D.31/2018 YİM 246/2018

Yüksek İdare Mahkemesinde

Anayasa’nın 152.maddesi Hakkında.

Yargıç Beril Çağdal huzurunda.

Davacı: Samet Öztürk, Yaşam Sokak No.15,Çatalköy-Girne.

* ile –

Davalı No.1- Polis Hizmetleri Komisyonu vasıtasıyla,KKTC,Lefkoşa.

 2- Polis Genel Müdürü vasıtasıyla,KKTC,Lefkoşa.

 A r a s ı n d a.

Davacı namına: Avukat Mustafa B.Asena

Davalılar namına: Başsavcı Yardımcı Muavini Sarper Altıncık

-------------

 **K A R A R**

 Davacı tarafından Davalılar aleyhine dosyalanan davadaki talep şu şekildedir:

 “a) Davalı No.1 tarafından takriben 3.8.2018 tarihinde

alınan ve Davacının, Polis Örgütü (Kuruluş, Görev ve Yetkileri) Yasası’nın 120(1)(A) maddesine istinaden 07 Aralık 2017 tarihinden itibaren geçici olarak görevden uzaklaştırıldığı ve hakkındaki cezai kovuşturmanın de-vam ettiğinden Polis Örgütü (Kuruluş,Görev ve Yetki-leri)Yasası’nın 120(7) maddesi uyarınca Davacının gö-revden men durumunun 7.8.2018 tarihinden itibaren iki ay daha uzatılmasını öngören ve Davacıya Davalı No.2 tarafından veya hiç tebliğ edilmeyen kararın etkisiz ve/veya hükümsüz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğu-ramayacağına dair Mahkeme kararı.”

 Davayla aynı gün dosyalanan ara emri istidasında ise Davacı:

 “a) Bu dava dinlenip bir karara varıncaya kadar, Davalı

No.1 tarafından takriben 3.8.2018 tarihinde alınan ve Davacının, Polis Örgütü (Kuruluş, Görev ve Yetkileri) Yasası’nın 120(1)(A) maddesine istinaden 07 Aralık 2017 tarihinden itibaren geçici olarak görevden uzaklaştırıldığı ve hakkındaki cezai kovuşturmanın devam ettiğinden Polis Örgütü (Kuruluş, Görev ve Yetkileri) Yasası’nın 120(7) maddesi uyarınca Davacı-nın görevden men durumunun 7.8.2018 tarihinden iti-baren iki ay daha uzatılmasını öngören ve Davacıya, Davalı No.2 tarafından veya hiç tebliğ edilmeyen kararın ve/veya almış olduğu herhangi bir kararın ve bu karar doğrultusunda yapılan işlemlerin uygulanma-sının ve/veya yürütülmesinin durdurulması.”

şeklinde emir talep etmektedir.

 İstidaya ekli yemin varakasında, Davacı özetle: Aralık 2017’de Lefkoşa Adli Şubede görev yapmakta olduğu esnada aley-hinde bir ceza soruşturması başlatıldığı, buna bağlı olarak 7.12.2017 tarihli bir yazı ile görevden uzaklaştırıldığı; daha sonra 3.4.2018 tarihli bir yazı ile uzaklaştırma kararının 7.4.2018 tarihinden itibaren 2 ay uzatıldığı; sonrasında 6.6.2018 tarihli bir yazı ile 2 ay daha görevden uzaklaştırıl-dığı; en son 3.8.2018 tarihinde 7.8.2018 tarihinden itibaren görevden men durumunun 7.8.2018’den itibaren 2 ay daha uzatıl-ma kararı alındığı; ancak bu kararın kendisine tebliğ edilme-diği; bu nedenle de onu bağlamadığı; her halükarda 6.10.2018 tarihinde veya dava açıldığı gün itibarıyla işlevini yitirdiği iddia edilmektedir.Yemin varakasında ayrıca, Davacının Alayköy Karakoluna nakil olduğu nedeniyle soruşturmaya etki etmesinin mümkün olmadığı; dava konusu kararın keyfi ve yetki aşımı ile sırf Davacının istifa etmesini sağlamak amacıyla alındığı iddiaları yer almakta ve Davacının evli ve 3 çocuk sahibi olduğu ve ailesinin geçimini eşi ile elde ettiği gelirler ile sağladığı; başka bir geliri olmadığı; görevden uzaklaştırılma nedeniyle maaşının yarısını aldığı ve ailesini geçindirmekte zorluk çektiği ifadeleri de yer almaktadır.

