

İDARİ YARGI KARARLARININ UYGULANMASI: İÇ HUKUKUMUZA İLİŞKİN BAZI GÖZLEMLER

(ENFORCEMENT OF JUDGEMENTS OF ADMINISTRATIVE COURTS: SOME
OBSERVATIONS ON DOMESTIC LAW)

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU*

ÖZET

Bu makalede, idari yargı kararlarının iç hukukta uygulanması konusu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında konu ile ilgili olarak belirlemiş olduğu esaslar çerçevesinde ve mukayeseli hukuka da değinilerek ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yürütmenin durdurulması, tedbir, yargının idareye karışma yasağı, yasamanın idareye müdahalesi, yasamanın yargıya müdahalesi, yasama yorumu, dava bakmaktan kaçınma yasağı.

ABSTRACT

In this essay, enforcement of judgements in domestic law, which are issued in administrative procedure, is analyzed in the light of related decisions of European Court of Justice, and with special reference to comparative law.

Keywords: *Stay of execution, precautionary measure, prohibition of judicial intervention into administrative, legislative intervention into administrative, legislative intervention into judiciary, interprétation législatve, prohibition of denial of justice.*

* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
e-posta: tekina@bilkent.edu.tr

I. TÜRKİYE KARARLARINDAN BİR KESİT

01. Yargı kararlarının uygulaması; taraflara, yargı kollarına ve türüne göre, birbirine benzeyen/benzemeyen özellikler gösterir. Özel hukuk öznelerine karşı uygulama en eski örnektir. Devlet ve diğer kamu özneleri mahkum edilmişse bireye karşı uygulamanın temel özellikleri kullanılamıyor: emretme, yol gösterme (ıslah etme), zorla ödetme. Üç büyük alandaki farklılığın sebebi izlenen amaçların farklılığı nedeniyle. Özel hukuk yargılamasında hakkın yerine getirilmesi, ceza yargısında cezanın ve infazın kişiselleştirilmesi, idari yargıda hukuka uygunluk aranır. Olay yargılamasında (medeni+ceza) haklı tarafın tatmini, kural yargılamasında ise hukuka aykırı işlemin yerine uygun olanın yapılması asıldır. İdari yargı kural yargılamasıdır. Kurala aykırı olan iptal edilir. Ancak, bu konuda mevcut “tabu/tabou” nedeniyle, ne yapılması gerektiği söylenemez.Tabou; idari yargının yürütmeye karışma yasağıdır. Ancak önce, genel olarak yasama ve yürütmenin yargıya karışma örnekleri üzerinde durmak gerekir.

02. Anayasa'nın 138. maddesi yargı kararlarının yasama ve yürütme tarafından değiştirilmesini ve uygulamasının geciktirilmesini yasaklamaktadır¹. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 28. maddesi Anayasa'nın 138. maddesini idare bakımından çok ayrıntılı biçimde açıklamıştır². Özetlemek gerekirse idare, yargı kararlarının “icaplarını”

¹ ANY 138/son: “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını **hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez**”.

² Kararların sonuçları: m. 28 – 1.(Değişik:10/6/1994-4001/13 m.) Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının **icaplarına göre** idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak **otuz günü geçemez**.Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında, bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir.

² (Değişik: 2/7/2012 - 6352/58 m.) Konusu belli bir miktar paranın ödenmesini gerektiren davalarda hükmedilen miktar ile her türlü davalarda hükmedilen vekalet ücreti ve yargılama giderleri, **davacının veya vekilinin davalı idareye yazılı şekilde bildireceği banka hesap numarasına, bu bildirim tarihinden itibaren, birinci fıkrada belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde yatırılır. Birinci fıkrada belirtilen süreler içinde ödeme yapılmaması halinde, genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur.**

³ Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilir.

(requirements) tebliğden itibaren otuz gün içinde yerine getirmek zorundadır. Bu yazı anılan “icaplara” ilişkindir. Buna karşılık yerine getirmeme nedeniyle ilgili bakan veya kamu görevlisinin hukuki ve/veya cezai sorumluluğu konusu üzerinde durulmayacaktır. 2 Temmuz 2012’de İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun (İYUK) 28. maddesine tam yargı konusunda AİHM uygulamasından esinlenen iki koşul daha eklendi: konusu para ödenmesi olan hükümlerin icrası için davacı veya vekilinin banka hesap numarasını idareye bildirmesi üzerine 30 gün içinde buraya ödeme yapılması, yapılmadığı takdirde yargı ilamının “genel hükümler dairesinde icra ve infaz olunması”; ayrıca hesap numarasının bildirilmesinden başlayarak “tecil faizi”³ ödenmesi kurala bağlanmıştır. Bununla birlikte banka hesap numarasına para yatırılmazsa “genel hükümler dairesinde icra ve infazın”, devlete karşı zorla yürütme yapılamaması nedeniyle işe yaramadığını belirtmek gerekir. İdarenin ödemezliği nedeniyle verilen AİHM kararları da bunu göstermektedir.

⁴ Mahkeme kararlarının (otuz) gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgili, idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir.

⁵ Vergi uyuşmazlıklarına ilişkin mahkeme kararlarının idareye tebliğinden sonra bu kararlara göre tespit edilecek vergi, resim, harçlar ve benzeri mali yükümler ile zam ve cezaların miktarı ilgili idarece mükellefe bildirilir.

⁶ (Değişik: 2/7/2012 - 6352/58 m.) Tazminat ve vergi davalarında idarece, mahkeme kararının tebliğ tarihi ile ödeme tarihi arasındaki süreye 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 48 inci maddesine göre belirlenen **tecil faizi** oranında hesaplanacak faiz ödenir. Ancak mahkeme kararının davacıya tebliği ile banka hesap numarasının idareye bildirildiği tarih arasında geçecek süre için faiz işlemez.

³ [http://www.tcmb.gov.tr/yeni/iletisimgm/sss_ara.php?wd=Yasal Faiz \(16.10.2012\):](http://www.tcmb.gov.tr/yeni/iletisimgm/sss_ara.php?wd=Yasal_Faiz_(16.10.2012):) “Merkez Bankasının, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun’da yer alan kanuni faiz ve temerrüt faizi oranlarını belirleme konusunda herhangi bir yetkisi bulunmamakta, konunun Merkez Bankasıyla bağlantısı, 3095 sayılı Kanunun Merkez Bankası reeskont ve avans faiz oranlarına yaptığı atıftan kaynaklanmaktadır. Diğer taraftan, 3095 sayılı Kanununun 1. maddesinde yapılan değişiklikle Merkez Bankası reeskont faiz oranlarına yapılan atıf 1 Mayıs 2005 tarihi itibarıyla kaldırılmış olup, kanuni faiz oranı 1 Mayıs 2005 tarihinden geçerli olmak üzere yıllık yüzde 12 olarak belirlenmiştir. Bakanlar Kurulununun 19 Aralık 2005 tarih ve 2005/9831 sayılı Kararıyla kanuni faiz oranı 1 Ocak 2006 tarihinden geçerli olmak üzere yüzde 9’a indirilmiştir. Güncellenmiş yasal faiz oranına T.C. Maliye Bakanlığı’na ait internet sitesi “www.muhasabat.gov.tr” adresi “Mevzuat-Tebliğ-Parasal Sınırlar ve Oranlar Hakkında Genel Tebliği” bölümünde yer alan “Tablo V-Kanuni Faiz ve Temerrüt Faiz Oranları”ndan ulaşılabilmektedir.”

03. Kısmi ödeme. Bu konuda 31 Mayıs 2012 tarihli “KARACA VE DİĞERLERİ” en son örnektir⁴. 1990’da Şanlıurfa dolayındaki su seddi kamulaştırmasında bedel artırımı davası açılmış, yerel mahkemece bedel artırımına hükmedilmiştir. Olayın bundan sonraki gelişimi hayli düşündürücü niteliktedir:

3 Ağustos 1990	Enerji Bakanlığı kamulaştırma kararı alıyor, takdir kurulunun belirlediği bedel ödeniyor. (10 yıl sonra!)
18 Mayıs 2000	Davacılar bedel artırımı davası açıyor.
24 Ekim 2000	Mahkeme davayı kabul ediyor ve 21 506 228 000 TL hükmediyor (37 562 EUR).
26 Şubat 2001	Yargıtay bozma kararı.
15 Haziran 2001	Bozmaya uyan Mahkeme bu defa 12 802 081 000 TL hükmediyor.(12 179 EUR).
5 Kasım 2001	Yargıtay onama kararı.
28 Nisan 2006	İdare bu paranın bir kısmını ödüyor.
27 Haziran 2007	Davacı Birecik İcra Müdürlüğü eliyle kalan 3 602 TL için bir ödeme emri çıkartıyor (1 881 EUR).
13 Mart 2008	İdare kalan kısım için İcra Hakimliğine itirazda bulunuyor.
22 Nisan 2008	İcra Hakimliği alacağın 951,91 YTL olduğuna hükmediyor (457 EUR).
14 Haziran 2010	Hükümet AİHM’ne yolladığı açıklamada davacıların alacağının 2 104,96 TL (1 010 EUR) olduğunu beyan ediyor.

