D. 2/2019                           YİM/İstinaf No: 3/2017

    (YİM No: 124/2013)

Yüksek İdare Mahkemesinde.

Anayasa'nın 152. maddesi hakkında

Mahkeme Heyeti: Mehmet Türker, Gülden Çiftçioğlu, Tanju Öncül.

İstinaf eden: Cemil Bulut, Noyanlar Bulut Apartmanı, Kat 1,

 Daire 2, Yeni İskele

 (Davacı)

 İle

Aleyhine istinaf edilen: Polis Hizmetleri Komisyonu

 vasıtasıyla KKTC Başsavcısı, Lefkoşa.

 (Davalı)

 A r a s ı n d a.

İstinaf eden/Davacı namına: Avukat Öner Şerifoğlu

Aleyhine istinaf edilen/Davalı namına: Savcı Meryem B. Özduran

Yüksek İdare Mahkemesi Yargıcı Peri Hakkı’nın, 31.1.2017 tarihinde verdiği karara karşı, Davacı tarafından yapılan istinaftır.

 .......................

 **K A R A R**

**Mehmet Türker:** Bu istinafta, iki karar mevcuttur. Kararlar sırasıyla okunacaktır.

**Gülden Çiftçioğlu:** Huzurumuzdaki istinaf tek yargıç olarak oturum yapan Yüksek İdare Mahkemesinin, Davacının davasını reddeden 31.1.2017 tarihli kararından yapılmıştır.

 Davacı, Davalı aleyhine ikame ettiği davada, Davalının, 16.7.2013 tarihinden itibaren Davacının sürekli olarak meslekten çıkarılmasını öngören kararının ve/veya işbu karara dayanılarak yapılan tüm işlemlerinin kanunsuz ve/veya hukuka aykırı olduğundan geçersiz ve etkisiz olduğuna ve herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacağına dair karar ve/veya hüküm verilmesi hususunda talepte bulunmuştur.

Davalı işbu davaya Müdafaa Takriri dosyalayarak, dava konusu kararın KKTC Anayasası’na, Yüksek İdare Mahkemesi Tüzüğü’ne, 51/1984 sayılı Polis Örgütü (Kuruluş, Görev ve Yetkileri) Yasası’na, işbu Yasa altında çıkarılan Polis Disiplin İşlemleri ile İstinaf Usulleri Tüzüğü’ne, 9/1976 sayılı Mahkemeler Yasası’na, doğal adalet ilke ve esasları ile içtihat hukukuna uygun olduğunu iddia ederek, davanın reddini talep etmiştir.

 Davayı dinleyen, tek yargıç olarak oturum yapan Yüksek İdare Mahkemesi, Davacının, Polis Örgütü Yasası’nın 71(2)(B) maddesi altında “ehliyetsiz” duruma düştüğü ile ilgili olan Emare No.2 Kararı hukuka aykırı bulduktan sonra, “sebep ikamesi” yaparak, Davacının Yasanın 71(2)(C) maddesi altında Polis Örgütündeki görevine “kamu yararı gereği” son verilmesi gerektiğine kanaat getirmiş ve bu hususta bulgu yaparak,

Yasanın 71 (2)(C) maddesine istinaden, Davalının aldığı Emare No.2 Kararın hukuka uygun olduğuna kanaat getirdikten sonra, Davacının davasında başarılı olmadığı nedeniyle davasını ret ve iptal etmiştir.

 Davayı dinleyen tek yargıç olarak oturum yapan Yüksek İdare Mahkemesi kararında şöyle demiştir:

**“Polis Yasası’nın 71(2)(C) maddesi Polis Hizmetleri Komisyonunun herhangi bir polis mensubunu “kamu yararı gereği” de meslekten sürekli olarak çıkarılabileceğini düzenlemektedir. Ancak Polis Örgütü, bu madde altında Davacının görevine son verilmesini talep etmemiştir. Davacının Eski Eserler Yasası altında mahkum olduğu suçlar 10 yıla kadar hapislik cezası taşıyan çok ciddi ve vahim suçlardır. Davacı bu suçları 9 sivil şahıs ile birlikte işleyip, bir polis mensubu olarak suçun işlenmesini önlemek yerine bu suçlara iştirak etmiş ve Emare No.8 Mahkeme Tutanaklarından da görüleceği üzere Avukatı, bu suçları ekonomik sıkıntıdan dolayı işlediğini beyan etmiştir. Polislik mesleği vatandaşın toplu halde huzur içinde yaşamasını sağlamak için büyük önem arz eden, ciddiyet ve güvenirliliği konusunda en küçük tereddütü bünyesinde barındırmayan bir kamu hizmetidir. Demokratik bir düzen içinde, kanun hakimiyetinin sağlanması ve korunması, suç işlenmesine yönelik davranışların önlenmesi başlıca görevleri arasındadır. Bu hizmeti ifa eden polis mensuplarının her türlü şaibeden uzak durması ve haklarında**

**en küçük tereddütün bulunmaması gerekmektedir. Tüm polis mensuplarından beklendiği gibi yüksek ahlak ve karakter sahibi olması beklenen Davacının da, görevleri esnasında sivil kişiler ile birlikte organize edilmiş bir suça iştirak etmesi, Davacının Polis Örgütünde kalmasına cevaz vermez. Bu suçları ekonomik sebepten dolayı işlediğini beyan eden Davacının ileride aynı veya benzeri işlere tevessül edebileceği ve bu tür fiillere açık olabileceği kuvvetle muhtemel olup vatandaşın ona şüpheli gözlerle bakması kuşkusuz Polis Örgütünün saygınlığına gölge düşürür.**

 **Polis Örgütü Yasası’nın 19’uncu maddesi, polis mensuplarının mesleklerinin gerektirdiği saygınlık ve güvene değer olduklarını hizmet içi ve dışındaki davranışları ile göstermelerini ve mesleğin şeref ve haysiyeti ile bağdaşmayan tutum ve davranışlarda bulunmamalarını öngörmektedir. Bir polis memuru yasalara önce kendisi uymalı ve güvenle yaklaşılan adil, tarafsız bir kişiliğe sahip olmalıdır.**

 **Kanaatimce polislik mesleğinin önem ve özelliği göz önünde tutularak, Davacının görevine devam etmesi kamu yararı açısından Polis Örgütüne de zarar verecektir. Bu bağlamda, Davacının “kamu yararı gereği” görevine son verilmesi gerekmektedir.**

