

01 Mayıs 2014

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ SAYIN BAŞKANLIĞI'NA

Sayın Başkan, Sayın Yönetim Kurulu Üyeleri,

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nun 08.10.2013 tarih, 2013/1095 sayılı ve 07.12.2013 tarih, 2013/1346 sayılı kararlarıyla kurulan TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ AVUKATLIK KANUNUNDA YAPILMASI GEREKLİ DEĞİŞİKLİKLERİ HAZIRLAMA KOMİSYONU'nda Doğu Anadolu Bölgesi Barolarını temsilen görevlendirilmiş bulunmaktayım. Komisyonumuz toplantıları ile ilgili tutanaklarda gerek oybirliği ile almiş bulunduğumuz kararlar ve gerekse görüşlerimiz yer almaktadır.

Ancak 27.04.2014 tarihli toplantıya katıldığım halde o gün vuku bulan taziyem nedeniyle erken ayrıldığımdan ve ayrıca 30.04.2014 tarihli toplantıya da katılamadığımdan kanun değişikliği ile ilgili Adalet Bakanlığı'nın Avukatlık Kanunu Hazırlama Bilim Komisyonun internette yayınlanan hazırlık taslağı ile Komisyonumuzun belirtilen toplantılarındaki çalışmalarına ait bazı görüşlerimi dile getirememiş olduğumdan bu hususlarla ilgili olarak bazı görüşlerim aşağıda belirtilmiştir. Çalışmalarınızda nazara alınacağını ümit eder saygılar sunarım.

Görüşlerimi ve çekincelerimi 27.04.2014 tarihli ve Komisyonumuzun, üzerinde çalışma ve değişiklik yapmış olduğu taslak metin üzerinde çalışma yaparak yazmış bulunmaktayım.

Bazı maddelere ilişkin görüşlerimiz önceki toplantı tutanaklarında zaten yer almıştır. Şu hususların da ayrıca belirtilme gereği duyulmuştur.

1. 1136 sayılı Av. K. Mad. 5 ile ilgili görüşüm toplantı tutanaklarında mevcuttur ve önemli hukuki gerekçelerden, gerek Anayasa Mahkemesi ve gerekse AİHM'nin ilgili konu ile ilgili kararlarından dolayı tekrar etmekteyim.
2. 1136 S. K. Mad.12 ile ilgili olarak T.B.B. nin 2012 yılı çalışmasındaki (J) fıkrasının aynen geçmesi görüşündeyim.
3. Mad. 36/1'deki sır saklama yükümlülüğü avukat yanında çalışanları da kapsayacak şekilde düzenleme yapılmalı.
4. Mad. 37/son fıkrada tayin olunan avukatın işi kabul zorunluluğu yumuşatılmalı ve " CMK listesi içinden tayin olunan avukat, baro başkanı tarafından ve AAÜT'den düşük olmamak üzere belirlenen ücret karşılığında işi HAKLI BİR SEBEP GÖSTEREMEDİĞİ TAKDİRDE takip etmek zorundadır." şeklinde olmalıdır.

5. Mad. 44/B 3. Fıkıada, "Avukatlık ortaklığına yeni ortakların girmesi, ortaklardan birinin ortaklıktan ayrılması ya da ölümü ortaklığın adının değıştirilmesini gerektirmez" şeklindeki düzenlemeye katılmıyorum. Ortaklık adının devamı ayrılan ortak ya da ölen ortağın mirasçılarının çoğunluğunun itiraz etmemesi koşuluna bağlanmalıdır.
6. 1136 s.lı K. Mad. 46 daki dosya inceleme ve örnek alma taslakta 33. Maddeye alınmıştır ve dosya incelemesi için avukatın **gerekçeli** dilekçesi aranmaktadır. Bunu kabul etmemekteyiz. Ayrıca, 1136 sayılı kanunda avukatın stajyerine tanın dosya inceleme yetkisi taslakta bulunmamaktadır. Bunun kabulü de imkansızdır ve işlerin zorlaştırılması sonucunu doğurmaktadır.
7. YENİ NOT: Ağır ceza merkezlerindeki Adalet Komisyonlarında bir baro temsilcisi bulunmalı ve hakim ve savcıların görev ve sorumlulukları ve özlük hakları ile ilgili konular dışındaki hususlar ve işler ile ilgili toplantılara katılabilmelidir. Komisyonunda yer alacak bir asil ile bir yedek üye Baro Genel Kurulunda seçilmelidir. Ya da Baro Başkanı veya görevlendireceğı kişi bu komisyona katılmalıdır. (Bu hususun araştırılma ihtiyacı vardır)
8. Mad. 58 de Komisyonumuzun, Avukatların avukatlık veya TBB ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma yapılması için önerdiği ve izin makamının da baroların mütalaasını da almak üzere TBB olması yönündeki önerisine aynen katılmaktayım. Ancak, "Bakanlık çalışmasında yer alan; *"Eski 58. maddedeki soruşturma için Adalet Bakanlığından izin alınması kaldırıldı. Savcı soruşturmayı izin almadan yapacak. Kovuşturma açılmasına karar verirse izin TBB Disiplin Kurulu tarafından verilecek, izin verilmez ise itiraz Yargıtay'a yapılacak. Savcı soruşturma sürecinde ön ödeme, uzlaşma, erteleme gibi kararlar veremeyecek. TBB Disiplin Kurulu kovuşturma açılmasına izin verirse dava açılacak. TBB Disiplin Kurulu bir ay içinde karar verecek."* şeklindeki düzenlemenin açıklaması TBB 2012 tasarı önerisi çalışmasının 58.madde metni ile uyumlu görüldüğünden komisyonumuzca uygun bulunmuş, ..." denmiştir. Aslında Bakanlık Komisyonunun çalışması daha sonra belirtilen şekilde çıkmamıştır. Ancak yine de belirtmekte fayda vardır ki; Savcının soruşturma sürecinde ön ödeme, uzlaşma, erteleme gibi kararlar verememesi ve doğrudan dava açmak durumunda olması gibi durumların kabulü meslektaşlar aleyhine olacağından kabul etmemekteyim. Burada genel hükümler uygulanmalıdır

9. Mad. 67' de avukatların levhada yazılı bulunduğu baro bölgesi dışında sürekli iş yapma ile ilgili olarak, Komisyonumuzca eklenen "doğrudan ya da dolaylı olarak" tabirine gerek yoktur ve yorum yolu ile haksızlıklara neden olacağından çekince bırakmaktayım. Kaldı ki aslında süreklilik kistası gerçekten gerçekleşmemişse yapılacak sınırlandırmalar kabul edilemez. Önüne geçilmesi gereken husus münferit örneklerde görüldüğü gibi mesleğin onur ve haysiyetine aykırı ve yanıltıcı vaatlerdir. Bu konuda daha somut düzenlemeye gerek vardır.

10. Mad. 136/2. fıkra şöyledir. Beş yıllık bir dönem içinde iki veya daha çok defa disiplin cezasını gerektiren davranışta bulunan avukata her yeni suçu için bir öncekinden daha ağır ceza uygulanır.

Fıkraya bir ilave yapılmalıdır. Zira, mesela, alınan seri halindeki işlerde aynı dönemde (aynı tarih değil) olmak üzere alınan işlerle ilgili olarak oluşacak ihmallerde durum ne olacak. Bu durumlarda kişinin (avukatın) içinde bulunduğu ve onu aykırılığa iten durum ya da ruh hali veya koşullar aslında aynıdır. Böyle durumlarda, yapılması gereken, ceza tayin eden merciye takdir hakkı bırakmak ve "GEREKİRSE" daha ağır ceza tayin edebilmesi için ona yetki ve takdir hakkı vermektir. Bu nedenle, "aynı neviden ve aynı dönemdeki işlerle ilgili olarak işlenen suçlarda bu kural uygulanmaz. Ceza tayin edecek merci gerekçesini göstererek öncekinden daha ağır olan bir ceza tayin edebilir." Şeklindeki bir ilaveye ihtiyaç vardır.

11. Mad. 140/3 de; "Eylemin işlenmemiş veya sanığı tarafından yapılmamış olması sebebiyle beraat hali müstesna, beraatle sonuçlanmış bir ceza davasının konusuna giren eylemlerden dolayı disiplin soruşturma ve kovuşturması, o eylemin ceza kanunları hükümlerinden ayrı olarak başlı başına disiplin soruşturma ve kovuşturmasını gerektirir mahiyette olmasına bağlıdır." Denmektedir.

