

İDARÎ YARGILAMA HUKUKUNDA SAVUNMADA FIRSAT EŞİTLİĞİ

Doç. Dr. Müslüm AKINCI*

ÖZET

İdarî yargıda fırsat eşitliği adil yargılanma hakkının köşe taşlarından biridir. Yargılama boyunca silâhların eşitliği davada her iki yanın da usulen eşit konumda bulunmaları ve kendilerine eşit muamelede bulunmaları demektir. Davanın her iki tarafına yargılama boyunca karşı tarafa göre maddi olarak dezavantajlı durumda bulunmayacak şekilde kendisine akla uygun fırsat tanınması gerekir.

Mahkemeler –kural olarak- dava ile ilgili her türden kanıt aracını tarafların erişimine açma, dosyaya giren belgeleri uygun biçimde incelemeye hazır bulundurma konusunda olumlu bir yükümlülük altındadır.

Türk idarî yargılama mevzuatında –fırsat eşitsizliğine yolaçan- birtakım kısıtlamalar dikkati çekmektedir. İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) 20/3 idareye bazı belgeleri sınırlı olarak esirgeme veya tamamen vermeyi reddetme yetkisi vermektedir. Mahkemece istenen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Başbakan veya ilgili bakan, gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir. Bu durumda verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez.

Savunma yapması için davacıya bazı belgelere erişim imkânı tanınmadığı durumda, iddiasını desteklemek üzere tanık dinlemediği durumda, temyiz aşamasında duruşmadan önce D. savcısının yazılı mütalaasına ulaşamadığı durumda idarî yargıda davasını açan bir kimseye tam olarak fırsat eşitliği tanındığı söylenemez.

Anahtar Kelimeler: idarî yargı, adil yargılanma hakkı, silâhların eşitliği, tanık, Danıştay savcısı, savunma hakkı

ABSTRACT

Equal opportunity in administrative justice is a keystone of right to a fair trial. Equality of arms, which must be observed throughout the trial process, means that both parties are treated in a manner ensuring that they have a procedurally equal position during the course of the trial, and are in an equal position to make their case. It means that each party must be afforded a reasonable opportunity to present

¹ Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

its case, under conditions that do not place it at a substantial disadvantage vis-à-vis the opposing party.

Courts are under an affirmative obligation to disclose –in principle- all kind of evidences to the both sides of the litigation in a timely and effective way; to conduct a proper examination of the submissions, arguments and evidence adduced by the parties.

Turkish Administrative Judgment Legislation has special limitations in it. According to Turkish Procedure of Administrative Justice Act (art.20/3) a request for limited disclosure or complete secrecy is granted by the administration only in very exceptional circumstances. If the documents are of great importance to the secrecy of state, the judge may reject the request for this reason. But in this case, the decision cannot be given with reference to the defence based on the information and documents that have not been submitted.

We could not say that a person who apply to Turkish administrative court has a complete equal opportunity unless not given access to the information necessary for the preparation of the defence, access/examine to witness; access to notice of the Council of State's advocate general (as Turkish State Council take strict approach to "*procédure écrite*" in his jurisprudence).

Keywords: administrative justice, right to a fair trial, equality of arms, witness, advocate general, right to defence.

1. GİRİŞ

İdarî etkinlikler karşısında hukuksal koruma karma yapılı öğeler içeren karmaşık bir süreçtir. Özellikle yargısal koruma konusunda mahkemeye ulaşma, bağımsız ve tarafsız bir yargıç güvencesiyle uyumsuzluğun giderilmesini sağlama, geçici korumadan yararlanabilme, usulî güvenceler (fırsat eşitliği, dinlenilme hakkı vb), ve nihayetinde yargı kararının yürütümünü sağlama gibi hukuk öğretisinde öne çıkan "*yargısal korumanın etkililiğine dair gerekler*" adalete erişim açısından üzerinde durulmaya değer konulardır. "Etkililik" kavramı hakkın yararlanıcıları bakımından uygulama değeri olan ve içerisinde biraz da duyuşsal öğeler barındıran bir durumu ifade eder. Davanın konusu ile maliyeti arasında bir orantının olması, davanın makul sürede karara bağlanması, yargısal başvuru yollarının anlaşılır olması, elde edilen kararın bir sonuç doğurması hep etkililik konusundaki beklentileri dile getirir.²

² Assmann, Eberhard Schmidt & Harings, Lothar (1997), "*Access to Justice and Fundamental Rights*", ERPL/REDP, Vol.9, No:3, Autumn, s.531

Davanın tarafları sadece usulün objesi değil, hukuk devletinin verdiği güvencelerden yararlanarak hak ve menfaatlerini yargı önünde rahatlıkla tartışabilen öznelere. “Yasaya uygun olarak *dinlenilme hakkı*” aynı zamanda dokunulmaz “insan onuru”nun da olağan bir gereği olarak görülmektedir³. Zira “insan onuru, yargılama ile ilgili olanların, özellikle tarafların yargılamanın süjesi olarak, yargılamada yer almalarının sağlanmasını, yargılamayla ilgili bilgilendirilmelerini ve açıklamada bulunmalarını, konuşmalarını, gerçek bir tartışma ortamı oluşturulmasını, beklenmedik bir kararla karşı karşıya kalmamalarını gerekli kılmaktadır”⁴ Özellikle usul hakkında bilgilendirme hakkı, konuşma ve söylediklerinin dikkate alınması hakkı bu anlamda özel bir yere sahip bulunmaktadır.⁵ Tarafların karar için hangi etkenlerin önemli olduğu konusunda aydınlatılması dinlenilme hakkının gereklerinden kabul edilmektedir. Keza dosyanın incelenbilmesi ve gerekirse oradan kopya alınabilmesi de bu hakka dâhil edilmektedir. Anayasa Mahkemesi usulde fırsat eşitliği (*silâhların eşitliği*)’ni genel olarak “eşitlik ilkesinin yargı düzlemindeki bir uygulaması” olarak görmektedir.⁶ Bu ilke mahkemeye erişimde eşit şans, aynı zamanda (usulde) şans ve risk eşitliği ve tarafları bilgilendirme bakımından eşit muameleye tabi tutma yükümlülüklerini içermektedir.⁷

Adaletin yönetimi her türlü kuşkuyu öteleyecek açıklıkta işlemelidir. “*Kuşku ve yargı*” bağdaşmaz düşmanlardır. Açık ve beklentilere duyarlı bir yargısal işleyiş kuşğunun ortadan kalkmasını sağlar.

2. SAVUNMAYA İMKÂN TANIMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Yargıcın davayı görürken tarafların kişisel ya da toplumsal konumuna bakmadan tam ve adil bir fırsat eşitliği yaratarak dinledikten sonra kararını vermesi beklenir. Bunu yaparken de mümkün oldukça iyiniyet gösterisini esirgememelidir. Yargıcın bir siyaset adamı gibi davranması bek-

³ Alman Anayasası’nın 103. maddesi, “yasaya uygun olarak *dinlenilme hakkı*”nı güvenceler. Bu güvence bütün yargı yerlerinde geçerlidir.