 **Davacının madde 71(2) B altında “ehliyetsiz” duruma düştüğü ile ilgili olan ve hukuka aykırı bulduğum Emare No.2 Kararı “sebep ikamesi” yaparak, 71(2) C maddesi altında Davacının Polis Örgütündeki görevine “kamu yararı gereği” son verilmesi gerektiğine kanaat getirir, bu hususu da bulgu yapar ve Davalının 71(2) C maddesine dayanarak aldığı Emare No.2 Kararının hukuka uygun olduğuna kanaat getiririm.”**

 Davacı bu kararı 7 başlık altında istinaf etmekle birlikte, tüm istinaf sebepleri aşağıdaki tek başlık altında toplanabilir:

Muhterem Mahkeme, Emare No.2 Kararın sebep yönünden hukuka aykırı olduğu bulgusuna vardıktan sonra, Davalı İdarenin kararında ve Davalının Müdafaa Takririnde ileri sürülmeyen ancak davanın hitabında Davalı adına hazır bulunan Savcı tarafından ileri sürülen “sebep ikamesi” iddiasını dikkate alarak, sebep ikamesi yaparak, bu bağlamda Davalı İdarenin yerine geçerek, görev ve yetkisi olmadığı halde “kamu yararı gereği” Davacının görevine son verilmesi gerektiği hususunda bulgu yaparak, Emare No.2 Kararın hukuka uygun olduğuna dair kanaat getirerek, Davacının davasını ret ve iptal etmekle hata etmiştir.

Davacı Avukatı hitabında, özetle: Anayasa’nın 152. maddesi tahtında Yüksek İdare Mahkemesinin “sebep ikamesi”ne yetkisi olmadığını, Davacının ikame edilen sebep olan “kamu yararı” gerekçesi ile ilgili olarak herhangi bir savunma yapmadığını veya yapamadığını, bunun da Anayasa’nın birçok maddesinin

ihlalini oluşturduğunu, hukukun üstünlüğü ilkesine ve hak arama özgürlüğüne aykırılığın mevcut olduğunu, Davalının Müdafaa Takririnde, Davalının Davacının görevine “kamu yararı sebebine” binaen son verebileceği şeklinde hiçbir iddianın yer almadığını, Yüksek İdare Mahkemesi Tüzüğü’nün 18. maddesinde

gerekli hallerde Hukuk Muhakemeleri Usul Tüzüğü kurallarının uygulanacağının belirtildiğini, bu bağlamda “kamu yararı” ile ilgili argümanın hiçbir şekilde gündeme getirilmediği için, Mahkemenin bunu resen dikkate almaması gerektiğini, Mahkemenin hukuken sebep ikamesi yapma yetkisini haiz olmadığını, bu yetkiyi haiz olduğu takdirde, sebep ikamesi yapacak ise Mahkemenin kamu yararı amacı ile Davacının görevine son verilmesini değil de aksine 51/1984 sayılı Yasanın 115. maddesinin 3(b)(xiii) altında yer alan düzenlemeye göre hareket etmesi gerektiği, diğer bir ifade ile, herhangi bir suçtan mahkum olan bir polis memuruna verilebilecek olan cezanın, 18 aya kadar bulunduğu kademede ilerlemesinin durdurulması şeklinde olması gerektiğini ileri sürmüştür.

Başsavcılık adına hitap yapan Savcı ise hitabında, özetle: Sebep ikamesi ile ilgili yaptıkları iddianın hukuki bir iddia olduğunu, bunun Müdafaa Takririnde olmasına gerek olmadığını, idare aldığı bir kararı, başka bir sebebe dayanarak alabilecek durumda ise, idarenin dayandığı sebebin hukuka aykırı olması durumunda hakimin sebep ikamesi yapabileceğini, böylelikle pratikte etkisiz kalacak olan iptal kararlarının önüne geçilmesinin amaçlandığını iddia etmiştir.

Bu aşamada, Türk İdari Yargılama Usul Hukukunda mevcut olan “**sebep ikamesi**” prensibini, önce doktrin ve T.C. Danıştayının içtihadı çerçevesinde Türk İdare Hukuk Sistemi açısından incelemek, ardından da bu prensibin KKTC İdare Hukuku Sistemi açısından uygulanabilirliğini irdelemek uygun olacaktır.

Türk İdare Hukukunda mevcut olan **“sebep ikamesi**” prensibi, mevzuatta yer almamakla birlikte, idari yargı içtihatları kapsamında, Türk İdari Yargılama Usul Hukuku çerçevesinde ele alınan, genel olarak kabul edilmiş bir prensip olarak önem taşımaktadır.

Bu prensip çerçevesinde, idarenin dayandığı sebebin hukuka aykırı olması durumunda, idare mahkemelerince resen inceleme yetkisi kullanılarak, idari işlem yapılırken/tesis edilirken idarenin dayandığı sebep değil de, mahkemece tespit edilen başka sebep gösterilerek, diğer bir ifade ile hukuka uygun bir sebep gösterilerek, idari işlemin hukuka aykırı olmadığı sonucuna varılarak iptal davası reddedilmektedir. Sebep ikamesi prensibini uygulamadaki amaç, iptal davasına konu olan idari işlemin sonuçta hukuka uygun olmasından dolayı, sebebin idare tarafından yanlış gösterilmesi nedeniyle idari işlemin iptaline yol açmamaktır **( Bkz: Kemal Gözler, İdare Hukuku, cilt 1, sayfa 927; Prof. Dr. Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukukunda Yargı Yerinin Sebep İkamesi, Danıştay Dergisi Yıl 2016,sayı 141; Yasin Söyler, “İdari Yargılama Usul Hukukunda Sebep İkamesi”, TAAD; Yıl:8, sayı 31 ( Temmuz 2017), s. 538, 545 ).**

Diğer yandan, sebep ikamesi prensibi Türk hukukunda, mevzuatta açık olarak yer almamakla birlikte, doktrinde bazı yazarlar bu prensibe hukuki dayanak olarak, Türk İdari Yargılama Usulünü idare eden İdari Yargılama Usul Kanunu’nun 20. maddesinde yer alan **resen araştırma ilkesini** göstermektedirler **( Bkz: Çağlayan s, 13).**

İdari Yargılama Usul Kanunu’nun 20. maddesi ise şöyledir:

“**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. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresinde yerine getirilmesi mecburidir. Haklı sebeplerin bulunması halinde bu süre, bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir”.**