Bu hükme çekince bırakmaktayım. Zira, beraat hükümleri arasında böyle bir ayırımı gitmek HUKUKA aykırıdır. Her ne kadar özellikle İdari Yargıda ve İdarelere ait disiplin kararlarında ve hatta bazı kanunlarda böyle bir ayırım yapılmakta ise de ve bu ayırım "kanuni" olarak nitelenebilirse de asla "HUKUKİ" değildir. Bu ayırım aynı zamanda "MASUMİYET" karinesini de bertaraf etmektedir. Kişi yargılanmış ve suçlu olduğu yönünde bir karar verilmediği halde adeta yukarıda belirtilen niteleme ve düzenleme

ile çaresiz bırakılmaktadır. Kaldı ki hemen hemen tüm ceza mahkemelerinde savcılıklarda suçlu olmadığına inanılan kişi hakkında verilen beraat ya da takipsizlik kararları “ delil yetersizliği” gerekçesine dayandırılmaktadır. Çünkü, suçlayan kişi, bazı deliller ileri sürmekte ve ilgili yargı mercii de o delillerin suçu ispatlayamadığını düşünerek karar vermektedir. Çok ender durumlarda ve çok az sayıdaki hakim ve savcı eylemin işlenmemiş veya sanığı tarafından yapılmamış olması nedenine dayanarak karar vermektedir. Teorik olarak da beraat hükümleri arasında böyle bir ayırım yapılmamaktadır. Bu nedenle komisyonumuzun bu husustaki kabulüne çekince bırakmaktayım.

12. Mad. 114/3, 4 – “Avukat sayısı yüzden fazla olan barolar, yüzden sonraki her üç yüz üye için ayrıca birer delege seçerler.

Barolarca aynı sayıda yedek üyeler seçilir.” Denmektedir.

Bu düzenlemeye çekince koymaktayım. Bu hususta barolar arasında en kısa zamanda bir görüşmeye gerek vardır. Herkesin görüşü alınmalı ve tereddüt çe çekincelerin bulunduğu hususlar tespit edilmelidir. Ama tabii ki sonuçta en adaletli sonucu önermek gereği unutulmamalı ve her açıdan haksızlık oluşturmayacak bir sayı esas alınmalıdır.

Bu görüşmede seçim sisteminin de görüşmeye açılması gerekmektedir. Ayrı listelerle seçime girildiğinde bazı listelerin hiç delege çıkaramaması aslında sakınca yaratmakta ve baroların kendi içinde hiç de gerekli olmayan bir çatışma ortamı yaratmaktadır. Bu durumda D’Hondt seçim sistemini incelemek gereği vardır görüşüme göre.

Çarşaf liste ile seçimlere girilmesi şahsi görüşüme göre daha faydalıdır. Başkan adayları sayısı kadar hazırlanan listelerin şemsiyesi altında değil de meslektaşlar arasında aday şahıslara dair temayüle göre meslektaşların delegasyon ile baro organlarına seçildiği kanısı oluştuğunda kanımca baroya kayıtlı tüm meslektaşlar daha adaletli bir şekilde temsil edileceği gibi bu durumda her baronun tüm üyeleri de daha fazla barolarına güç verecekler ve barolarının kararlarının arkasında da daha fazla duracaklardır. Keza, yine böylece her meslektaş kendisini belli bir listeye mahkum edilmiş görmeden meslektaşları önüne çıkabilmelidir. Farklı listelerle seçime girmek

ister istemez meslektaşlar arasında bir kamplaşmaya da yol açmaktadır aynı zamanda. Halbuki, evrensel hukuk anlayışımızla birbirimize yaklaşabilmeli ve bu ölçü ile değerlendirme yapabilmeliyiz kanımca. Farklılıklar dostça bir araya gelebilmeli ve bu yönümüz ile toplumumuza ihtiyaç duyduğu örnekler sergileyebilmeliyiz. Esasen bizim böyle bir yükümlülüğümüz mevcuttur.

1136 s.lı kanunun 176. Maddesindeki **adli müzaharet** Bilim Komisyonu çalışmasında 191. Maddeye alınmıştır. Bu konuda 08-09-10-/03/2014 tarihli 6. Toplantıda konu ile ilgili teorideki açıklamaları sayın Komisyona sunmuştum ve Komisyon tarafından oybirliği sağlanmıştı.

Mesela, M. Akbal, aslında adli yardımdan faydalananın davayı kayb etmesi halinde kendisinden yargılama giderlerinin alınacağına dair bir kural bulunmadığını belirtmektedir. (M. Akbal Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım s.170)

Keza, Belgesay adli yardımın geçici olmasından kastın, yargılama sürecinde şahsın maddi yoksunluğunun bitmesi durumunda adli yardım kararının kaldırılabileceği olduğunu belirtmektedir. Demek ki, davayı kaybettiğinde kendisinden gider ve vekalet ücreti alınması kast edilmemektedir ve gerçek durum da budur. (Belgesay/ M. R. Karahasan HUMK Şerhi C. Cilt II, s. 428)

Konu ile ilgili olarak Prf. Dr. N. İlker ÇOLAK ve Dursun ÖZDEMİR'in bir makalesi ekte sunulmuştur. Tüm belirtilen izahatlar da nazara alınarak mutlaka avukatlık kanunundan başlayarak düzenleme yapılması elzemdir. Aslında, tarafın idare olması halinde yoksulluğu kabul edilen kişiden yargılama giderleri ile karşı taraf vekalet ücretinin alınmaması hukuk gerekliliğidir. Ancak, en azından bir sınırlandırma şarttır. Bu nedenle en azından karşı tarafın İdare olması durumunda bu kişilerin davayı kaybetmesi halinde kendilerine yüklenecek karşı taraf vekalet ücretinin AAÜT' de belirtilen asgari ücretin yüzde onunu geçemez şeklinde sayın Komisyon üyeleri ile 6. Toplantıda mutabık kalınmıştır. Bu durumda Avukatlık Ücreti ile ilgili olarak yeni taslakta 49. Maddeye alınan hükümde de istisnai düzenleme yapılması gerekmektedir.

13. Diğer birçok husustaki görüşlerimiz ilgili tutanaklarda mevcuttur. Ancak tekrar belirtelim ki, MOLIERAC'ın veciz ve yol gösterici sözü hiç unutulmamalıdır. Avukatlıkta reklam, şirketleşip şube açma gibi anlayışlar kabul görmemelidir. Yayınlanan taslakta avukatlıkla ilgili olarak reklam onayını getiren maddeyi görünce insan gerçekten sarsıntı geçirmekte. Molierac'ın muhteşem izahı ile bahs ettiği, kavramamızı istediği avukatlık ideali ile, ticarileşen ve reklam ihtiyacını duyacak avukatlık arasında nasıl bir ilgi olabilir acaba?

Reklam hususu ile ilgili olarak A.İ.H.M., *Casade Coca / Yspanya85* davasında bir avukatın düzenli olarak gazete ve dergilere bürosunun ilanını vermesi ve çeşitli ticari Reklam işletmelere mektuplar yazması üzerine bağlı bulunduğu Baro avukat hakkında disiplin işlemleri uygulamıştır. Davayı inceleyen Divan, baro üyelerinin ticari işletmelerle bir tutulamayacağı, baroların yargı organı ile toplum arasında aracı kurum niteliğinde olduğu, mensuplarının ilan vermeleri ve reklam yapmaları konusunda kısıtlama yapabileceği değerlendirmesinde bulunarak ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği hükmünü vermiştir.

Saygılarımla.

Doğu Anadolu Baroları Temsilcisi

T.B.B. Delegesi

Av. Adil Aslan



EK: Prof. Dr. N. İlker Çolak

Dursun Özdemir

1 adet mahale (6 sayfa)

Prof. Dr. N. İlker Çolak

ANA SAYFA ÖZGEÇMİŞ YAYINLAR GÜNCEL YORUMLAR HABERLER / BASINDA DERS NOTLARI İLETİŞİM

İDARİ YARGIDA İDARE LEHİNE VEKÂLET ÜCRETİ VE HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜNE ETKİSİ

Nusret İlker ÇOLAK*

Dursun ÖZDEMİR**

Anahtar kelimeler: İdari Yargı, Vekâlet Ücreti, Hak Arama Özgürlüğü

Key words: Administrative judiciary, attorney costs, the right of access to courts

Özet: İdarenin yargısal denetiminin sağlıklı işlemesi, hukuk devletinin yaşama geçirilebilmesi için ön koşuldur. İdari yargı yolunun ulaşılabilir olması, yargı denetiminin devreye girmesi açısından zorunludur. İdari yargı yoluna gidilmesinin önündeki en büyük engel yargılama ücretlerinin ve masraflarının fazla olmasıdır. Türkiye’de idari yargı yolunda dava harçları ve masrafları, çoğu ücretli olan bireylerin gelir düzeyiyle kıyaslandığında, hak arama özgürlüğünü engelleyecek boyuttadır. İdari yargı yolunun ekonomik olarak tercih edilebilir olmasının önünde engel oluşturan temel masraf, idare lehine vekâlet ücretine hükmedilmesidir. Genellikle idarenin ücretli personeli olan avukatlara, idari yargıda vekâlet ücretine hükmedilmesi hak arama özgürlüğünün önünde engel oluşturmaktadır.

