

İDARİ YARGIDA DELİL SERBESTİSİ VE SINIRLARI*

THE PRINCIPLE OF FREEDOM OF EVIDENCE AND ITS BOUNDARIES IN ADMINISTRATIVE JURISDICTION

Araştırma Makalesi
Research Paper

Mahmut CEYLAN**

Öz:

İdari yargılama usulünde delil serbestisi ilkesi geçerlidir. Yani, kural olarak bu yargılama usulünde her şey delil olarak kullanılabilir. Ancak delil serbestisi ilkesi idari yargı açısından mutlak bir ilke değildir. Bunun birtakım istisnalarının olduğu kabul edilmektedir. Bu istisnalara delil serbestisi ilkesinin sınırları diyebiliriz. Bunlar tanık delili, yemin delili, hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan bazı bulgular ve gizli nitelikteki bazı bilgi ve belgelerdir. Tanık ve yemin delillerinin idari yargılama usulünde uygulanabilirliğine ilişkin problem hala güncelliğini korumaktadır. Gizli nitelikteki bazı bilgi ve belgelerin mahkemeye sunulmaması maddi gerçeği ortaya çıkarmayı amaç edinmiş olan idari yargı açısından ayrıca incelenmelidir. Hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olan bulguların idari yargılama usulünde delil olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini tespit etmek gerekir. Buna göre idari yargıda hukuka aykırı olarak elde edilen bulgular delil serbestisinin sınırı mıdır? Ayrıca resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu idari yargılama usulünde zamanında mahkemeye ibraz edilmeyen belgelerin bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini irdelemek gerekir. Makalede bütün bu konular hakkındaki sorulara cevap verilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Delil Serbestisi İlkesi, Gizlilik İlkesi, Hukuka Aykırı Delil, Tanık, Yemin.

Abstract:

In the administrative jurisdiction, the principle of freedom of evidence is valid. So, as a rule, everything can be used as evidence in this judicial procedure. However, this principle is not absolute in terms of administrative jurisdiction. There are some exceptions to this. We can call this exception the limits of the principle of freedom of evidence. These are testimony, oath, some confidential information and documents and some findings obtained in contravention of the law. The question of the applicability of oath and testimony in the administrative jurisdiction is still current. It should be examined from an administrative jurisdiction that some confidential information and documents are not given to the court. Because it is necessary to reveal the material fact in the administrative jurisdiction. Can the findings obtained against the law be evidence in the administrative jurisdiction? It is also necessary to consider whether documents that are not submitted to court in due time in the administrative jurisdiction, where the principle of ex officio examination is valid, can be evaluated within this scope. All of these questions have been tried to be answered in this article.

Keywords: The Principle of Freedom of Evidence, the Principle of Privacy, Illegal Evidence, Witness, Oath.

* Makale Geliş Tarihi: 25.05.2018

Makale Kabul Tarihi: 21.12.2018

** Arş. Gör., Trabzon Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, mahmutceylan@ktu.edu.tr, orcid.org/0000-0002-8278-611X.

GİRİŞ

İdari yargılama usulünde önemli yere sahip olan ilkelerden birisi delil serbestisi ilkesidir. Bu kapsamda, kural olarak idari yargıda her türlü delil, uyumsuzluğu aydınlatmak amacıyla kullanılabilir. Bunun sebeplerinden birisinin idari yargıda maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının amaç edinilmiş olmasından kaynaklandığını söyleyebiliriz.

Ancak delil serbestisi ilkesi idari yargılama açısından mutlak bir ilke değildir. Örneğin tanık ve yemin delili idari yargı uygulamasında kullanılmamaktadır. Ayrıca 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun (İYUK) 20. maddesinin 3. fıkrasına göre mahkeme tarafından resen araştırma yetkisi kapsamında idareden istenilen bilgi ve belgeler gizlilik ilkesi kapsamında mahkemeye sunulmayabilir. Görüldüğü üzere bu nitelikteki bilgi ve belgeler delil serbestisi ilkesinin sınırını teşkil edebilmektedir. Ayrıca elde edilmiş olan bir bilgi veya belgenin hukuka aykırı olarak elde edildiğinden bahisle değerlendirilmemesi durumunda da delil serbestisi ilkesinin istisnasından bahsetmemiz gerekir.

İdari yargıdaki delil serbestisinin sınırını teşkil eden bu konuların her biri idari yargının özelliklerini göz önüne aldığımızda bazı soruları beraberinde getirmektedir. Bu sebeple çalışmada öncelikle genel olarak idari yargıda delil serbestisi ve delillerin değerlendirilmesi incelendikten sonra delil serbestisi ilkesinin sınırını teşkil eden konular tartışmalı yanlarıyla irdelenmiştir.

1. İDARİ YARGIDA DELİL SERBESTİSİ VE DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununa baktığımızda 3. maddede delillerin dilekçede gösterilmesi, 31. maddede delillerin tespitinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK) uygulanacağı, 58. maddede ise idari dava açıldıktan sonra delil tespitinin nasıl yapılacağı belirtilmiştir. Ancak, Kanunda hangi iddiaların hangi delille ispat edilmesi gerektiği hususunda bir düzenleme yoktur. Dolayısıyla idari yargılama usulü sistemimizde delil serbestisi ilkesinin geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Ayrıca İYUK'un 20/1. maddesinde düzenlenen; *“Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler”* hükmünün idari yargıda delil serbestisi ilkesinin geçerliliğini ortaya koyduğunu söyleyebiliriz¹.

İdari yargılama usulünde resmi senet, makbuz gibi yazılı kanıtlar kullanılabileceği gibi keşif, bilirkişi gibi delilere de başvurulabilir. Ancak idari yargılama usulünde “yemin” ve “tanık” delillerine başvurma imkânı bulunmadığı yargı organları tarafından kabul edilmektedir². Öte yandan İYUK madde 20/3'e göre, istenilen bilgi ve belgeler Devletin güvenli-

¹ Şeref Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, 33. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2013, s.465.

² Örneğin Danıştay 3. Dairesi 25.12.1990 tarih ve E.1989/3460, K.1990/3569 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=3d-1989-3460.htm&kw=`1989/3460`#fm>, (Erişim Tarihi: 20.09.2017) ve Danıştay 8. Dairesi 25.02.2004 tarih ve E.2003/3369, K.2004/917 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=8d-2003-3369.htm&kw=`idari+yarg%C4%B1da+tan%C4%B1k`#fm>, (Erişim Tarihi: 20.09.2017) *tanık delilinin* idari yargıda olmadığına ilişkindir. Danıştay 3. Dairesi

ğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise Cumhurbaşkanı ya da ilgili Cumhurbaşkanı yardımcısı veya ilgili bakan gerekçesini belirtmek şartıyla bahse konu bilgi veya belgeyi mahkemeye veremeyebilir. Yani uyuşmazlığın çözümünde delil olma ihtimali söz konusu olabilecek bazı bilgi ve belgeler değerlendirilemeyecektir. Ayrıca hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş bazı bulgular delil olarak değerlendirilmeyebilir. Dolayısıyla idari yargıda benimsenen delil serbestisi ilkesi mutlak olmayıp, sınırlı bir niteliktedir. Tanık ve yemin delillerinin kullanılmaması, her ne kadar mevzuattan kaynaklandığı iddia edilebilecek olsa da aslında yargı organlarından kaynaklanırken; madde 20/3 kapsamına girdiği gerekçesi ile kullanılmayan bilgi ve belgeler ise idarenin iradesinden kaynaklanmaktadır. Hukuka aykırı olduğu gerekçesi ile delil olarak değerlendirilmeyen bulgular da yine yargı organlarının iradesinin sonucunda ortaya çıkmaktadır.