Karaca kararında AİHM’nin açıkça söylediklerini özetlemek gerekirse:Yargı ilamına göre ödeme yapılmaması aynı zamanda AİHS m. 6§1 (doğru yargılama) ve EK P m.1 (mülkiyet) ihlali anlamına gelir.Dolaylı olarak söylediğine gelince; Mahkeme karar metnine aldığı aşağıdaki kararlara bakmamızı öneriyor:

⁴ Karaca et Autres c. TR, 31.5.2012.

Akkuş c. TR, 9 Temmuz 1997	Kamulaştırma alacağının geç ödenmesi (bedel artırımında mülkiyet hakkına aykırılık itirazında bulunmamış) ⁵ .
Aka c. TR, 23 Eylül 1998	Kamulaştırma alacağının geç ödenmesi (bedel artırımında mülkiyet hakkına aykırılık itirazında bulunmamış).
Tunç c. TR, 24 Mayıs 2005	1994 tarihinde kesinleşen bedel artırımını ödeme emrine rağmen hiç ödenmemiş. AİHM Hornsby dahil bütün içtihadını sergileyerek Hükümeti uyarıyor.
Ahmet Kılıç v. TR, 25.7.2006	Belediyede bekçi iken görevine son verilen davacı hakkında işe dönüş ve mahrum kalınan aylıkların ödenmesine ilişkin kesin idari yargı kararının ödemeye ilişkin kısmının uygulanmaması.
Baba c.TR, 24.10.2006	Belediyeden yaptığı ahşap kapıların bedelini alamayan davacıya hak veren kesin yargı kararının uygulanmaması.
Kuzu c. TR, 17 Ocak 2006	Muris hakkında belediye aleyhine kesinleşen haksız fesih tazminatının kanuni mirasçılara hiç ödenmemesi.
Akıncı c. TR, 8 Nisan 2008,	Marmara Adası belediyesinin kesinleşen kamulaştırma bedel artırımını ödememesi.
Kaçar et autres c. TR, 22 Temmuz 2008	Kesinleşen haksız fesih tazminatının belediyece hiç ödenmemesi...

⁵ Bedel artırım davasında AİHM içtihadı hatırlatılarak “rayiç bedelin P1m1 uyarınca belirlenmediği” uyarısı yapılmadığı takdirde AİHM alacağın aslını dokunulmaz sayıp sadece enflasyon aşınma payını dikkate alıyor.

04. Uygulanamayan kararlar. AİHM'nin Türkiye'de idari yargı kararlarının uygulanmamasına ilişkin başlıca kararları aşağıdaki gibidir.

Taşkın et autres c. TR, 10.11.2005	Bergama/Ovacık Eurogold Şti altın madeni işletme izninin iptaline ilişkin kesin yargı kararının uygulanmaması.
Okyay and others, 12.7.2005	Muğla termik santral kirletme yasağı hakkındaki yargı kararının uygulanmaması.
Lemke c. TR, 5 Haziran 2007	Bergama/Ovacık Eurogold Şti altın madeni işletme izninin iptaline ilişkin kesin yargı kararının uygulanmaması.
Yerlikaya c. TR, 8 Nisan 2008	Tapu tahsis belgesi üzerine tapu verilmesi talebini reddeden belediye kararının iptaline ilişkin kesin idari yargı kararının uygulanmaması.
Yavuz Sarıkaya c. TR, 13 Ocak 2009	Yenimahalle belediyesi davacının arsasına kamulaştırmaz el atıyor. Davacı lehine tazminat kararı kesinleşiyor. Belediye kesinleşen tazminatı (2.5 milyon EUR) ödemeyi reddediyor. Bu arada belediye meclisi iki karar alarak belediyeye ait bütün mal ve paraların kamu hizmetine tahsis edilmesine karar veriyor. Davacı Jokey Klübün ödediği emlak vergisine haciz koyduruyor. Yargıtay vergiye haciz konamaz gerekçesiyle haczi kaldırıyor ⁶ . İdare mahkemesi belediye meclisinin kamu hizmetine tahsis kararını (hangi kamu hizmetine tahsis edildiği) belirsiz olması nedeniyle iptal ediyor. Danıştay onuyor. (Hareketlilik başdöndürücü. Olay devam ediyor!).

II. HORNSBY KARARI

⁶ 5393/2005 Belediye Kanunu m. 15/son: Belediyenin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde ettiği gelirleri, şartlı bağışlar ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları ile belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri haczedilemez. ANYM, Esas Sayısı: 2007/37, Karar Sayısı: 2010/114, Karar Günü: 16.12.2010, R.G. Tarih-Sayı: 06.07.2011-27986.

05. Hornsby kararı. Fransa’da ve Türkiye’de nasıl uygulanıyor konusuna gelmeden önce AİHM uygulamasından kısaca söz etmek gerekiyor.

i. 1997’de Hornsby kararı ile kesin yargı kararlarının uygulamasının doğru yargılama içine girdiği vurgulandı. Böylece iç hukukta yargı kararlarının uygulanmaması üzerine AİHM önünde dava açma yolu açıldı. Yukarıda Türkiye bakımından örneklerini verdiğimiz kararlar, AİHM’nin iç hukukta verilen yargı kararlarının yerine getirilmesinde işlenen “uygulama kusurlarını” incelediğini gösteriyor. Ayrıca AİHM kararlarının yerine getirilmesini izlemekle görevli Bakanlar Komitesi de AİHM kararlarının tatmin edici bir uygulama ile sonuçlandığından emin olmadıkça izlemeyi sürdürüyor. Bizim kendimize ders çıkarmamız gereken nokta budur.

ii. Dışişleri bakanlarını temsilen Strasbourg’da görevli büyükelçilerden oluşan “Temsilciler Kurulu” (Delegates Committee) her ay toplanarak taraf devletlerin uygulamaya ilişkin açıklamalarını görüşüyor. Açıklamalar tatmin edici ise (davacıdan da herhangi bir şikayet gelmemişse) bir (Resolution) çıkarılarak dosya kapatılıyor. Tatmin edici değilse, izleme sürdürülüyor (ortalama beş yıl ve daha fazla).

iii. Temsilciler Kurulu, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi adı altında her ay düzenli olarak uygulama durumunu yayınlıyor. Uygulamada kusurlu olan devlet Temsilciler Kurulu’nun baskısı altında kalıyor. Bu devlet hakkında inadının derecesiyle orantılı olarak uyarı (warning), tavsiye (recommendation), geçici karar (interim resolution) ve karar (resolution) alınıyor. Dosya nihai kararlar (final resolution) ile kapanıyor. Böylece uygulamanın genel durumunu bütün taraf devletler bakımından görmek mümkün. Genel görünümde Türkiye dahil pek çok devletin uygulama kusuru içinde olduğu, ayak sürüdüğü ortaya çıkıyor.

iv. AİHM kararları uygulamasında taraf devletlerden iki tür tedbir alması isteniyor. Genel düzeyde tedbirler, bireysel düzeyde tedbirler. Bu süreç Bakanlar Komitesi adına bir idari birim tarafından tarafından izleniyor⁷. Bireysel düzeyde tedbirler idare hukuku bağlamında “birey iptal edilen işlem yapılmadan önceki durumuna dönmelidir” düşüncesiyle özetlenebilir. Genel düzeyde tedbirler, özellikle yasa ve düzenleyici işlem değişikliği veya bunların yeniden yapılması biçiminde özetlenebilir.

⁷ http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/default_en.asp (26.2.2013).

Bu düşünce idare hukukumuzda yabancıdır. Bizde iptal kararından sonra bir daha bu durumun yinelenmemesi için genel düzeyde ne gibi tedbirler alınması gerekir, tarzında bir düşünce daha önce yazılmış yada önerilmiş değildir.