 Yukarıdaki hükümden görüleceği üzere, Türk İdari Yargılama Usulünde resen araştırma ilkesi geçerlidir. Buna göre, mahkeme, huzurundaki davaya ilişkin her türlü araştırma ve incelemeleri kendiliğinden yapabilir. Bu bağlamda, mahkeme tarafların iddia, savunma ve delilleri ile bağlı değildir. Başka bir anlatımla, mahkemenin, taraflarca ileri sürülmese dahi, uyuşmazlığın çözümüne ilişkin delilleri kendiliğinden araştırma ve tespit etme yetkisi mevcuttur **(Bkz: Ramazan Çağlayan, supra, s.12, Yasin Söyler, supra, s. 552,553).**

Bu ilke çerçevesinde, Türk İdare Hukukunda yargıç, idari işlemin sebebiniresen araştırma yetkisine sahiptir **(Yasin Söyler, s. 555).**

Diğer yandan, Türk İdari Yargılama Usul Kanunu’nda açıkça, Türk Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 141. maddesinde yer alan “iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı” bağlamında bir hüküm olmamakla birlikte, doktrinde bazı yazarların, Türk İdari Yargılama Usul Kanunu’nun 16. Maddesinde yer alan, tarafların sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemeyecekleri şeklindeki düzenlemenin, idari yargılama usul hukukunda “iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağını” ortaya koyan bir hüküm çerçevesinde olduğunu ileri sürmekte oldukları görülmektedir.

Bununla birlikte, doktrindeki bazı yazarlara göre, Türk İdari Yargılama Usulünde, resen araştırma ilkesi geçerli olduğu için, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı yargıcın resen araştırma yapmasını engellememektedir. Bu bağlamda yargıç, resen araştırma ilkesi çerçevesinde de idari işlemin sebebi üzerinde resen yapacağı tespitlerle “sebep ikamesi” usulüne/prensibine başvurabilmektedir **( Bkz: Yasin Söyler, supra, s.557-558).**

Türk İdare Hukukunda doktrin irdelendiğinde, bazı yazarların, “sebep ikamesi” prensibinin, sadece idari işlemin tesisinde idarenin “bağlı yetkiyi” haiz olması halinde uygulanabileceğini, idarenin “takdir yetkisini” haiz olması durumunda ise, bu prensibin uygulanamayacağını iddia etmekte oldukları görülmektedir. Bu görüşe hukuki dayanak olarak da, İdari Yargılama Usul Kanunu’nun 2. maddesinde hayat bulan “mahkemelerin idari işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde karar veremeyeceğine” ilişkin hüküm gösterilmektedir **( Bkz: Yasin Söyler, supra, s. 560 ).**

Bununla birlikte bazı yazarların ise idarenin gerek “bağlı yetki” gerekse “takdir yetkisinin” bulunduğu hallerde, mahkemenin sebep ikamesi prensibini uygulamasına engel bulunmadığını Fransız Danıştayının kararlarına atıfla ileri sürmekte oldukları görülmektedir **( Kemal Gözler, supra, s.927; Yasin Söyler, supra, s.560).**

**T.C. Danıştayının** ise sebep ikamesini kabul eden kararları olduğu gibi, sebep ikamesi prensibinin uygulanmasını kabul etmediği kararları da bulunmaktadır.

Nitekim **T.C. Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu E.1999/775 K.1999/1200 T.3.12.1999** tarihli kararda, her ne kadar da davacı bakımından yargı kararının uygulanması

zorunluluğuna ilişkin bir sebep bulunmadığı nedeniyle Danıştay 5. Dairesince verilen karar bozulmuş olmasına rağmen, sonuçta, T.C. Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunun bu kararı, dava konusu olaydaki şartlar gerçekleşmiş olsaydı T.C. Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunun sebep ikamesini kabul edeceği anlamında değerlendirilmektedir **( Bkz: Yasin Söyler, s.538, dipnot 18 ).**

Tek Yargıçlı İdare Mahkemesinin de atıfta bulunduğu bu kararda, **T.C. Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu** şunları belirtmiştir:

“**Açılan bir davada idarece ileri sürülmemiş ancak idari yargı yerince dosyanın incelenmesi sonucu başka bir neden saptanmış ve idarece ileri sürülen nedenin hukuken geçerli olmadığı belirlenmiş ise, idarenin ileri sürdüğü nedenin bir yana bırakılarak dosyadan saptanan nedene göre, uyuşmazlığın çözümlenebilmesine idare hukukunda “sebep ikamesi” adı verildiği bilinen bir olgudur. Dosyadan saptanan bu nedenin dava konusu işlemin tesisini haklı kılacak nitelikte olması durumunda ancak davanın reddine karar verilebilecektir.**

**………………………**

**Bu itibarla davacının görevden alınmasına neden olarak gösterilen soruşturmalarda davacıya bir kusur izafe edilmemiş olduğu ve yargı yerince sebep ikamesi yoluyla tespit edilen yargı kararının uygulanması zorunluluğu nedeniyle davacının görevden alınması gerektiği yolundaki gerekçe, görevden almalar ve yargı kararlarını uygulamak amacıyla yapılan atamaların kronolojik olarak değerlendirilmesinden hukuki bulunmamakta olup, bunun dışında davacının görevden alınmasını gerektirecek bir husus da bulunmadığından davanın reddi yolundaki temyize konu kararda hukuki isabet bulunmamaktadır.**

 **Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulü ile Danıştay 5. Dairesinin………sayılı kararının bozulmasına…….oyçokluğu ile karar verildi.”**

Diğer yandan **T.C. Danıştay, 10. Daire E.1994/5036** sayılı kararında, “sebep ikamesi” prensibinin uygulanmasını kabul etmeyerek şöyle demiştir:

“**Dava ve temyiz dosyalarının birlikte incelenmesinden; davacının, davalı idarenin içinde bulunduğu ekonomik darboğaz nedeniyle personel giderlerinin azaltılması amacıyla re’sen**

**emekliye sevk edildiği, kendisinden artık istifade imkanı bulunmadığı yolunda davalı idarece açık bir saptama yapılmadığı anlaşılmaktadır.**

**Bu itibarla sebep ikamesi yaparak davacının bir gözünü kaybetmiş olması nedeniyle bu haliyle bekçilik görevini yapamayacağı gerekçesiyle davayı reddeden idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemektedir.**

**Sonuç: Açıklanan nedenlerle……..temyiz isteminin kabulüne, Adana 1. İdare Mahkemesinin…..sayılı kararının bozulmasına…. Karar verildi.**

“Sebep ikamesi” prensibine T.C. Anayasa Mahkemesinin bakışı ise, T.C. Anayasa Mahkemesinin 2013/1989 sayılı başvuruya ilişkin (Koray Erdoğan başvurusu) **10.3.2016** tarihli kararında aşağıdaki şekilde özetlenmiştir:

**40.”İdari yargı yerlerince sebep ikamesi yapılması durumunda çelişmeli yargılama ilkesi çerçevesinde yeni durumun taraflara bildirilmek suretiyle görüş ve itirazlarının alınarak yeterli tartışma olanağının tanınması yahut ilk derece mahkemesince karar aşamasında sebep ikamesi yapılmış ise karara karşı taraflara etkili ve sonuç alınabilecek kanun yollarına başvuru yapma imkanı verilerek yeni sebebe ilişkin yeterli itirazlarının sunulmasının sağlanması ve bu yeni sebebe karşı tarafların ileri sürdüğü uyuşmazlığın sonucuna etkili iddiaların temyiz merciince değerlendirilmesi durumunda çelişmeli yargılama ilkesinin gerekleri yerine getirilebilecektir”**.