 Davalılar tarafından dosyalanan itiraznameye ekli yemin varakasında, Davacının iddiaları reddedilerek, Davacı hakkın-daki cezai soruşturmanın neticelendiği ve aleyhine bir ceza davası ikâme edildiği; 3.8.2018 tarihli görevden uzaklaştırma kararının Davacıya tebliğini sağlayabilmek için kendisine ulaşıldığı ancak Davacı, yapılan bu çağrıya icabet etmediği için kararın sözlü olarak Davacıya bildirildiği; 7.8.2018 tarihli görevden uzaklaştırma kararının bilgisinde olduğunun ve/veya bilgisine getirildiğinin Davacının kendi yemin varaka-sının 13(a) paragrafında görüldüğü; her halükarda dava konusu edilen karar sonrasında, 4.10.2018 tarihli yeni bir görevden uzaklaştırılma kararı üretildiği iddialarında bulunulmuştur.

 İstida ile ilgili yapılan duruşmada Davacı bizzat şahadet sundu, Davalılar adınaysa Polis Genel Müdürü II. Yardımcısı Hüseyin Yeşildağlı şahadet sundu.

Yüksek İdare Mahkemesinin geçici emir verme yetkisi,

1997 Yüksek İdare Mahkemesi Tüzüğü’nün 11. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili Tüzüğün 11(1) maddesi şöyledir:

**“11(1) Mahkeme, Anayasanın 152’nci maddesi gereğince**

 **yapılan işlemlerde Mahkeme veya bir Yargıç,**

 **işlemin herhangi bir safhasında, kendiliğinden**

 **veya herhangi bir tarafın istemi üzerine, davanın**

 **adilane bir şekilde kararlaştırılması icap**

 **ettirirse, davayı esasında sonuçlandırmayan geçici**

 **bir emir verebilir.**

 Görülebileceği gibi, geçici emir verilirken göz önünde bulundurulması gereken kriterler:

1. Davanın adilane bir şekilde karara bağlanmasını icap ettiren bir hal olması,
2. Verilecek emrin davayı esastan sonuçlandırmamasıdır.

Yüksek İdare Mahkemesi içtihatlarında, Tüzükte yer alan

“davanın adilane bir şekilde karara bağlanmasını icap ettiren bir hal olması” koşulunun, 9/1976 sayılı Mahkemeler Yasası madde 41 altında, hukuk davalarında ara emri verilmesi için aranan kriterlerin var olması halinde tatmin olduğu kabul edilmektedir. YİM/İstinaf 1/2015 D.4/2015’te, ara emri veril-mesi ile ilgili kriterlere ilişkin şu görüş yer almaktadır:

 **“Ara emri verilmesi ile ilgili kriterler en son**

**Birleştirilmiş YİM-İstinaf 5-6/2014 (D.1/2015)’de sayfa 10’da açıkça şöyle izah edilmiştir:**

 *“****Yüksek İdare Mahkemesinde, yürütmeyi durdurma emri verilmesi için tatmin edilmesi gerekli unsurlar birçok içtihat kararında yer almıştır. Yüksek İdare Mahkemesi Tüzüğü’nün 11. maddesi tahtında, Yüksek İdare Mahkemesine geçici emir verme yetkisi verilmiştir. Tüzükte, geçici emir verilmesi için gerekli tek koşul, davanın adilane bir şekilde kararlaştırılabilmesi için, böyle bir emrin verilmesine ihtiyaç duyulduğuna mahkemenin kanaat getirmesidir.***

 ***İçtihatlara bakıldığı zaman, bu tek koşulun, 9/1976 sayılı Mahkemeler Yasası’nın 41. maddesi altında ara emri verilmesi için aranan kriterlerin var olduğunun kabul edilmesi halinde, tatmin edildiğinin kabul edildiği görülmektedir.***

 ***İdarenin icra edilebilir bir işleminin açıkça hukuka aykırı olması ve bunun icra edilmesi durumunda, telafisi güç veya imkansız zararların doğabilecek olması karşısında, davayı esastan çözmeyecek, yürütmenin durdurulması niteliğinde bir ara emri verilebilir. İçtihatlar, açıkça hukuka aykırılık hali ile yokluk sonucunu doğuran yasa dışılık veya ağır yetki gasbı hallerinde de telafisi imkansız zarar doğup doğmayacağını incelemeden ara emri verilebileceğini belirtmektedir.***

