siyasal nitelikli davalar gerekse iş ve sanat çevrelerinden meşhur kişilerin taraf olduğu kamuoyunun ilgisini çeken davalar hakkında yargı mercileri tarafından verilen kararlar nedeniyle basın yayın organlarında yer alan haberlerin maddi olgu ile hukuki durum hakkında doğru bilgileri içermediği, topluma hatalı değerlendirmeler yapıldığı görülmektedir.

Yargı kararları nedeniyle hatalı açıklamalar yapılmak suretiyle yargı organları hakkında gerçek olmayan değerlendirmelere yol açılmaması gerekmektedir.

Somut olayın özelliğinin bilinmemesi nedeniyle sübjektif değerlendirmelere konu yapılan yargı kararının içeriği ve özgün niteliğinin kamuoyunca bilinmesinin önemi kuşkusuzdur. Bu bilgilendirmenin ilgisine göre Anayasa Mahkemesi Başkanı, Yargıtay veya Danıştay Başkanları tarafından basın açıklaması yoluyla doğrudan bilgilendirilme amacıyla yapılmasının yararlı olacağı açıktır.

Yine doğrudan Yüksek Mahkeme başkanlarının da böyle bir açıklama yapması idari görev kapsamında değerlendirilmelidir. Bu tür kamusal nitelikli toplumun ilgisi çeken davalar hakkında yapılacak bilgilendirme açıklamaları, yargı organlarının halkla ilişkilerini ve basının bilgilendirilmesi amacı taşıyan açıklamaları kapsamının dışında değerlendirilmesi gerekmektedir.

11. ADLİ YIL AÇILIŞI YERİNE “YARGI YILI” AÇILIŞI OLARAK DÜZENLEME YAPILMASI GEREKLİLİĞİ

1943-1944 adli yıl açılışından, günümüze kadar yapılan adli yıl açılış konuşmaları bir geleneği temsil etmektedir. Eylül 1943 yılında yeni adli yıl nedeniyle yapılan açılış töreninde Yargıtay 1. Başkanı Halil Özyürük'ün konuşması, adli yıl açılış geleneğinin başlangıcı olmuştur.

16.5.1973 tarih ve 1730 sayılı Yargıtay Kanunu'nun adalet yılının açılış başlıklı 52. maddesinde ilk defa, “Her adlî yıl, Ankara'da Yargıtay

Birinci Başkanının söylevi ile açılır. Birinci Başkanın yokluğunda bu görev Yargıtay Birinci başkanvekillerinin en kıdemlisi tarafından yerine getirilir. Açılış söylevinin metni üzerinde daha önceden Başkanlar Kurulunun düşüncesi alınır” şeklindeki düzenleme ile adli yıl açılışı yasal zemine kavuşturulmuştur.

4/2/1983 tarih ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu’nun Adli yılın açılışı başlıklı 59. maddesinde, *“Her adli yıl Ankara’da bir törenle açılır. Yargıtay Birinci Başkanı bir konuşma yapar. Açılış konuşmasının metni ve tören gündemi üzerinde daha önceden Başkanlar Kurulunun düşüncesi alınır”* şeklindeki hükmün, 2/12/2014 tarih ve 6572 sayılı Kanun’un 26. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olması nedeniyle bu tarihten itibaren adli yıl açılışlarının yasal dayanağı kalmamıştır. Ancak gelenek olarak açılış törenleri Yargıtay Başkanlığı tarafından yapılmaya devam edilmektedir.

2797 sayılı Yargıtay Kanunu’nun Adli araverme başlıklı 56. maddesinde, 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun Çalışmaya araverme başlıklı 86. maddesinde ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu’nun İzin ve çalışmaya ara verme başlıklı 64. maddesinde, *“her yıl bir eylülde başlamak üzere, yirmi temmuzdan otuz bir ağustosa kadar...”* çalışmaya ara verileceği hükmü yer almaktadır.

Yine, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Adli tatil süresi başlıklı 102 maddesinde, 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu’nun Adli tatil başlıklı 331. maddesinde, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 61. maddesinde çalışmaya ara vermeye ilişkin düzenleme bulunmaktadır.