T.C. Danıştayının kararlarına yukarıda belirtilen açıdan bakıldığında ise, Danıştayın, T.C. Anayasa Mahkemesinin yukarıdaki kararını takip ettiği görülmektedir.

Nitekim T.C. Danıştayı Adana 1. İdare Mahkemesinin **19.4.2016 tarih ve E 2015/1223 K.2016/372** sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istemi sonucu verdiği **E 2016/40478 K.2010/11831 T.24.4.2017** tarihli kararında, **“sebep ikamesi**” prensibini şöyle izah edip, uygulamıştır:

**“….Açılan bir davada idarece ileri sürülmemiş ancak idari yargı yerince dosyanın incelenmesi sonucu başka bir neden saptanmış ve idarece ileri sürülen nedenin hukuken geçerli olmadığı belirlenmiş ise idarenin ileri sürdüğü nedenin bir yana bırakılarak dosyadan saptanan nedene göre uyuşmazlığın çözümlenebilmesine idare hukukunda “sebep ikamesi” adı verilmektedir.Dosyadan saptanan bu nedenin davaya konu işlemin tesisini haklı kılacak nitelikte olması durumunda davanın reddine karar verilebilecektir.**

**İdari Yargı yerlerince sebep ikamesi yapılması durumunda çelişmeli yargılama ilkesi çerçevesinde yeni durumun taraflara bildirilmek suretiye görüş ve itirazların alınarak yeterli tartışma olanağının tanınması gerekmektedir.**

**Somut olayda, davaya konu branştan çıkarma işlemi “Adli ve/veya idari bir suçtan dolayı ceza almış olanlardan çalıştığı branşta verimli olamayacağı anlaşılanlar” hükmü uyarınca tesis edildiği halde,İdare Mahkemesince, davaya konu işlemin, “ Personelin çalıştığı hizmette verimli olamayacağı veya hizmeti olumsuz etkilediği bilgi ve belgelerle anlaşılanlar” hükmü uyarınca mevzuata uygun olduğu değerlendirilerek, davaya konu işlemde hukuki isabetsizlik bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.**

**İdare Mahkemesince, davaya konu edilen işlemde belirtilen gerekçede ve uyuşmazlığın çözümü için tarafların ileri sürdüğü iddia ve savunmalarda yer alan hususlar arasında bulunmayan bir sebebe dayanılarak inceleme yapılarak (Sebep ikamesi yapılmak suretiyle) hüküm kurulmuş ise de, dosyada yer alan bilgi ve belgelerin incelenmesinden, davacının, salt almış olduğu disiplin cezasından hareketle bulunduğu branşta verimli olamayacağı sonucuna ulaşılmasının mümkün olmaması, davalı idare tarafından, davacının, çalıştığı hizmette verimli olamayacağı veya hizmeti olumsuz etkilediğine dair bilgi/belge sunulmaması ve bu hususa yönelik olarak davacıya da savunma yapma imkanının verilmemesi nedeniyle, uyuşmazlık konusu yapılmayan bir sebebe dayalı olarak davanın reddine karar veren idare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.**

**Nitekim Anayasa Mahkemesince verilen 10.3.2016 tarihli ve 2013 /1989 Başvuru sayılı kararda bu görüş benimsenmiştir.**

**Sonuç:Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Adana 1. İdare Mahkemesinin …………………. sayılı kararının………. bozulmasına, yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine.......... oybirliğiyle karar verildi.”**

Bu safhada ise KKTC İdare Hukuku açısından “sebep ikamesi” prensibinin uygulanabilir bir prensip olup olmadığını inceleyelim.

1960 Anayasası, Anayasa Hukuku yanı sıra Kontinental (Kara Avrupası)İdare Hukukunun da Kıbrıs’a gelmesine yol açmıştır **(Bkz: Taner Erginel, KKTC’de Kusursuz Yargı Oluşturma Çabaları 13, s.2).**

Bu bağlamda, 1962 Yüksek Anayasa Mahkemesi Tüzüğü yürürlüğe girmiştir. Onun ardından bu Tüzüğü yürürlükten kaldıran 1997 Yüksek İdare Mahkemesi Tüzüğü, 1.1.1997 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

1997 Yüksek İdare Mahkemesi Tüzüğü’nün 18. maddesi ise, Yüksek İdare Mahkemesi huzurundaki herhangi bir dava ile ilgili uygulanacak Tüzüğü, durum uygun olduğu hallerde, mahkeme huzurundaki bütün işlemlerde gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra, bu Tüzüğün yapıldığı tarihte, Cumhuriyet dahilinde yürürlükte bulunan Hukuk Muhakemeleri Usul Tüzüğü olarak belirlemiştir (Meğer ki bu Tüzüğe başka bir hüküm konmuş veya mahkeme veya bir yargıç başka türlü kararlaştırmış olsun).

Kısaca, KKTC İdare Hukukunda usul yönünden uygulanacak mevzuat, 1997 Yüksek İdare Mahkemesi Tüzüğü ve onun atıfta bulunduğu Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü’dür.

Her ne kadar da Anayasa’nın 152. maddesi uyarınca öngörülen yargı denetiminin, Kara Avrupası’ndaki ve bu bağlamda Türkiye’deki idari yargı sistemine benzer olması nedeniyle yabancı yargı içtihatları çerçevesinde Türkiye Danıştayı ve Türkiye Anayasa Mahkemesinin genel ilke koyan kararları sistemimizde takip edilmekle birlikte **(Bkz: Zaim Necatigil, s.153-157),**usul yönünden uygulanacak mevzuatın 1997 Yüksek İdare Mahkemesi Tüzüğü ve onun atıfta bulunduğu Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü olduğu, Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğümüzün mehazının ise1883 Rules of Supreme Court olduğu dikkate alındığında, KKTC İdare Hukukunda usul hukuku yönünden Anglo-Sakson Hukuk Sisteminin ağırlık kazanacağı görülmektedir.