*.............................................................*

*.............................................................*

*.............................................................*

***Yüksek İdare Mahkemesi içtihatlarında, Tüzükteki bu tek koşulun 9/1976 sayılı Mahkemeler Yasası madde 41 altında hukuk davalarında ara emri verilmesi için aranan kriterlerin var olması halinde tatmin olduğu kabul edilmektedir.***

 ***İlke bu olmakla birlikte, Yüksek İdare Mahkemesinde görülen davaların niteliği gereği, açıkça hukuka aykırılık bulunan davalarda, geçici bir emir verilmesi için 9/76 sayılı Mahkemeler Yasası’nın 41’inci maddesindeki 3. unsurun, yani telafisi imkansız zarar ve/veya geriye dönüşün zorlaşacağı unsurunun aranmasına gerek olmadığına dair içtihat vardır. Yine içtihatlarda yokluk sonucu doğuran yasa dışılık veya ağır yetki gasbı halinde de 9/1976 sayılı Mahkemeler Yasası’nın 41’inci maddesindeki 3. unsurun tatmin edilmesi gerekmediği yer almaktadır.”***

 Yukarıda ifade edildiği şekilde, idari davalarda ara

emri verilmesinin, davanın adilane bir şekilde kararlaştırı-labilmesi için gerekli olduğuna kanaat getirilmesi; bu koşulun var olması için 9/1976 sayılı Yasanın 41.maddesinde yer alan:

1. Karara bağlanması gereken konunun ciddi olması;
2. Davacının iddiasında haklı olduğuna dair belirtiler bulunması;
3. Geçici ara emri verilmezse ileride telafisi mümkün olmayacak bir zarar doğacağı veya eski duruma dönüşün çok zorlaşacağı;

kriterlerinin mevcut olması gerekmektedir.

 Yukarıda belirtilen yasal durum ışığında, bu meseledeki olgular kapsamında, ara emri verilebilmesi için gerekli olan kriterlerin var olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

 Mesele ile ilgili olgular değerlendirildiği zaman, ilk nazarda Davacının ciddi bir davası olmadığını söylemek olası görülmemekle birlikte, Davacının davasında haklı olduğuna dair belirtiler bulunup bulunmadığı incelendikten sonra, karara bağlanması gereken konunun ciddi olup olmadığına karar veril-mesi daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

 Davacının davasında haklı olduğuna dair belirtiler olup olmadığı incelenirken, Davacının iddialarının ne olduğuna ba-kılmalıdır. Davacının yemin varakasında ileri sürülen hususlar Avukatının hitabında ifade ettikleri ışığında değerlendiril-diği zaman, Davacının iddiaları şu şekilde özetlenebilir:

 Emare olarak polis tasarrufunda bulunan bir cep telefonu görüntüsü, Davacının amirinin direktifiyle, Davacının telefo-nuna kayıt yapılmadan, WhatsApp kanalıyla Başmüfettişin tele-fonuna aktarıldıktan sonra üçüncü kişilerin tasarrufuna geç-miştir. Polis Örgütü bu olayı kapatmak için, suçu Davacı üzerine atarak Davacıyı günah keçisi durumuna koymuştur. 3.8.2018 tarihli dava konusu edilen karar Davacıya tebliğ edilmediğinden, bir netice doğurmamıştır ve bu nedenle Davacı-yı bağlayan ve onun için yenilik doğuran bir karar değildir; duyurulmamış işlemlere karşı iptal davası açılabilir, ancak burada alınan uzatma kararları tebliğ edilmediğinden hükümsüz (kadük) olmuştur.

 Yukarıya aktarılanlardan, Davacının davaya ve istidaya konu idari işlemle ilgili yakınmasının, kararın kendisine tebliğ edilmemiş olması nedeniyle geçersiz ve onu bağlamayan ve ayrıca, idare tarafından keyfi bir şekilde sırf Davacıyı poliste meydana gelen “emarenin dışarıya sızdırılmasına iliş-kin olayda” sorumlu kişi olarak göstermek maksadıyla alınan bir karar olduğu şeklinde özetlenebilir. Davacı Avukatı hitabında, idari işlemlerin tebliğle yürürlüğe girdiği, idare-nin bir karar almış olmasının idareyi bağladığı, idare dışın-daki kişileri ancak tebliğle bağladığı argümanını yapmıştır. Bu doğrultuda, bu meselede Davacının haklılığına dair belirti-lerin varlığı aranırken, tebliğ edilmemiş idari kararın ne sonuç doğuracağı incelenmelidir. Şüphesiz bu inceleme yapılır-ken, dava konusu kararın Davacıya tebliğ edilmemiş olmasının işlemi sakatladığı veya sakatlamadığı kesin bulgusunu yapmak, davayı esastan sonuçlandırmak anlamına gelecektir. Bu nedenle bu hususun ilk nazarda değerlendirilmesi gerekecektir.