⁴ **Özkes**, Muhammet (2003), **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara: Yetkin Yay, s. 44

⁵ **Waldner**, Wolfram, (1989), **Der Anspruch auf rechtliches Gehör**, s.13’den aktaran, **Trute**, Hans-Henrich and **Gross**, Thomas, (2000), “*Federal Republic of Germany*”, **Towards a Unified Judicial Protection of Citizens in Europe**, Vol. XIII, European Public Law Center/ Esperia Publications Ltd: London, s. 209

⁶ BVerfGE 35, 263 (271 ff.) 81, 347 (356)’dan yollamada bulunan Trute-Gross, 2000, 210

⁷ Savunmada fırsat eşitliğinin bir başka gereği “*adli yardımdan yararlanma hakkı*” bir başka çalışmanın konusu olduğundan burada ele alınmamıştır.

lenmeyeceği gibi, siyasetin nabzına göre de karar vermesi beklenmez. Politikacılar için kamuoyunun ya da baskı gruplarının beklentilerini dikate almak olanaklı ve uygun iken, yargıç için bu geçerli değildir.⁸ Yargıç, anayasaya ve hukuka karşı sorumludur, siyasete karşı değil. Herhangi bir dış kaynaktan gelebilecek müdahale ya da müdahale girişimine karşı yargıcın göstereceği kararlı bir direnç, toplumsal güven adına adalete olan inanç ve saygının artmasına neden olacaktır. Bu nedenle mahkemeler halka karşı hesap vermekten en küçük bir tereddüt göstermemelidir.

Mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından taraflar arasında tam bir eşitliğin sağlanması ve bu dengenin bütün yargılama boyunca korunması⁹ yargılamanın hakkaniyet gereklerine uygun yapılması bakımından önemlidir. Zira çelişmeli yargılama ilkesi davada bir tarafın dosyaya eklediği argüman ve belgenin diğer tarafın bilgilenmesi için olanak verilmesini zorunlu kılar.¹⁰ Yargılama sırasında tarafların usule ve esasa ilişkin bilgi ve belgelerden *aynı ölçülerde* haberdar edilmesi, sav ve savunma sürecine koşullarda eşit olanaklar sağlanarak hazırlanması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 6. maddenin öngördüğü gereklerdendir.

36

Davada taraflardan birinin yaptığı saptamalar ve gösterdiği kanıtlar hakkında diğer tarafın bilgi sahibi olması ve bunlar hakkında görüş ileriye sürebilmesi gerekir. Bu, mahkemenin dosyaya konmasını kabul ettiği (ulusal güvenlik, meslek sırrı ve entelektüel mülkiyetin korunması hariç) tüm bilgi ve belgeleri kapsar. Bir davaya taraf olan herkesin karşı taraf karşısında kendisini önemli bir dezavantajlı konumda bırakmayacak koşullarda, iddialarını mahkemeye sunabilmesi için makul bir fırsata sahip olabilmesi gerekir. Mahkeme huzurunda taraflara farklı davranılarak ayırım yapılamaz. Genel olarak taraflar en azından '*usulü açıdan*' aynı hak-

⁸ **Raikos**, Dimitrios, (2007), "*Functional and Institutional Independence of Administrative Jurisdiction*", **The Independence and Efficiency of Administrative Justice**-AEAJ Würzburg Meeting 27-28 April 2007 Report, s.14

⁹ M.K. Del court v. Belgium 1970, Monnel ve Morris v. UK 1987, Ekbatani v. Sweden,1988

¹⁰ **Dinç**, Güney, "*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Savunma ve Hak Arama Sürecinde Silâhların Eşitliği*" <http://vakif.yargitay.gov.tr/aihm/guney/dinc.html>

lara sahiptirler.¹¹ Özellikle idarî davalarda idarenin yurttaş karşısında ayrıcalıklı muameleye tabi tutulması kabul edilemez. Taraflar arasında adil bir denge kurulmalıdır.¹² Kısaca adil yargılanma bağlamında fırsat (*silâhların*¹³) eşitliği, mahkeme önünde sahip bulunulan hak ve yükümler bakımından taraflar arasında (iddia ve savunma ya da davalı ile davacı) tam bir eşitliğin gözetilmesi ve bu dengenin yargılama boyunca korunması; başka bir deyişle mücadelenin eşit silâhlarla yapılmasıdır.¹⁴ Bu aynı zamanda adaletin adil yönetim görünümünün de bir gereğidir.¹⁵

Davanın nitelik ve gereklerine göre tanınabilecek olan fırsat eşitliği kanıtların özgürce edinilmesi ve tartışılabilmesi, dosyanın engellenmeden incelenebilmesi, gerekirse ondan kopya alınabilmesi, yargıcın hükmünde etkili olabilecek her tür argümandan tarafların (zamanında) haberdar edilmesi ve karşı argüman sunabilmelerine olanak tanınması, saygı ve dürüstlük içinde şeffaf bir yargılama yapılması ile sağlanabilir.¹⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Nideröst-Huber v. Switzerland* kararında dosyadaki bilgi ve belgelerden haberdar edilmeyen davacının (si-

¹¹ Lemmens, Paul (2000), “*The Impact of Article 6 § 1. of the European Convention on Human Rights on the Proceedings Before the Belgian Council of State*”, www.juradmin.eu/colloqia/2000, 37

¹² Ruiz-Mateos v. Spain, 1993; Mahkeme bu kararında şu görüşe yer vermektedir: Çekişmeli yargılama hakkı taraflara dosyaya konan kanıt niteliğindeki bilgi, belge ve görüşlerin (mütalaa) elde edilmesi olanağına sahip kılınmayı gerektirir. Bu hak kural olarak yargı yerinin dosyaya konulmasını kabul ettiği bütün dokümanı kapsar. Ancak bazı duyarlı belgelerin (ulusal güvenlik, meslek sırrı, fikri mülkiyet hakkı gibi) erişimine kısıtlama getirilebilir.

¹³ Doğrusu ‘silâhların eşitliği’ deyişi yargı mekânı bakımından doğru bir adlandırma olarak görünmemektedir. Burada sözkonusu olan bir ‘*düello*’ değil, uyumsuzluktur. Taraflar aralarında çıkan bir uyumsuzluğu uygar ve hukuk güvenliğine sahip bir yargı mekânında halletmek üzere karşı karşıya bulunmaktadır. Bu nedenle sav ve savunma gerekleri bakımından bir fırsat eşitliği tanımlaması ve adlandırmanın buna uygun olarak yapılması gerekmektedir.

¹⁴ Gölcüklü, Feyyaz – Gözübüyük, Şeref, (2005), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 6. Bası, Ankara: Turhan Yay, s.291

¹⁵ Bourgers v. Belgium, 1991

¹⁶ Belçika Danıştay’ı bir kararında usul kurallarının eşitsiz uygulamasını silâhların eşitliği gereğine aykırı bulmuştur. Bir mahkemede raportörün davanın reddi gerektiğine ilişkin mütalaa davalı, davacı ve müdahalede bulunan tarafa yollanmış, buna karşı müdahalede bulunan tarafın beyanları dosyaya aktarılmış, davacı ve davalının buna ilişkin görüşlerine yer verilmemiştir. Danıştay böyle bir uygulamanın silâhların eşitliği ilkesini tatmin etme gereklerinden uzak olduğuna hükmetmiştir. Bu karar üzerine davacı ve davalının da mütalaa hakkında yazılı beyanda bulunmalarına olanak tanınmıştır. Bkz. Lemmens, 2000, 37

lâhların eşitliğine uygun davranılmadığı gerekçesiyle) adil yargılanma hakkının çiğnendiği sonucuna varmıştır.