Deliller, dava konusu uyuşmazlığın çözümlenmesi sürecinde kullanılan önemli araçlardır. Deliller, “kesin deliller” ve “taksiri deliller” olmak üzere ikiye ayrılır. Kesin deliller hâkimi bağlar. Yani kesin bir delille ispatlanmış bir vakıayı hâkim ispatlanmamış sayamaz³. Taksiri deliller ise adından da anlaşıldığı üzere hâkimin serbestçe takdir edebileceği delillerdir⁴. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi sadece taksiri delillerle ispatın mümkün olduğu durumlarda söz konusu olup; kesin deliller hâkimi bağlayacağı için hâkimin bu delilleri serbestçe değerlendirmesinden bahsedemeyiz⁵.

“Taraflarca getirilme ilkesi”nin benimsendiği davalarda kesin delil, taksiri delil ayrımı önemli iken; resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda bütün deliller taksiri delil niteliğinde olup kesin delil olmadığı kabul edilmektedir⁶. Bu nedenle doktrinde, idari yargıda resen araştırma ilkesi geçerli olduğu için kesin delil, taksiri delil ayrımı olmayıp, bütün delillerin taksiri nitelikte olduğu ifade edilmektedir⁷. Ancak idari yargıda delillerin taksiri delil ve kesin delil olarak ikiye ayrıldığını kabul eden görüş de vardır⁸. Buna göre idari yargılamada ikrar, kesin hüküm ve yazılı belge kesin delil olarak kabul edilmektedir⁹. Dolayısıyla uyuşmazlığı çözüme sürecinde mahkemeler, delilleri değerlendirirken ikrar veya yazılı belge gibi ispat kuvveti güçlü olan delilleri göz önünde bulundurmalıdır.

24.12.1986 tarih ve E.1986/1202, K.1986/2706 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=3d-1986-1201.htm&kw='1986/1201'#fm>, (Erişim Tarihi: 20.09.2017) ise idari yargıda *yemin delilinin* olamayacağına ilişkindir.

³ Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü C.II, 6. Baskı, İstanbul: Demir-Demir Yayıncılık, 2001, s.2032.

⁴ Kuru, C.II, s.2033.

⁵ Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Oğuz Atalay, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014, s.227.

⁶ Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014, s.317; Nitekim medeni yargılama usulünde dahi resen araştırma yetkisinin geçerli olduğu birtakım dava türlerinde kesin delil taksiri delil ayrımı yoktur. Bkz. Kuru, C.II, s.2032 vd.

⁷ Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, s.318.

⁸ Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, s.464-465; Süheyla Şenlen Sunay, İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İspat ve Delil Hususları, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1997, s.40; Melikşah Yasin, İdari Yargılama Usulünde İspat, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015, s.100.

⁹ Yasin, s.100.

2. DELİL SERBESTİSİNİN SINIRLARI

İdari yargılama yönteminde delil serbestisi ilkesinin mutlak bir ilke olmadığı yukarıda ifade edilmiştir. Delil serbestisinin istisnası tanık ve yemin delilleridir. Ayrıca İYUK madde 20/3 kapsamına girdiğinden bahisle mahkemeye gönderilmeyen bilgi ve belgeler de delil serbestisinin sınırını oluşturur. Buna ek olarak hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan delillerin idari yargı açısından delil serbestisinin sınırı olup olmadığını tespit etmemiz gerekir.

İYUK madde 21 gereğince zamanında ibraz edilmeyen belgelere ise, idari yargıda delil serbestisinin sınırları konusu çerçevesinde ayrıca değinmemiz gerekir. Yani bu nitelikteki belgeler delil serbestisi ilkesinin sınırını oluşturur mu yoksa oluşturmaz mı, bunu belirlemeliyiz. İYUK'un 21. maddesinde "*Dilekçeler ve savunmalarla birlikte verilmeyen belgeler, bunların vaktinde ibraz edilmelerine imkan bulunmadığına mahkemece kanaat getirilirse, kabul ve diğer tarafa tebliğ edilir*" hükmü yer almaktadır. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere dilekçe teatisi aşamasında mahkemeye ibraz edilmemiş olan belgelerin, gecikmesinde makul bir sebebin olması ve buna mahkemenin kanaat getirmesi durumunda dosyaya eklenmesi durumu söz konusu olabilir. İYUK 20. madde hükmü gereği idari yargılama usulünde resen araştırma ilkesinin geçerli olduğunu belirttik. Resen araştırma ilkesinin söz konusu olduğu bir yargılamada 21. madde hükmü bir çelişki gibi durmaktadır. Doktrinde bu hükmün var oluş sebebi olarak bir tarafın kötü niyetli biçimde davayı uzatmasının önüne geçmek olduğu vurgulanmıştır ve buna ek olarak sadece kişiyi ilgilendiren davalarda 21. madde hükmü gereği geç ibraz edilen bir belgenin mahkemece kabul edilmeyebileceği; ancak sonuçları kamuyu ilgilendiren bir davada, taraf belgeyi haklı bir mazereti olmadan geç ibraz etse dahi mahkemenin bu belgeyi kabul edip değerlendirmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁰. Yani davanın doğuracağı sonuca göre bir ayırım yapılmıştır. Doktrinde bir diğer görüşe göre ise 21. madde ispat yükü esas alınarak belirlenmeli ve söz konusu maddenin sadece ispat yükü kendisine düşen tarafın maddede belirtilen süreler geçtikten sonra ibraz edeceği belgelere hasredilmesi gerektiği belirtilmiştir¹¹. Bir diğer görüşe göre ise özellikle iptal davalarında davayı aydınlatacak delillerin çoğunun idarenin elinde olduğu gerçeği karşısında, idari yargıda yargılama sonuçlanana kadar delil sunulmasının kabul edilmesi gerekir¹². Bu son görüşün idari yargılamanın ruhuna daha uygun olduğunu söyleyebiliriz. Zira idari yargıda maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının amaçlandığı ve resen araştırma yetkisinin geçerli olduğunu göz önüne alırsak, taraflarca verilen bilgi ve belgelerin dilekçe teatisi aşamasından sonra da kabul edilebilmesi gerekir. Nitekim Danıştay, tarafların, hukuki durumla ilgili belgelerini iddia ve savunmaların verilmesi aşamasında sunmakla zorunlu tutulmasının, gerçeğin saptanmasını güçleştireceğini ve yargılamanın amacına ulaşmasını engelleyeceğini belirtmiştir. Danıştay bu kararında resen araştırma ilkesine de vurgu yapmış ve İYUK madde 21'deki koşulun maddi olay ve nedenlere ilişkin olduğuna dikkat çekmiştir¹³.

¹⁰ Yasin, s.33.

¹¹ Yazar, bu görüşüne dayanak olarak hâkimin resen araştırma yetkisini göstermiştir. Bkz. Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, s.641.

¹² Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, s.318.

¹³ Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, 12.02.1999 tarih ve E.1998/14, K.1999/87 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=vddgk-1998-14.htm&kw=1998/14#fn> (Erişim Tarihi: 05.12.2017).

Dolayısıyla idari yargıda sonradan ibraz edilen belgeler delil serbestisi ilkesinin istisnası değildir. Şimdi delil serbestisinin sınırlarını teşkil eden hususları sırasıyla inceleyelim.