 Davacı Avukatı, dava konusu kararın Davacıya tebliğ edilmediği nedeniyle bir netice doğurmadığı yönlü argümanını, **Kemal Gözler, İdare Hukuku İkinci Baskı Cilt 1** isimli eserin 1049. sayfasında başlayan bölümde yer alan görüşlere dayandır-maktadır. Belirtilen eserin 1052. sayfasında **İdarî İşlemlerin İlgililerine Duyurulmamasının Sonuçları** başlığı altında:

**“İleri Sürülebilirlilik.-** Düzenleyici idarî işlemlerin “yayın”, bireysel idarî işlemlerin ise “tebliğ” yoluyla ilgi-lilerine duyurulması, onları, idare tarafından ilgililerine karşı “ileri sürülebilir (kabil-i dermeyan,opposable)” hâle getirir. Yani ilgilisine duyurulmuş bir işlem uygulanabilir hâle gelmektedir. Dolayısıyla, idarî işlemin ilgilisine duyu-rulmasının yarattığı sonuç, o işlemin ilgilisine karşı “ileri sürülebilmesi (opposabilite)”dir.

*İleri Sürülebilirlilik-Varlık-Geçerlilik*.- Burada özenle belirtmek gerekir ki,idarî işlemin “ileri sürülebilmesi (oppo-sabilite)” kavramı ile “geçerliliği (validite)” veya “varlığı (existence)”nı birbirine karıştırmamak gerekir. Şöyle ki: İdarî işlemin yayın veya tebliğ yoluyla ilgilisine duyurul-mamış olması, onun “geçerliliği (validite)”ni veya “varlığı (existence)”nı değil, ama “ileri sürülebilmesi (opposabilite)” ni etkiler; yani onu ileri sürülemez (inopposable)” hâle getirir. Zira ilgilisine duyurulmamış bir işlem hukuka uygun ve dolayısıyla “geçerli” olabilir. Keza idarî işlemin “varlığı (existence)”, yetkili kişinin işlemi imzasıyla gerçekleşir. İdarî işlemin varlığı için onun yayın veya tebliğ yoluyla ilgililere duyurulmasına gerek yoktur. Bu husus Fransız Danıştayı tarafından “bir idarî işlemin varlığı, onun yayınına veya tebliğine bağlı değildir (I’existence d’un acte administratif n’est pas subordonné á sa publication ou á sa notification)” denerek birçok defa açıklanmıştır.

Sayfa 1054’te ise:

**“İDARÎ İŞLEMLERİN İLGİLİLERİNE DUYURULMAMASININ SONUÇLARI**

 **(İmzalanmış Ama Duyurulmamış İşlemlerin Doğuracağı Sonuç-**

 **lar)**

Bir idarî işlemin ilgilisine duyurulmamasının sonucu, onun ilgilisine karşı ileri sürülememesidir. Peki ama, yetkili makam tarafından imzalanmış ama henüz ilgilisine duyurulmamış bir işlem, ilgilisine uygulanamasa da, acaba herhangi bir hü-küm ve sonuç doğurmaz mı? Yani böyle bir işlem, hukukî sonuç doğurmaktan bütünüyle mahrum mudur? Diğer bir ifadeyle, imza-lanmış ama duyurulmamış bir işlemin hiçbir etkisi yok mudur? Bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Zira yukarıda da be-lirttiğimiz gibi,imzalanmış bir işlem, duyurulmamış olsa bile hukuken vardır ve geçerlidir.”

şeklinde görüşlerin varlığıyla karşılaşmaktayım.

 **Onur Karahanoğulları’nın İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler 2.Baskı (Ankara 2012)** isimli ese-rinin 304.sayfasında **Hukuki Etki Doğurma Anı** başlıklı bölümde bu konudaki değerlendirmesi ise şöyledir:

**“İradenin açıklanması- ulaşması**

İdarenin işlemlerinin hukuksal etkisi idarenin iradesi

açıklandığı (beyan yapıldığı) anda başlar, yöneldiği hukuk öznesine ulaşması (varması) hukuki etki için koşul değil-dir.