06. Hornsby kararının sonuçları.1997 tarihli Hornsby kararının önemli sonuçlarından başlıcaları: i. İdari yargı kararının idarece yerine getirilmemesi, ilgilinin dava açma ve doğru yargılanma haklarını zedeleyer. ii. Bu durum ayrıca yargının bağımsızlığı ve etkili başvuru yolu ile de ilişkilidir. iii. İptal kararının yerine getirilmesi, varsa doğan zararın giderilmesini de içerir, ayrıca tam yargı davası açılmamış olması iç yolların tüketilmediği anlamına gelmez.

Bu düşünceyi idari dava varsayımlarına⁸ uygularsak aşağıdaki çizelge ortaya çıkıyor:

1. Sadece iptal davası	Hukuka aykırı işlemin iptali istenir
2. Sadece tam yargı davası	Hukuka aykırı eylemden zarar doğmuşsa bu zararın giderilmesi istenir
3. İptal davasını izleyerek tam yargı davası	İptale ilişkin yargı kararının kesinleşmesi üzerine açılır.
4. İptal+tam yargı davası	Hukuka aykırı işlemde zarar doğmuşsa hem işlemin iptali hem de zararın giderilmesi istenir
5. İşlemin uygulanmasından doğan tam yargı davası	İşlem hukuka uygun olduğu halde hatalı uygulama zarar doğurmuşsa bu tarihten itibaren dava açılabilir.

İYUK'nun, yukarıda görülen zengin varsayım çizelgesine karşın,Hornsby kararı ile ortaya çıkan varsayımı içermediği görülmektedir. Hornsby kararından çıkan sonuca göre sadece iptal davası açılmış ve

⁸ 2577/1982 İYUK m. 12'ye göre "İlgililer **haklarını ihlal eden** bir idari işlem dolayısıyla Danıştay'a ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler. Bu halde de ilgililerin 11 nci madde uyarınca idareye başvurma hakları saklıdır.

iptal kararı verilmiş ise bu kararın tam olarak uygulanması işlemde zarar doğduğu takdirde bunun giderilmesini de kapsar, ayrı dava ile istenmesine gerek yoktur. İYUK m.11’de bu doğrultuda değişiklik yapıldığı takdirde iptali izleyen tamyargı ve iptal+tamyargı varsayımlarına gerek kalmamaktadır.

III. ÇÖZÜM ARAYIŞI

07. Danıştay 1. Daire (D.1.D). Bizde yargı kararının uygulanması sorunu, danışma istemi ile Danıştay 1. Daireye, intikal ettirilirse bir çözüme kavuşuyor. Ancak bu uygulama çok sınırlı. Ayrıca bütün uygulama sorunlarının D.1.D’ye götürülmesi de olanaksız. Sayın Evren Altay’ın verdiği bir örnek: İptal edilen işlemde önceki hukuki duruma dönülmesi, iptal edilen işlemin hiç yapılmamış sayılması anlamına gelir. Bu, iptal edilen işlemde doğan zararın ödenmesini de kapsar mı? İptal davasını açan kişinin ayrıca tazminat davası açması gerekir mi? Danıştay 1. Daire, 7.6.1982, E.1982/112, K.1982/130, DD 46-47: “dava dilekçesinde istem olmamasına karşın mahrum kalınan bütün maddi hakların ödenmesi gerekir”. Yazara göre, kamu görevlilerinin özlük hakları belli olduğundan hesaplanmasında anlaşmazlık çıkmaz, ama iptal edilen yırım kararından doğan zararda (anlaşma) söz konusu olmayabilir. (Yargı yerinin) kendiliğinden tazminat sorununu çözmesi genel yetki olmalıdır⁹.

08. 14 Nolu Protokol. Güçlükle 1 Haziran 2010 tarihinde yürürlüğe girebilen bizim 2006’da onayladığımız AİHS’ne Ek14 Nolu Protokol bir çok yeniliğin yanı sıra konumuzla ilgili olarak Bakanlar Komitesine usul hukukumuzda mevcut “açıklama yolu” (tavzih) benzeri bir usul ihdas ederek Mahkeme’den uygulama için yorum isteme yetkisi tanıdı. Ayrıca Bakanlar Komitesi’ne uygulamada direnen devletin hukuki durumunu tespit için dava açma yetkisi de tanıdı¹⁰. İç hukukumuzda idari

⁹ Evren Altay, İdari yargı kararlarının uygulanmamasından doğan uyuşmazlıklar, Ankara Turhan Kitabevi, 2004, s.12-14.

¹⁰ AİHS m.46/3- Bakanlar Komitesi kesin kararın icrasının denetlenmesinin kararın yorumlanmasına dair bir mesele tarafından engellendiği görüşünde ise, konuyu yorum meselesi hakkında bir hüküm vermesi için Mahkeme’ye gönderebilir. Gönderme kararının Komite’ye katılmaya yetkili temsilcilerin üçte iki oy çoğunluğuyla verilmesi gerekir.4- Bakanlar Komitesi bir Yüksek Akit Taraf’ın, taraf olduğu davada verilen kesin karara uymayı reddettiği görüşünde ise, ilgili tarafa resmi bir ihbar tebliği ettikten sonra ve Komite’ye katılmaya yetkili temsilcilerin üçte iki oyçokluğuyla al-

yargı kararlarının uygulanması amacıyla buna benzer bir usul kabul edilmesi bir devrim yaratacaktır.

09. Fransız İdari Yargı Kanunu. Bu devrim Fransa'da 2003'de yapıldı. İdari Yargı Kanunu'na göre (Code de justice administrative) iptal kararının uygulanmadığından şikayetle kararı veren yargı yerine başvurmak mümkündür. Yargı yeri idarenin alması gereken kararı söylediği gibi, bunun için bir süre de belirleyebilir. Ayrıca gecikmede hergün için idarenin davacıya para cezası ödemesine de hükmedebilir. İçinden çıkmadığı takdirde dosyayı Danıştay'a gönderebilir. Uygulama ile ilgili kararlar her yıl gözden geçirilerek Danıştay (İnceleme ve Rapor Bölümü) bir rapor yayınlıyor. Bu sadece idare ile Danıştay arasında kalan bir belgedir. Başka anlatımla idarenin yıpratılmasından çekiniliyor¹¹.

IV. YARGI YETKİSİNİ SINIRLAYAN DURUMLAR

10. Yürütmenin durdurulması. Bir başka konu da uygulama ödevinin sadece nihai yargı kararlarını değil yürütmenin durdurulması kararlarını (YDK) da kapsamasıdır. Yürütmenin durdurulması bizde iyi anlaşılmış bir konu değildir. Fransa'da geleneksel karışma yasağı nedeniyle adli yargının verebildiği tedbir kararı idari yargıya tanınmamıştı. Bu, bizde hâlâ tanınmamaktadır. Tedbir ile YDK arasındaki fark şudur. Tedbirde acilen (esasa girmeden) davacı menfaatinin korunması amaçlanır. YDK'da da esasa girilmesi söz konusu değil, fakat asıl amaç davacıyı rahatlatmak değil, hukuka aykırı olduğu yönünde kuvvetli şüphe bulunan idari işlemin askıya alınmasıdır. Askıya alma eski duruma devam anlamına gelir. Dolayısıyla yargıç idareye karışmamış oluyor. Tedbirde ise idareye ne yapacağı açıkça söylenmek zorundadır. Bu nedenle tedbir idari yargıda kabul edilmemiştir. Günümüzde bu anlayış en azın-

dıkları kararlar, ilgili tarafın 1. fıkrada öngörülen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği meselesini Mahkeme'ye intikal ettirebilir.

¹¹ Code de justice administrative, version consolidée au 1 janvier 2013. Article L911-4 En cas d'inexécution d'un jugement ou d'arrêt, la partie intéressée peut demander au tribunal administratif ou à la cour administrative d'appel qui a rendu la décision d'en assurer l'exécution. Toutefois, en cas d'inexécution d'un jugement frappé d'appel, la demande d'exécution est adressée à la juridiction d'appel. Si le jugement ou arrêt dont l'exécution est demandée n'a pas défini les mesures d'exécution, la juridiction saisie procède à cette définition. Elle peut fixer un délai d'exécution et prononcer une astreinte. Le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut renvoyer la demande d'exécution au Conseil d'Etat.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070933>

dan Fransa'da değişmiştir. 1995 de idari tedbir girdi, böylece idari disiplin cezası nedeniyle geçim sıkıntısına düşecek davacıya aylığının tam ödenmesi sağlandı. YDK; (kanuna açıkça aykırılık+telafisiimkansızzarar+ gerekçe gibi) ağır şartlara bağlanması, davacıdan çok "hukuk devletini" esas alması, nedenleriyle kolay sonuç vermiyor¹². Bu konuda ilginç bir istisna 1988 tarihli Güvenpark kararıdır. Danıştay birkaç hafta içinde parktaki ağaçların kesilmesini önleyen YDK'yı aldı! Aslında bu davada verilen YDK ivedi oluşu bakımından ve içeriği bakımından tedbirle birebir örtüşüyordu, iptal kararı da bu tedbiri, idarenin neleri yapmaması gerektiğini sayarak doğruladı¹³.