İdarî yargıda görülen bir davada, çoğunlukla uyuşmazlık konusunu aydınlatacak bilgi ve belgeler idarenin elindedir. Mahkemeler belirlenen süre içinde gerekli gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu konudaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi zorunludur.¹⁷ Taraflardan biri ara kararının gereklerini yerine getirmedeği takdirde, bu durumun verilecek karar üzerindeki etkisi mahkemece önceden takdir edilir ve ara kararında bu husus ayrıca belirtilir. Ancak, istenen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Başbakan veya ilgili bakan, gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir. Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez. (İYUK m.20)

Benzer bir düzenleme 1602 sayılı AYİM Kanununun 52/II ve III. fıkralarında yer almaktadır: "...Ancak, istenen bilgi ve belgeler Türkiye Cumhuriyetinin güvenliğine ve yüksek menfaatlerine veya Türkiye Cumhuriyetinin güvenliği ve yüksek menfaatleri ile birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Başbakan, Genelkurmay Başkanı veya ilgili Bakan gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir. Şu kadar ki, görevli daire veya kurul veya savcılar tarafından getirilen veya idarece gönderilen gizli her türlü belge ve dosyalarla reddi hâkim istemi üzerine reddedilen hâkim tarafından bu hususta verilen cevap, taraf ve vekillerine incelettirilemez."¹⁸

Uygulamada mevzuatın bu ayrıksı düzenlemesinden yararlanılarak idare bilgi ve belge vermekten kaçınabilmektedir. Hangi hallerin "devletin yüksek güvenliği ve menfaati" olduğu açık değil, tamamen idarenin takdirine kalmış bir durumdur. Gerçi aynı durum İsveç hukukunda da vardır. İstenen bilgilerin nitelemesini yapmak ve verilmesine karar vermek ba-

¹⁷ Haklı sebeplerin bulunması halinde bu süre, bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir.

¹⁸ Keza 1602 sayılı yasaya göre "Dilekçeler ve savunmalar alındıktan veya cevap süreleri geçtikten sonra, dava dosyaları Genel Sekreterlikçe Başsavcılığa verilir. Başsavcılığın düşüncesi alındıktan sonra dosyalar, görevli Daire veya Daireler Kuruluna Genel Sekreterlik aracılığı ile gönderilir." (m.47) Tarafların etkili bir savunma yapabilmeleri için Başsavcı'nın düşüncesini bilmelerinde yarar olduğu açık olduğu halde Yasa, bu gerekliliği ortadan kaldırmaktadır.

kanlığın takdirindedir. Ancak burada istismar olasılığı karşısında Parlamento Ombudsmanı'na başvurmak olanaklıdır. Ombudsmanın bu konudaki eleştirisine maruz kalmamak için bakanlıklar son derece titiz ve duyarlı davranmaktadır.¹⁹

Türkiye'de ise geleneksel olarak "gizlilik" örtüsünün arkasına sığınma eğiliminin baskın gelmesi; hatta yerine göre tahrifat olaylarının yaşanması karşısında bilgi edinme hakkının etkin olarak kullanıldığını söylemek zorlaşmaktadır.²⁰ Yargıcın kendiliğinden araştırma yetkisi bu noktada davacı ile idare arasında muhakeme silâhları bakımından varolan eşitsizliği dengelemeye çalışsa da²¹ mevzuattaki ayırksı düzenlemeler zaman zaman engel çıkarabilmektedir.^{22, 23}

Nitekim AİHM 31 Ekim 2006 tarihli *Kahraman c. Turque* kararında Türkiye hakkında savunma hakları bakımından fırsat eşitliği tanımadığı, adil yargılanma hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle mahkûmiyet kararı vermiştir.²⁴

¹⁹ Bull, Thomas, (2000), "the Original Ombudsman: Blueprint in Need of Revision or a Concept with More to Offer?", **European Public Law**, Vol. 6, Issue 3, September, London: Kluwer Law International, s.336

²⁰ Zabunoğlu, Yahya K. (1996), "Adil Yargılanma Hakkı ve Adil Yargılama Yapma Görevi", **Yeni Türkiye**, Sayı:10, s.706

²¹ Azrak, Ali Ülkü, (2000), "İptal Davalarının Objektif Niteliği", **Hukuk Kurultayı 2000**, Cilt 1, Ankara: Ankara Barosu Yay., s.334

²² Gerçi 2003 tarihinden sonra Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ve bu yasanın uygulanmasını gözeten *Başbakanlık Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu* bu konuda bir hayli mesafe aldı ise de, geleneksel uygulama anlayışını yıkmak kolay olmamaktadır. Bkz. **Odyakmaz**, Zehra (2005), "Bilgi Edinme Hakkı Kanunu İşliyor Mu?", **Yetmiş-beşinci Kuruluş Yılı Armağanı**, Ankara: Türk Hukuk Kurumu.

²³ Örnek olay: Bergama köylüleri bir Madencilik Şirketi ile ilgili Maliye Bakanlığı'na yaptıkları başvurunun yanıt verilmemesi üzerine Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'na başvurmuş; Kurul'un olumlu kararına rağmen bilgi vermemekte ısrar edilmesi üzerine Ankara İdare Mahkemesi'ne iptal başvurusu yapılmış ve Mahkemenin bilgi vermeme işlemini hukuka uygun bulmaması (işlemi iptal etmesi)'ne karşın bilgi vermemekte diretilmesi üzerine konu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne taşınmıştır. Bkz. www.cnnturk.com/TURKIYE/haber_detay.asp?PID=318&haberID=287873 erişim tarihi 17 Ocak, 2007

²⁴ GATA'da hemşire olarak çalışan Davacı, 14 Nisan 1999 tarihinde Milli Savunma Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu kararıyla, işyerinde ideolojik faaliyetler gösterdiği ve yasadışı bir örgütün sempatzanı olduğu gerekçesiyle işten çıkarılmıştır. Bu işlemin iptali amacıyla Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne yapılan başvuru reddedilmiştir. AYİM, davacının mesleki geçmişinin çalıştığı yer ile uyumlu olmadığı, onun politik ve ideolojik çalışmalar yürüttüğü ve aşırı sol bir gruba katıldığının gizli belge-

Bu konulara yönelik 2003-2004 yılında Türkiye genelinde yapılan bir alan araştırmasında²⁵ idarî yargının aktörleri olarak yargıç ve avukatlara uygulanan bir ankette sorulan “*Açtığınız dava ile ilgili olarak idareden bilgi ve belge istendiğinde bu istek ne kadar hızlı cevaplandırılıyor?*” sorusuna ankete katılan 797 avukatın %9’u hiç, %52,8’i az, %33,8’i orta derecede, %3,6’sı iyi sayılabilecek hızda, %0,9’u ise oldukça hızlı biçimde yanıt verildiğini ifade etmişlerdir.