Summary: A proper exercise of judicial review of administrative acts and actions is a precondition for the rule of law to exist in any regime. Access to administrative courts is also essential for such a judicial review to run. The major obstacle discouraging people from having recourse to the administrative courts is trial costs. High cost of trials in administrative litigations, – when it is compared to income levels of the people, most of whom are employees working either on wage or on salary basis in Turkey- has reached a level of impediment to the enjoyment of the right of access to courts. The major factor increasing the costs in administrative court trials is the attorney cost concluded by the courts in favor of the administration in question. That the practice by the courts of concluding attorney costs in favor of the lawyers, the civil servants in most cases of the administration itself, should be considered as a significant obstacle to the realization of the right of access to courts.

Varoluş amaçlarını gerçekleştirebilmesi amacıyla Devlet, üstün yetkilerle donatılmıştır. Devlet adına yürütme organı tarafından kullanılan bu yetkilerin kullanımının hukuka uygunluğunun denetlenmesi bireylerin kendilerini güvende hissetmeleri açısından zorunluluktur. Devletin idare edilme işlevinin gerçekleştirildiği idari faaliyetler alanı, bireyin hak ve özgürlüklerinin var olmaya çalıştığı alandır. Bu alanda idari faaliyetlerin etkinlik kazanması hak ve özgürlüklerin kısıtlanması sonucunu doğururken, hak ve özgürlüklerin genişlemeleri idarenin yetkilerinin kısıtlanması anlamına gelecektir. Bir taraftan, hak ve özgürlüklerin korunması ve varlıklarını anlamlı bir şekilde sürdürebilmesi, diğer yandan da idari faaliyetlerden beklenen kamusal yararın gerçekleştirilmesi için idari faaliyetlerle hak ve özgürlüklerin karşılıklı olarak dengelenmesi, bir denge noktasında buluşturulması gerekir. Bu denge noktası hak ve özgürlüklerin varlıklarının anlamlı olacağı, idari faaliyetlerin de beklenen yararları doğurabileceği noktadır[1].

Ortak kamusal ihtiyaçları karşılayarak toplumun beklentilerine cevap veren bir idari faaliyet alanı tanımlanmak durumundadır. Toplumun güven içerisinde yaşamasını garanti altına alamayan bir idari faaliyetin toplum ve birey özgürlükleri açısından ortaya çıkaracağı riskler göz ardı edilmemelidir. Bir yandan idari faaliyetlerle ulaşmak istenen hedefler göz önünde bulundurulması, diğer yandan da hak ve özgürlüklerin korunması sağlanmalıdır. Hak ve özgürlükleri sınırsız kabul etmek hak ve özgürlüklerin yaşam alanlarını ortadan kaldıracaktır. İdarenin ifa etmek zorunda olduğu görevlerin yerine getirilmesi kısıtlamaya tabi tutulmaması da hak ve özgürlüklerin varlığını tehlikeye atacağı gibi, kamu yararını amaçlıyor diye idari faaliyetlerin herhangi bir önceliği ile hak ve özgürlükler üzerinde gerçekleştirilecek kısıtlamalarının asgari seviyede tutulması zorunluluğunun birlikte değerlendirilmesi sonucu oluşacak sınırlar ve ilkeler doğrultusunda idarenin faaliyetlerini yürütmesi esastır. İdarenin faaliyetlerinin bu denge noktasında belirlenen esaslar ve ilkeler doğrultusunda yürütülmesini temin amacıyla, faaliyetler üzerinde etkin bir denetimin varlığı kaçınılmazdır. İlke ve esasları belirlemek kadar bu ilkelere uygun hareket edilip edilmediğinin denetlenmesi de gerekir.

1982 Anayasasının 6. maddesinin II. fıkrasında yer alan, hiçbir kimse veya organın kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisini kullanamayacağı yönündeki düzenlemeye göre, idareye tanınan yetkilerin kanun koyucu tarafından belirlenen ilke ve esaslar çerçevesinde kullanılması gerekir. Bir başka ifadeyle idarenin yetkileri kullanırken tabi olacağı kurallar ve idari faaliyetlerde yetkinin çerçevesi kanunlarla düzenlenecektir. Kanun koyucu idarenin tabi olacağı kuralları belirlerken, idarenin bu kurallara uygun hareket edip etmediğinin kontrolüne yönelik olarak da denetim mekanizmalarının kurulması gerekmektedir. Bu nedenle idari faaliyetlerin hak ve özgürlükler aleyhine genişlemesini önlemek ve denge noktasında tutabilmek için idari faaliyetler üzerinde çeşitli denetim mekanizmaları geliştirilmiştir. İdarenin faaliyetleri; siyasal, idari, kamuoyu ve yargısal denetim yollarıyla denetlenmekte ve sınırlandırılmaktadır. Ancak, idari faaliyetler üzerinde gerçekleşen en etkin denetim yargı denetimidir. İdarenin faaliyetleri üzerinde gerçekleşen yargısal denetim, genel yargı yerleri tarafından her hangi bir özellik taşımadan yargı birliği şeklinde gerçekleştirilebileceği gibi, idarenin faaliyetlerinin denetiminde uzmanlaşmış yargıçların görev aldığı ve kendine özgü kuralların uygulandığı idari yargı denetimi sistemi olarak da karşımıza çıkabilmektedir.

İdarenin yürütmekte olduğu kamusal görevler sırasında kullanacağı yetkilerin ilke ve kurallara uygun olup olmadığı noktasında gerçekleştirilecek yargısal denetimin amacı, hak ve özgürlükler üzerinde orantısız ve ölçsüz müdahale ve kısıtlamaların önlenmesidir. Bu noktada idarenin yargısal denetimine yönelik getirilen başvuru yolunun etkin, ekonomik ve tercih edilebilir bir başvuru yolu olması gerekir. Hukuk devleti ilkesi açısından idarenin yargısal denetiminin etkin bir şekilde gerçekleştirilmesi zorunluluktur. İdarenin yargısal denetimini gerçekleştirmeye yönelik olarak hukuki başvuru yolunun bulunması değil, bu başvuru yolunun ulaşılabilir, tercih edilir ve etkin bir yol olması önem taşımaktadır. Kanun koyucu tarafından idarenin yargısal denetimine yönelik olarak getirilen düzenlemelerin etkin olması, kişiler tarafından tercih edilebilir olması ve en önemlisi de kolay ulaşılabilir olması gerekir.

Türkiye’de idarenin yargısal denetimiyle görevli uzmanlaşmış yargı düzeni olarak karşımıza çıkan idari yargı sisteminin belirtilen anlamda, etkinlik ve tercih edilebilirlik noktasında sıkıntılarının bulunmasının yanında, çok daha önemli bir sorun olarak ekonomik olarak kolay ulaşılabilirlik sorunu karşımıza çıkmaktadır. İdarenin yargısal denetimine yönelik olarak kişiler tarafından yapılacak başvurularda, idari yargılama giderlerinin yanında, vekâlet ücreti de ödemek durumunda kalmaktadır. Bu çalışmada idare lehine ücretli vekâlet ödenmesi kararının hak arama özgürlüğüne olan etkisi üzerinde durulacaktır.

İ-İDARİ YARGININ ÖZELLİKLERİ

İdarenin faaliyetlerinin hukuka uygunluğunu sağlamaya yönelik olarak idarenin yargısal denetimi büyük öneme sahiptir. İdarenin yargısal denetimi konusunda uzmanlaşmış bir yargı düzeni olarak idari yargı tarafından idari uyumsuzluklar çözüme kavuşturulur. İdari yargı düzeninin kendine özgü nitelikler taşıması kaçınılmazdır. İdari yargının özgün nitelikleri yapılanmaya ilişkin özellikler ve yargılama sürecine ilişkin özellikler olarak iki başlık altında ortaya çıkar.

1-İdari Yargı Düzeninin Yapısal Özellikleri

İdari yargı düzeninin kurulması, idarenin yargısal denetiminin uzmanlaşmış bir yargı düzeni tarafından gerçekleştirilmesi yaklaşımına paralel olarak gerçekleşmiştir. İdarenin yargısal denetiminin uzmanlaşmış bir yargı düzeni tarafından gerçekleştirilmesi tarihsel gelişim süreci içerisinde bir gereklilik olarak ortaya çıkmıştır. İdarenin yargısal denetiminin özel hukuk uyumsuzluklarıyla birlikte aynı yargı düzeni içerisinde çözümlenmesi yerine, ayrı bir yargı düzeni kurulması tarihi tecrübelerin sonunda ortaya çıkmış bir durumdur. Yaşanan tecrübelerin ışığında, idarenin yargısal denetiminin etkin ve verimli bir şekilde yürütülmesine yönelik olarak, kökeni idari yapılanmaya dayanan ve idari birimlerin yargı yerine dönüşmesi sonucunda şekillenen ayrı bir yargı düzeni ortaya çıkmıştır.