11. İYUK: İdareye karışma yasağı. Günümüze gelince, Anayasa'da ve İYUK'da mevcut yargı yetkisini sınırlayıcı hükümler değişmedikçe, idarenin hatalı uygulamaları konusunda yargı kararı elde etmek ve yargıçtan değerlendirme yapmasını beklemek, "yargının idarenin işleyişine karışma yasağı" ile karşılaşacaktır. Karışma/engelleme/yerine geçme yasakları aslında Fransız Hukukunda Conseild'Etat'nın bizzat aldığı "kendini sınırlama" kararlarla (içtihatla) ortaya çıkmıştır. Kısaca açıklamak gerekirse, Fransız İhtilali'nin hemen sonrasında (1790) yapılan işlerin başında adli yargının idareye buyruk vermesi ve idarenin taraf olduğu işlere bakması yasaklanmıştır¹⁴. Buna karşılık kendisine idarenin

¹² Bu konudaki düşüncelerimi daha önce açıklamıştım: YDK'nın gerekçeli olması esas kararın önceden açıklanması anlamına geldiği için çok sakıncalı. Aslında Fransızların ve daha sonra ALHM'in yaptığı gibi, davanın bu aşamada çetin hukuk sorunları içerdiği (hatırlatılarak) bu nedenlerle YDK verildiği (formül gerekçe) ile yetinilmelidir: AKILLIOĞLU, Tekin (2008), "Yönetmelik Yargı Yönteminin Doğru Yargılama İlkesine Göre Yeniden Okunması...", Ali Ülkü Azrak 75. Yaş Armağanı, (Haz.N.Ş.Sayhan-Y.Karlıklı), İstanbul Çizgi Basım Yayın Ltd, 2008, s. 7-16.

¹³ Danıştay 6. Daire, 09.05.1988, E.1988/477, K.1988/646 "'Güven Park" alanında yapılan kısmi imar değişikliğinin; Ankara kentinin uzun vadeli planlama stratejilerini ve Kızılay merkezinde yeşil alan gereksinimlerini dikkate almadığı, aksine Güven Park'ın varolan estetiği, tarihi, sembolik ve ekolojik değerlerini yok edeceği için uygulanmasının, şehircilik ilkeleri, planlama esasları ve kamu yararı açısından sakıncalı olduğunun belirtildiği, dosyadaki bilgi ve belgelerle bilirkişi raporunun birlikte incelenmesinden imar planı değişikliğinin Ankara kent planlamasının genel ilkeleri, Ankara ulaşım ana planı ve Raylı Toplu Taşıma Projesi, yeşil alan gereksinimi, kent tarihi, doğal koşulların kaybedilmesi ve çevre kirliliği yönlerinden şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına ve kamu yararına aykırı olduğu sonucuna ulaşıldığı" gerekçesiyle iptal/onama.

¹⁴ Kolay ulaşma bakımından: <www.pug.fr/extract/show/801> Formation et évolution de la juridiction administrative: "Le législateur révolutionnaire a interdit à plusieurs

taraf olduğu bütün işlere bakma yetkisi tanınan Fransız Danıştay'ı bu yetkiyi çok büyük bir teenni ve esneklik ile uygulanmıştır. Fransız Danıştay'ı *idareye emir verme* (prohibition d'injection) ve *idarenin yerine geçme* (prohibition de substitution) ve *yerindelik denetimi* (contrôle d'opportunité) yasakları adı altında bir içtihat geliştirmiş ve özetle kararlarında adli yargıç gibi buyruk vermektense, idareye ne yapılması gerektiğini söylemekten ve hukuk kuralında bulunan veya hukuk kuralına dayandırılabilen ölçütler dışında değerlendirme yapmaktan kaçınmıştır. Bizde bu yasaklar çok köşeli olarak Anayasada (m.125/4ve5) ve İYUK'nda (m.2/2 ve 27) yer almaktadır,tutarsız da sayılır. İdarenin işleyişine engel olma yasağını kim değerlendirecek yargıdan başka? O halde Anayasaya ve kanuna neden konuyor? İYUK'nda yer alan yasakların aynen Anayasada da mevcut bulunması değiştirmeyi güçleştirme amacı taşıyor. Ancak çok tuhaf bir şekilde 14 Nolu Protokolü onaylayarak AİHM'nin içhukuk sisteminin tamamına, Anayasa Mahkemesi dahil, karışmasını kabul ettik, fakat Anayasa ve İYUK'ta idari yargı için idareye karışma yasağı sürmektedir...

12. Yasamanın idareye müdahalesi. Bu bağlamda yasamadan da söz edelim. ANY m.138 onun da kesin yargı kararını değiştirilmesini ve/veya uygulamasının geciktirilmesini yasaklıyor. Yasama organının yürütmenin yerine geçerek "yasa ile idari işlem" yaptığı görülmektedir. ANYM bu yetkiyi kimi durumda (nesnel sebepler varsa) Anayasa'ya uygun, kimi durumda (özel sebepler varsa) aykırı bulmuştur. Devlet İstatistik Enstitüsü'nün Türkiye İstatistik Kurumu adıyla yeniden düzenlenmesine ilişkin yasa ile mevcut başkanın görevine son verilmesini "başkanlığa atanma şartları ve usulü de değiştirilmiş olduğundan" Anayasaya aykırı bulmamıştır¹⁵. Buna karşılık BDDK yönetiminde başkan hariç diğer üyelerin görevine son veren yasa değişikliğini "hukuk güvenliğini ihlal eder nitelikte bulunduğu için" iptal etmiştir¹⁶. Sonuca katılmakla birlikte gerekçenin hukuk güvenliğine aykırılık değil, düzenlemenin ayrımcı niteliği olması gerekirdi. Başka bir anlatımla yasama organı, Anayasa'ya aykırı olmamak kaydıyla, yasa ile idari işlem sonucu doğu-

reprises aux tribunaux ordinaires de connaître des actes de l'administration (lois des 16-24 août 1790 et décrets des 7-14 octobre 1790)."

¹⁵ ANYM Esas Sayısı: 2008/105, Karar Sayısı : 2010/123, Karar Günü: 30.12.2010, RG 26.2.2011, Sayı: 27858.

¹⁶ ANYMEsas Sayısı: 2003/112, Karar Sayısı: 2006/49 Karar Günü: 6.4.2006, RG 29.11.2006, Sayı: 26361.

rabilir. Buna karşılık 138. maddede açıkça ifade edildiği gibi yasama organının tasarrufu yargı kararı sonucu doğuramaz yada kuralda söylendiği yargı kararını değiştiremez, uygulamasını geciktiremez.

13. ANY değişikliği yoluyla müdahale. ANYM yasamanın yürütme işlemleri yapabilmesine bazı şartlarla müsaade etmekle birlikte, ANY 138'in açık hükmü karşısında, yargı işleminin yasa yoluyla değiştirilmesine izin vermeyeceği beklenir. Bununla birlikte kamu denetçisi konusunda yasama organı 2010'da Anayasa değişikliği yaparak ANYM'nin 2006'da verdiği iptal kararının sonuçlarını silmiştir. Bu tasarruf dilekçe hakkını düzenleyen 74. maddenin başlığı "Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı" biçiminde değiştirilmesi ve maddeye dört yeni fıkra eklenmesiyle yapılmıştır¹⁷. Yasama organına bağlı bir kamu denetçiliğinin kuruluşuna Anayasa hükümlerinin izin vermediği yolundaki ANYM kararı üzerine¹⁸, 2010 yılında Anayasanın 74. maddesine kamu denetçiliği hükmü eklenmiş ve buna karşı açılan iptal davası yasama organının yetkili olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir¹⁹. Böylece Anayasa'ya aykırılık sorunu Anayasa'ya hüküm konularak

¹⁷ (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/8 md.) Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir. (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/8 md.) Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler. (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/8 md.) Kamu Başdenetçisi Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gizli oyla dört yıl için seçilir. İlk iki oylamada üye tamsayısının üçte iki ve üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır. Üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır; dördüncü oylamada en fazla oy alan aday seçilmiş olur. (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/8 md.) Bu maddede sayılan hakların kullanılma biçimi, Kamu Denetçiliği Kurumunun kuruluşu, görevi, çalışması, inceleme sonucunda yapacağı işlemler ile Kamu Başdenetçisi ve kamu denetçilerinin nitelikleri, seçimi ve özlük haklarına ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.