Pek tabiidir ki, 1997 Yüksek İdare Mahkemesi Tüzüğü’nün 18. maddesinde belirtildiği üzere, Yüksek İdare Mahkemesi huzurundaki herhangi bir davada Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü, durumun uygun olduğu hallerde ve mahkeme huzurundaki bütün işlemlerde gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra uygulanacaktır( Meğer ki bu Tüzüğe başka bir hüküm konmuş veya mahkeme veya bir yargıç başka türlü kararlaştırmış olsun).

Nitekim, sistem faklılığı çerçevesinde **Anayasa Mahkemesinin 5/2003 D 1/2005** sayılı kararında, usul hukuku yönünden, Anglo-Sakson Hukuk Sistemi ile Kıta Avrupası Hukuk Sistemleri (Avrupa Kontinental Sistemi) arasındaki farka dikkat çekilerek, KKTC Hukuk Sistemi açısından İngiliz Usul Yasalarının yani Anglo-Sakson Hukuk sisteminin uygulandığı ifade edilmiştir. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi, Anayasa Hukuku açısından Türkiye Hukukunu izlemekle birlikte, usul hukuku ve prosedür açısından İngiliz Hukukunun uygulanmakta olduğunu vurgulamıştır.

Anglo- Sakson Hukuk Sistemine göz attığımızda ise, bu sistemin **“adversarial**” olduğu görülmektedir. Bu sistemde yargıç mümkün olduğunca pasif kalmakta, yargılama sürecinde insiyatif yüklenmemektedir. Diğer bir anlatımla, yargılama iki eşit tarafın mücadelesi şeklinde gerçekleşmektedir. Bu sistemde gerçeği arayan taraflardır. Gerçek, tarafların mücadelesi sonunda bulunacaktır. Kara Avrupası/Kontinental sistemde ise yargıç insiyatifi ele alarak tüm prosedüre müdahale etmektedir. Bu sistemde gerçeği yargıç doğrudan kendisi aramaktadır **(Bkz:Taner Erginel, KKTC’de Kusursuz Yargı Oluşturma Çabaları 2).**

Yukarıda belirtilenler dikkate alındığında,idari yargıda idarenin yerine geçecek bir sonuç doğuracak şekilde

resen araştırma ilkesinin, KKTC İdare Hukukunda, usul hukuku yönünden mevcut/uygulanabilir bir ilke olmadığının kabul edilmesi gerekir. Bu nedenle, mahkemenin resen hareket ederek, kendiliğinden araştırma yapması ve idarenin işlemini yaparken mevcut olan başka bir sebebi ikame yönüne giderek karar vermesi, diğer bir ifade ile, sonuçta mahkemenin idarenin yerine geçerek, idari işlemin sebebini değiştirmesi olası görünmemektedir.

İptal davalarında amaç, idarenin hukuka bağlılığını sağlamak olup, yargıcın görevi hukuka aykırı bulduğu idari işlemi iptal etmektir.Diğer bir anlatımla, Yüksek İdare Mahkemesi, idari kararların hukuka uygunluğunu denetlemekle yetkili olup, alınan idari kararların denetimini yapmakla görevlidir. Bu nedenle, YİM, idarenin yerine geçip karar veremez. Ancak, Mahkemenin verdiği kararlarda tespit edilen hukuka aykırılık ve sakatlıkları dikkate alarak hukuka uygun yeni işlemler yapmak idarenin görevi ve yükümlülüğündedir  **(Bkz: YİM 163/2012 D.21/2015 ; YİM 194/2012 D. 33/2013).**

Yukarıda belirtilenler ışığında, tek yargıç olarak görev yapan Yüksek İdare Mahkemesinin, Emare No.2 Kararın sebep yönünden hukuka aykırı olduğu bulgusuna vardıktan sonra,

idarenin yerine geçecek şekilde resen araştırma ilkesini

uygulamaması gerekirken, Davalı İdarenin kararında ve Davalının Müdafaa Takririnde ileri sürülmeyen ancak davanın hitabında ileri sürülen “sebep ikamesi” iddiasını dikkate alıp, sebep ikamesi yaparak, bu bağlamda Davalı İdarenin yerine geçerek, “kamu yararı gereği” Davacının görevine son verilmesi gerektiği hususunda bulgu yaparak ve Emare No.2 Kararın hukuka uygun olduğuna dair kanaat getirerek, Davacının davasını ret ve iptal etmekle hata ettiği sabittir.

Sonuç olarak, İstinaf Eden istinafında başarılı olduğu nedeniyle istinafın kabul edilerek Tek Yargıçlı Yüksek İdare Mahkemesinin, sebep ikamesi ile ilgili olan ve buna bağlı olarak Davacının davasını ret ve iptal eden kararının iptal edilmesi gerektiği kanaatindeyim.

Tek Yargıçlı İdare Mahkemesinin, Davalının, 16.7.2013 tarihinden itibaren Davacının sürekli olarak meslekten çıkarılmasını öngören kararının ve/veya işbu karara dayanılarak yapılan tüm işlemlerin hukuka aykırı olduğu hususundaki bulgusu aleyhine herhangi bir istinaf dosyalanmadığı cihetle, Tek Yargıçlı İdare Mahkemesinin bulgusu ışığında, Davalının 16.7.2013 tarihinden itibaren Davacının sürekli olarak meslekten çıkarılmasını öngören kararının ve/veya işbu karara dayanılarak yapılan tüm işlemlerin hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğurmayacağına karar verilmesi gerektiği kanaatindeyim.

İlâveten, meselenin kendine has özellikleri nedeniyle masraf emri verilmemesi gerektiği kanaatindeyim.

**Tanju Öncül**:Polis Örgütü mensubu olan Davacı, Tek Yargıçlı Yüksek İdare Mahkemesi tarafından dinlenen YİM 124/2013 sayılı davasında:

” A) Davalının, 16.07.2013 tarihinden itibaren, Davacının sürekli olarak meslekten çıkarılmasını öngören kararının ve/veya işbu karara dayanılarak yapılan tüm işlemlerin kanunsuz ve/veya hukuka aykırı olduğundan geçersiz ve etkisiz olduğuna ve herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacağına karar ve/veya hüküm verilmesi“

talebinde bulunmuştur.