İdari yargı düzeninde sınırlı düzeyde bir uzmanlaşma mevcuttur. Temyiz aşamasında Danıştay’da var olan görev dağılımı ilk derece mahkemelerinde sadece idare ve vergi mahkemeleri olarak karşımıza çıkar. İdarenin yargısal denetimi konusunda idari yargının yanında adli yargının da görevli olduğu konular bulunmaktadır. İdarenin yargısal denetimi konusunda idari yargının inhisari yetkisi bulunmamaktadır. Kanun koyucunun, gereksinim duyacağı idari uyumsuzlukların bir kanun hükmüyle adli yargının görev alanına aldığı ve bu yargı düzeninde çözüme kavuşturulmasını amaçladığı düzenlemeler de olmuştur. Anayasa koyucu, idari yargının görev alanını açıkça koruma altına alan bir düzenleme getirmemiştir[2].

İdari yargı düzeninde hukukçu olmayan hâkimler de görev yapmaktadır. İdarenin faaliyet alanının çeşitliliğine paralel olarak, hukuk dışında kalan alanlardan da hâkim alınması gereksinim olarak kabul edilmiştir. Ancak, zaman içerisinde gerçekleştirilen tartışmalı alımlarla idari yargıda hukukçu olmayan hâkimlerin oranı tartışmalı bir düzeye ulaşmıştır. Yaşanan tartışmalar üzerine kanun koyucu konuyu yeniden düzenleme yoluna gitmiştir[3].

2-İdari Yargılama Usulünün Özellikleri

İdari yargı düzeninin, hukuk devletinin yaşama geçirilmesi noktasında idarenin yargısal denetimini etkin bir şekilde gerçekleştirebilmesi için, yargılama sürecinin bazı niteliklere sahip olması gerekir. İdari yargının sahip olması gereken nitelikleri idari yargının etkinliği bakımından ve ulaşılabilirliği bakımından nitelikler olarak iki başlık altında toplamak mümkündür.

A-İdari Yargının Etkinliği Bakımından Özellikler

İdari yargı düzeninde yazılılık kuralı doğrultusunda dosya üzerinde karar verilmesi suretiyle yargılama süresinin kısaltılması, re’sen araştırma ilkesiyle maddi ve hukuki gerçeğin taraflar iddia etmesi dahi araştırılması ve bulunması ve böylece adaletin tesisi öncelikli nitelikler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu özelliklerin konuluş amacını gerçekleştirip gerçekleştirmediği ayrı bir tartışma konusu olmakla birlikte, idari yargının özellikleri arasında karşımıza çıkmaktadır. Buna ilave olarak idari yargı düzeninin basit bir yargılama yolu olduğu kabul edilmektedir. İdari yargı yerinin uyumsuzlukla ilgili yargılamayı dosya üzerinden gerçekleştirmesi de bu yargı yolunun basit usulde karar almasının bir göstergesi olarak karşımıza çıkmaktadır. İdari yargı yeri uyumsuzlukla ilgili araştırmalarını görevi gereği yapacak, bilgi ve belgeleri toplayacak ve dosya üzerinden kararını verecektir.

İdari yargılama yönteminin basit oluşu hem kişilerin süreci takip ve anlamalarına imkân verecek, hem de süreci hızlandıracak bir özellik olarak ortaya çıkmıştır. İdari yargı yolunun basit olmasıyla ilgili olarak, yapılacak başvuruların da kolay olması gibi bir sonucun doğması gerekir. Dilekçelerin şekilden reddedilmesi ve şekil eksikliğinin tekrarlanması durumunda davanın reddedilmesine yönelik düzenlemeler dikkate alındığında bu özelliğin tartışmalı olduğu görülmektedir[4]. İdari yargı yoluna başvurunun kolaylığı olarak, avukata gereksinim duyulmadan kişilerin kendi başlarına davalarını açabilmeleri ve takip edebilmeleri mümkündür.

B-İdari Yargının Ulaşılabilirliği Bakımından Özellikler

İdari yargı düzeninin ulaşılabilir olması, başvuru yoluna yapılacak müracaatların kolaylığı, herhangi bir idari yargı yerinden, asıl davanın açılacağı mahkemeye gitmeden, bulunduğu yerdeki adli yargı düzenini de kullanarak dava açılabilmesi, yargılananın evrak üzerinden yapılması nedeniyle duruşma istenmeyen durumlarda hiç idari yargı yerine uğramadan dahi bu yola gidilebilmesi olarak karşımıza çıkar.

İdari yargı yolunun ulaşılabilirliği noktasında en önemli kolaylık idari yargı yolunun ucuz olması gerekliliğinin sağlanmasıdır. İdari yargılama yönteminin ucuz oluşu ise, kişilerin ekonomik kaygılar nedeniyle idari yargı yoluna başvurmaktan kaçınmalarının önüne geçilmesine yönelik bir özelliktir. Böylece idarenin yargısal denetimi konusunda kişilerin idari yargıyı harekete geçirmesi sağlanmış olacaktır. İdari yargı düzeninde yargı yerinin doğrudan harekete geçmesi mümkün olmadığından, yargı yerlerini kişilerin harekete geçirmesi öngörülmüştür. Amaç idarenin hukuka uygun davranmasının sağlanması olduğundan, bu yolun ekonomik olarak başvurucuları zorlamaması gerekir. Öğreti başvuru ve karar harçlarının miktarı göz önüne alındığında idari yargının ucuz bir başvuru yolu olduğu görülmektedir[5].

İdari yargılama sürecinin sahip olması gereken bu nitelikler, idari yargı düzeninin kolay ulaşılabilir, tercih edilebilir ve etkin bir başvuru yolu olarak kabul edilmesinin önkoşuludur. İdari yargı düzeninin kişiler tarafından tercih edilebilir olması için, alınan kararların hızlı, zamanında ve adil olması kadar, bu yola başvurunun ulaşılabilir olması da gerekir.

İdari yargı yerlerinin ulaşılabilir olması, bu yargı yerine gidilebilmesinin önünde hukuki engel bulunmaması kadar maddi engel bulunmamasına da bağlıdır. İdari yargı yerine gidebilmeyi zorlaştıran hukuki engellerin bulunması durumunda bu yargı düzeni tercih edilebilir bir yargı düzeni olmaktan çıkacaktır. Aynı şekilde, idari yargıya başvurmak isteyen kişilerin önüne çıkarılacak maddi engeller de idari yargıya başvuruyu engelleyecektir. İdari yargı yoluna gidilebilmesinin önünde bulunan maddi engeller içerisinde en önemli engeller ise ekonomik olanlardır.

İdari yargı yoluna başvurunun tercih edilebilmesi için önemli koşullardan biri de bu başvuru yolunun ekonomik bir başvuru yolu olmasıdır. Amaç idarenin yargısal denetimini sağlayarak, hukuka uygun davranmasını sağlamak ve bu yolla hukuk devleti ilkesini hayata geçirmek olduğuna göre, kişilerin kendilerini mağdur ya da mağdur olma riski altında görmeleri durumunda, sığınabilecekleri bir başvuru mercii olarak idari yargı yerlerine gidebilmelerinin önünde engel bırakılmamalıdır.

İdari yargı yoluna başvuruda ekonomik olarak davacı kişilerin karşılaması gereken başvuru, yargılama, karar ve benzeri isimler altında alınan harçların ve ilave olarak posta ücretlerinin miktarının düşük olması ve kişilerin bu yola başvurmadan vazgeçirmemesi gerekir. Ancak, idari yargı yoluna gidildiğinde alınan başvuru, yürütmenin durdurulması ve karar harcı olarak alınan ücretlerin, posta giderlerinin ve temyiz sürecinde alınan harç ve giderlerin miktarının herkes tarafından kolaylıkla karşılanabilecek miktarları aşmış olduğu açıktır. İdari yargı yoluna başvuruda alınan harç ve ücretler, kamu ve özel sektörde çalışan pek çok ücretlinin ödeme gücünü aşacak bir seviyeye ulaşmıştır. İnceleme konumuzun dışında bulunmakla birlikte, idari yargı düzeninde alınan ücret ve harçlar kolay karşılanabilir düzeyi aşmıştır.

İdari yargıya başvuruda alınan harç ve ücretlerin yanında bir de davayı kazanan taraf lehine hükmedilen vekâlet ücreti bulunmaktadır. Vekâlet ücretinin belirlenen oranlarda ya da maktu olarak belirlenmesi sonucunda ortaya çıkan ekonomik yükümlülük, davacılar açısından idari yargı yoluna başvuruda tereddüde yol açacak boyuttadır.