¹⁸ ANYM Esas Sayısı: 2006/140, Karar Sayısı: 2008/185, Karar Günü: 25.12.2008. "Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Anayasa'da belirtilen görev ve yetkileri arasında Kamu Denetçiliği Kurumuna Başdenetçi ve denetçi seçme görev ve yetkisi bulunmadığı gibi adı geçen Kurumla Türkiye Büyük Millet Meclisi arasında bu seçime olanak verecek Anayasa'dan kaynaklanan doğal sayılabilecek bir ilişki de söz konusu olmadığından Yasa Anayasa'nın 87. maddesi ile uyumlu değildir".

¹⁹ ANYM Esas Sayısı : 2010/49, Karar Sayısı : 2010/87, Karar Günü : 7.7.2010. "Kamu gücünü kullanan makamların işlemleriyle ilgili olarak vatandaşların şikâyetlerini incelemekle görevli bağımsız bir kurum olan kamu denetçiliğinin, kendine ulaşan şikâyetlerle ilgili olarak hukuka ve hakkaniyete uygunluk açısından inceleme yaparak ulaştığı sonuçları ilgili kurumlara bildirmesi ve gerekli tedbirlerin alınmasını amaçladığı anlaşılmaktadır. Böyle bir kurumun oluşturulmasının hukuk devletini ortadan kaldırdığı ya da içini boşaltarak anlamsızlaştırdığı söylenemez".

aşılmış gibi görünmektedir. Ama asıl sorun yine de havada kalmış görünüyor. Sayın Özbudun'un belirttiği gibi 2006'daki iptal kararı gerekçesi, hem Anayasa kurallarında açıkça yasaklayıcı hüküm bulunmaması, hem de diğer ülkelerdeki ombudsmanların parlamento ile yapısal/işlevsel ilişkili olmaları karşısında yabancı örneklere bakılırsa, pek inandırıcı görünmüyordu²⁰. Bu durumda ANYM 2010 yılında, ANY'da değişiklik yapılmamış olsaydı bile, yorum değiştirdiğini açıklayarak, açılan iptal davasını reddedebilirdi. Bu örnek yasama organında çoğunluğa dayanan hükümetlerin kendilerini çaresiz hissettikleri durumda anayasa değişikliği yoluyla ANYM'ne bile müdahale ettiklerini gösteren çarpıcı bir örnektir.

14. Kıyak emeklilik. Yasama organı ANYM kararlarının geriye yürümeyeceği kuralını dikkate alarak ANYM tarafından verilen iptal kararlarını etkisiz hale getirebilmektedir. İptal kararları uygulamasında, idarenin yeni işlem yapmaması veya iptal kararı doğrultusunda işlem kurmaması önemli sorunlardır. Aynı şey kimi durumlarda Anayasa Mahkemesi kararlarını uygulamayan Yasama Organı için de söylenebilir. Milletvekili aylıklarının ve ayrıcalıklarının arttırılması için yapılan ve basında "kıyak emeklilik" adıyla bilinen yasa değişiklikleri Anayasa Mahkemesince sosyal adalet ve eşitliğe aykırı bulunarak defalarca iptal edildiği halde Yasama organı her defasında tutumunu sürdürmüş ve yargı denetiminden kaçmak için milletvekili özlük haklarının yasa ile değil fakat meclis kararı ile düzenlenmesi girişiminde de bulunmuştur. On yıl öncesine giden bir örnek:

²⁰ Ergun Özbudun, Özbudun, "Kamu denetçiliği ve Anayasa Mahkemesi", Zaman. 28.04.2009. "Anayasa Mahkemesi'nin bu gerekçesini de kabule imkân yoktur. Yasama organına bir kamu kurumu veya kuruluşu kurma yetkisi veren hükmün, "idare"ye ilişkin 123'üncü maddede yer alması, TBMM'nin idare dışında bir kamu kurumu kuramayacağı anlamına gelmez. Anayasa'nın hiçbir yerinde bunu yasaklayıcı bir hüküm yoktur. Esasen kamu denetçiliği kurumunun mahiyeti, onun, "idare" içinde yer almasına engeldir. Kamu denetçiliği kurumu, yabancı örneklerin de gösterdiği gibi, idareyi idarenin dışında ve yasama organı adına denetleyen, kendine özgü bağımsız bir kurumdur."

ANYM, Esas Sayısı: 1992/38 Karar Sayısı: 1993/5 Karar Günü: 2.2.1993 R.G. Tarih-Sayı :17.12.1993-21791. "Yasama organı üyeleri ile dışarıdan atanan bakanların TC. Emekli Sandığı ile ilgilendirilmelerine ilişkin 7.5.1986 günlü, 3284 sayılı Yasa'nın EK. I. maddesi ile EK. 4. maddesinin Anayasa Mahkemesi'nin 2.12.1986 günlü, Esas: 1986/22, Karar:1986/28 sayılı kararıyla, 21.4.1988 günlü, 3430 sayılı "5434 sayılı TC. Emekli Sandığı Kanunu'na Altı Ek Madde ile İki Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun"un 1. maddesine 5434 sayılı Yasa'yla eklenen EK.60., EK.63. ve EK.64. maddeler yine Anayasa Mahkemesi'nin 24.5.1988 günlü, Esas: 1988/11, Karar: 1988/11 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin her iki iptal kararında da, Yasama organı üyelerinin iştirakçi oldukları bir sosyal güvenlik kuruluşundan diğer iştirakçilerle eşit koşullarda yararlandırılmaları gerekirken diğer iştirakçilerin hiçbiri için söz konusu olmayan kimi ayrıcalıklarla donatılmalarının savunulması mümkün olmayan bir eşitsizlik ve adaletsizliğe yol açtığı ve bu durumun Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ve 10. maddesindeki eşitlik ilkelerine aykırı olduğu belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarına karşın, 3671 sayılı Yasa ile milletvekili ve dışarıdan atanan bakanların emeklilik hakları düzenlenmiş ve böylece milletvekillerine ve dışarıdan atanan bakanlara Emekli Sandığı'nın diğer iştirakçilerinden ayrıcalıklı haklar sağlanmıştır.

15. Yasamanın yorum yetkisi. Yasama organınının 1924 ANY zamanında "Meclis Tefsiri" yoluyla o zamanın Yargıtay'ına ve Danıştay'ına yol gösterdiği hatırlanmalıdır. Bu usulün bize Fransız hukukundan geçtiğini sanıyorum. Chaim Perelman ihtilal sonrasında 1790 tarihinde Fransız Yargıtay'ı kurulurken bu kuruluşa yasama organı adına mahkeme kararlarını denetleme yetkisi verildiğini, bu arada mahkemelelerin genel düzenleme niteliğinde karar vermeleri de yasaklandığını belirtiyor. Buna karşılık mahkemelere memnun olmadıkları kanunlarda değişiklik yapılması veya yeni kural konması için yasama organına başvurma yetkisi tanınıyor. 1790-1804 arasındaki kısa zaman aralığında mahkemeler meclise o kadar çok başvuru yapıyor ki 1803'de Fransız Medeni Kanunu'nun 4. maddesine "özel hukuk anlaşmazlıklarına uygulanacak hüküm bulunmadığı gerekçesiyle dava/ret yasağı" konuyor²¹. Şu

²¹

kadar ki istisnai olarak Yargıtay'ın iki kere bozduğu bir işte üçüncü defa aynı karar verilirse işin Meclise sunularak tefsir istenmesi kabul ediliyor. 1837'de bundan da vazgeçiliyor ve üçüncü defa aynı karar verilirse Yargıtay genel kurulunun karar vermesi usulü kabul ediliyor²². Bu kısa tarihçeden bazı sonuçlar çıkarmak mümkün: i. Hakimin yorum yetkisi ile davaya bakmaktan kaçınmama ödevi, aynı düşüncenin iki sonucu, gibi görünüyorsa da, değil. ii. Israr (direnme) yetkisi, (ilk derece hakiminin temyiz hakimine karşı korunması gibi saçma bir fikirden ziyade) aslında yorum yetkisinin yasamadan yargıya geçmesinin bir sonucu olarak çıkmıştır.