 Talep Takririnde sair şeyler yanı sıra, Davacının, ancak, yargılandığı davalardan hapislik cezası almış olması veya 51/1984 sayılı Yasa’nın 63’üncü maddesinin (4)’üncü fıkrasında sayılan suçlardan hüküm giymiş olması halinde görevine son verilebileceği, herhangi bir suçtan mahkumiyet nedeniyle Davalının Davacıya vereceği cezanın ise, 18 aya kadar kademe ilerlemesini durdurmaktan ibaret olabileceği, ehliyetsizlik nedeniyle Davacının görevine son verilmesinin hukuka aykırı olduğu özlü iddialara yer verilmiştir.

 Müdafaa Takririnde ise, Davalının, herhangi bir zaman, herhangi bir polis mensubunu, savunmasını alarak, ehliyetsizlik nedeniyle meslekten sürekli olarak çıkarabileceği, bir polis mensubunun, bir suçun işlenmesinin engellenmesi veya suçlunun yakalanması için gerekli girişimde bulunmaması fiillerinin meslekten çıkarma için yeterli olacağı, Davacının meslekten çıkarılma kararının, yetkili makam tarafından alınmış, gerekçeli ve hukuka uygun bir karar olduğu ileri sürülmüştür.

İhtilafsız olguların:

” 1)Davacı 1.4.2006 tarihinde Polis Memuru olarak göreve

 başladı.

2)Davacı 25.3.2013 tarihinde Gazimağusa Ağır Ceza Mahkemesi

 tarafından yargılandı ve para cezasına çarptırıldı.

 **(Emare No.8).**

3)Davacı, 12.4.2013 tarihinde Polis Örgütü (Kuruluş, Görev ve Yetkileri) Yasası 71 2(B) maddesi altında ehliyetsizlik nedeni ile 24.4.2013 tarihinde Davalı nezdinde savunma yapmaya davet edildi **(Emare No.7).**

4)Davacı Avukatı tarafından yapılan itirazlar, Davalının 25.6.2013 tarihinde verdiği ara karar ile reddedildi **(Emare No.1).**

5)Davacı, Davalının belirtilen tarihteki ara kararı nedeni ile 2.7.2013 tarihinde Davalı huzurunda savunmasını yaptı

 **(Emare No.5).**

6)Davalı, 16.7.2013 tarihinde Davacının ehliyetsizliğini sabit gördüğünden, 51/1984 sayılı Polis Örgütü Yasası’nın 71 2(B) maddesi tahtında polislik mesleğinden sürekli olarak çıkarılmasına karar verdi **( Emare No.2).**

7)Davacı, Polis Örgütüne katıldığı 1.4.2006 tarihinden görevden uzaklaştırıldığı tarihe kadar geçen sürede, 3 yıl üst üste veya bir derece içerisinde aralıklı olarak 5 kez olumsuz sicil almamıştır **(Emare No.10)**“

şeklinde belirtildiği, davanın duruşması sonrasında, Tek Yargıçlı Yüksek İdare Mahkemesi:

”Davalı, Davacının ehliyetsiz olduğu sonucuna vararak görevine son vermiştir. Ancak, Anayasa Mahkemesinin **D.3/2015** sayılı kararında belirtilen “ehliyetsizlik” kavramı ışığında, Davacının, Polis Örgütü Yasası’nın 63(4) maddesi altında hizmete alınma koşulları açısından, Eski Eser Yasası altında getirilen davalardan mahkum olup para cezası almakla ehliyetsiz duruma düştüğünü söylemek olası değildir. Bu bağlamda, **Emare No.2** Kararın hukuka aykırı olduğu ortaya çıkmaktadır.“

diyerek, Davacı ile ilgili olarak alınan, Davalının konu kararının, hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşmış, ancak sonrasında:

 ” Polis Yasası’nın 71(2)(C) maddesi Polis Hizmetleri Komisyonunun herhangi bir polis mensubunu “kamu yararı gereği” de meslekten sürekli olarak çıkarılabileceğini düzenlemektedir. Ancak Polis Örgütü, bu madde altında Davacının görevine son verilmesini talep etmemiştir. Davacının Eski Eserler Yasası altında mahkum olduğu suçlar 10 yıla kadar hapislik cezası taşıyan çok ciddi ve vahim suçlardır. Davacı bu suçları 9 sivil şahıs ile birlikte işleyip, bir polis mensubu olarak suçun işlenmesini önlemek yerine bu suçlara iştirak etmiş ve **Emare No.8** Mahkeme Tutanaklarından da görüleceği üzere Avukatı, bu suçları ekonomik sıkıntıdan dolayı işlediğini beyan etmiştir. Polislik mesleği vatandaşın toplu halde huzur içinde yaşamasını sağlamak için büyük önem arz eden, ciddiyet ve güvenirliliği konusunda en küçük tereddütü bünyesinde barındırmayan bir kamu hizmetidir. Demokratik bir düzen içinde, kanun hakimiyetinin sağlanması ve korunması, suç işlenmesine yönelik davranışların önlenmesi başlıca görevleri arasındadır. Bu hizmeti ifa eden polis mensuplarının her türlü şaibeden uzak durması ve haklarında en küçük tereddütün bulunmaması gerekmektedir. Tüm polis mensuplarından beklendiği gibi yüksek ahlak ve karakter sahibi olması beklenen Davacının da, görevleri esnasında sivil kişiler ile birlikte organize edilmiş bir suça iştirak etmesi, Davacının Polis Örgütünde kalmasına cevaz vermez. Bu suçları ekonomik sebepten dolayı işlediğini beyan eden Davacının ileride aynı veya benzeri işlere tevessül edebileceği ve bu tür fiillere açık olabileceği kuvvetle muhtemel olup vatandaşın ona şüpheli gözlerle bakması kuşkusuz Polis Örgütünün saygınlığına gölge düşürür.“

özlü düşüncesinden hareketle, Davacının davasını, kararı iptal ettirecek yasal bir aykırılığın veya adaletsizliğin var olmadığı yaklaşımıyla ret ve iptal etmiştir.