AIHS 6. maddesi aynı zamanda tarafların bütün kanıt ve sunumlara erişme olanağı verilmesini gerektirir.²⁶ Fırsat eşitliğinin gereklerinden biri dosya inceleyebilme ve ondan örnek alabilme olanağıdır. Dosya incelemek, gerek davaya müdahale ve gerekse savunmayı üstlenme bakımından oldukça önemli bir fırsattır. Bu konuda mahkemelerin yeknesak bir uygulama yapmadıkları görülmektedir. Kimi yerlerde dosyanın incelenmesi için dilekçe verilmesi istenirken, kimi yerlerde ise güvene dayalı pratik çözümlerle sorunun halledildiği görülmektedir. Kimi yerlerde ise dosya incelemek için bir engelle karşılaşılmazken, örnek alma konusunda dilekçe verilmesi istenmektedir. Bu konuda ne ölçüde sıkıntı yaşandığını ölçmeye yönelik olarak belirtilen anketteki “*Avukatlık Kanununun 2/III f’da belirtilen “avukatların baktıkları bir dava ile ilgili bilgi ve belgeleri*

ler ve tanıklar aracılığıyla belirlendiği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Bu kez davacı, dava dosyasında kanıt olarak gösterilen disiplin soruşturması dosyasındaki (gizli olduğu ileri sürülen belgeleri) incelemesine izin verilmediğini ileri sürerek âdil yargılanma hakkının engellendiği gerekçesiyle AIHM’ne başvurmuştur. AIHM yaptığı değerlendirmeye göre; davalı Türkiye Cumhuriyeti hükümeti başvuru sahibinin işten çıkarılmasına dayanak olan idari soruşturma dosyasının ifşa edilmesini haklı çıkaracak herhangi bir delil sunmamıştır. Keza bu dosya ulusal güvenliği veya tanıkların tehlikeye düşmesini engelleme veya idari soruşturma usulünün gizliliğiyle ilgili hiçbir unsur içermemektedir. Bu uygulama başvuru sahibinin eşit delillerle mücadele etme hakkını korumamıştır. Karar, sadece “gizli” olarak sınıflandırılan soruşturma dosyasına göre verilmiştir. AYİM kararından önce başvuru sahibinin (dosyadaki belgeleri) inceleyip cevap sunmasının olanaksız oluşu davada eşit taraf olarak yeralma hakkını ihlal etmiştir. Karşılıklılık ilkesine uygun bir anlayışa göre davanın görülmesi gerekirken soruşturma dosyasının incelenmesi engellenerek başvurucuya bu olanak tanınmamıştır... [Av. Ozan Fazıl **Alarşlan** tarafından Fransızca aslından yapılan çeviri için bkz. **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:65, Sayı:1, Kış 2007, s.205-209]

²⁵ Bu alan araştırmasının değerlendirildiği çalışma için bkz. **Akinci**, Müslüm (2008), **İdarî Yargıda Adil Yargılanma Hakkı**, Ankara: Turhan Kitabevi

²⁶ **Sales**, Philip, (2005), “*The Civil Limb of Article 6 ECHR*”, **First Treasury Junior Counsel, Common Law**, jr Vol 10, Issue 1 (March) www.11kbw.New7 erişim tarihi 10.10.2006

inceleme ve gerektiğinde birer kopyasını alabilme hakkı”nı kullanma konusunda ne ölçüde zorluklarla karşılaşıyorsunuz?” sorusuna verilen yanıtlar şöyledir: Ankete katılan 798 avukattan sadece %7,3’ü hiç, %12,3’ü ise oldukça çok zorlukla karşılaştığını bildirirken, %15’i az, %22’si orta düzeyde, %44’ü çok engelle karşılaştıklarını ifade etmişlerdir. Bu konuda da tekdüze kolaylaştırıcı uygulama yapılmasının adaletin selameti bakımından oldukça yararlı olacağını belirtmek gerekmektedir.

Sıkıntı daha çok Mahkeme kalemlerinde yaşanmaktadır. Bu konuya ilişkin soruya verilen yanıtlara bakılırsa: *“Kalem’de dava dosyanızı incelemek ve oradan fotokopi almak için ne ölçüde zorluklarla karşılaşıyorsunuz?”* Yanıt veren 795 avukat denekten %16’sı hiçbir zorlukla karşılaşmazken, %31,7’si az, %22’si orta düzeyde, %24,7’si çokça, %5,4’ü oldukça üst boyutlarda sıkıntı ile karşılaştıklarını ifade etmişlerdir. Birebir yapılan görüşmelerde de bu durum açıkça dile getirilmiştir. Ancak yargıçlarımıza ve kalem personeline sorulduğunda bunun, davanın taraflarına bir sıkıntı yaşatmak için değil, dosyadaki belgelerin korunması amacıyla yapıldığı –geçmişte yaşanan olumsuzluklar nedeniyle oluşan bir refleks olduğu dile getirilmiştir. Kuşkusuz yargı yerinde “açıklık” istismara varacak rahatlık demek değildir. Her kamu hizmetinde bir disiplin olduğu gibi, yargı kamu hizmeti de disiplin gerektirir. Ancak disiplinin “sıkı-yönetim ölçüsünde” olmasının da savunma hakkını kısıtlayacağı söylenmektedir. Bu konuda “güven/saygı” anlayışı içinde adaletin selâmetine uygun çözüm üretilebilir.

Davaya katılma potansiyeli taşıyan üçüncü kişilerin dava dosyasını inceleme ya da ondan kopya alma konusunda da benzer sıkıntılar yaşandığı dile getirilmektedir. Bu konuyu irdeleyen soruya verilen yanıtlar şöyledir: *“Dava sürerken üçüncü kişi konumundakilerin dava dosyasını inceleme ya da ondan kopya almalarına ne kadar olanak tanınmaktadır?”* Ankete katılan 761 denek (avukat)’ten %27.5’i hiç yanıtını verirken, %29.7’si az, %25.5’i orta derece, %12’si çok, %5.3’ü tam olanak tanındığını ifade etmişlerdir.

Ancak yargı cephesinden bakıldığında bu uygulamanın da anlaşılabilir bir nedeni vardır. Dosyaların ilgili ilgisiz herkesin incelemesine açılması içindeki bilgi ve belgelerin kaybına neden olabilmektedir. O nedenle dava ile ilgisinin olduğunu kanıtlamak koşuluyla dilekçe karşılığında inceleme ve kopya alınmasına izin verilmektedir. Bu konuda da “saygı ve güven” dengesi üzerine oturan bir çözümün doğru olacağı düşünülebilir.

Aynı soruya yargıçlarımızın verdiği yanıt şöyledir: “*Dava sürerken üçüncü kişi konumundakilerin dosya inceleme ve oradan kopya almalarına ne ölçüde izin veriliyor?*” Bu soruya cevap veren yargıçlarımızın %54’üne göre dava sürerken üçüncü kişi konumundakilerin dosya inceleme ve oradan fotokopi alınmasını sağlama konusunda hiç olanak tanınmazken, %23’üne göre az, %12,6’sına göre orta derecede, %8’ine göre çok, %2’sine göre tam olanak tanındığı belirtilmiştir. Buradaki kısıtlamanın dosyadaki bilgi ve belgelerin korunması refleksiyle yapıldığı ayrıca sözel olarak da ifade edilmiştir.