16. Davaya bakmaktan kaçınma yasağı (Interdiction du déni de justice/Prohibition of denial of justice).

i. Yargıcın davaya bakma ödevi yada bakmaktan kaçınma yasağı Medeni Kanun'un 1. maddesinde ifade edilen kuralın düşünsel/mantıki sonucu olarak yorumlanmıştır²³. Gerçekten Fransız Medeni Kanunu'nun 4. maddesine bakılırsa, "kanunun hüküm içermemesi, anlamının kapalı olması veya hükmün yetersiz olması "bahanesiyle" davaya bakmayı reddeden hakim yargı görevini yerine getirmeme suçundan koğuşturulacaktır/ (*Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*) denildiğine göre, bu hüküm kanunu ve hukuk sistemini yorumlayarak hakime uygun kural bulma ödevi yüklemektedir, sonucuna varılabilir.

juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice".

²² Charles Perelman, *Logique Juridique, Nouvelle Rhétorique*, Paris, Dalloz, 1999 (réédition de 1979), pp17-18.

²³ Bir çok yazar, hatta öğretinin büyük çoğunluğu, böyle düşünmekle birlikte, erişim kolaylığı nedeniyle sadece bir örnek yeterlidir, bkz Yasemin Işıқтаç, "Yargıcın Hukuk Yaratma Fonksiyonu Üzerine Bir İnceleme", www.isiktac.av.tr/files/003_hakimin_hukuk.pdf - s.2-3: "Yargıcın boşluk bulunan hallerde nasıl davranması gerekeceği, bazı yasa metinlerinde düzenlenmiştir. Örneğin, Fransız Medeni Kanununun 4.maddesinde yer alan hükümle "yasanın suskunluğu, anlaşılmazlığı ya da yetersizliğini bahane ederek hüküm vermeyi reddedecek olan yargıç davaya bakmaktan kaçınma suçlusu olarak kovuşturulabilecektir, denilmektedir. Benzer bir düzenleme de Roma ve Kilise hukukundan gelen bir gelenekle, olaya ilişkin özel bir kural yoksa, yargıç sanki kendisi yasa koyucuymuşçasına karar verecektir, biçimindedir. Bu sistemin içine, Medeni Kanun 1. maddesi, "Hakimihakkı haktan imtina edemeyeceği" ilkesi dolayısıyla Türk uygulamasını da sokabiliriz."

ii. Ne var ki Perelman bunun böyle olmadığını, aslında kanunu yorumlama yetkisinin önce kralda olduğu sonra yasamaya geçtiğini dikkate alarak, ancak 19. Yüzyılda yargının bağımsız yorum yetkisi kazandığına işaret etmektedir. Bağımsız yorum ayrıcalığının getirdiği başlıca yükümlülük davaya bakmaktan kaçınma yasağıdır.

iii. Bizde bu hüküm Medeni Kanun'da değil fakat Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK 6100/2011) hakimlerin hukuki sorumluluğu/devletin sorumluluğu (m.46/1e) bağlamında yer almıştır. Bilindiği gibi bu hüküm HUMK'dahakimin doğrudan sorumluluğu biçiminde iken 2011 tarihinde yürürlüğe giren HMK'da birinci derecede devletin sorumluluğu biçimini almıştır²⁴.

iv. Aslında 2011 değişikliği önemli bir yaklaşım değişikliği bir o kadar da güçlük getirdi. Şöyle ki hakim mutlak bağımsız ise davaya bakmaktan kaçınma kararı alabilir, bunu önlemek için davaya bakmaktan kaçınma yasağı getirilmiştir. Ancak hakimin mutlak bağımsızlığının bir sonucu da kusurlu kararları ile verdiği zararın sonucuna katlanmasıdır. Burada da hakimin her zarardan sorumlu tutulmayarak yada sadece ağır ve istisnai kusurdan kişisel sorumluluğu kabul edilerek bağımsız hareket edebilmesi daha doğrusu korkmadan karar vermesi amaçlanmıştır.

v. Ayrıca Hakim ve Savcılar Kanunu'nun (HveSKn2802/1983) 93/A maddesinde 2011'de yapılandırılmışlık ile hakimlerin sadece ağır kusurları değil her türlü kusurlarından dolayı devlet aleyhine hukuki sorumluluk davası açılacaktır.

vi. Kısaca, HveSKn ve HMK'da yapılan değişiklikler ile hakim bundan böyle hiç korkmadan karar verecek ama, hakimin bağımsızlığı bu defa da devlet tarafından tehdit edilebilir hale gelmiş olmaz mı? (Ya bana rücu ederse?). Bu ayrı bir inceleme konusu.

vii. Tekrar karar vermekten kaçınma yasağına dönersek, bu durum Medeni Kanunun 1. maddesinin bir sonucu değil, hakimi yasamadan bağımsız hareket etmeye zorlayan yada bağımsızlığının sorumluluğunu hatırlatan bir hüküm olarak anlaşılmalıdır. Başka deyişle 1837'ye kadar Fransa'da mahkemeler yasamadan son sözü (yorumda) söylemesini istiyor, yasama organı da yaptığı yorumu Kral'ın onayına sunup bir Kral kararnamesi çıkarılıyordu. İşte Meclis tefsiri denen şey! Bu uygu-

²⁴ HMK. Devletin sorumluluğu ve rücu m. 46- (1) Hâkimlerin yargılama faaliyetinden dolayı aşağıdaki sebeplere dayanılarak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir: e) Hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması.

lamanın terkedilmesi, hakimin davaya bakmaktan kaçınma yasağını zorunlu kılmıştır, zira eskiden Kral kaçınıbiliyordu. Başka deyişle hakimin davaya bakmaktan kaçınma yasağı hakimin hukuk yaratma yetkisinin sonucu değil sadece bağımsızlığını kazanmasının bir sonucudur.

17. Direnme/ısrar yetkisi. Her üç yargı kolunda da tanınmış olan direnme yetkisi hükmü veren ilk derece hakiminin korunması için çıkarılmış izlenimi veriyor: Kahraman derece hakimi temyize direniyor ve sonuçta temyiz bütünü dairesi toplanıp (genel kurul) bu işin içinden elbirliğiyle çıkıyor, derece hakimi de tatmin oluyor veya artık uymak gerektiğine inanıyor. Bu açıklama biçimi tarihi gelişmeye uymuyor. Bir kere “direnme yetkisi” deyimini de hatalı. Direndiği falan yok. Derece hakimi kanunun yorumu için Meclise başvurulmasını istiyor. Gönüllü olarak. Yukarıda açıklandığı gibi bağımsız yorum elde edildikten sonra kanunu yorumlama önce temyiz dairesine, daha sonra da genel kurula düşüyor. Başka bir anlatımla ilk derece hakimine “direnme” adı verilen imkan, temyiz dairesinin yorumuna karşı genel kurul önünde itiraz hakkından başka bir şey değildir.

18. Bakılmakta olan davaya müdahale yasağı. AİHM 1994 tarihli “Stran and Stratis Andreadis” kararında (§49) yasama organının kanun değişikliği yoluyla mahkeme önündeki işi etkilemesini AİHS’nin 6. maddesine aykırı bulmuştur. AİHM’nin Stran-Andreadis kararında vurguladığı “görülmekte olan davaya müdahale yasağı” esasen Anayasa’nın 138. maddesinde yer almaktadır. Stran-Andreadis kararının önemi bu yasağı Avrupa Hukuku ilkesi olarak belirlemesidir. Türkiye’de bu ilkenin aksine durumlar görülmektedir. İki örnek: Haberal vekillerinin “tutuklama itiraz/ret” kararlarının gerekçesiz ve sistemli bir şekilde verilmesi iddiasıyla ret kararlarını veren yargıçların ağır kusur sorumlulukları konusunda Yargıtay 4. Hukuk Dairesine açtıkları dava bu dairece kabul edilmiş²⁵ ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nda temyiz görüşmesi

²⁵ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 2009/16, K. 2010/11 T. 8.6.2010: “Ceza yargılamasının tutuksuz yapılması asıldır. Koruma tedbiri anlamında tutuklama ise, istisnai bir nitelik taşımaktadır. İstisnanın, kural haline dönüştürülmesi; masumiyet karinesi ve adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğurmaktadır. Dava konusu tutukluğunun devamına ilişkin karar ile davacının yaşam hakkının tehlikeye düşürüldüğü; koruma tedbiri ile öngörülen amaç dışında sonuçlar meydana geldiği; eşitlik ilkesine aykırı davranıldığı ve yeterli gerekçe de gösterilmediği, masumiyet karinesinin göz ardı edildiği; bu durumun, yoruma ihtiyaç göstermeyecek derecede açık ve kesin olan kanun hükmüne aykırı olduğu ve ağır kusur oluşturduğu; davalıların sorumluluklarını gerektirdiği dikkate alınmalıdır.