1961 Anayasası uyarınca 22.4.1962 tarih ve 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 25.4.1962 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmasıyla kurulan Anayasa Mahkemesi her yıl 22 Nisanda kuruluş gününü kutlamakta, Şûrâ-yı Devlet adı 10 Mayıs 1868 tarihinde kuruluşu gerçekleşen Danıştay da her yıl 10 Mayısta kuruluş günü adı altında kutlama yapmaktadır. Sayıştay ise 29 Mayıs 1862 de Divan-ı Ali-i Muhâsebât adı ile kurulmuş ve her yıl kuruluş günü etkinlikleri ile kutlama yapılmaktadır. Yargıtay ise 6 Mart 1868 tarihinde “Divan-ı Ahkâm-ı Adliye” adıyla kurulmuş

olmasına rağmen 6 Mart tarihinde kuruluş günü kutlaması yapmamakta, adli yıl açılışı adı altında 1 Eylülde tören yapmaktadır. Ayrıca 2797 sayılı Yargıtay Kanununun 65. maddesi uyarınca Yargıtay onur günü adı altında her yılın Temmuz ayının birinci günü o dönem içinde emekliye ayrılmış olan Yargıtay Birinci Başkanı, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyeleri ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekili onuruna Birinci Başkanlıkça tensip edilecek yerde düzenlenecek gecede kendilerine törenle onur belgesi ile geçmiş hizmetlerinin onurunu simgeleyen birer armağanın verildiği kutlama yapılmaktadır.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 70. maddesinde *"Başkan ve üyelerin, Yüce Divan sıfatıyla bakılan veya Anayasaya göre süreye tabi olan işlerin engellenmemesi kaydıyla kırk günlük yıllık izin hakları vardır"* şeklindeki düzenleme ile adli ara verme ya da adli tatilden söz edilmemekle birlikte, Anayasa Mahkemesi başkan ve üyelerinin yıllık 40 gün izin haklarının olduğu belirtilmektedir. Bu izinlerin yılın hangi zamanında kullanılacağına ilişkin belirleyici bir hükme yer verilmemiştir, ancak genellikle adli tatile denk gelen dönemde başkan ve tüm üyeler izin kullanmaktadır.

Bu durumda, Anayasanın yargı bölümünde düzenlenen yüksek mahkemeler olarak Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay ve Sayıştay ile yargının tarafı olması nedeniyle Türkiye Barolar Birliği tarafından birlikte gerçekleştirilmek üzere "yargı yılı" açılışına ilişkin yasal düzenleme yapılması uygun ve gerekli bulunmaktadır.

Doğaldır ki her yüksek mahkemenin kendi kuruluş gününde ayrıca kutlama yapılmasına engel bulunmadığından, Yargıtay tarafından da 6 Mart gününde kuruluş günü etkinliği yapılabilecektir.

IV. SONUÇ

Yargıya güven duygusunun güçlendirilmesi amacıyla yapılacak yasal düzenleme ile hâkim ve savcıların göreve başlarken yaptıkları görevin önemine binaen yemin ettirilmesinin sağlanması psikolojik olarak önemli etki doğuracaktır.

Hâkim adaylığı mülakat kurulunun yapısının yapılacak yasal düzenleme ile yeniden düzenlenerek bağımsız ve tarafsız görev yapması beklenen meslek mensuplarının daha ilk aşamada mesleğe girmek için yapılan sınavda siyasal ve subjektif değerlendirmelere maruz bırakılmasının sakıncaları dikkate alınarak, tarafsızlıkla ehliyet ve liyakate dayalı bir aday belirlemesini seçmeye yarayacak bir yapıya kavuşturulması, hakimlik sınavına giren binlerce adayın ve ailelerinin öncelikle devlete ve özellikle yargıya güven duymalarına katkı sağlayacaktır.

Hâkimlik sınavının kazanılmasından sonra, hâkim kaynağı olarak son yıllarda avukatlık mesleğinden hakim adaylığına atanma imkanının yaygın olarak kullanılması göz önünde bulundurulduğunda, mesleğe kabul aşamasından önce hâkim adaylığı döneminde eğitim ve staj döneminin mezunlardan alınan adaylar ile avukatlıktan atanan adayların mesleğe hazırlanmalarında gerek süre gerekse içerik yönünden aynı koşulların uygulanması, etkin ve verimli staj döneminden geçilerek eğitim döneminin sonunda yapılan yeterlilik sınavının ise, derse giren öğretim görevlilerinin bizzat yaptıkları sınavlar olması veya gösterilen her derse yönelik belli sayıda soru sorulması sağlanarak yapılması gerekmektedir.

Meslek içerisinde ilerlemenin objektif kurallara bağlanması ile meslek mensuplarının görev ve sorumluluk bilinciyle daha güvenli bir ortamda görev yapmaları sağlanacak, unvanlı görevlere atamada merkezi sistem ile yapılacak yazılı sınav sonucunda alınan puanların esas alınması suretiyle başarı ödüllendirilecektir. Avukatlık mesleğine geçiş için yapılacak yeterlik sınavı, yargıya güven için gerekli olan bilgi düzeyinin yükseltilmesine katkı sağlayacaktır.

Usuli kazanılmış hak ilkesi ile yargı kararlarının emsal alınması, yargı sistemimizin istikrarlı karar vermesinin sağlanması bakımından üzerinde önemle düşünülmesi gereken hususlardandır.