Öte yandan idarî yargının Danıştay düzeyinde fırsat eşitliğine ve aleniyet ilkesine engel bir uygulamanın da savcılık mütalâasının taraflara bildirilmemesi olduğunu hatırlatmak gerekmektedir.²⁷ Danıştay’da geleneksel olarak savcılık görüşünün savunma aşamasında bildirilmesine yönelik istemlere “...2577 sayılı İYUK’nda Danıştay savcısının düşüncesinin taraflara tebliğ edileceğine ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Savcı düşüncesi kararlar birlikte taraflara tebliğ edildiğinden ayrıca verilmesi mümkün değildir...” gerekçesiyle olumsuz yanıt verildiği bilinmektedir. İdarî yargıda savcı; incelediği dosya hakkında düşüncesini bildiren, mahkemeyi hukuk yönünden aydınlatan ve heyetin kararının verilmesine düşüncesi ile katkı sağlayan bir görevlidir.²⁸ Savcılar, kendilerine havale olunan dosyaları Başsavcı adına incelerler ve düşüncelerini, davalarda *bir ay*, yürütmenin durdurulması isteminde *iki gün* içinde gerekçeli ve yazılı olarak verirler. Savcılar, ilgili yerlerden Danıştay Başkanlığı aracılığı ile her türlü bilgileri isteyebilecekleri gibi işlem dosyalarını da getirebilirler. Gerekli durumlarda Heyet’e düşüncelerini sözlü olarak da açıklarlar

²⁷ Zabunoğlu, 2000, 319; Dinç, Güney, (2006), **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Adil Yargılanma Hakkı**, İzmir: İzmir Barosu Yay., s. 176
AİHM **Kress v. France** (2001) kararında, hükümet komiserinin oy hakkı olmamasına karşın Danıştay’daki heyet görüşmelerine katılmasının, davacı aleyhine bir durum yaratacağı; dolayısıyla, hükümet komiserine davacının yararlanamayacağı ilave bir fırsat tanınmasının, “silâhların eşitliği” ilkesiyle bağdaşmayacağı gerekçesiyle Sözleşme’nin 6. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. (Kararın geniş değerlendirmesi için bkz. **Bell**, John (2003), “*The Role of the Commissaire du Gouvernement and the European Convention on Human Rights*”, **European Public Law**, Volume 9, Issue 3, Kluwer Law International, s. 309-314) Burada da heyet görüşmelerine fiilen katılmak sözkonusu olmayıp “görüş belirtmek suratiyle” katılım durumu vardır. Danıştay savcısı verdiği görüşle Heyet’i bir biçimde etkilediği halde taraflar bundan ancak karar ertesinde haberdar olabilmektedir.

²⁸ **Can**, Cavit, (1990), “*İdarî Yargıda Hâkimler ve Savcılar*”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdarî Yargı**, Ankara: Danıştay yay. s.365.

(2575 sayılı Kanun m.60). Bu, verilecek karar süreci üzerinde etkili bir aşamadır. Dolayısıyla fırsat eşitliği bakımından savcının görüşünün taraflara bildirimi ve bu görüşe karşı (varsa) cevapların alınması gerekir. Yargılama safhasında fırsat eşitliğine aykırılık teşkil eden bu uygulamanın artık kalkması gerektiği uluslararası arenada da teyit edilmiştir.²⁹

Nitekim AİHM 02.06.2008 tarihli “**Meral c. Turquie**” kararında Danıştay savcısının dosyaya ilişkin mütalâasının taraflara bildirilmemesini AİHS 6/1’i ihlâl ettiği sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre “*Danıştay savcısı dosyayı incelerken geniş kapsamlı bir araştırma yetkisi kullanmaktadır. Kendisinin uygun bulunduğu her türden araştırma ve incelemeyi yapabilir. Yaptığı bu araştırma sonucu ilk derece mahkemesinin hükmünü yerinde bulup istemin reddine veya uygun görmeyip hükmünün istem doğrultusunda bozulmasını isteyebilir. (§32) Savcının görevini nesnellik içinde yaptığından şüphe yoktur. Fakat, görüşüne karşı argüman ileri sürme imkanı bulunmamaktadır. Savcının bulunduğu konum gereğince, istemin kabulüne veya reddine dair düşüncesini içeren yazılı mütalâasını vermekle aslında bir bakıma heyeti etkilemektedir. Mahkeme süregelen içtihatlarıyla adil yargılanma konseptinin yargılama boyunca tarafların gerek yargıç ve gerekse bir diğer kamu görevlisinin mahkemeyi etkileyebilecek türden kanıt aracı veya görüş ve gözlemi gibi her tür argümandan haberdar olması gerektiğini kabul eder. [Martinie v. France nO: 58675/ 00 §46]. (§33). Mahkeme Kress v. France (No: 39594/98 §64-65) kararında belirtilen çelişmeli bir yargulamada bağımsız bir üyenin görüş ve düşüncelerinin davanın taraflarına önceden bildirilip savunma yapmalarına fırsat verilmesinin adil yargılamayı ihlal etmediğine dair kararını hatırlatırsa da burada (somut olayda) şartlar farklıdır. Mr. Kress davasında hükümet komiseri Danıştay’da mütalâasını şifai olarak duruşma esnasında bildirmiş ve taraflar da buna karşı argümanlarını ortaya koyabilmişlerdir (§73). Fakat bu davada Danıştay’da duruşma yapılmaksızın temyiz incelemesi sonuçlandırılırken savcının mütalâasına karşı bir argüman sunma imkânının verilmemesi burada 6/1’in ihlalinin oluşturur (bkz. Krş. Wynen v. Belgium). Mahkemeye göre başvuruçunun bir avukatla temsili, dosyadaki bilgi ve belgeleri inceleyebilme imkânı*

²⁹ **Kaplan**, Gürsel, (2009), “*Danıştay Savcısı Düşüncesinin Taraflara Bildirilmemesi Adil Yargılanma Hakkını İhlal Eder Mi?*”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:81, Mart-Nisan 2009, s.184

çekişmeli yargılamada yeterli bir savunma hakkı vermediğine inanmaktadır (§34)”³⁰

3. TANIKLA İSPAT: GEREKSİZ Mİ?

Genel olarak kanıtlama, davada tarafların ileri sürdükleri olgulara ilişkin sav ve savunmaların doğru olduğuna yargıcın inandırılmasıdır. Keza davada çekişmeli olan durumların kanıtlanması için başvuru araçları da kanıt (delil) olarak kabul edilir.³¹ Tanık, kanıt araçlarından biridir.

AİHM kararlarında tanık dinleme hakkı 6. maddenin gereklerinden sayılmaktadır.³² Tanık dinlemeye gerek olup olmadığına, davayı gören mahkeme karar verecektir. Mahkeme gerektiği halde tanık dinlemeyi reddederse bu durum 6. madde ihlali oluşturabilir. Nitekim *Tamminen v. Finland* (2004) kararında medeni haklarla ilgili yargılama sırasında tanık dinlemenin reddedilmiş olmasını AİHM 6. maddeyle bağdaşır bulmamıştır.

Yargılama hukukunda genel olarak kanıtlar kabuledilebilirlik ve bağlayıcılık yönünden iki gruba ayrılmaktadır; birincisi, kesin kanıtlar (yargıcın üzerinde değerlendirme yapmadan kabul edeceği kanıtlar, belgit –senet-, ikrar, yemin bu türdendir. İkincisi, takdiri kanıtlar (yargıcın kural olarak değerlendirmesine açık, olgusal gerçekliği kanıtlamaya yarayan araçlardır; bilirkişi, tanık, keşif bu türdendir. İdarî yargıda İYUK 31. m. yollaması nedeniyle, HUMK 236–286 maddelerindeki düzenlemeler yardımı ile uyuşmazlığın niteliğine göre genel olarak yargıç her iki tür kanıt aracına başvurabilir. Yazılılık ve kendiliğinden araştırma ilkeleri bu konuda yargıcın elini güçlendirmektedir. Durum saptamasına yönelik keşif, belge, bilirkişi hatta ikrar (doğrulama, onama) başvuru başlıca kanıtlardandır.