 İstinaf sebeplerinin:

|  |  |
| --- | --- |
| ”1. | Muhterem Mahkeme, ”sebep ikamesi“ yoluyla Davacının ”kamu yararı“ gereği görevine son verilen kararı ile Anayasa’nın 152. Maddesi altındaki görev ve yetkilerini aşmıştır. |
|  | A- | Anayasa’nın 152.maddesi, Yüksek İdare Mahkemesi’nin İdare Hukuku alanında çıkacak uyuşmazlıkları ne şekilde çözümleyeceğinin sınırlarını belirlemiştir. ”Sebep ikamesi“ bu sınırlar kapsamında değildir ve Mahkeme hem sınırları, hem de yetkilerini aşmıştır. |
|  | B- | Muhterem Mahkeme’nin ”sebep İkamesi“ yoluyla Davacının görevine ”kamu yararı gereği“ son verilmesine ilişkin bulgusu Yargıtay’ın sahip olduğu yetkiler kapsamında bir işlemdir. |
|  | C- | ”Sebep İkamesi“ yoluyla davanın ret ve iptal edilmesi, İdarenin hukuka aykırı kararlarının Mahkeme yoluyla değiştirilmesi ve/veya Mahkemenin, görev ve yetkisi olmadığı halde idare ve/veya Davalı yerine geçerek karar alması sonucunu ve/veya uygulamasını doğuracaktır. |
|  2. | Muhterem Mahkemenin, ”kamu Yararı“‘nın tanımını yapmadan ve/veya bu tanımı yapmanın Anayasa Mahkemesi’nin münhasır yetkisi kapsamında olduğunu görmezden gelerek Davacının ”kamu yararı gereği“ görevine son verilmesi gerektiğine ilişkin kanaati ve/veya bulgusu hatalıdır. |
|  3. | Muhterem Mahkemenin, Davalının karar verirken, Davacının sicilinin bir önemi kalmadığı ve/veya sebep ikamesi yapılan kararı iptal ettirecek yasal bir aykırılığın veya adaletsizliğin varolmadığı sonucuna varması hatalıdır. |
|  | A- | Muhterem Mahkeme, Davacının Polis Örgütü’ne ve polislik mesleğine yapacağı zarar ve kamu yararını dikkate aldığını gerekçe göstermiş ama Davacının zarar vereceği sonucuna nasıl ulaştığını izah etmediği gibi kamu yararının ne olduğunun en küçük bir işaretini de vermemiştir.“Kamu Yararı” kelimesi kullanılmakla kamu yararı kendiliğinden ortaya çıkmamaktadır. |
|  | B- | Muhterem Mahkeme’nin görüşünün aksine, Davacının sicili, Davacının Polis Örgütü’ne ve polislik mesleğine zarar vermeyeceğini gösterdiği için önem arzetmektedir ve Mahkemenin Davacının sicilinin önemli olmadığı yönündeki kanaati objektif değil, subjektif ve dayanaksızdır. |
|  4. | Muhterem Mahkeme, Davalının layihasında ve/veya müdafaasında yer almayan ve/veya ileri sürülmeyen ”sebep ikamesi“ iddiasını dikkate alarak Davacının davasını ret ve iptal etmekle ve/veya Polis Örgütü Yasası madde 115 (3)(b)(xiii)’yi ikame ederek kademe ilerlemesini (18) aya kadar durdurmamakla hata yapmıştır. |
|  5. | Muhterem Mahkeme, Davacıyı mahkum eden Ağır Ceza Mahkemesi’nin ceza takdir ederken dikkate alması gereken hususları sebep ikamesi maksatları bakımından gerekçe yapmış ve/veya Polis Yasası’nın 71(2)(C) maddesinde yer alan ”kamu yararı“ tanımı olmadan ve/veya tanımı yapılmadan Davacının “kamu yararı gereği” görevine son verilmesi gerektiğine karar vermekle hata yapmıştır. |
|  6. | Muhterem Mahkeme, Davalının E.2 kararının hukuka aykırı olduğu bulgusuna vardıktan sonra Davacı lehine karar vermemekle ve/veya sebep ikamesi yaparak Davacının davasını ret ve iptal etmekle hatalı davranmıştır. |
|  7. | Muhterem Mahkeme, ”Sebep İkamesi” prensip ve/veya ilkesinin uygulanacağı hususunda herhangi bir İçtihat Kararı olmadan ve/veya sebep ikamesi için koşul olan ”dosyadan saptanan nedenin dava konusu işlerin tesisini haklı kılacak nitelikte“ olmamasına rağmen ve/veya sebep ikamesi koşullarını incelemeden ve/veya kararına dayanak yaptığı kararları davaya uygulamamakla ve/veya hatalı uygulamakla hata yapmıştır.“ |

şeklinde olduğu, istinafın dinlenmesi sürecinde İstinaf Eden/Davacı Avukatı, birinci istinaf sebebi altında, sebep ikamesinin Anayasa’nın 152’nci maddesi kapsamında Yüksek İdare Mahkemesine verilmiş bir görev olmadığı, Mahkemenin kamu yararı altında karar vermekle idarenin yerini aldığı, Davacının kamu yararı ithamı ile görevine son verilmesinde savunmasını yapmadığı, savunma hakkının bu nedenle tecavüze uğradığı, böylesi bir durumda sebep ikamesinin yargısız infaz oluşturduğu; ikinci ve beşinci istinaf sebepleri altında,

tanımlanmamış kamu yararı kavramı altında Davacının görevine son verilmesinin, Mahkeme kararını sakatladığı; üçüncü istinaf sebebi altında kamu yararını incelerken sicile önem vermemekle Mahkemenin hata yaptığı, Mahkemenin önünde, Davacının ileride benzer işlere tevessül edebileceğine dair emare, rapor veya şahadet olmadığı, hapislik cezası almadığı için kamu yararı gereği Davacının görevine son verilmemesi gerektiği; dördüncü, altıncı ve yedinci istinaf sebepleri altında ise, layihada olma kuralı gereği, kamu yararı ile de Davacının görevine son verilebileceğinin Davalının layihasında yer alması ve bunun Mahkemenin huzuruna getirilmesi gerektiği, oysa, yalnızca hitap safhasında bunun yapıldığı ve Mahkemenin, bunu resen dikkate alamayacağı, ille sebep ikamesi yapılacaksa da, 115’inci maddenin (3)’üncü fıkrasının (b)bendinin(xiii)alt bendi altında herhangi bir suçtan mahkum olan polise, 18 aya kadar kademe ilerlemesini durması cezası verilebileceği özlü iddiaları dile getirmiştir.

 Başsavcılık ise, ehliyetsizlik nedeniyle Davacının görevine son verilmesinin hukuka aykırı olduğu özlü Tek Yargıçlı Yüksek İdare Mahkemesinin kararına karşı istinaf dosyalamamış olmakla birlikte, eski eser aranmasına dair konu suçun 63’üncü maddenin (4)’üncü fıkrası kapsamında Davacının mesleğini yapmasına engel olabilecek suçlardan birisi olduğu, D.3/2015, Anayasa Mahkemesi 8/2013 sayılı Anayasa Mahkemesi kararındaki yorumun Yüksek İdare Mahkemesini bağlayamayacağı özlü iddiaları yapmış; sebep ikamesi açısından ise, hukuki bir iddia olduğu için Müdafaa Takririnde olması gerekmediği, sebep ikamesinin Anayasa’nın 152.maddesi altında değerlendirilebilecek bir husus olmadığı, sebep ikamesinin hangi hallerde olup olamayacağının ve bunun sınırlarının ne olacağının Mahkemece belirlenebileceği özlü iddiaları dile getirmiştir.