II- İDARİ YARGIDA DAVANIN TARAFLARI VE VEKÂLET

İdari yargı düzeninde ücretli vekâletin doğuracağı zorlama etkisinin tam olarak belirlenmesi ve doğru anlaşılabilmesi için davanın taraflarının ve onlar adına vekâletin kim tarafından gerçekleştirileceğinin bilinmesi gerekir.

1-Davacı ve Vekâlet

Davacı konumunda gerçek ve tüzel kişiler bulunur. Kamu hukuku tüzel kişilerinin idari yargıda davacı olmaları inceleme konumuzun dışındadır. Özel hukuk tüzel kişileri ve gerçek kişilerin davacı olmaları durumunda kendilerini vekil aracılığıyla temsil ettirmeleri mümkündür. Davacı konumunda bulunan özel hukuk kişileri adına görevlendirilmiş bulunan mensupları/çalışanlarının davayı takip etmeleri ve gerçek kişilerin kendilerinin davalarını sürdürebilmeleri mümkündür. Buna karşılık özel hukuk tüzel kişileri ve gerçek kişilerin idari yargıda açılan davada kendilerini bir avukat eliyle temsil ettirebilmeleri de mümkündür.

İdari yargı yoluna başvuruda avukata gereksinim duyulmadan başvurunun gerçekleştirilmesi ve davanın takibinin yapılabilmesi mümkün olmakla birlikte, davacı taraf dilerse davasını vekil eliyle de yürütebilecektir.

2-Davalı ve Vekâlet

Hak arama özgürlüğü bakımından davalı idareye vekâlet edilmesi önem taşımaktadır. Daha doğrusu, idare adına davayı bir avukatın takip etmesi durumunda ortaya çıkacak ücretin davacı tarafa yüklenmesi, hak arama özgürlüğü üzerinde olumsuz etkiler doğuracaktır. Hak arama özgürlüğü üzerinde olumsuz etkileri nedeniyle idareye vekâlet üzerinde durulması gerekir.

İdarenin avukat vekil aracılığıyla idari yargıda temsil edilmesi iki şekilde gerçekleşmektedir. Bunlardan birincisi idarenin istihdam etmekte olduğu avukatlar eliyle davaların takibi, ikincisi ise kimi idarelerin davaları takip etmek üzere serbest meslek mensubu avukatlarla sözleşme yapma yoluna gitmeleridir. İdarenin kendi bünyesinde yer alan hukuk biriminde avukat istihdam etmesi durumunda bu kişiler görevleri karşılığı idareden maaş almaktadırlar. Serbest meslek faaliyetinde bulunan avukatlarla yapılan sözleşmede ise idare, yapılan hukuki yardımlar karşılığı belirli bir ücret ödemekte, ilave olarak davanın kazanılması durumunda doğacak vekâlet ücretini avukatlara bırakmaktadır. İdarelerin ücret ödemeksizin sadece kazanılan davada doğabilecek vekâlet ücretini avukata bırakarak hukuki yardım alması da mümkündür.

İdare bünyesinde görevli avukatların kazandıkları davalardan elde edilecek vekâlet ücretlerini idareler belli bir oranda avukata kalanı ise kendi bütçesine dâhil edebileceği gibi bütünüyle avukatlara da bırakabilir.

III-İDARİ YARGIDA VEKÂLET ÜCRETİ

İdari yargı yerinde görülmekte olan dava sonucunda davayı kazanan taraf lehine mahkeme masraflarının karşı tarafa yüklenmesi dışında, mahkeme tarafından ilave olarak vekâlet ücreti de hükmedilir. Mahkeme, yargılamanın sonunda, haksız çıkan tarafın, iddiasında haklı olan tarafa, karar sürecine kadar yapılmış olan masrafları ödemesine karar verecektir. Mahkeme, kararında davayı kazanan lehine, kendisini vekille temsil etmiş ise, belli bir vekâlet ücreti belirleyecektir. Vekâlet ücretinin miktarı Barolar Birliği tarafından belirlenen ücret tarifesine göre şekillenir[6].

1-Davacı Lehine Vekâlet Ücreti

İdari yargıda çözümlenen uyuşmazlıklarda davacı tarafın iddialarının kabul görmesi ve yargı yerinin bu doğrultuda karar vermesi durumunda davayı kazanan lehine vekâlet ücretine de hükmedilmektedir. Davalı taraf lehine hükmedilen vekâlet ücretinin tam yargı davaları ve iptal davalarında farklı olduğu, iptal davasında maktu vekâlet ücretine hükmedilirken tam yargı davalarında nispi olarak vekâlet ücretinin tespiti yoluna gidilmektedir. İdari yargıda açılan davalarda davacı konumunda bulunan kişiler lehine hüküm kurulurken vekâlet ücretine hükmedilmesinin hak arama özgürlüğü üzerinde olumsuz bir etkisinin bulunmadığı aksine verilen kararın hak arama özgürlüğünü güçlendirdiğini söylemek mümkündür.

Davacı tarafın lehine sonuçlanan idari uyuşmazlıklarda, idari yargı yerlerinin davacı taraf lehine vekâlet ücretine hükmetmeleri, davanın avukat eliyle yürütülmesi durumunda mümkündür. Davacının kendisinin yürütmüş olduğu bir davada, vekâlet ücretine hükmedilmesi mümkün değildir. Vekâlet ücreti esas itibarıyla dava açmanın neden olduğu bir masrafın davada haksız çıkan tarafa yüklenilmesidir. Dava açabilmek için avukat tutmak zorunda kalan davacının avukata ödemiş olduğu vekâlet ücretinin en azından avukatlık tarifesinde belirlenen kısmının bu davaya yol açan idareden alınması yoluna gidilmektedir. Bu haliyle davacı lehine hükmedilen vekâlet ücretinin, idarenin yargısal denetiminin sağlanmasına yönelik olarak idari yargının harekete geçirilmesinde kişileri teşvik edeceği ve hak arama özgürlüğüne katkı sağlayacağı açıktır. Buna karşılık davalı idare lehine hükmedilen vekâlet ücretinde durum daha farklı olarak karşımıza çıkar.

2- Davalı İdare Lehine Vekâlet Ücreti

İdari yargı yeri tarafından verilen davanın reddi yönündeki kararlarda davalı idare lehine vekâlet ücretine hükmedilmesinin hak arama özgürlüğü ve hukuk devleti ilkesinin yaşama geçirilmesi noktasında sorunlara yol açtığı tartışmalıdır. İdareye karşı açılan idari davalarda, özel hukuk kişilerinin bu yola başvurabilmelerinde her hangi bir engelle karşılaşmaması gerekir. Şayet ortada bir engel var ise, idari yargıya başvuru yolunun düzenlenmiş olmasının bir anlamı olmayacaktır. Vekâlet ücretinin hak arama özgürlüğü üzerinde etkisi başlığı altında özellikle idare lehine verilen vekâlet ücreti ödenmesi kararının hak arama özgürlüğü üzerinde kısıtlayıcı etkisinin dikkate alınması gerekir.

IV-VEKÂLET ÜCRETİNE HÜKMEDİLMESİNİN HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜNE ETKİSİ

Kişilerin haklı oldukları konularda hukuki yollara başvurmaları ve çeşitli yollarla haklarını aramaları güvenlik gereksinimlerinin bir parçasıdır. Hak ve özgürlükler üzerinde olumsuz etkiler doğuran uygulamalara karşı kişilerin kendilerini güvende hissedebilecekleri bir ortamın sağlanmaması durumunda güvenlik sağlandığından bahsedilemez. Hak ve özgürlüklere yönelik olarak ortaya çıkan olumsuzluklara karşı ilgili kişilerin hak ve özgürlüklerini koruyabilmek için hukuki yollara başvuruda bulunabilmelerine imkân sağlanmalıdır.

1-Hak Arama Özgürlüğü

1982 Anayasasında yer alan düzenlemede, kişilerin hak ve özgürlüklerine yönelik tehditlere karşı hukuki olarak başvuruda bulunabilme imkânına sahip olmaları hak arama hürriyeti olarak tanımlanmıştır. Anayasanın 36.maddesinde getirilen düzenlemeye göre; "herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddiada bulunma ve kendini savunma hakkına sahiptir"(m.36/I). Kişilerin hak ve menfaatlerine yönelik saldırılara karşı kendilerini savunmak, haklılığını ortaya koymak ve haklarının korunmasını talep etmek noktasında bir haklarının bulunduğu Anayasal olarak düzenlenmiş ve güvence altına alınmıştır. Hak arama özgürlüğüne ilişkin Anayasal düzenlemenin devamında; "Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz" hükmü getirilmiştir(A.Y. m.36/II). Anayasa koyucu, hak arama özgürlüğünü kullanmak suretiyle yargı yerlerine başvuran kişilerin bu taleplerinin sonuçsuz kalmasını önlemek adına mahkemelere görev ve yetkileri içerisinde kalan uyuşmazlıkları çözümüyle yükümlülüğü getirmiştir. Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.(A.Y. m.40). Kişilere haklarını aramak için yargı yoluna ve hangi yargı yoluna başvurulacağı konusunda yol gösterme yükümlülüğü getirilmiştir. Böylece herkesin yargı mercileri önünde kendilerini savunabilmeleri ve haklarını arayabilmeleri bir hak olarak anlamlı olacak şekilde düzenlenmiştir.