Ancak idarî yargıda yemin ve tanık kanıt araçlarına yer verilmemektedir. Özellikle Danıştay’ın katı tutumu nedeniyle yıllardan beri gerek öğretide

³⁰ Deuxième Section, affaire **MERAL c. TURQUIE**, (*Requête n° 33446/02*), ARRÊT Strasbourg, 27 novembre 2007, DÉFINITIF_02/06/2008

³¹ **Kuru**, Baki, (1995), **Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı**, İstanbul, s. 413; **Umar**, Bilge – **Yılmaz**, Ejder, (1980), **İsbat Yükü**, 2nci bası, İstanbul: Kazancı Yay. s. 2; **Gözübüyük**, Şeref -**Tan**, Turgut (2006), **İdare Hukuku** Cilt II, İdarî Yargı, Ankara:Turhan Yay., s.1079

³² **Cooper**, Jonathan,(2005), “*Procedural Due Process, Human Rights and The Added Value of The Right to Fair Trial*”, www.adminlaw.org.uk/docs/Jonathan%20Cooper%20-%20July%202005.doc erişim tarihi 13.10.2007

ve gerekse yargı çevrelerinde özellikle tanıklık kurumuna idarî yargıda yer verilmemesi eleştirilmektedir.³³ İdare mahkemeleri kurulmadan önce Danıştay'ın iş yükünün çok fazla olması, Türkiye'nin her yerinden Danıştay'a gelinmesindeki zorluklar ve tanık dinlenmesi durumunda bunun masraflı olacağı ve davaların uzamasına neden olacağı yönündeki düşünceler, idarî yargıda tanık delilinin kullanılmamasının gerekçeleri arasında yer almıştır. Ancak bu gerekçeler, Bölge İdare, İdare ve Vergi Mahkemelerinin tüm ülke sathına yayılmasının ardından geçerliliklerini büyük oranda yitirmişlerdir. Kaldı ki, mahkemelerin iş yükünün fazlalığı uğruna adaletin gerçekleşmesinden feragat edilemeyeceği de açıktır. O halde idarî davalarda gerek ve ihtiyaç duyulduğunda (özellikle maddi olayın açık seçik ve anlaşılabilir nitelikte olmadığı ve tarafların ibraz ettiği delillerin de eşit seviyede olduğu durumlarda) tanık dinlenebilmelidir.³⁴

Vergi yargılamasında tanık dinlenmesi idarî yargılama yönteminden biraz farklılık göstermektedir.³⁵ Vergilendirme işlemi ve düzenine ilişkin genel bir "usul" yasası olan ve vergi yargısı'nda da uyulan Vergi Usul Yasasına göre "*Vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir. Şu kadar ki, vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesi ispatlama vasıtası olarak kullanılamaz.*" (3 m.)³⁶ İkinci tümcedeki anlatımın aksi çıkarımına göre vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık olan tanık ifadesi, vergi yargılamasında kullanılabilir.³⁷ Keza Danıştay ve vergi mah-

³³ **Özay**, İl Han, (1990), "*Tartışmalar*", **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap** Ankara Danıştay Yay., s.291; **Odyakmaz**, Zehra, "İdarî Yargı ile İlgili Öneriler", İdarî Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdarî Yargılama Usulü, 133. Yıl Sempozyumu, Ankara: Danıştay Başkanlığı Yayını, 2003, 149; **Çağlayan**, Ramazan, (2003), "*İdari Yargılama Usulünde Tanık Delilinin Yeri*", **SÜHF Dergisi**, Cilt:11, Sayı:3-4, Konya: SÜHF yay., s.198

³⁴ Azrak, 2001, 463;

³⁵ **Karakoç**, Yusuf, (1997), **Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi**, İzmir: Dokuz Eylül Üniv. HF Yay.; **Karakoç** Yusuf, (1997), "*Vergi Yargılaması Hukukunda Tanık Beyanının Delil Olması*", **Şükrü Postacıoğlu'na Armağan**, DEÜHF Yayınları, İzmir 1997

³⁶ Nitekim bir Danıştay kararında bu düzenleme açıkça hatırlatılmaktadır: "*Türk vergi sisteminde olayla ilgili bağı bulunmayan kişilerin tanık olarak verecekleri ifadeler tek başına ispatlama vasıtası olarak kullanılamaz.*" Danıştay, 4. Daire'sinin 28.9.1990 tarih ve E. 1988/1356, K. 1990/2491 sayılı kararı.

³⁷ Uygulamada vergileme işleminden sonra alınan anlatımların doğal olmayacağı; bilgi veren kişinin kimi kişisel özellikleri, fiziksel ve duygusal nedenlere dayanan yanlı anlatımının gerçek niteliği belirlemeye elverişli olamayacağı; vergilemede kanıt olarak sunulan tanık anlatımlarının "gerçeklik kuralı" bağlamında değerlendirilmesi ge-

kemelerinde yapılacak duruşmalarda, sav ve savunmanın gerekli kıldığı durumlarda, mahkeme vergi davasına konu olan tarhiyatın dayanağı incelemeyi yapmış bulunan inceleme elemanları ile mükellefin duruşmada hazır bulundurduğu mali müşaviri veya muhasebecisini de dinleyebilecektir (VUK mükerrer 378. m).

Bu yasal zorunluluğa karşın Danıştay'ın vergi yargılamasında tanık dinlenmesine ilişkin olarak birbiriyle çelişik kararları bulunmaktadır.³⁸ Örneğin, 1986 yılında verdiği bir kararda Danıştay, tanık delilinin hiçbir şekilde geçerli olmadığına hükmetmiştir: "... 2577 sayılı kanunun 31inci maddesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun şahadete ilişkin hükümlerine atıfta bulunulmadığına göre yükümlüden canlı hayvan alan kasabın vergi mahkemesince duruşmada şahit olarak dinlenmesinde, şahide yemin teklif edilmesinde ve yemine icabet etmemesi nedeniyle yemin teklif eden hususun ikrar edildiğinin kabulü suretiyle verilen kararda kanun ve usul hükümlerine uyarlık bulunmamaktadır."³⁹

İYUK'un duruşma ile ilgili maddelerinde tarafların dinlenmesinden sözedilmesine karşın tanıktan söz etmemesi de Danıştay tarafından tanıklık kurumunun idarî yargılamada kullanılamayacağı şeklinde yorumlanmıştır. Örneğin, 1990 yılına ait bir kararda, bu gerekçe kullanılmış ve hatta sadece idarî yargıda değil, VUK m. 3 ve VUK mükerrer m. 378 hükümleri gözdürüldüğü, vergi yargılamasında da tanık dinlenememesinin gerekçesi olarak İYUK m. 17 ve 18 gösterilmiştir.⁴⁰ Buna göre: "2577 sayılı Kanunun 17 ve 18. maddelerinde duruşmada tarafların dinlenileceği hükme bağlanmış, şahit dinlenileceğine ilişkin bir hükme yer verilmiştir. [...] Vergi Mahkemesince mahallinde keşif yapılmasından sonra Davacı tarafından getirilen ve naylon fatura düzenlediği iddia edilen... adli şahısların ifadeleri alınarak düzenlenen tutanaktaki tespitlere dayanılarak ulaşılan sonuca göre tarhiyatın kaldırılması yolunda karar verilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir."⁴¹ Ancak bir başka kararında Da-

rektiği dile getirilmiştir. Bkz. **Kayır**, Semra, (2003), "Vergide Belgelendirme", **İdarî Yargı**, TBB ve Mersin Barosu'nca 11-12 Nisan 2003'de düzenlenen Panel'de sunulan Bildirilerin Toplandığı Kitap, s.421

³⁸ **Ergün**, Çağdaş Evrim (2006) "Vergi Yargılamasında Re'sen Araştırma İlkesi" **AÜHF Dergisi**, Cilt:55 Sayı:2, s. 82

³⁹ Danıştay 3. Daire, T. 24.12.1986, E. 1986/1201, K. 1986/2706 www.danistay.gov.tr /Bilgi bankası.