yapılırken Hakim ve Savcılar Kanununda yapılan değişiklik ile ağır kurdan kişisel sorumluluk davalarının devlet aleyhine açılacağı yönünde değişiklik yapılarak yasama müdahalesiyle sonuçsuz kılınmıştır. Haberal davasına yargı kararı yasa değişikliği ile hükümsüz kılındı ise de “yargıçların gerekçesiz kararlar ile tutukluluğun sürmesine karar veremeyecekleri” yolundaki ilke geçerliliğini muhafaza etmektedir. AİHM 1994 tarihli Stran-Andreadis kararında yargılama sırasında sonuca etkili olacak kanun değişikliğinin doğru yargılama ilkesine aykırı olduğunu hükme bağlamıştır. Bu karara konu olayda Yunanistan mevzuatına göre tahkim şartı, ilişkin olduğu sözleşme geçersiz/hükümsüz sayılsa bile, geçerli olmaya devam eder. Olayda özel rafinerinin devletleştirilmesi üzerine tahkime gidilmiş ve tazminata hükmedilmiştir. Bu hükmün temyiz incelemesi sırasında Hükümetin talebi üzerine Yunan Yargıtayı Genel Kurulu önündeki duruşma ertelenerek yeni kanunun çıkması beklenmiş ve yeni kanun, tahkim anlaşmasının bağlı olduğu sözleşmenin feshedilmiş olması halinde, tahkim anlaşmasının da hükümsüz kalacağını kurala bağlamış ve buna dayanılarak tazminat talebi reddedilmiştir²⁶.

§74. By choosing to intervene at that stage of the proceedings in the Court of Cassation by a law which invoked the termination of the contract in question in order to declare void the arbitration clause and to annul the arbitration award of 27 February 1984, the legislature upset, to the detriment of the applicants, the balance that must be struck between the protection of the right of property and the requirements of public interest.

§74. Temyiz Mahkemesi önünde yargılama devam ederken sözleşmenin feshi üzerine tahkim şartının da geçersiz olduğunu kurala bağlayarak 27 Şubat 1984 tarihli tahkim tazminat hükmünü kaldırılmasına yol açan kanun koyucu, davacılar aleyhine olarak, mülkiyet hakkının korunması ile kamu yararı gerekleri arasında gözetilmesi gereken dengeyi bozmuştur.

19. Yasamanın yargı kararının sonuçlarını silmesi (validationlégislative). Buna karşılık AİHM 2002 tarihli Stella c. France (kabul edilmezlik) kararında Fransız Danıştay’ı tarafından 1995 yılı aile yardı-

²⁶ Case of Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece, 09 December 1994.

mında artış oranını düşüren idare düzenlemesinin iptali üzerine, yasama organının hükümete geri yürür biçimde indirim yetkisi vermesini yargı kararının sadece 1995 yılı ile sınırlı olduğu gerekçesiyle AİHS'ne aykırı bulmamıştır²⁷. AİHM yasama organının görülmekte olan bir dava sırasında yasa değişikliği ile dava sonucuna müdahalesini yasaklamıştır. Ancak davadan önce ileride açılacak davaya etkili yasa değişikliği yapılması, yada dava sırasında sonuca doğrudan etkili olmayan usul değişikliği yapılması veya davadan sonra meydana gelen sonuçların yasama yoluyla silinmesi yasaklanmış değildir.

La Cour rappelle que le pouvoir législatif n'est pas empêché de réglementer en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, même si le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent, sauf pour impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige (arrêt Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce du 9 décembre 1994, série A n° 301-B, p. 82, § 49 ; National & Provincial Building Society et autres pré cité, p. 2363, § 112; Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres précité, p. 174, § 57). Par ailleurs, elle réaffirme que la jurisprudence des organes de la Convention n'a jamais admis que la rupture de l'égalité des armes pût résulter de mesures «anticipant» en quel quesorte sur un procès non en

Mahkeme, görülmek olan bir davada anlaşmazlığın sonucunu etkilemek amacıyla üstün kamu yararı söz konusu olsa dahi müdahale edilmesinin hukukun üstünlüğü ve doğru yargılama ilkelerini öngören 6. maddeye aykırı olması dışında, yasama gücünün özel hukukta, yürürlükteki kanunlardan kaynaklanan haklara ilişkin olarak, geri yürür düzenleme yapmasına engel bulunmadığını hatırlatır (arrêt Raffineries Grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce du 9 décembre 1994, série A n° 301-B, p. 82, § 49 ; National & Provincial Building Society et autres précité, p. 2363, § 112 ; Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres précité, p. 174, § 57). Öte yandan, Mahkeme, Sözleşme organlarının içtihadında usulde eşitlik ilkesinin dava açılmadan önceki aşamada ihlal edilebilmesi hiçbir zaman kabul

²⁷CEDH, décision partielle sur la recevabilité de la requête n 45574/99 présentée par Pervé-Patrick et Béatrice Stella et la Fédération nationale des familles de France contre la France, 11 Juillet 2000.

corené, et que ce serait aller trop loind'etendre cette théorie par uneespèced'analogie (voir la decision Organisation national e des infirmiers libéraux c. France précitée).

edilmemiştir, ve bu kuramı benzetme yoluyla genişletmek aşırı-ğa kaçmak anlamına gelecektir. Bkz daha önce anılan, "Organisation nationale des infirmiers libéraux c. France" kararı).

20. İmtiyaz usulü ve özelleştirme kanunu. Türkiye'de "yargı yeri-idare-yasama" üçlüsü arasındaki ilişkilerde "yüksek gerilim" yaratan ve idare hukuku öğretisini de "istikrarsızlaştıran" iki konu üzerinde kısaca durmak yararlıdır: imtiyaz sözleşmesi ve özelleştirme usulü.

i. ANYM'nin kamu hizmeti niteliğinde bir işin görülmesini konu alan sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi dışında bir şekilde yapılamayacağı konusundaki sabit duruşu üzerine yasama organı Anayasa değişikliği ile müdahalede bulunarak ANY'nın 47 maddesinin sonuna 1999 yılında "Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırabileceği veya devredebileceği kanunla belirlenir" hükmü eklenerek tartışmaya son verilmiştir.

ii. Kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilmesi sürecinde de önce ANYM ile sonra da özelleştirme işlemlerinde (ihale sürecinde) yapılan usulsüzlükler nedeniyle Danıştay ile gerilim yaşanmış, sonuçta koşullara uygun olarak çıktığı varsayılan özelleştirme kanununa garip bir madde konularak "çözüm" bulunmuştur: "4046/1994 Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun Ek Madde 5- (Ek: 25/4/2012 - 6300/10 md.) ...özelleştirme uygulamaları sonucunda kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanmış bulunması, söz konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, modernizasyon, istihdam ve bunlara bağlı her türlü hukuki, ticari ve mali tasarruflarda bulunulması nedeniyle oluşacak fiili imkansızlık karşısında geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkması halinde yargı kararlarının uygulanmasına yönelik olarak, Bakanlar Kurulu tesis edilecek iş ve işlemler konusunda karar almaya yetkilidir." Başka bir anlatımla özelleştirme sürecinde, ihale evresi tamamlanıp sözleşme bağlandıktan sonra, daha önce idari yargı önünde açılan bir dava iptal kararı ile sonuçlanmış

ise Bakanlar Kurulu bu kararın uygulanamayacağına karar verme yetki-
siyle donatılmıştır²⁸.