Hak ve menfaatlere yönelik olarak gerçekleşen ya da gerçekleşme riski bulunan olumsuzluklara karşı kişilerin kendilerini hukuken koruyabilme imkânına sahip olmaları gerekir. Hak arama özgürlüğünün varlık koşulu, hak ve menfaatlerini korumak isteyen kişilerin iddialarını ortaya koyabilmelerine ve kendilerine yöneltilen suçlamalara cevap verebilmelerine imkân sağlanmasıdır. Kişilerin iddialarını ortaya koyarken ve kendilerini savunurken ortaya koyacakları tavrı, görüş ve belgelerin meşruyetinin bulunma imkânı gerekir. Hak arama özgürlüğü çatısı altında, meşru yollarla elde edilmemiş argümanlara dayanabilmek mümkün değildir. Anayasaya göre, hak arama özgürlüğünün kullanılma yeri yargı mercileridir. Yargı mercileri önünde iddialarda bulunmak ve kendini savunmak üzere yapılacak hazırlık çalışmaları da hak arama özgürlüğü kapsamında değerlendirilmek ve güvence altına alınmak durumundadır.

2-Vekâlet Ücretinin Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi

Vekâlet ücretine hükmedilmesi, yargı mercileri tarafından çözüme kavuşturulan davalarda, aleyhine hüküm kurulan tarafın, lehine hüküm kurulan tarafa yapmış olduğu masrafları ödemesi gereğinden doğmuştur. Yargı yerince çözüme kavuşturulan uyuşmazlığın yargı önüne getirilmesinde kusurlu olduğu yargı kararıyla ortaya konulan tarafın, bu davranışıyla neden olduğu karşı taraf zararını karşılaması gerekliliği. Bu gereklilik doğrultusunda, bir uyuşmazlığın yargı önüne gelmesine neden olan ve yargılama sonucunda haksızlığına karar verilen tarafın, karşı tarafın davayı takip etmek üzere ödemiş olduğu vekâlet ücretini de masraflar başlığı altında ödemesi gerekir.

A-Davacı Lehine Vekâlet Ücretinin Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi

İdari yargıda açılan davalarda davacı taraf genellikle özel hukuk kişileridir. Sınırlı sayıda davacı konumunda kamu tüzel kişilerin de bulunması mümkün ise de genellikle özel hukuk kişileri davacı konumundadır. Özel hukuk kişileri arasında da çoğunlukla gerçek kişiler davacı durumundadırlar. Bu kişilerin davalarında haklı çıkmaları durumunda, yapmış oldukları masrafların davalı idareden tahsil edilerek bu kişilere ödenmesi hak arama özgürlüğünü güçlendirecek bir uygulamadır. İdarenin hukuka aykırı bir davranışından doğan uyuşmazlıkla ilgili olarak açılan bir davada, idarenin hukuka aykırı davrandığının yargı kararıyla kesinleşmesi üzerine, davacının bu sürece kadar yapmış olduğu harcamalarının idareden tahsil yoluna gidilmesi doğaldır.

B- Davalı İdare Lehine Vekâlet Ücretinin Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi

İdari yargı düzeninde görülmekte olan uyumsuzluklarda aleyhine karar verilen tarafın lehine karar verilen tarafa ücreti vekâlet ödenmesi kararı adli yargı düzeninde verilen kararlardan farklı sonuçlar doğurmaktadır. İdari yargı yerlerinin lehine karar verilen tarafa vekâlet ücreti ödenmesi kararı, özellikle davanın reddi yönündeki kararlar açısından değerlendirildiğinde, idari yargı yoluna başvurunun önünde engel oluşturmaktadır. Davacının duruşma istemediği durumlarda dahi, davalı idare avukatının duruşma talebinde bulunarak vekâlet ücretini iki katına çıkarması mümkündür. Bu durum, idari yargılama usulünün az masraflı olma özelliğini ortadan kaldıran bir etkiye sahip olduğunda kuşku yoktur[7].

İdari yargı düzeninde açılan davalarda, hak arama özgürlüklerini kullanan kişiler, genellikle özel hukuk kişileri ve çoğunlukla gerçek kişilerdir. Bu aynı zamanda idarenin yargısal denetiminin gerçekleştirilmesine de hizmet etmektedir. İdarenin yargısal denetimi konusunda idari yargı yerlerinin doğrudan harekete geçmesine yönelik bir mekanizma öngörülmediğinden, kişilerin yargı yerleri önünde idarenin hukuk dışı uygulamaları yaptığını iddia etmeleri önemlidir. Hak ve menfaatleri zarar gören kişilerin idari yargı düzeninde dava açmaları, hukuk devletinin temel koşullarından olan idarenin yargısal denetimi gerekliliğinin hayata geçirilmesinin önkoşuludur.

İdareye karşı idari yargıda açılan davalarda, idari faaliyetin hukuka uygun yürütülmüş olduğuna, dolayısıyla da davacının hak ya da menfaatinin olumsuz etkilenmediğine karar verildiğinde, davacının o ana kadar yapmış olduğu masrafların dışında bir de vekâlet ücreti ödemeye mahkûm edilmesi hak arama özgürlüğü önünde engel oluşturmaktadır. Sanılanın aksine idari yargı yoluna başvurmak, yargılama sürecine ilişkin ücret ve harçlar noktasında masraflı bir yoldur. Dava harcı, yürütmenin durdurulması harcı, karar harcı, posta ücreti, bilirkişi ücreti, temyiz harcı, temyizde yürütmenin durdurulması harcı ve benzeri adlar altında alınan ücretlerin dava açma üzerinde ciddi bir kısıtlama baskısı varken[8], ilave olarak bir de vekâlet ücretine hükmedilmesi dava açma konumunda bulunan gerçek kişileri ciddi şekilde engellemektedir.

2010 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre idare mahkemelerinde duruşmasız olarak görülen davalarda maktu vekâlet ücreti 500,00 TL; duruşmalı davalarda 1000,00 TL'dir. Ekonomik durumu iyi olmayan kişilerin adli yardım hükümlerinden yararlanarak harç ve posta masrafı ödemeden dava açtıkları düşünülse bile davanın reddi halinde ödemek zorunda kalacakları vekâlet ücreti hak arama özgürlüğünü zedeleyecek boyuttadır. Bunun yanı sıra özellikle tam yargı davalarında dava konusu miktarın, İlk 20.000,00 TL için % 12, 2. Sonra gelen 30.000,00 TL için % 11, 3. Sonra gelen 50.000,00 TL için % 8, 4. Sonra gelen 150.000,00 TL için % 6, 5. Sonra gelen 400.000,00 TL için % 4, 6. Sonra gelen 600.000,00 TL için % 3, 7. Sonra gelen 1.000.000,00 TL için % 1,5, 8. 2.250.000,00 TL'dan yukarısı için % 0,1 olarak kademeli olarak hesaplanacak nispi vekâlet ücretinin çok yüksek meblağlar tutması kişileri dava açmaktan, dava açanları da gerçek zararını isteyecek kadar yüksek miktarda talepte bulunmaktan alıkoymaktadır. Davanın kısmen kabulü kısmen de reddi durumunda çoğu zaman davacının aldığı para, ödemek zorunda kaldığı nispi vekâlet ücretinden daha az olmaktadır. Davacı zararını tazmin ettireyim derken fazladan bir de vekâlet ücreti ödemek zorunda bırakılmaktadır.

İdari yargıda ıslah yolu ile dava konusu miktarın sonradan artırılması da mümkün olmadığından kişiler ya istedikleri tazminat miktarını düşük tutmak, ya da fazla vekâlet ücreti ödemeyi göze almak durumundadırlar. Nispi vekâlet ücretinin kişileri nasıl mağdur ettiğinin örnek bir hesaplama ile ortaya koyalım. Mesela 50.000 TL zararının olduğunu ileri sürerek bu miktar üzerinden dava açan bir kişinin tazminat isteminin 5.000 TL'lik kısmı kabul edilip 45.000 TL'lik kısmı reddedildiğinde, davalı idarenin vekili olduğu takdirde reddedilen 45.000 TL üzerinden Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 5.150 TL vekâlet ücreti ödemek zorunda kalmaktadır. 5.000 TL tazminat almaya hak kazanan kişi 5.150 TL vekâlet ücreti ödemek zorunda bırakılmaktadır. Bu durum tamamen hakkaniyete, adalete ve hak arama hürriyetine aykırılık teşkil etmektedir. Bu yüzden idare lehine ücreti vekâlete hükmedilmesinin yasal düzenleme yapılarak önüne geçilmesi gereklidir.