2.1. Tanık Delili

Tanık delilinin idari yargıda kullanımına ilişkin uzun süredir tartışmalar mevcuttur. Tanıklık, davanın tarafı olmayan üçüncü kişilerin dava ile ilgili bir vakia hakkında bizzat edinmiş oldukları bilgileri mahkemeye bildirmelerine denir¹⁴. Tanık ise bu işlevi yerine getiren kişiye denir. İdari yargılama usulünde ise uygulamada tanık delili kullanılmamaktadır. Yemin ve tanık delillerinin idari yargılama yönteminin niteliğine uymadığı için kullanılmadığı söylenmektedir¹⁵. Ancak tanık delilinin idari yargılama yöntemine uymadığı görüşüne katılmıyoruz¹⁶. Zira idari yargıda görülen bazı davalarda davacının elinde tanıktan başka delil bulunmadığı olmaktadır. Özellikle kamu görevlisine yapılan mobbinge karşı idari yargıda açılan davalar buna örnektir. Dolayısıyla tanık dinletme idari yargı için ciddi bir ihtiyaçtır¹⁷.

İYUK'da tanık deliline ilişkin doğrudan bir hüküm yoktur. Ayrıca İYUK'un 31. maddesinde HMK'ya yapılan atıflar arasında tanık ve yemin delilleri bulunmamaktadır. Dolayısıyla idari yargılama usulünde tanık deliline başvurulamayacağı düşünülebilir. Ancak pozitif hukuk kuralları keşif ve duruşma esnasında idari yargıda tanık dinlenmesine engel teşkil etmemektedir¹⁸.

İdari yargıda tanık deliline başvurulamamasına gerekçe olarak yazılı yargılama usulünün¹⁹ olması ve idari işlemlerin genellikle yazılı olması gösterilmektedir²⁰. İdari yargılamada yazılılığın esas olmasının bu duruma gerekçe olarak gösterilmesi kabul edilebilir; ancak idari işlemlerin genellikle yazılı olmasının tanık delilinin olmamasına gerekçe olarak gösterilmesi doğru değildir. Zira idari işlemler, iptal davalarına ve idari işlemde kaynaklanan bir zarar söz konusu olduğunda tam yargı davalarına sebep olmaktadır. İdari eylemden kaynaklanan bir tam yargı davasında tanık deliline başvurulamıyor olmasında bu gerekçeye dayanmak doğru değildir²¹. Dolayısıyla idari yargıda, yargılama sürecinin bütünüyle ve mutlak bir şekilde yazılılık esası üzerine oturtulması gereksiz ve sakıncalıdır²².

¹⁴ Şenlen Sunay, s.58.

¹⁵ Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, s.465.

¹⁶ Ramazan Çağlayan, "İdari Yargılama Usulünde Tanık Delilinin Yeri", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(3-4), 2003, s.198-199; Selçuk Hondu, "İdari Yargılama Usulünde Tanık", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi-Birinci Kitap – İdari Yargı, Ankara: Danıştay Matbaası, 1991, s.266-268.

¹⁷ Hondu, s.265-268.

¹⁸ Gürsel Kaplan, "İdari Yargılama Hukukunda Sözlülük Usulü ve Tanık Dinlenebilmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13(1), s.40.

¹⁹ Ancak Onar, idari yargılaması usulünde duruşmanın yapılabiliyor olması sebebiyle yazılı değil "karma usul" olduğunu söylemektedir. Bkz. Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları C.III, 3. Bası, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966, s.1936-1937. Benzer kanaat için bkz. Kaplan, s.36.

²⁰ Şenlen Sunay, s.58.

²¹ Mahmut Ceylan, İdari Yargıya Hakim Olan İlkeler, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017, s.143.

²² Kaplan, s.35.

İdare ve vergi mahkemeleri kurulmadan önce Danıştay'ın iş yükü çok fazlaydı. Bu süreçte vatandaşların ülkenin dört bir tarafından tanıklık için Danıştay'a gelmesindeki zorluklar ve bu durumun hem masraflı olacağı hem de yargılamayı uzatacağı düşünceleri de tanık delilinin idari yargıda uygulanmaması gerekçeleri arasında gösterilmiştir²³. Tanık delilinin idari yargıda kullanılmamasının tarihsel sebebi budur. Ancak günümüzde idare ve vergi mahkemelerinin olmasına rağmen idari yargı mercileri tanık delili ile ilgili hala aynı düşünceyi savunmaktadır.

İdare hukuku alanında, bir tür idari usul kanunu niteliğindeki 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (VUK) madde 3/B-2'ye göre “*vergiyi doğuran olaya ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesi ispatlama vasıtası olarak kullanılamaz.*” Bu hükmün mefhumu muhalifinden çıkan sonuca göre, vergiyi doğuran olaya ilgisi tabii ve açık olan tanık ifadesi vergi mahkemesinde delil olarak kullanılabilir. Nitekim VUK madde 3/B-2'nin ilk cümlesi “*Vergiye doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir*” şeklindedir. Dolayısıyla yemin hariç her türlü delilin kullanılacağı hüküm altına alındığına göre vergi yargılamasında tanık delilinin var olduğu sonucuna ulaşabiliriz²⁴.

Peki, delil tespiti yoluyla tanık beyanı alınmışsa bu beyan idari yargıdaki uyuşmazlıkta kullanılabilir mi? İdari yargı mercilerinin tanık beyanını kabul etmediğini ifade ettik. Normal yoldan tanık beyanını kabul etmeyen bir anlayış, delil tespiti usulü ile elde edilen tanık beyanını evleviyetle kabul etmeyecektir²⁵.

Danıştay'ın bazı davalarda, noter aracılığıyla tespit edilmiş²⁶ ya da başka bir yargı merciince alınmış, bir diğer ifadeyle resmi bir makam tarafından yazılı hale getirilmiş tanık ifadelerini değerlendirmeye aldığı kararlar olmuştur²⁷. Ancak bu kararların sınırlı ve istisnai nitelikte olduğunu söyleyebiliriz.

Öte yandan idari işlemin yapılaş sürecinde de tanık dinletilmiş olabilir. Yapılış sürecinde tanık dinletilmiş olan idari işlemlere karşı dava açıldığında bu tanık beyanları dosyada yer alacağından idari yargıda bu durumlarda dolaylı yoldan tanık delilinin kullanıldığı sonucuna varabiliriz²⁸. Ancak bu ihtimalin, yargılama esnasında bir tanık dinletilme olmadığını belirtmek gerekir. Sadece idari işlemin şekil unsuruna ilişkin bir durum söz konusudur²⁹.

²³ Müslüm Akıncı, İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2008, s.256-257.

²⁴ Vergi yargılamasında “tanık delili” hakkında detaylı bilgi için bkz. Özgür Biyan, Türk Vergi Hukukunda İspat-Delil, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012, s.159-167.

²⁵ Yasin, s.143.

²⁶ Noterler Birliği idari davaların kapsamına giren konularda gerek idari davanın açılmasından önce gerekse açılmasından sonraki süreçte noterlerin delil tespit işlemleri yapamayacağı kanaatindedir (Noterler Birliğinin 22 no.lu genelgesi, Ankara/22.05.1997).

²⁷ Kararlar için bkz. Şenlen Sunay, s.60-61.

²⁸ Yasin, s.43-44.

²⁹ Esasında bu “şekil”den ziyade “usul”e ilişkin bir husustur. Ancak doktrinin büyük çoğunluğu ve yargı, idari işlemin beş unsuru olduğunu kabul etmekte ve “usul”ü, “şekil” unsurunun altında incelemektedir.

Bazı davalarda davacının tanıktan başka bir delili olmayabilir. Örneğin kamu görevlisinin uyguladığı mobbing sonucu açılacak tam yargı davası buna örnek gösterilebilir³⁰. İdari yargı sistemimizde tanık dinletememe durumunun bir an önce çözülmesi gerekmektedir. Bunun için en kısa sürede bir kanun ve anlayış değişikliğine gidilmesi gerekmektedir³¹. Ayrıca kanuni değişiklik yapılmadan önce idari yargı mercileri, ihtiyaçtan kaynaklanan sorunları, bulacakları çözümler ile hafifletebilir³².