⁴⁰ Ergün, 2006, 83

⁴¹ Danıştay 3. Daire, T. 25.12.1990, E. 1989/3460, K. 1990/3569 www.danistay.gov.tr/ bilgibankasi

nıştay tanık anlatımına dayalı bir belge ile karar verilmesi durumunu onaylamıştır: “*Sahte Et Faturası Düzenlediği İddia Edilen Kişinin Durumu: Yirmi başlık besi ahır bulunduğ halde, sadece 900 adet karkas et satışı yaptığı ve diğer besicilerin ifadeleri gözönünü alınarak sahte fatura ticareti yapıldığının tespit edilmesi durumunda, faturayı düzenleyen şahsın mükellefiyetinin bulunması, faturaların fatura nizamına uygun olması ve etlerin başka satıcılardan alınıp satılabilmesi karşısında, bu faturaların gider olarak indirilmesi mümkündür (VUK Md. 359).*”⁴²

İdarî yargı yerinin tanık konusundaki direngenliğinin bir nedeni de tanık anlatımlarına olan güvensizliktir. Tanığa bir olgu hakkında duyduğu, bildiği ve gördüğünü mahkemeye aktarmak üzere başvurulur.⁴³ Genelde hukuk ve ceza yargılamasında taraflardan herbiri, lehinde anlatımda bulunacak tanıkları dinletme eğiliminde olduğundan bu çoğu zaman “işlemi” yargılayan idarî yargı açısından bir çekince yaratmaktadır. Oysa tanık anlatımlarının *nesnel güvenilirlik nedenleri* ile *nesnel güvenilmezlik nedenlerinin* iyi ayıklanması gerekmektedir. Tanık dinlemeye karar vermeden önce uygunluk ve kabul edilebilirlik ölçütlerinin test edilmesi gerekir. Her tanık anlatımına yargıcın itibar etmesi olanaklı olmadığı gibi, bütün tanık anlatımlarına aşırı kuşkucu yaklaşarak gözardı etmesi de doğru olmaz. Yargıç vücut dilini iyi okuyabildiği ölçüde kendi kanısına destek olacak ipuçlarını anlatımlardan yakalayabilir.⁴⁴

⁴² Danıştay Dördüncü Dairesi’nin 26.11.1998 tarih ve 1997/5315 E, 1998/4589 sayılı kararı www.danistay.gov.tr/bilgibankasi erişim tarihi 18.03.2005

⁴³ **Pekcanitez**, Hakan – **Atalay**, Oğuz – **Özekes**, Muhammet, (2001), **Medeni Usul Hukuku** 2. Baskı, Ankara, s. 433

⁴⁴ Tanık anlatımının adalet değeri başlı başına ayrı bir bilim disiplini olarak ele alınmaktadır. Kişilik ve sosyo-psikolojik analizler ışığında bakıldığında tanık, insana dair zaafı içinde taşıyan fakat adalet arayışında yargıcın uyanık algısıyla olgusal doğruluğun saptanmasında önemli bir kaynak olabilir. Bkz. **Memon**, Amine – **Vrij**, Aldert and Bull, Ray, (2006), **Psychology and Law**, Second Edition, West Sussex: Wiley Publ. S.107 vd.

Tanık anlatımına güvensizlik nedenleri konusunda şu belirlemeler yapılmaktadır: İnsanlar genelde beş nedenden dolayı yalan söylerler: Birincisi, kişisel bir avantaj elde etmek için yalan söylenir. İnsanlar cezalandırılmaktan kaçınmak için yalan söyler. Zanlı, polis sorgusundayken itiraf ettiği suçunu, mahkemede inkâr edebilir. İnsanlar diğerleri üzerinde pozitif bir etki bırakmak için ya da mahcup olup kınanmaktan/dışlanmaktan kendini korumak için yalan söyleyebilir. Kimi durumda insanlar aptalca bir hata yaptıklarını kabul etmek istemedikleri için yalana başvurabilir. Bkz. **Vrij**, Aldert (2000), **Detecting Lies and Deceit: The Psychology of Lying and Its Implications for Professional Practice**, Chichester: Wiley,

Bu nedenle uygulamada adeta ‘kulağı tersinden göstermek’ gibi tanık mahkemede dinlenmemekle beraber, noterde verdiği beyanlar hükme esas alınmakta; keza bazen ‘mahalli bilirkişi’ adı altında çeşitli davalarda tanık dinlenerek karar verilebilmektedir.⁴⁵

Peki, uygulamada tanık anlatımına gerek görülmekte midir? Anketteki “İdarî yargıda “tanık” dinlemenin gerekli olduğu yargısına ne ölçüde katılıyorsunuz? Sorusuna verilen yanıtlara bakılırsa:

		%	Yanıtlar					Toplam
			1	2	3	4	5	
DENEK Grubu	AVUKAT	Sayı	94	123	189	181	134	721
		Toplamdaki payı	9.2%	12.0%	18.5%	17.7%	13.1%	70.5%
	YARGIC	Sayı	49	40	48	24	17	178
		Toplamdaki payı	4.8%	3.9%	4.7%	2.3%	1.7%	17.4%
	DANISTAY	Sayı	27	34	14	9	7	91
		Toplamdaki payı	2.6%	3.3%	1.4%	.9%	.7%	8.9%
	AYIM	Sayı	2	11	11	6	2	32
		Toplamdaki payı	.2%	1.1%	1.1%	.6%	.2%	3.1%
	Toplam	Sayı	172	208	262	220	160	1022
		Toplamdaki payı	16.8%	20.4%	25.6%	21.5%	15.7%	100.0%

İdarî yargıda tanık dinleme konusunda ankete katılan 1028 denekten *ortalama* olarak avukatlara göre *orta* derecede, yargıçlara göre *az*, Danıştay mensuplarına göre *az*, AYİM mensuplarına göre ise *orta* derecede gerek

Yargı önünde bildiği, duyduğu, gördüğü konularda tanıklığına başvuru kimsenin de aynı neden ya da nedenlerle yanlış anlatımları aktarması olası ise de uygun bir motivasyonla bu olasılık en alt düzeye çekilerek doğru anlatımların elde edilmesi sağlanabilir.