21. Aslında sayfalar boyu sürebilecek ve bir o kadar da “peranni”²⁹ nitelikte olan bu konuyu çok sorulan ve cevabı bilinen bir soruyla bitirelim: yargı kararının uygulanması imkansızsa ne olacak? Aslında uygulama imkansız ise cevap da verilmiş demektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, herhalde önüne hep özel hukuk yargı örnekleri geldiği için olsa gerek, özel hukuk alanında, uygulama imkansızlığı varsayımında davasında haklı çıkan ama maddi imkansızlık nedeniyle kararın uygulanmasını elde edemeyen davacının tazmin edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bir örnek; GarciaMateos/İspanya işinde davacı 6 yaşından küçük çocuğuna bakmak için çalışma sürelerinin kısaltılmasını istemiş, iş mahkemesi reddetmiş, davacı bunun üzerine İspanya Anayasa Mahkemesi’ne anayasa şikayeti yada “amparo başvurusu” yapmış, bu Mahkeme hak vermiş ise de yeniden işe bakan iş mahkemesi sürenin kısaltılmasının yasalar uyarınca davacının durumunda mümkün olmadığına karar vermiş, davacı yeniden “amparo” yapmış, Anayasa Mahkemesi iş mahkemesinin önceki kararını yanlış anladığını tespit etmiş ancak bu arada çocuk da 6 yaşını doldurmuş, Anayasa Mahkemesi fiili imkansızlık nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına ve davacının tazminat isteğini de amparo başvurularında tazminat ödenmesine olanak tanıyan bir hüküm bulunmaması sebebiyle reddetmiş. AİHM bu yılan hikayesini AİHS m.6 bağlamında ihlal (yargı kararının uygulanmaması) ve tazminat ile sonuçlandırmıştır³⁰. Ancak GarciaMateos işinde icra imkansızlığına yol açan gecikme, mahkemeler arasında ortaya çıkan anlayış farklılığından doğduğu için tazminata hükmedilmiştir. Buna karşılık Sanglier/Fransa işinde davacı, alacağı yargı kararı ile sabit olmakla birlikte birçok alacaklı ile birlikte sıraya girdiği, tasfiye masasında para kalmadığı için alacağını alamamıştır. AİHM burada da özel hukuk alacağının icra edilememesinden devletin sorumlu tutulamayacağını vurgulayarak sadece işin makul süreyi aşması nedeniyle manevi tazminata

²⁸ Turgut Tan, “Yargı Kararını Uygulamama Yetkisi Verilebilir mi?”, Güncel Hukuk Eylül 2012 no 9-105, s.50-53.

²⁹ “Perennial”e telmihen (T.A.).

³⁰ GARCIA MATEOS c. ESPAGNE, 19.2.2013. §42. Le droit d'accès à un tribunal ne peut obliger un État à faire exécuter chaque jugement de caractère civil quel qu'il soit et quelles que soient les circonstances (*Sanglier c. France*, § 39, 27.5.2003)”. Benzer:

hükmetmiştir³¹. Tabii işin daha ince yanları da var. Dikkat edilirse AİHM dipnotuna aldığımız alıntıda “devlet medeni nitelikte her ilamı icra etmeye zorlanamaz”, diyor. Acaba bundan cezada ve idaredeki ilamların mutlaka icra edilmesi gerektiği sonucu çıkar mı? Ünlü Couitéas kararında da aslında adli yargı ilamını “karışıklık çıkar/kamu düzeni bozulur” diye infaz etmeyen Cezayir Vali’sinin “adli idari işlem” niteliğinde sayılacak bir idari ret işleminin Fransız Danıştay’ınca doğrulanması ve davacının tazminat hakkı doğduğu şeklindeydi³². Başka deyişle cezada af, mahkumun hastalığı, ileri yaşı gibi insani nedenlerle infazın ertelenmesi veya infaza son verilmesi dışında infazda imkansızlık pek rastlanırdur olmasa gerek. İdare hukukunda, daha doğrusu, idari yargıda kural yargılaması söz konusu olduğundan yerine getirme imkansızlığı çok ayırık, hukuki imkansızlıktan çok, fiili imkansızlık halinde kabul edilebilir. Ancak son olarak değindiğimiz özelleştirme uygulamaları hakkında kanunda (“4046/1994 Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun Ek Madde 5- (Ek: 25/4/2012 - 6300/10 md.) yapılan değişiklik yeni bir kavram getiriyor: “iktisadi/mali imkansızlık”. Başka deyişle yargı kararını uygulamak Hazine için yıkım oluşturacaksa, uygulanmaması daha doğrudur diye düşünülmüş olsa gerek. Ekonomik factum’un, hukuki kuralın ve buna dayanan yargı kararının yerine geçmesi hayli düşündürücü bir durum olsa gerek.

³¹SANGLIER c. FR 27.5.2003, § 39 On ne saurait pourtant en déduire qu’en matière civile, les Etats contractants doivent être tenus pour responsables du défaut de paiement d’une créance exécutoire dû à l’insolvabilité d’un débiteur «privé» (voir, *mutatis mutandis*, *Dachar c. France* (déc.), 6.6.2000). La Couestime que le requérant ne saurait donc être recevable à se plaindre, auegard de l’article 6 § 1, de n’avoir aucune espoir de recouvrement de sa créance en raison exclusivement de l’insolvabilité du débiteur, placé en liquidation judiciaire. BENZER:BUSHATI AND OTHERS v. ALBANIA JUDGMENT (MERITS) 8.12.2009, § 80. The right of “access to court” does not impose an obligation on a State to execute every judgment of a civil character without having regard to the particular circumstances of a case (see *Sanglier v. France*, no. 50342/99, § 39, 27 May 2003). The State’s responsibility for enforcement of a judgment against a private person extends no further than the involvement of State bodies in the enforcement procedures (see *Fuklev v. Ukraine*, no. 71186/01, § 67 and §§ 90-91, 7 June 2005). The Court’s only task is to examine whether the measures taken by the authorities were adequate and sufficient. In cases such as the present one, where the debtor is a private person, the State has to act diligently in order to assist a creditor in execution of a judgment (see *Focia v. Romania*, no. 2577/02, § 70, 3 February 2005).

³²<http://www.conseil-etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/30-novembre-1923-couiteas.html> . 30 novembre 1923 - Couitéas

SONUÇ YERİNE...

22. “Desideratum-factum” ilişkisi. Kural yargılamasında daha sık rastlanan, ama genelde yargı kararlarının uygulanmasında karşılaşılan direnç, aslında daha genel bir model içine yerleştirilerek incelenebilir. Değil sadece yargı kararları, genelde hukuk kuralı her zaman uygulanıyor mu? Yada gerektiği gibi uygulanıyor mu? soruları sorulmalıdır. Hukuk kuralı ilk ortaya çıkışında, genç bir insanın iş hayatının başlangıcında olduğu gibi tedirgin/ürkek/kararsızdır. Acaba başarılı olabilecek miyim? Zamanla kendisine güveni artar, barış yada sükun sağlar, toplumsal ilişkilerde akışkanlık korunur. Ancak bir yere kadar. O yerde direnç/tıkanıklık/anlaşmazlık/değişim ihtiyacı ortaya çıkar. Hukuk kuralı “olması gereken” bir davranış (desideratum) şekli içerdiği için eninde sonunda “olan davranış” (factum) ile çatışma içine girer, kısacası. İlişkiler aşağıdaki gibi gösterilebilir:

ilk durum	kurala uygunluk	(kural) ile hayatta olan şeyler (<i>olan</i>) uyum içindedir.
ikinci durum	<i>olanın</i> kurala karşı koyuşu/ çatışma	kural ile <i>olan</i> kararsızlık/belirsizlik durumuna girer. kural yıpranmıştır, <i>olan</i> daha güçlü görünmektedir...
üçüncü durum	Kural <i>olana</i> galip gelmiştir.	kurala uygunluk istikrar sağlamıştır.
dördüncü durum	<i>olan</i> , kuralın varlığını tehlikeye düşürür.	olaydan gelişen yeni davranış (<i>olan</i>) modeli kuralın yerini almıştır. (ancak kendisi normatiflik niteliği kazandığı için yeni <i>olacak olanlar</i> onu da tehlikeye sokacaktır).

Yukarıdaki modelin doğruluğu ortaya konabiliyorsa hukuk kuralının ve yargı kararlarının uygulanmasının mutlak değil görel olduğu da ortaya konabilecektir. Hukuk kurallarının ve yargı kararlarının mutlak galibiyetini varsayan öğretiler, acaba ne kadar, hangi süreyle doğruyu göstermektedir, bir araştırma konusu olsa gerek.

KAYNAKÇA

AKILLIOĞLU, Tekin (2008), “Yönetsel Yargı Yönteminin Doğru Yargılama İlkesine Göre Yeniden Okunması”, Ali Ülkü Azrak’a 75. Yaş Armağanı, İstanbul, Çizgi Basım Yayın Ltd, 2008, s. 7 – 16.

PERELMAN, Charles, Logique juridique, Nouvelle rhétorique, Paris, Dalloz, 1999 (réédition de 1979).

ÖZBUDUN, Ergun, Özbudun, “Kamu denetçiliği ve Anayasa Mahkemesi”, Zaman. 28.04.2009.

ALTAY, Evren, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar, Ankara Turhan Kitabevi, 2004.

TAN, Turgut, “Yargı Kararını Uygulamama Yetkisi Verilebilir mi?”, Güncel Hukuk Eylül 2012 no 9 – 105.