2.2. Yemin Delili

Yemin, davanın çözümü ile ilgili olan bir vakıanın doğru olup olmadığı hususunda, kanunda belirtilen usullere uygun olarak mahkeme huzurunda teyit edilen sözlü açıklamalara denir³³. Tıpkı tanık delilinde olduğu gibi yemin delili de İYUK'da düzenlenmemiştir. Ayrıca bu Kanunun 31. maddesi ile HMK'ya yapılan atıflar arasında yemin deliline ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Vergi yargılamasında da VUK madde 3/2'de yemin hariç her türlü delilin kullanılabileceğini belirtilmesinden dolayı yemin delili kullanılamayacaktır³⁴.

Nitekim Danıştay bir kararında yemin delilinin idari yargıda olamayacağını şu şekilde ifade etmiştir: *“Diğer taraftan 2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yollamada bulunularak anılan Yasanın hangi hususlarda uygulanacağı belirlenmiştir. Kaldı ki idari yargı yazılı muhakeme esasına dayalı olup duruşma yapılması istisna olduğu gibi tanık dinlenilmesi ve yemin teklifi idari yargıda uygulanmaması gereken hususlardandır.”*³⁵

Doktrinde idari işlemin maksat unsuru sakatlığı durumunda yemin delilinin geçerli olabileceği ifade edilmiştir³⁶. Ancak burada öncelikle medeni yargılama usulünde yeminin, kesin delil niteliğine³⁷ dikkat çekmek gerekir. İdari yargılama usulünde yemin delili kabul edilecek olsa bile, kesin delil olarak değerlendirilmesi durumunda sorun oluşturabilir. Zira idare adına yemin edecek olan kamu görevlileri disiplin soruşturması veya rücu tehdidinde

³⁰ Kamu görevlilerinin verdiği zararın tazmini amacıyla açılacak davalarda Yargıtay bazı kararlarında idari yargı mercilerinin görevli olduğunu belirtmektedir. Bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 11.11.2013 tarih ve E.2012/18983, K.2013/17403 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=4hd-2012-18983.htm&kw='2012/18983' #fm>, (Erişim Tarihi: 11.12.2017); Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 18.02.2014 tarih ve E.2013/5855, K.2014/2603 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=4hd-2013-5855.htm&kw='psikolojik+taciz' #fm>, (Erişim Tarihi: 11.12.2017).

³¹ Benzer kanaat için bkz. Akıncı, s.260; Çağlayan, İdari Yargılama Usulünde Tanık Delilinin Yeri, s.203; Hondu, s.265.

³² Kaplan, s.44.

³³ Pekcanitez vd., s.435.

³⁴ Doktrinde bu düzenlemeye dayanarak vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti dışında kalan konularda yemin deliline başvurulabilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir. Bkz. Şenlen Sunay, s.62. Bu yorumun vergi yargılamasında bir önemi yoktur. Ayrıca vergi yargılamasında yemin delili uygulanmamaktadır. Bir tarafın devlet olduğu vergilendirme işlemlerinde uyuşmazlık çıkması halinde idareye yemin teklif etmek ve idarenin de yemin etmesi doğru bir yaklaşım değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Biyan, Türk Vergi Hukukunda İspat-Delil, s.246-247.

³⁵ Danıştay 3. Dairesi, 24.12.1986 tarih ve E.1986/1202, K.1986/2706 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=3d-1986-1201.htm&kw='1986/1201' #fm>, (Erişim Tarihi: 20.09.2017)

³⁶ Yasin, s.99.

³⁷ Kuru, C.III, s.2483-2484.

karşılık yalan yere yemin edebileceklerdir. Bu durumda davacı vatandaşlar mağdur olabilecektir. Böyle bir ihtimalde yemin delili bir süre sonra özellikle davacı tarafından asla başvurulmayan bir yol olabilecektir. Ayrıca resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu bir yargılama sisteminde yemin delilinin ciddi bir fonksiyonu olmayabilir. Nitekim medeni yargılama usulünde de resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda yemin delilinin kullanılmayacağı kabul edilmektedir³⁸. Kısacası idari yargıda yemin deliline başvurmak gerekli değildir ve yemin delilinin olmaması bir problem teşkil etmez.

2.3. Gizli Nitelikteki Bilgi ve Belgeler

Taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözenin ötesinde, idareyi hukuk sınırları içinde tutma ve hukuk devletini gerçekleştirme işlevi, idari yargılama usulünün ilke ve kurallarına yansımaktadır³⁹. İdari yargılamanın fonksiyonu, medeni yargılamadan farklılık arz etmektedir. İdari yargılama usulünde uyuşmazlığın çözümlenmesi, sadece taraflar arasındaki hukuki ihtilafın çözümünden ibaret olmadığı için idari yargı mercilerinin, yargılama sürecindeki fonksiyonu özellikle ispat konusunda belirgin bir şekilde değişmektedir⁴⁰.

İYUK'un 20. maddesinin 1. fıkrasına göre idari yargı mercileri baktıkları davaya ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yaparlar. Yani resen araştırma ilkesi kapsamında idari yargı hâkimi incelemeyi yapar. Yine aynı fıkrada idari yargı mercilerinin, baktıkları davaya ilişkin her türlü bilgi ve belgeyi davanın taraflarından ve diğer yerlerden isteyebilecekleri düzenlenmiştir. Fakat bu maddenin üçüncü fıkrasında ise *gizli nitelikteki bazı bilgi ve belgeler*⁴¹ için buna istisna getirilmiştir. Üçüncü fıkraya göre istenilen bilgi ve belgelerin Devletin güvenliğine, yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleri ile birlikte yabancı devletlere de ilişkinse Cumhurbaşkanı ya da ilgili Cumhurbaşkanı yardımcısı veya ilgili bakan gerekçesini belirterek bu bilgi ve belgeleri vermeyebilir. Bu hükmün devamında, mahkemeye verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak yapılan savunmaya göre hüküm verilemeyeceği düzenlenmiştir.

2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 49. maddesinde de benzer bir hüküm bulunmaktadır. Söz konusu maddenin birinci fıkrasında idari yargı mercilerince lüzum görülen her türlü bilgi ve belgenin istenebileceğine ilişkin düzenleme vardır. İkinci fıkrada ise buna istis-

³⁸ Kuru, C.III, s.2515.

³⁹ Yasin, s.9.

⁴⁰ Yasin, s.10.