İdari yargıda açılan davalarda idare lehine vekâlet ücretine hükmedilmesi hak arama özgürlüğü üzerinde ciddi kısıtlama baskısı yaptığı ortadadır. Kamu görevlisi, dar geliri ya da ücretli kişilerin açacakları idari davalarda ödemeleri gereken mahkeme masrafları ve harçların yüksekliliğine ilave olarak, davanın kaybedilmesi durumunda bir de vekâlet ücretine hükmedilmesi ihtimali bu kişileri hak arama özgürlüğünü kullanmaktan vazgeçirmektedir.

İdareye karşı idari yargıda açılan davalarda, idarenin vekil eliyle temsil edilmesine gereksinim bulunduğu tartışmalıdır. İdare adına İrade açıklamasında bulunan kişi ya da kişilerin bu süreçte gerekli hukuki değerlendirmeleri yapmaları ve bu doğrultuda karar almaları gerekir. Gereken hukuki değerlendirmeden sonra alınan kararların savunmasını da ilgili kamu görevlileri yapabilmektedir. Bu noktada idarenin kendini avukat eliyle savunmaya ne kadar gereksinimi bulunduğu tartışmaya açıktır. Kaldı ki, davalı idarenin yargı yeri önünde temsilinde genellikle kamuda çalışan avukatlar görev almaktadır. Bu avukatlar bir kadroda görev yapmakta ve kadro karşılığı maaş almaktadırlar. Bazı yerinden yönetim kuruluşlarında dışarıdan avukatlık hizmeti alınma yoluna gidilse de, genellikle konu içyapıda çözüme kavuşturulmaktadır.

İdarenin gereksinim bulunmamasına rağmen kendini avukatla temsil ettirmesi ve buna bağlı olarak idare lehine vekâlet ücretine hükmedilmesi kişilerin yargı yoluna gitme isteklerini kıran bir etkiye sahiptir.

SONUÇ

İdari yargı yerlerinde açılan davalar, hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesi bakımından büyük öneme sahiptir. İdarenin yargısal denetimi, hukuk devleti ilkesi bakımından temel koşullardan biridir. İdarenin yargısal denetimini gerçekleştirecek idari yargı yerlerinin harekete geçirilmesi, ancak açılacak idari davalarla mümkün olacaktır. İdari yargı yerlerinin idarenin yargısal denetimini gerçekleştirmek noktasında doğrudan hareket geçme imkânları bulunmamaktadır.

İdareye karşı idari yargı düzeninde açılan davalarda davacı konumunda genellikle özel hukuk kişileri, çoğunlukla da gerçek kişiler bulunmaktadır. İdari yargıda dava açan gerçek kişilerin önemli bir kısmını, kamu görevlileri, ücretliler ve dar gelirli kişiler oluşturmaktadır. Bu kişilerin aylık/yıllık gelirlerinin ne olduğu ve zorunlu yaşam giderlerini karşılamada dahi sıkıntılar yaşadıkları bilinmektedir. Bu kişilerin idari yargı yerlerine başvuru sürecinde taşıdıkları umuda bağlı olarak yüksekliği tartışmasız dava masraf ve harçlarını ödeme yoluna gittikleri görülmektedir. Ancak, yargılama sonucunda davayı kaybetme ihtimalinde davalı idare lehine ücreti vekâlete hükmedilmesi hak arama yoluna gitmekten vazgeçme sonucunu doğurmaktadır. Vekâlet ücretinin zamanlaması nedeniyle bu masraf çok daha kısıtlayıcı olmaktadır. İmkânlarını ciddi şekilde zorlayarak dava açmış olan kişilerin adalet umuduyla yapmış oldukları masraflar, hak arama özgürlüğü üzerinde daha az kısıtlama etkisine sahiptir. Buna karşılık, yargılama süreci sonrasında davanın reddi yönünde

bir karar verildiğinde hem umudu boşa çıkan hem de idareye vekâlet ücreti ödemeye mahkûm edilen kişilerin durumları, olumsuz bir örnek olarak, hak arama özgürlüğü üzerinde çok daha kısıtlayıcı olmaktadır.

İdarenin yargılama aşamasında hukuki yardım almaya ihtiyacı bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Dava konusu edilen idari uygulamanın hukuka uygun olup olmadığı idari yargı yeri tarafından re'sen araştırılacaktır ve araştırılmaktadır. İdarenin yapması gereken dava konusu kararın/uygulamanın bütün dayanaklarıyla idari yargı yerine sunulmasıdır. İdarenin yargılama sürecinde yeni bir hukuki değerlendirme yapması gerekmemektedir. İdarenin hukuki yardıma ihtiyacı var ise bunu irade açıklamasında bulunmadan önce almalıdır. İşlem tesis etmeden ya da bir eylemde bulunmadan önce, yapılacak uygulamanın hukuka uygun olup olmadığının değerlendirilmesi sürecinde yardım alınması daha doğru, kamu yararı ve hizmet gereklerine daha uygundur. Dolayısıyla, idarenin hukuki yardımı işlem ya da eylem tesis ederken alması ve yargılama sürecinde dava konusu edilen uygulamanın dayanağı dosyayı yargı yerine eksiksiz teslim etmesiyle sürecin tamamlanması daha doğru olacaktır. İdari yargılama yönteminin yazılı yargılama yöntemi olması ve dosya üzerinden karar alınması, duruşma yönteminin isteğe bağlı ve etkisiz olduğu[9] dikkate alındığında idarenin kendini avukatla temsil etmesinin gerekli olmadığı açıktır.

İdarenin kendini avukatla temsil etmesi durumunda, bu avukatların kamuda çalışan avukatlar olduğu ve bir kadroda maaş karşılığı çalıştıkları dikkate alınarak, dosya üzerinden karar veren bir yargılama yönteminde, idare lehine vekâlet ücretine hükmedilmemesi gerekir. Kamuda çalışan avukatların kamu görevlisi oldukları, hatta memur sınıfından sayıldıkları açıktır[10]. Memur olarak çalışan avukatların idari yargı yeri önünde idare adına gerçekleştirdikleri takibe bağlı olarak vekâlet ücretine hükmedilmemesi ciddi bir soruna yol açmaz. Aksine, dosya üzerinde karar veren bir yargı düzeninde, çoğunlukla evrak getirmeden öteye geçmeyen bir vekâlet görevi dolayısıyla vekâlet ücretine hükmedilmesi hak arama özgürlüğü üzerinde ciddi kısıtlama etkisi doğuracaktır.

Yapılan açıklamalar ışığında, idari yargıda açılan davalarda, idari yargının niteliği gereği, idarenin kendini avukatla temsil ettirmesi gereği bulunmamaktadır. İdarenin kendini avukatla temsil ettirmesi durumunda ise avukatların memur olmaları nedeniyle idare lehine vekâlet ücretine hükmedilmesinde zorunluluk bulunmamaktadır. Aksine, idarenin yargısal denetiminin gerçekleştirilmesi suretiyle hukuk devleti ilkesinin egemen olmasının sağlanmasına yönelik olarak idari yargının harekete geçirilmesinde zorunluluk vardır. İdari yargının harekete geçirilmesinin önünde engel oluşturacak uygulamaların da ortadan kaldırılması gerekmektedir. Bu bağlamda, gerçek kişiler açısından ciddi kısıtlama etkisi bulunan ve Anayasanın 36.maddesine açıkça aykırı olan idare lehine vekâlet ücretine hükmedilmesi uygulamasının yapılacak bir yasal düzenlemeyle kaldırılması gerekmektedir.

*Doç. Dr., Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

**Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi

[2] İdari nitelikli uyuşmazlıkların adli yargı düzeninde çözüme kavuşturulmasına yönelik düzenlemelere karşı açılan davalarda Anayasa Mahkemesi farklı kararlar alabilmiştir.

Anayasa Mahkemesi 8.10.2002 gün ve E:2001/225; K:2002/88 sayılı kararında, "Tarihsel gelişimine paralel olarak Anayasa'da adli ve idari yargı ayırımına gidilmiş, kimi maddelerinde bu ayırma ilişkin kurallar yer almıştır. Anayasa'nın 125 maddesinin birinci fıkrasında, "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" 140. maddesinin birinci fıkrasında, "Hakimler ve savcılar adli ve idari yargı hâkim ve savcıları olarak görev yaparlar"; 142. maddesinde "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir"; 155. maddesinin birinci fıkrasında da, "Danıştay, idari mahkemelerce verilen kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar" biçimindeki düzenlemeler idari-adli yargı ayrılığının kurumsallaştığının kanıtıdır. Bu düzenlemeler gereği idari uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Belirtilen nedenlerle kural olarak, idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idari yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargı denetimine tabi olacaktır.