⁴⁵ **Höndü**, Selçuk, (1990), “İdarî Yargılama Usulünde Tanık”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap** Ankara Danıştay Yay., s.267

olduğu; [genel ortalamaya göre] “orta” düzeyde bir gereklilik olduğu anlaşılmaktadır. Böylece uygulamacılar da idarî yargıda tanık dinleme gerekliliğini açıkça dile getirmişlerdir. Bu veri karşısında artık en kısa zamanda bir yasa ve anlayış değişikliğine gidilmesi gerektiği söylenebilir.

SONUÇ

Türk idarî yargısı savunma haklarının AİHM içtihatları ölçeğinde tanımlanan adil yargılanma gerekleri bakımından bazı eksikleri olduğu gözlenmektedir. Kimileri mevzuattan, kimileri içtihat mahkemesinin katı tutumundan kaynaklanan bu eksiklerin giderilmesi aslında çok büyük bir çabayı gerektirmemektedir. Özellikle savunma mesleğinin aktörlerinin vereceği güven ve karşılıklı işbirliği çabasıyla pratikte savunmada fırsat eşitliğini engelleyen uygulamaların kolayca aşılabileceği söylenebilir.

KAYNAKÇA

- Akıncı**, Müslüm (2008), **İdarî Yargıda Adil Yargılanma Hakkı**, Ankara: Turhan Kitabevi
- Assmann**, Eberhard Schmidt & **Harings**, Lothar (1997), “Access to Justice and Fundamental Rights”, **ERPL/REDP**, Vol.9, No:3, Autumn
- Azrak**, Ali lk, (2000), “İptal Davalarının Objektif Niteliği”, **Hukuk Kurultayı 2000**, Cilt 1, Ankara: Ankara Barosu Yay., s.334
- Bell**, John (2003), “The Role of the Commissaire du Gouvernement and the European Convention on Human Rights”, **European Public Law**, Volume 9, Issue 3, Kluwer Law International, s. 309-314)
- Bull**, Thomas, (2000), “the Original Ombudsman: Blueprint in Need of Revision or a Concept with More to Offer?”, **European Public Law**, Vol. 6, Issue 3, September, London: Kluwer Law International, s.336
- Can**, Cavit, (1990), “İdarî Yargıda Hakimler ve Savcılar”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdarî Yargı**, Ankara: Danıştay yay. s.365.
- Cooper**, Jonathan,(2005), “Procedural Due Process, Human Rights and The Added Value of The Right to Fair Trial”, www.adminlaw.org.uk/docs/Jonathan%20Cooper 2005.doc erişim tarihi 13.10.2007
- ağlayan**, Ramazan, (2003), “İdarî Yargılama Usulünde Tanık Delilinin Yeri”, **SHF Dergisi**, Cilt:11, Sayı:3-4, Konya: SHF yay., s.198
- Din**, Güney, (2006), **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Adil Yargılanma Hakkı**, İzmir: İzmir Barosu Yay., s. 176

- Ergün**, Çağdaş Evrim (2006) “*Vergi Yargılamasında Re’sen Araştırma İlkesi*” **AÜHF Dergisi**, Cilt:.55 Sayı:2, s. 82
- Gölcüklü**, Feyyaz – **Gözübüyük**, Şeref, (2005), **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 6. Bası, Ankara: Turhan Yay, s.291
- Gözübüyük**, Şeref -**Tan**, Turgut (2006), **İdare Hukuku** Cilt II, İdari Yargı, Ankara:Turhan Yay., s.1079
- Günday**, Metin (2005), İçtihadı Birleştirme ve Genel Kurul Kararları ve En Son Değişiklikleriyle **İdari Yargı Temel Kanunları** ve İlgili Mevzuat (Notlu), Ankara: İmaj Yayınları
- Hondu**, Selçuk, (1990), “*İdari Yargılama Usulünde Tanık*”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap** Ankara Danıştay Yay., s.267
- Kaplan**, Gürsel, (2009), “*Danıştay Savcısı Düşüncesinin Taraflara Bildirilmemesi Adil Yargılanma Hakkını İhlal Eder Mi?*”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:81, Mart-Nisan 2009, s.184
- Karakoç** Yusuf, (1997), “*Vergi Yargılaması Hukukunda Tanık Beyanının Delil Olması*”, **Şükrü Postacıoğlu’na Armağan**, DEÜHF Yayınları, İzmir 1997
- Karakoç**, Yusuf, (1997), **Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi**, İzmir: Dokuz Eylül Üniv. HF Yay.;
- Kayır**, Semra, (2003), “*Vergide Belgelendirme*”, **İdari Yargı**, TBB ve Mersin Barosu’na 11-12 Nisan 2003’de düzenlenen Panel’de sunulan Bildirilerin Toplandığı Kitap, Ankara: TBB Yayınları
- Kuru**, Baki, (1995), **Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı**, İstanbul, s. 413;
- Lemmens**, Paul (2000), “*The Impact of Article 6 § 1. of the European Convention on Human Rights on the Proceedings Before the Belgian Council of State*”, www.juradmin.eu/colloqia/2000
- Memon**, Amine – **Vrij**, Aldert and Bull, Ray, (2006), **Psychology and Law**, Second Edition, West Sussex: Wiley Publ. S.107 vd.
- Odyakmaz**, Zehra, (2003), “*İdari Yargı ile İlgili Öneriler*” **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü**, 133. Yıl Sempozyumu, Ankara: Danıştay Bşk. Yay.
- Odyakmaz**, Zehra (2005), “*Bilgi Edinme Hakkı Kanunu İşliyor Mu?*”, **Yetmişbeşinci Kuruluş Yılı Armağanı**, Ankara: Türk Hukuk Kurumu.
- Özay**, İl Han, (1990), “*Tartışmalar*”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap** Ankara Danıştay Yay., s.291;
- Özekes**, Muhammet (2003), **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara: Yetkin Yay, s. 44
- Pekcanitez**, Hakan – **Atalay**, Oğuz – **Özekes**, Muhammet, (2001), **Medeni Usul Hukuku** 2. Baskı, Ankara, s. 433

Raikos, Dimitrios, (2007), “*Functional and Institutional Independence of Administrative Jurisdiction*”, **The Independence and Efficiency of Administrative Justice**- AEAJ Würzburg Meeting 27–28 April 2007 Report

Sales, Philip, (2005), “*The Civil Limb of Article 6 ECHR*”, **First Treasury Junior Counsel, Common Law**, jr Vol 10, Issue 1 (March) www.11kbw.New7 erişim tarihi 10.10.2006

Trute, Hans-Henrich and **Gross**, Thomas, (2000), “*Federal Republic of Germany*”, **Towards a Unified Judicial Protection of Citizens in Europe**, Vol. XIII, European Public Law Center/ Esperia Publications ltd: London

Umar, Bilge – **Yılmaz**, Ejder, (1980), **İsbat Yükü**, 2nci bası, İstanbul: Kazancı Yay.

Vrij, Aldert (2000), **Detecting Lies and Deceit: The Psychology of Lying and Its Implications for Professional Practice**, Chichester: Wiley,

Zabunoğlu, Yahya (2000), “*Âdil Yargılanma Hakkı ve İdari Yargı*”, **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, Konuşmalar Bildiriler Tartışmalar Belgeler, İzmir: İzmir Barosu Yay.

Zabunoğlu, Yahya K. (1996), “*Adil Yargılanma Hakkı ve Adil Yargılama Yapma Görevi*”, **Yeni Türkiye**, Sayı:10, s.706