⁴¹ Gizli nitelikteki bazı bilgi ve belgelere ilişkin bir kanun tasarısı bulunmaktadır. "*Devlet Sırrı Kanunu Tasarısı*"na göre "Devlet Sırrı Kurulu"nun kurulması öngörülmüş ve bilgi ve belgelere devlet sırrı niteliği verme yetkisi Başbakan başkanlığında; Adalet, Milli Savunma, İçişleri ve Dışişleri Bakanlarından oluşan "Devlet Sırrı Kurulu"na ait olduğu belirtilmiştir. Ayrıca söz konusu tasarıda Cumhurbaşkanının bilgi ve belgelerin niteliğini kendisinin takdir edeceği de düzenlenmiştir. Yine bu tasarıya göre mahkemeler tarafından talep edilen devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeler, Devlet Sırrı Kurulu tarafından gerekçesi belirtilmek suretiyle verilmeyebilir; ancak verilmeyen bilgi ve belgeler ilgili aleyhine sonuç doğurmaz. Bkz. <http://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.kgm.adalet.gov.tr%2FTasariasamalari%2FTbmmgknk%2Fdevletsirri.pdf&ei=PgCQVdXLMsaxsAHs3rT4Cg&usq=AFQjCNHSv3OnlpGbedvuOUEniO2NJgcJA&bvm=bv.96783405,d.bGg> (Erişim Tarihi: 08.12.2017).

na getirilmiş ve istenilen bilgi ve belgelerin Devletin güvenliğine ve yüksek menfaatlerine veya Devlet güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere ilişkinse ilgili makamın gerekçesini bildirmek suretiyle istenilen bilgi ve belgeyi vermeyebileceği hüküm altına alınmıştır. İYUK ve Danıştay Kanunu'nda düzenlenen bu iki hüküm arasındaki fark ise idari yargı merciince istenilen bilgi ve belgeyi vermeme yetkisine sahip olan makam hakkındadır. Danıştay Kanunu madde 49/2'de “*ilgili makam*”; İYUK madde 20/3'de ise “*Cumhurbaşkanı ya da ilgili Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan*” ifadesi kullanılmıştır. Danıştay Kanunundaki “*ilgili makam*” ifadesi muğlaktır. Bu ifadeden anlamamız gereken İYUK'taki “*Cumhurbaşkanı ya da ilgili Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan*” ifadesi olması gerekmektedir. Zira aksi durumda mevzuattaki böylesine belirsiz bir ifadeyi tespit etme hususunda birçok kişiye yetki tanımak mümkün olabilir ve bu durum idari yargının amacına aykırılık teşkil eder⁴².

İYUK madde 20'de 4001 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce, mahkemenin getirdiği veya idarenin gönderdiği gizli belge ve dosyaların taraf ve vekillerine incelettirilmeyeceği hüküm altına alınmıştı. Daha sonra 1994 yılında 4001 sayılı Kanunla bu hüküm kaldırılmış ve bunun yerine, verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemeyeceği düzenlenmiştir. 4001 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce hâkim resen araştırma yetkisi kapsamında gerekli bilgi ve belgeleri dosyaya koysa da birtakım bilgi ve belgelere tarafların erişmesi mümkün değildi. Mahkeme hükmünü bu gizli bilgi ve belgelere dayanarak verse bile ilgili taraf bu belgeleri inceleyemiyordu.

İYUK'da yapılan bu değişiklik neticesince gizlilik ilkesinin tamamen ortadan kalktığı ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, tarafların, davaya dâhil edilen bütün delilleri ve içeriğini öğrenme imkânına sahip olmaları sebebiyle artık idari yargıda gizlilik ilkesi bulunmamaktadır⁴³. Ancak gizlilik ilkesi sadece mahkemeye sunulmuş bazı bilgi ve belgelerin taraflara ve vekillerine gösterilmemesinden ibaret değildir. Buna ek olarak, mahkemenin resen araştırma yetkisi kapsamında istemiş olduğu bilgi ve belgelerin mevzuattaki düzenlemelere dayanılarak idare tarafından verilmemesi de gizlilik ilkesi kapsamındadır⁴⁴. Dolayısıyla idari yargıda gizlilik ilkesi hala geçerlidir.

İYUK madde 20/3 hükmünün idarenin, idare hâkimine ve mahkemesine güven duymadığı ve ayrıca bu düzenlemenin her tarafa çekilebilecek nitelikte olup idari yargının doğruyu ve adili bulmasını engelleyecek nitelikte olduğu söylenmektedir⁴⁵. Ancak bir devletin, açıklanması durumunda güvenliği ve menfaatlerine aykırılık teşkil edebilecek bilgi ve belgeleri olabilir. Bu bilgi ve belgelerin mahkemeye bu gerekçe ile verilmemesinin mahkemeye duyulan güvensizlikle açıklanması doğru değildir⁴⁶. Ayrıca bu hüküm sebebiyle idarenin, “*devletin*

⁴² Ceylan, s.147.

⁴³ Şenlen Sunay, s.21.

⁴⁴ Ceylan, s.150.

⁴⁵ Yahya Zabunoğlu, “İdari Yargılama Usulü: Genel İlkeler ve Pozitif Düzenlemeler”, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, *içinde* (87-101), Ankara: Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 1982, s.99.

⁴⁶ Yasin, s.25.

güvenliği ve yüksek menfaatleri” kavramının arkasına sığınarak yargı denetimini önleyici bir tutum içine girmesine imkân verebileceği⁴⁷ düşünülebilir. Ancak bahse konu maddeye 1994 yılında eklenen “*Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmalara göre karar verilemez*” hükmünün bu sorunu kısmi olarak telafi ettiğini söyleyebiliriz. Bu hükme göre, davalı idare gizlilik gerekçesi ile vermediği bilgi ve belgelerle savunma yaptığı takdirde mahkemenin bunu hiçbir şekilde değerlendirmemesi gerekir⁴⁸. Ancak doktrinde bazı yazarlar, gizlilik sebebiyle gönderilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak yapılan savunmaların “ağırlıklı olarak” değerlendirilmeyeceğini söylemektedirler⁴⁹. Yani ağırlıklı olmamak şartıyla bu tür savunmaların değerlendirilebileceği gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu yorum kanunun lafzına ve amacına da uymamaktadır⁵⁰. Öte yandan bu görüş insan hak ve hürriyetleri açısından da doğru bir yaklaşım değildir. Ayrıca madde 20/3’te “*vermeyebilir*” ifadesi yer aldığı için şayet idare takdir ederse maddedeki nitelendirmeye uyan bilgi ve belgeleri de mahkemeye gönderebilir. Kanun sadece idareye gizli nitelikteki bilgi ve belgeleri mahkemeye gönderme hususunda takdir yetkisi vermiştir. Şayet böyle bir nitelikteki bilgi ve belge mahkemeye verilirse, idare bunların gizli tutulmasını talep edemez. Zira dosyaya sunulmuş olan bilgi ve belgelerin karşı tarafa gönderilmesi adil yargılanmanın bir gereği olup savunma hakkının kullanılmasına imkân verilmesinden kaynaklanır⁵¹ 52.

İdarenin madde 20/3 kapsamında gizlilik konusunda karar alırken kullandığı takdir yetkisinin hukuka uygun olup olmadığının tespiti zordur, hatta imkânsızdır. Doktrinde bu soruna çözüm olarak, ilgili makam tarafından gizlilik kararı alınırken Kamu Başdenetçisinin olumlu görüşünün alınması zorunluluğunun getirilmesi önerilmiştir⁵³.

Davalı idare tarafından madde 20/3 kapsamında olmayan bilgi ve belgelerin “gizlilik” ibaresi ile mahkemeye sunulması durumunda, bu bilgi ve belgelerin gizliliği konusunda

⁴⁷ Erçetin Yorgancıoğlu, Danıştay Yargılama Usulünde Re’sen İnceleme Yetkisi, İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I, Ankara: Danıştay Yayınları, 1976, s.246.

⁴⁸ Yasin, s.27.

⁴⁹ Sabri Coşkun ve Müjgan Karyağdı, İdari Yargılama Usulü, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2001, s.362.

⁵⁰ Nitekim İYUK m.20/3’e 1994 yılında eklenen “*Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez*” cümlesini içeren Kanun değişikliğinin gerekçesi şu şekildedir: “*Madde ile 2577 sayılı Kanunun 20. maddesinin 3. fıkrasının sonuna bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemeyeceği öngörülerek, adalete gölge düşürmesinin önüne geçilmesi ve yargılama hukukunun delil sistemi korunmak istenmiştir. Yargılama usulü hukukunun amaç, davaya dayanak yapılan tüm belge ve delillerin tarafların bilgisine sunulması suretiyle gerçeğin ortaya çıkması ve bu suretle hukukun üstünlüğünün sağlanmasıdır. Taraf ve vekillerine inceletirilmeyen belge ve dosyaya dayanılarak karar verilmesi, davacılar gerçek anlamda iddiasını kanıtlama hakkı tanınmadığını gösterdiği gibi adalete de gölge düşürmektedir. Kaldı ki, uygulamada gizlilik taşımayan belge ve dosyalara gizlilik damgası vurularak bunların ilgililere inceletirilmesi engellenmektedir.*”

⁵¹ Yasin, s.29.