Anayasa'nın yürütme bölümünde yer alan 125. maddesiyle idarenin her türlü eylem ve işlemlerini yargı denetimine bağlı tutulduktan sonra, maddenin diğer fıkraları da idari yargı sisteminde geçerli olan ilkeleri belirlemektedir.

İdari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden itibaren başlaması, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verme yasağı, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için gerekli olan koşullar, yürütmenin durdurulması kararına getirilebilecek sınırlamalar ve idarenin verdiği zararı ödeme yükümlülüğü, ağırlıklı olarak adli yargı sistemi için değil, idari yargı sistemi için geçerli olan temel ilkelerdir.

Anayasa'nın belirlemiş olduğu bu kurallar, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda da yer alan idari yargılama usul ve esaslarının ana kurallarıdır. Anayasa'nın değişik maddelerinde kurumsallaşan ve 125. maddesinde belirtilen idari-adli yargı ayırımına ilişkin düzenlemeler nedeniyle idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun geniş takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. İtiraz başvurusuna konu olan idari para cezası, kamu gücünün kullanılmasıyla ilgili ve Yasada belirtilen kurallara uymayanlara idari bir yaptırımın uygulanması niteliğinde olduğundan, çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde de idari yargının yetkili kılınması gerekir.

Bu nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 125. ve 155. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir. 17.7.1964 günlü, 506 sayılı "Sosyal Sigortalar Kanunu"nun 3910 sayılı Yasa ile değiştirilen 140. maddesinin; dördüncü fıkrasında yer alan "Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren (7) gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler" tümcesinin, Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE," gerekçesiyle verdiği bir çok kararında idari yargının görev alanının adli yargıya bırakılmasını Anayasaya aykırı bulmuştur.

Bunun yanı sıra idari yargının görev alanında olmasına rağmen Yasa Koyucu tarafından adli yargının görev alanına bırakılan konularda mevcuttur. Bu konularda Anayasa Mahkemesince yukarıda yer verilen kararın aksine idari yargının görev alanı korunmamış, adli yargı görevli görülerek iptal istemini

reddetmiştir. Bununla ilgili olarak Güroymak Sulh Ceza Mahkemesi tarafından Menşe Şehadetnamesi ve Veteriner Sağlık Raporu olmayan hayvanları naklettiği iddiasıyla 3285 sayılı Yasa uyarınca hakkında idari para cezası verilen kişinin, iş bu cezanın iptali istemiyle yapmış olduğu başvuru üzerine, görevli yargı yerini belirleyen 30.3.2005 günlü, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 27., 28. ve Geçici 3. maddelerinin, Anayasa'nın 2., 125., 155. ve 157. maddelerine aykırılığı sayılı iptali istemiyle açılan davada Anayasa Mahkemesi 6.4.2006 tarih ve E:2006/54; K:2006/47 sayılı kararında, "5326 sayılı Yasa'nın itiraz konusu 27. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararlarına karşı başvuru yeri ve süresi, 28. maddesinde ise başvurunun incelenme yöntemi belirtilmektedir.

Anılan Yasa'nın İkinci Kısmında "Çeşitli kabahatler" başlığı altında düzenlenen fiilleri, ağırlıklı olarak 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 526. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan kabahatler oluşturmaktadır. Ayrıca, çeşitli yasalarda yer alan ve yaptırımı hafif hapis yada hafif para cezası veya her ikisi olan fiiller, 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 7. maddesiyle idari para cezasına dönüştürülmüşlerdir. Uygulanacak yaptırımın yasa ile "idari" para cezasına dönüştürülmesinin bu tür yaptırım uygulanacak eylemlerin gerçekte ceza hukuku alanına giren suç olma özelliklerini etkilemeyeceği açıktır.

Anayasa Mahkemesi, 5326 sayılı Kabahatler Kanunuyla ilgili olarak yapılan başvuruda, 1.3.2006 günlü, E. 2005/108, K.2006/35 sayılı kararla kanunun 3. maddesini iptal etmiş, iptal hükmünün kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi uygun bulunmuştur. Anılan karardaki bu maddeye ilişkin iptal gerekçesi doğrultusunda, cezaî karakteri ağır basan eylemler açısından verilen idari para cezası ve/veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımlarına karşı başvurunun sulh ceza mahkemesince Yasa'da belirtilen usule göre incelenmesinde Anayasanın 2., 125. ve 155. maddelerine aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle itirazı reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararıyla idari işlemin niteliğinin cezaî karakterinin ağır bastığını gerekçesine esas almıştır. İdari para cezası veya idari yaptırımların tümünün cezaî nitelik taşıdığı, cezaî nitelik taşısa dahi idari işlem niteliğinin ortadan kalkmadığı ve uyuşmazlıkların çözümünün idari yargının görev alanına girdiğini göz ardı ederek idari yargının görev alanını daraltmıştır.

[3] 22.12.2005 tarih ve 5435 sayılı Kanunla, 24.02.1983 tarih ve 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 8.maddesinin c bendinde yapılan değişiklikle; İdarî yargı adayları için; hukuk fakültesi mezunu olmak veya yabancı bir hukuk fakültesini bitirip de Türkiye'de hukuk fakülteleri programlarına göre eksik kalan derslerden sınava girip başarı belgesi almış bulunmak, hukuk fakültesinden mezun olanlar dışından alınacak adaylar bakımından, *her dönemde alınacak aday sayısının yüzde yirmisini geçmemek üzere ihtiyaç oranında*, hukuk veya hukuk bilgisine programlarında yeterince yer veren siyasal bilgiler, idarî bilimler, iktisat ve maliye alanlarında en az dört yıllık yüksek öğrenim yapmış veya bunlara denkliği kabul edilmiş yabancı öğretim kurumlarından mezun olmak koşulu getirilmiş ve hukuk fakülteleri haricinden hakim alımına sınırlama konulmuştur.

[4] 20.01.1982 tarih ve 17580 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış olan, 06.01.1982 tarih ve 2577 Sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanununun 3.maddesinde dava dilekçelerinin şekil şartları belirlenmiştir. 15.maddenin 1.fıkrasının d bendinde yer alan düzenlemeye göre, şekil eksikliği durumlarında dilekçe ret kararı verileceği ve 5 fıkrasında yer alan düzenlemeye göre bu yanlışlığın yeniden yapılan başvuruda tekrarlanması durumunda davanın reddedileceği hükmü getirilmiştir.

[5] GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref. Yönetmelik Yargı, Güncelleştirilmiş 27. Bası, Ankara, 2008, s.346

[6] 19.03.1969 tarih ve 1136 Sayılı Avukatlık Kanununun 168.maddesinde tarifiyle belirleme yetkisi Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kuruluna verilmiştir. 169. maddede, yargı yerlerinin vekâlet ücretine hükmederken bu tarifieden az vekâlete karar veremeyecekleri ve belirlenen miktarın üç katını geçemeyecekleri düzenlenmesi getirilmiştir.

[7] GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s.346

[8] İdarî yargıda maktu olarak alınan ücretler, dava açılırken alınan başvuru harcı 17,15 TL, karar harcı 17,15 TL, yürütmenin durdurulması harcı 28,15 TL, tebligat masrafı 60,00 TL, temyiz başvuru harcı 73,90TL, temyiz karar harcı 35.50 TL, temyiz aşamasında yürütmenin durdurulması 28,15 TL, tebligat ücreti 60,00 TL olmak toplamda 320 TL masraf çıkmaktadır. Davada bilirkişiye gidilmesi gerekliliği doğması durumunda bu masraflar daha da yükselmektedir. Bilirkişi ücreti değişiklik göstermekle birlikte ortalama 150-250 TL aralığında bulunmaktadır. Heyet halinde bilirkişi incelemesi yoluna gidilmesi durumunda rakam üçe katlanmaktadır. Davacı konumundaki gerçek kişilerin kamu görevlisi, dar gelirli ve ücretli kişiler olması durumunda masrafların bu kişilerin yıllık gelirlerinin %10'undan fazla bir rakama ulaştığı göze çarpmaktadır.

[9] İdarî yargıda duruşma, ilk derece mahkemesinde isteğe bağlı olarak yapılmaktadır (YUK m.17/İ). Ancak, duruşma sırasında kâtip bulunmamaktadır. Taraflar kendilerini ifade etme imkânı bulmaktaysa da duruşmaların sonuca etkili olduğu noktasında bir inanç bulunmamaktadır. Temyiz aşamasında ise duruşma idari yargı mercisinin kararına bağlıdır. Tarafların talepleri yeterli değildir (YUK m.17/II).

[10] 15.07.1965 Tarih ve 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu 36. maddesinin V numaralı bendinde avukatlık hizmetleri sınıfı adı altında avukatların idareyi yargı mercileri önünde temsil etmek üzere görevli memurlar olduğu açıkça düzenlenmiştir.

Like

Send

Tweetle

0

Share

Submit

Email

KATEGORİ:MAKALELER