Özellikle idarenin işleyişinde ve karar alma sürecinde bireylerin hak ve özgürlüklerini kullanmalarına hukuksal imkan sağlanması ve idarenin işlemleri karşısında bireylerin öncelikle idare karşısında henüz dava aşamasına geçilmeden korunmasının sağlanması, Türk yönetim

sisteminin işleyişi ve karar alma süreçleri bakımından hayati derecede önem taşımaktadır. Bu amaçla Genel idari Usulün yasal olarak düzenlenmesi, sulh başvurusunun zorunlu idari başvuru yolu olarak yeniden düzenlenmesi ve zımni ret sisteminden vazgeçilerek zımni kabul sisteminin benimsenmesi gerekmektedir.

Yine yargı kararlarına güvenin tesis edilmesinde önemli olduğu değerlendirilen idari yaptırımlarda lehe kanun uygulamasından vazgeçilmesinin yasal düzenleme konusu yapılması, Yargıtay ve Danıştaya yıllık rapor yayınlama görevi verilmek suretiyle kamuya karşı sorumluluk anlayışının geliştirilmesi, yargı haberlerinin gerçeğe uygun ve doğru olarak hukuki nitelemeye dayalı olmasının sağlanması için yargı muhabirliği yapanlarda hukuk bilgisi aranmasının gerekliliği ve yargı kararları nedeniyle yargıya yönelik yanıltıcı açıklamaların ve siyasal amaçlarla yapılan eleştirilerin Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay Başkanlarınca doğru bilgilendirilme amacıyla açıklama yapılması görevinin yasal olarak düzenlenmesi de gerekli bulunmaktadır. Yine Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay ve Sayıştay ile yargının tarafı olması nedeniyle Türkiye Barolar Birliği'nce birlikte gerçekleştirilmek üzere "yargı yılı" açılışına ilişkin yasal düzenleme yapılması uygun olacaktır.

Belirtmek gerekir ki ABD'li suç psikologu Philip Zimbardo'nun 1969 yılında yaptığı bir deneyden ilham alınarak geliştirilmiş olan Kırık Cam Teorisi³² ülkemizdeki hukuka güven konusunda somut örnek niteliğindedir.

Suç oranının yüksek olduğu yoksul Bronx ve daha yüksek yaşam standardına sahip Palo Alto bölgelerine birer 1959 model plakası olmayan, kaputları aralıklı otomobil bırakılmış, Bronx'taki otomobil üç gün içinde baştan aşağıya yağmalandığı halde diğerine bir hafta boyunca hiçbir zarar verilmemiştir. Bu tespitten sonra sağlam kalan

³² https://tr.wikipedia.org/wiki/K%C4%B1k_camlar_teorisi,
<http://www.sabah.com.tr/yazarlar/uluc/2012/04/26/kirik-cam-teorisi>,
<http://global.britannica.com/topic/broken-windows-theory>,
https://www.manhattan-institute.org/pdf/_atlantic_monthly-broken_windows.pdf.

otomobilin çekiçle kelebek camı kırılmak istenince çevredeki insanlar (yani zengin beyazlar) da olaya dâhil olmuş ve birkaç dakika sonra o otomobil de kullanılmaz hale getirilmiştir. “Demek ki” diyordu Zimbardo, “İlk camın kırılmasına ya da çevreyi kirleten ilk duvar yazısına izin vermemek gerek. Aksi halde kötü gidişatı engelleyemeyiz.” Kırık cam teorisi, insanların olduğu çevrede bozulma varsa, yasanın olmadığı düşüncesinin benimsendiğini³³ öngörmektedir.

Herhangi bir kanun veya kuralın çiğnenmesine kesinlikle izin verilmemesi gerekmektedir. Toplumun temiz ve düzenli olması için teşvikte bulunulması önem taşımaktadır. Eğer bir toplumda umutsuzluk işaretleri görülüyor ve kimse umursamıyorsa, bu o toplumda daha fazla suç işlenmesinin yolunu açabilir. Küçük aksaklıklar büyük problemlere ve bunlar da kaosa neden olabilir.

³³ Terk edilmiş bir aracın camının kırık olması, kayıtsızlık, zarar verme ve zaten dikkat çekmeyeceği algısının oluşmasına neden olmaktadır. Kanunsuzluk, kuralsızlık ve itaatsizlik hissi yaratılmış olmasının sonucunun ne olduğu saptanmıştır. Kırık cam, o aracın zaten değersiz olduğu izlenimini yaratmıştır. Yolda yürürken portakal yediğinizi düşünün. Soymaya başladınız ve elinizde kalan portakal kabuklarını atmak için bakındınız ve çöp kutusunun çok uzakta olduğunu gördünüz. Eğer yerde başka çöpler de görürseniz muhtemelen siz de yere atarsınız ama yerde hiç çöp yoksa o zaman portakal kabuklarını yere atmadan önce iki kez düşünürsünüz.