⁵² Ayrıca İYUK m.20/3’te 4001 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce hâkim resen araştırma yetkisi kapsamında gerekli bilgi ve belgeleri dosyaya koysa da birtakım bilgi ve belgelere tarafların erişmesi mümkün değildi. Eğer mahkeme hükmünü bu gizli bilgi ve belgelere dayanarak verse bile ilgili taraf bu belgeleri inceleyemiyordu. Ancak yapılan değişiklik neticesinde bu hüküm kaldırılmıştır. Dolayısıyla idarenin gizli nitelikte olan bilgi ve belgeleri mahkemeye sunması durumunda bunların gizli tutulmasını, yani karşı tarafa gönderilmemesini talep etme yetkisinin olmaması gerektiği kanun koyucunun idaresinden de çıkmaktadır.

⁵³ Yasin, s.26.

mahkeme bir değerlendirme yapamaz. Zira “gizli” olduğu belirtilen her belge “Devletin güvenliği veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği veya yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin” olmayabilir⁵⁴. Kaldı ki, bir belgenin bu nitelikte olup olmadığını takdir etme yetkisi mahkemelere ait olmayıp; Cumhurbaşkanı ya da ilgili Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakana aittir. Ancak Danıştay bir kararında, davalı idare tarafından mahkemeye gönderilen belge üzerinde “gizlidir” ibaresi yazıyorsa bu belgenin gizlilik niteliğinde olup olmadığını resen inceleyip bizzat kendisinin karar vereceğine hükmetmiştir⁵⁵. Fakat madde 20/3 kapsamında olan belgelerin mahkemeye hiç sunulmaması ihtimali vardır. Eğer mahkemeye sunulmuş ise ilgili belgenin madde 20/3 kapsamında olmadığı sonucuna varırız ve dolayısıyla mahkemenin böyle bir yetkisinin olmadığı sonucu ortaya çıkar⁵⁶. Kaldı ki, yukarıda da belirtildiği üzere yargı yerinin böyle bir yetkisinin olmaması sebebiyle bu karara katılmak mümkün değildir. Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki; idare eğer “gizli” ibaresi taşıyan bir bilgi veya belgeyi dosyaya sunmuşsa, adil yargılanma ilkesinin gereği olarak mahkeme muhakkak bu bilgi veya belgeyi karşı tarafa göndererek konu ile ilgili savunmasını almalıdır⁵⁷.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) 47. maddesinde⁵⁸ gizlilik ilkesine ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Söz konusu maddeye göre bir suç olgusuna ilişkin bilgiler, devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz. Devlet sırrının ne olduğu ise birinci fıkrada belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre devlet sırrı, devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlikeye sebebiyet verebilecek nitelikteki bilgilere denir. CMK’nın “İçeriği Devlet Sırrı Niteliğindeki Belgelerin Mahkemelerce İncelenmesi” başlıklı 125. maddesinde⁵⁹ devlet sırrı niteliğindeki belgelerin mahkemece nasıl inceleneceği düzenlenmiştir. Bu maddede, bir suç

⁵⁴ Benzer kanaat için bkz. Yasin, s.29-30.

⁵⁵ Danıştay 5. Dairesi, 06.06.1991 tarih ve E.1990/4297, K.1991/1099 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=5d-1990-4297.htm&kw=`1990/4297`#fm> (Erişim Tarihi: 05.12.2017).

⁵⁶ Yasin, s.31.

⁵⁷ Yasin, s.30; Mehmet Aldan, İdari Yargıda Kısıtlanan Savunma Hakkı, 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1. Kitap, İdari Yargı, Ankara: Danıştay Yayınları, 1990, s.272.

⁵⁸ *Devlet sırrı niteliğindeki bilgilerle ilgili tanıklık*

Madde 47 – (1) Bir suç olgusuna ilişkin bilgiler, Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz. Açıklanması, Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler, Devlet sırrı sayılır.

(2) Tanıklık konusu bilgilerin Devlet sırrı niteliğini taşıması halinde; tanık, sadece mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından zâbit kâtipi dahi olmaksızın dinlenir. Hâkim veya mahkeme başkanı, daha sonra, bu tanık açıklamalarından, sadece yüklenen suçta açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgileri tutanağa kaydettirir.

(3) Bu madde hükmü, hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak uygulanır.

(4) Cumhurbaşkanının tanıklığı söz konusu olduğunda sırrın niteliğini ve mahkemeye bildirilmesi hususunu kendisi takdir eder.

⁵⁹ *İçeriği Devlet sırrı niteliğindeki belgelerin mahkemece incelenmesi*

Madde 125 – (1) Bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler, Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz.

(2) Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler, ancak mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebilir. Bu belgelerde yer alan ve sadece yüklenen suçta açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgiler, hâkim veya mahkeme başkanı tarafından tutanağa kaydettirilir.

(3) Bu madde hükmü, hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak uygulanır.

olgusuna ilişkin bilgilerin, devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamayacağı tekrar düzenlenmiştir.

İdari yargılamada bazı bilgi ve belgelerin devlet sırrı olduğundan bahisle yargı mercilerine verilmemesi mümkünken; ceza muhakemesinde mümkün değildir⁶⁰. Ceza muhakemesinde bilgilerin devlet sırrı olduğundan bahisle mahkemeye karşı gizli tutulamayacağıнын sebebinin ceza muhakemesinin amacının şekli değil, maddi gerçeği ortaya çıkarmak olduğu kabul edilebilir. Medeni yargılamanın aksine⁶¹ idari yargılamada da amaç maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır⁶². Dolayısıyla bu açıdan olayı değerlendirdiğimizde CMK'daki düzenlemeye benzer bir düzenlemenin idari yargılamada da olması gerektiği savunulabilir. Ancak idari yargılamada uyuşmazlıkların daha ziyade idari işlemlerden kaynaklanması ve idari işlemlerin de devlet sırrı niteliğinde bilgiler barındırabilmesinin mümkün olması sebebiyle bu bilgilerin ortaya çıkma riski oldukça fazladır. Ayrıca ceza muhakemesi sonucunda özgürlüğü bağlayıcı ceza olma ihtimali olduğu için devlet sırrı niteliğindeki bilgilerin mahkemeden gizli tutulmaması yerindedir. Ancak bu durum idari yargılamadaki uyuşmazlıkların önemsiz olduğu anlamına gelmez. Ama ceza muhakemesinden farklı olarak devlet sırrı niteliğinde olabilecek bazı bilgi ve belgelerin mahkemeye verilmemesi gerekebilir. Ancak adil yargılanma ve hak arama hürriyetine aykırı olmaması için mevcut düzenlemede birtakım değişiklikler yapılması gerekmektedir. Öncelikle İYUK madde 20'deki "*Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleri*" ifadesinin belirginleştirilmesi ve sınırlarının çizilmesi gerekir.

2.4. Hukuka Aykırı Elde Edilen Deliller

Ceza muhakemesinde hukuka aykırı olarak elde edilen bulguların delil olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir. Nitekim bu husus Anayasa'nın "*Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar*" başlıklı 38. maddesinde "*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*" şeklinde ifade edilmiştir.