Sayfa 306’da ise **Tebliğ edilmemiş birel işlemler** bölümünde:

 “Tebliğ edilmemiş işlemin statü etkisi, irade açıklandığı

(işlem yapıldığı) tarihte başlar ve hatta uygulanması gereken işlemler, böyle yapılması hukuka aykırı olsa da, idarece uygulanmaya başlanır. Muhatabın işlemden haberdar olması da çoğu zaman bu uygulama ile olur. İşlemin hukuki etkisinin fiili etkiye dönüşebilmesi ve muhatabın yüküm-lülüklere tabi olabilmesi için tebliğ edilmiş olması ge-rekir. Haklardan yararlanma sözkonusu olduğunda ise işle-min yararlandırıcı etkisini fiilen doğurabilmesi için tebliğ edilmiş olmasına gerek yoktur. Aksi takdirde ida-renin, tebliği geciktirerek yararlanmaya engel olması sözkonusu olabilir.

 Birel işlemlerde bildirim yalnızca işlemin muhatabına

 yapılır. Bununla birlikte, birel işlemin üçüncü kişilere

 de etkisi varsa işlemin bunlara duyurulması da sağlanma-

 lıdır.

Birel idari işlemlerde genel bir tebliğ zorunluluğu yok-tur. Tebliğin yasal zorunluluk olmadığı durumlarda idari işlem, yapıldığı tarihte, yani iradenin açıklandığı anda hukuki güce (etkiye) sahip olur. Yazılı irade açıklama-sının işlemin muhatabına tebliğ edilmesi işlemin hukuki etki doğurmasının koşulu değildir.”

 Yukarıya aktarılanlar değerlendirildiği zaman, hukuki du-rumun Davacı Avukatının argümanları doğrultusunda olmadığı izlenimi edinmekteyim. Buna rağmen, bu aşamada dava konusu kararın Davacıya tebliğ edilmemiş olmasının, onun hukuki duru-munda bir etkisi olmadığı sonucunu doğurmadığı şeklinde davayı esastan neticelendiren bir bulguya varılması doğru olmayacak-tır. Ancak, ilk nazarda, Davacının iddiaları doğrultusunda kendisine tebliğ edilmemiş dava konusu kararın hukuki etki doğurmadığı şeklindeki argümanın itibar edilir olmadığının da kabul edilmesi gerekmektedir. Dava konusu kararın, kötü niyet-le, sırf Davacıyı kendi ifadesiyle “günah keçisi” ilan etmek maksadıyla alındığına dair, ilk nazarda da bir bulguya varıl-masını gerektirecek şahadetin yokluğu ışığında, Davacının davasında haklı olduğuna dair belirtiler olmadığı sonucuna varılması kaçınılmazdır. Bu durumda, ciddi bir davanın varlı-ğından söz etmek de olası değildir.

 Bu görüşe rağmen, telafisi imkânsız zarar unsurunun ince-lenmesi uygun olacaktır.

 Davacı yemin varakasında, evli ve 3 çocuk babası olduğunu, geçimini eşi ile birlikte elde ettiği gelirlerle sağladığını; başka geliri olmadığını, şu an yarı maaş aldığı için ailesini geçindirmekte zorluk çektiğini iddia etmektedir. Davacı şaha-detinde de, bu hususları tekrarlamış ve geçinmekte sıkıntı yaşadığını, çocuğunun tedavisini ailesinin desteğiyle karşıla-dığını ifade etmiştir. Davacı dava konusu işlem öncesinde maaşının ne olduğuna, şimdiki maaşının ne olduğuna veya eşinin ne kadar geliri olduğuna ilişkin hiçbir şahadet sunmamıştır. Davacının çocuklarının gereksinimlerine dair de Mahkeme huzu-runda hiçbir şahadet bulunmamakta, sadece Davacının ailesinden destek gördüğü şeklinde bir ifade bulunmaktadır. Bu durumda, Mahkeme huzurundaki şahadetten, Davacı açısından ara emri verilmemesi halinde telafisi imkânsız bir zararın oluşacağın-dan, başka bir ifade ile eski halin geri gelmesini mümkün kılmayacak bir durumun mevcudiyetinden söz etmek olası değil-dir.

 Yukarıda belirtilenler ışığında, bu meselede istidada ta-lep edildiği şekilde bir ara emri verilmesini gerektirecek kriterlerin varlığından söz etmek mümkün değildir. Bu nedenle de istidanın reddi kaçınılmazdır.

 Sonuç olarak;

 Davacının istidası ret ve iptal edilir.

 İstida masrafları Davacı tarafından ödenecektir.

 Beril Çağdal

 Yargıç

28 Aralık, 2018