Aynı kuralın idari yargılama için de geçerli olup olmadığına bakmamız gerekir. İdari yargıda hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin geçerli olduğunun kabul edilmesi bazı tereddütleri beraberinde getirebilir. Zira bu durumda hukuka aykırı delil elde edilmesi teşvik edilecektir ve idare sahip olduğu imkânlar nedeniyle bunu çok daha kolay gerçekleştirecektir⁶³. Ancak kamu yararı ve kamu düzeni bakımından gereklilik söz konusu ise hukuka ay-

⁶⁰ Gerek CMK m. 47 gerekse m. 125'e göre devlet sırrı ile ilgili bu maddeler hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha az olan suçlara uygulanmaz.

⁶¹ Medeni yargılama usulünde şekli gerçeğin tespitinin yeterli olduğu bazı yazarlarca savunulmuştur. Bkz. Timuçin Muşul, Medeni Usul Hukuku, 3. Basım, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012, s. 321. Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu; Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Basım, İstanbul: Beta Yayınevi, 2010, s.27, 28. Ancak medeni yargılamada da maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının amaçlandığını belirten yazarlar da vardır. Bkz. Pekcanitez vd., s. 46; Yavuz Alangoya, M. Kamil Yıldırım, Nevhis Deren Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2009, s.4.

⁶² Ceylan, s.28, 120; Bütün yargılama usullerinde ve dolayısıyla idari yargılama usulünde de maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının amaçlandığı hakkında bkz. Pekcanitez vd., s.46.; Alangoya vd., s.4.

⁶³ Yasin, s.62.

kırı elde edilen delillerin değerlendirilmesi gerekebilir⁶⁴. Örneğin öğrencisine cinsel tacizde bulunan bir öğretmenin veya insan sağlığına zararlı gıda üreten kişilerin aleyhine hukuka aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak değerlendirilememesi eleştirilebilir⁶⁵.

Danıştay ise bir kararında ceza ve disiplin uygulamalarının farklı olduğunu ve bu nedenle hukuka aykırı delillerin disiplin uygulamasında ceza hukukundaki anlamında olmayacağını şu ifadelerle belirtmiştir:

*“... disiplin soruşturması ve yargılaması, ceza soruşturma ve kovuşturmasından bağımsız ve ayrıdır. Bu nedenle, ceza soruşturması ve kovuşturması sırasında kullanılmayan veya kullanılmayan bir kısım delillerin disiplin soruşturması ve yargılaması sırasında kullanılmasında hukuka aykırı bir durum olmadığı gibi, disiplin hukukunda kimi durumlarda kanaatin yeterli olması nedeniyle, bunu yasaklayan bir düzenlemeye de yer verilmemiştir.”*⁶⁶

Danıştay bu kararında teknik takip ve telefon dinlemeleri sonucunda elde edilen fakat ceza davasında kullanılmayan delillerin, disiplin soruşturmalarında kullanılabileceğini söylemiştir. Ayrıca Danıştay, iletişimin denetlenmesi yoluyla, hukuka aykırı olarak elde edilen bulguları disiplin soruşturmasında delil olarak kabul etmiştir. Örneğin bazı kararlarında hukuka aykırı olarak elde edilen ses kayıtlarının delil olarak kabul edilebileceğine hükmetmiştir⁶⁷. Hâlbuki bu eylem 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 133. maddesi gereği suçtur. Danıştay bir başka kararda ise muhakkik tarafından bir personelin dolabında yapılan araştırma neticesinde müstehcen içerikli dergiler ve fotoğraflar delil olarak kullanılarak bir memurun memurluk sıfatıyla bağdaşmayacak nitelikte yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunduğu gerekçesiyle meslekten ihracını hukuka uygun bulmuştur⁶⁸.

Bir diğer kararda ise, ilk derece mahkemesi, başka somut bilgi ve belgeyle iddialar ispatlanamadığından davacı hakkındaki iddiaların hukuka aykırı olarak elde edilen ses kayıtlarına dayandırılmasını hukuka aykırı bulup işlemin iptaline karar vermiştir. Yani ilk derece mahkemesi hukuka aykırı olarak elde edilen ses kayıtlarının delil olamayacağını söylemiş-

⁶⁴ Yasin, s.63.

⁶⁵ Olayın önemini vurgulaması bakımından Yasin'in vermiş olduğu bu örnekler fevkalade yerinde olduğu için bu çalışmada da bu örnekler verilmiştir. Bkz. Yasin, s.63.

⁶⁶ Danıştay'ın 12. Dairesi 04.02.2011 tarih ve E.2010/64, K.2011/474, sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12d-2010-64.htm&kw=2010/64`#fm>, (Erişim Tarihi: 04.12.2017). Benzer yönde diğer bir karar için bkz.: Danıştay 12. Dairesi,

⁶⁷ Danıştay 12. Dairesi 27.11.2007 tarih ve E.2007/3065, K.9534 sayılı kararı; Danıştay 12. Dairesi 22.01.2001 tarih ve E.2000/3517, K.2001/130 Sayılı kararı. Bu iki karar M. Nihat Ömeroğlu'nun "Hukuka Aykırı Delil ve Disiplin Soruşturması" İsimli yazısından aktarmadır. Bkz. <http://www.haberturk.com/gundem/haber/596750-hukuka-aykiri-delil-ve-disiplin-sorusturmasi> (Erişim Tarihi: 03.12.2017). Danıştay 12. Dairesi 04.07.2008 tarih ve E.2008/1444, K.2008/4333 sayılı kararları, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12d-2008-1444.htm&kw=4333`#fm> (Erişim Tarihi: 04.12.2017).

⁶⁸ Danıştay 12. Dairesi 30.09.2002 tarih ve E.2001/3558, K.2002/2902 sayılı kararı, *aktaran* Kenan KOÇER, "Telekomünikasyon Aracılığıyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı, Teknik Araçlarla İzleme ya da Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve El Koyma Suretiyle Elde Edilen Sesli veya Görüntülü Verilerin Disiplin Soruşturmasındaki Kıymet", Ceza Hukuku Dergisi, (10), Ağustos-2009, s.25.

tir. Bu kararın temyizi üzerine Danıştay, aksi kanaatte bulunarak kararı bozmuştur⁶⁹. Fakat Danıştay bir başka kararında ise kanunda düzenlenen usule aykırı olarak elde edilen delillerle dayanılarak vergi tarhiyatı yapılmasını hukuka aykırı bulmuştur⁷⁰.

Görüldüğü üzere Danıştay bazı kararlarında, hukuka aykırı olarak elde edilmiş bulguları delil olarak kabul ederken, bazı kararlarında ise aksi yönde karar vermiştir. Hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle değerlendirilmeyen bulgular, idari yargıdaki delil serbestisinin bir diğer sınırını oluşturur. Ancak kategorik olarak hukuka aykırı şekilde elde edilen şu deliller değerlendirilir, şunlar ise değerlendirilemez gibi bir sonuca varmamız mümkün değildir. Buna karar verebilmek için her somut olay kendi içinde değerlendirilmelidir. Ancak genel ahlaka ve genel sağlığa aykırı bir durumu ispatlayan bulguların hukuka aykırı olsa dahi idari yargılama usulünde geçerli olduğunu kabul edebiliriz. İdari yargı mercilerince hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle delil olarak değerlendirilmeyen bulgular delil serbestisinin bir diğer sınırındadır.

SONUÇ ve DEĞERLENDİRME

İdari yargılama usulünü, bağımsız bir hukuk dalı olmanın yanı sıra usul hukukunun bir dalı olarak da değerlendirmek gerekir. Usul hukukunun bir dalı olan idari yargılama usulü, ceza ve medeni yargılama usulünden farklı olan birtakım özelliklere sahiptir.

Bu çalışmada idari yargılama usulündeki delil serbestisi ilkesi ve bu ilkenin sınırları idari yargılamanın genel özellikleri göz önünde bulundurularak değerlendirilmeye çalışılmıştır. İdari yargıda delil serbestisinin mutlak bir ilke olmadığını belirttik. Buna gerekçe olarak daha ziyade tanık ve yemin delilleri gösterilmektedir. Ancak bunlara ek olarak gizlilik ilkesi kapsamında mahkemeye sunulmayan birtakım bilgi ve belgeler ile hukuka aykırı olduğu gerekçesi ile mahkemenin değerlendirmedeği bilgi ve belgeleri de sayabiliriz. İYUK'un 21. maddesi hükmü gereği, zamanında ibraz edilmeyen belgeler ise delil serbestisinin istisnası niteliğinde değildir. Zira resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının amaçlandığı bir yargılama usulünde, yargılamanın belli bir aşamasından sonra sunulan bilgi ve belgelerin değerlendirilmeye alınmaması düşünülemez. Dolayısıyla İYUK madde 21 hükmünü bu çerçevede yorumlamamız gerekir.

Tanık delili, idari yargı uygulamasında delil serbestisinin sınırını oluşturmaktadır. Ancak uzun yıllar boyunca tanık delilinin idari yargıda ihtiyaç olduğu dile getirilmiştir. Gerçekten de tanıklık idari yargıda kabul edilmelidir. Fakat hâlihazırdaki uygulamada tanık delili, kabul edilmediği için delil serbestisinin sınırını teşkil etmektedir. Ancak idari yargı alanında bu konu kapsamında yapılacak olan kanun değişikliği veya uygulamayı yürüten hâkimlerde meydana gelecek bir anlayış değişikliği neticesinde delil serbestisi kapsamında

⁶⁹ Danıştay 5. Dairesi, 21.09.2009 tarih ve E.2009/4402, K.2011/4751 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=5d-2009-4402.htm&kw=`hukuka+aykırı+olarak+elde+edilen`#fm> (Erişim Tarihi: 07.12.2017).

⁷⁰ Danıştay 4. Dairesi, 20.10.2006 tarih ve E.2006/451, K.2006/2009 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=4d-2006-451.htm&kw=`2006/451`#fm> (Erişim Tarihi: 07.12.2017).

değerlendirilen bir delil haline gelebilir. Yemin delilinin ise idari yargı için gerekli bir unsur olmadığını söyleyebiliriz. Zira idare adına yemin edecek olanların kamu görevlileri olduğunu düşündüğümüzde, bunların rücu ve disiplin soruşturması tehdidi altında bu yemini etme ihtimallerini göz önüne alırsak yemin delilinin olmaması idari yargı açısından daha tercih edilebilir bir durumdur.

İYUK madde 20/3 hükmünde mahkeme tarafından idareden istenilen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine ve yüksek menfaatlerine veya Devlet güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere ilişkinse ilgili makamın gerekçesini bildirmek suretiyle istenilen bilgi ve belgeyi mahkemeye vermeyebileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu kanun hükmü kapsamında olduğundan bahisle, mahkemeye sunulmayan bilgi ve belgeler delil serbestisinin sınırını teşkil eder.

Hukuka aykırı olan delillerin değerlendirilmeyeceği kabul edilmektedir. Ancak idari yargı açısından bu konu tam olarak açıklığa kavuşturulamamıştır. Zira kamu düzeni ve kamu yararı gerekçesi ile idari yargıda hukuka aykırı elde edilen bir delilin değerlendirilmesi söz konusu olabilir. Nitekim Danıştay da bazı kararlarında hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş olan bazı bilgi ve belgeleri değerlendirmeye almıştır. İdari yargıda hukuka aykırı olarak elde edilen hangi bulguların uyuşmazlığın çözümünde delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı somut olaya göre değerlendirilmelidir. Örneğin genel ahlak veya genel sağlığa ilişkin bir konuda hukuka aykırı olarak elde edilmiş olsa dahi ilgili bulguların uyuşmazlığı çözerken göz önünde bulundurulması gerekebilir. Bir yargı merciinin hukuka aykırı olarak elde edildiği gerekçesiyle değerlendirmedeği bulgular da idari yargıda delil serbestisinin sınırındadır.

KAYNAKÇA

- Akıncı, M. (2008). *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Alangoya, Y., Yıldırım, M. K. & Deren Yıldırım, N. (2009). *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 7. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım.
- Aldan, M. (1990). *İdari Yargıda Kısıtlanan Savunma Hakkı, 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1. Kitap, İdari Yargı*, Ankara: Danıştay Yayınları.
- Bıyan, Ö. (2012). *Türk Vergi Hukukunda İspat-Delil*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Candan, T. (2012). *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 5. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Ceylan, M. (2017); *İdari Yargıya Hakim Olan İlkeler*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Coşkun, S. & Karyağdı, M. (2001). *İdari Yargılama Usulü*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Çağlayan, R. (2014). *İdari Yargılama Hukuku*, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Çağlayan, R. (2003). *İdari Yargılama Usulünde Tanık Delilinin Yeri, SÜHFD*, 11(3-4), 195-206.
- Gözübüyük, Ş. (2013). *Yönetmelik Yargı*, 33. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Hondu, S. (1991). *İdari Yargılama Usulünde Tanık, 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi - Birinci Kitap - İdari Yargı*, Ankara: Danıştay Matbaası, içinde 263-268.
- Kaplan, G. (2014). *İdari Yargılama Hukukunda Sözlülük Usulü ve Tanık Dinlenebilmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13(1), 33-46.
- Koçer, K. (2009). *Telekomünikasyon Aracılığıyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı, Teknik Araçlarla İzleme ya da Bilgisayarlar, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve El Koyma Suretiyle Elde Edilen Sesli veya Görüntülü Verilerin Disiplin Soruşturmasındaki Kıymeti, Ceza Hukuku Dergisi*, (10), 5-40.
- Kunter, N., Yenisey, F. & Nuhoglu, A. (2010). *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Basım, İstanbul: Beta Yayınevi.
- Kuru, B. (2001). *Hukuk Muhakemeleri Usulü C.II*, 6. Baskı, İstanbul: Demir-Demir Yayıncılık.
- Kuru, B. (2001). *Hukuk Muhakemeleri Usulü C.III*, 6. Baskı, İstanbul: Demir-Demir Yayıncılık.
- Muşul, T. (2012). *Medeni Usul Hukuku*, 3. Basım, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Onar, S. S. (1966). *İdare Hukukunun Umumi Esasları C.III*, 3. Bası, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.
- Ömeroğlu, M. N (2017). *Hukuka Aykırı Delil ve Disiplin Soruşturması*, <http://www.haberturk.com/gundem/haber/596750-hukuka-aykiri-delil-ve-disiplin-sorusturmasi>, (03.12.2017).
- Pekcanitez, H., Özkes, M. & Atalay, O. (2014). *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Şenlen Sunay, S. (1997). *İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İspat ve Delil Hususları*, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.

- Yasin, M. (2015). *İdari Yargılama Usulünde İspat*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Yorgancıoğlu, E. (1976). Danıştay Yargılama Usulünde Re'sen İnceleme Yetkisi, *İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I*, Ankara: Danıştay Yayınları, içinde 218-253.
- Zabunoğlu, Y. (1982). İdari Yargılama Usulü: Genel İlkeler ve Pozitif Düzenlemeler, *İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu*, Ankara: Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, içinde 87-101.