 Tek Yargıçlı Yüksek İdare Mahkemesinin kararında da belirttiği üzere, sebep ikamesi, temelde, idarenin aldığı kararı bir başka sebebe dayanarak da alabileceği durumlarda, idarenin dayandığı sebebin hukuka aykırı olması halinde, yargıcın, sakat sebebi, kararın alınması tarihinde mevcut olan sebeple değiştirmesidir. Tek Yargıçlı Yüksek İdare Mahkemesinin kararı ve özellikle yukarıda alıntılanan kısmı incelendiğinde, Tek Yargıçlı Yüksek İdare Mahkemesinin, Davacının görevine idarece son verilmesine neden olan olayın varlığını tartışmadığı, diğer bir deyişle Davacının görevine son verilmesine neden olan mahkum olduğu suçları ve bunlardan aldığı cezaları tartışmadığı, bunları doğru kabul edip temel alarak hareket ettiği görülmektedir. Daha açık bir deyişle, Tek Yargıçlı Yüksek İdare Mahkemesi, kararında, sebep ikamesi yaptığını söylemekle birlikte, Davacının verilmiş izin olmaksızın define bulmak için arama yapmak, izinsiz eski eser aramak ve izinsiz dedektör tasarrufu suçlarından mahkum olmasını ve para cezası ile cezalandırılmasını tartışma konusu yapmamış, bu mahkumiyet ve para cezası sonrası Davacıyla ilgili İdarece verilecek kararın yasal dayanağının ne olacağını tartışma konusu yapmış ve buna bağlı olarak da işlemin yasal dayanağını değiştirerek, “kamu yararı“ yasal düzenlemesi altında bir karar üretmiştir.

 Bu nedenle, yani yapılan işlem veya üretilen karar sebep ikamesi kaynaklı olmadığından, sebep ikamesi yapılmasının hatalı olduğu özlü iddialar çerçevesinde konunun ele alınması ve sebep ikamesinin hukukumuzda yeri olup olmadığı veya uygulanıp uygulanamayacağı ve uygulanabilirse de bunun koşullarının ne olacağı hususlarının belirlenmesi maksatlı inceleme yapılması, bu meseleyi çözüme bağlamayan, akademik bir çalışmadan öteye gidemeyecek haldedir.

 Bu noktada, istinaf sebepleri yeniden ve bir bütün olarak incelendiğinde, aslında, istinafın, ”ehliyetsizlik“ kavramı altında Davacının görevine son verilmesi kararı hukuka aykırı bulunduktan sonra, ”kamu yararına“ dayanılarak, Davacının görevine son verilmesinin hatalı olduğu özlü olduğu açıkça görüldüğünden, bu istinafta, Tek Yargıçlı Yüksek İdare Mahkemesinin anılan işlemi yapmakla veya kararı vermekle, hatalı olup olmadığının incelenmesi ile yetinilmesinin yerinde olacağı ortaya çıkmaktadır.

 Yukarıda da dile getirildiği üzere, Tek Yargıçlı Yüksek İdare Mahkemesinin yaptığı, işlemin yasal dayanağını değiştir-mekten ibarettir ve bu nedenle de, tartışılması gereken, Mahkemenin bunu yapma yetkisinin olup olmadığı ve böyle bir yetkisi varsa da bunun koşullarının ne olması gerektiği ve bu meselede anılan koşulların var olup olmadığıdır.

 Bir işlemin yasal dayanağının değiştirilmesinin kanuni bir adım olduğu veya kanuni bir nokta oluşturduğu açıktır. Layihada olmayan kanuni noktaların mahkemelerce resen tezekkür edilip karara bağlanabileceği de gerek Yargıtay gerekse Yüksek İdare Mahkemesi kararlarında birçok kez vurgulanmıştır. Bu nedenle, Tek Yargıçlı Yüksek İdare Mahkemesinin, işlemin yasal dayanağını değiştirme yetkisi olduğu açıklıkla görülmektedir. Bu noktada önemli olan, bunun koşullarının ne olması gerektiği ve huzurumuzdaki meselede bu koşulların var olup olmadığıdır.

Prof.Dr.Ramazan Çağlayan’ın ”İdari Yargılama Hukukunda Yargı Yerinin Sebep İkame Yetkisi“ adlı eserinde vurgulandığı üzere:

” Yasal temel ikamesi uygulamasının şartları: İdari yargı yerinin, davada yasal temel ikamesi usulüne başvurabilmesinin şartları şunlardır.

 Re’sen başvurulabilme: İdari yargı yeri, yasal temel ikamesi usulüne re’sen başvurma yetkisine sahiptir. Ayrıca tarafların (özellikle) idarenin bu konuda talepte bulunmasına gerek yoktur.

 Çelişme usulünün uygulanması: İdari yargı yeri, yasal temel uygulaması yaparken, taraflara konuya ilişkin görüşlerini sunma, yani iddia ve savunmalarını mahkemeye sunma imkanı (çelişme usulü) tanımalıdır. Taraflara bu imkan tanınmadan, yasal temel ikamesi yoluna başvurulamaz. Aksi halde hukuka aykırı bir yol izlenmiş olur.

 İdarenin işlem yapabilir durumda olması: İdare, yargı yerince ikame edilen yasal temele (ikame edilen hukuk kuralına) dayanarak aynı işlemi hukuka uygun şekilde yapabilme imkanına sahip olmalıdır.

 Korumada denklik olması: Yargı yerince ikame edilen mevzuat hükmü (metin), idarenin başlangıçta dayandığı metin kadar davacıya koruma sağlamalıdır. Başka bir deyişle, ikame edilen metin (mevzuat hükmü), önceki metinden daha az koruma sağlayıcı nitelikle olmamalıdır. Yasal temel ikamesi, davacıyı bazı yoksunluklara ya da mahrumiyetlere maruz bırakmamalıdır.

 Tarafların hukuki durumunda değişiklik olmaması: Yasal temel ikamesi uygulandığında, tarafların hukuki durumunda, ikame öncesine nazaran bir değişiklik olmamalıdır.

 Teorik olarak önem taşıması: Yasal temel ikamesi yoluna başvurmanın, teorik olarak da önem arzetmesi gerekir. Yani hukukun genel ilkeleri ve idare hukuku ilkeleri bakımından, yasal temel ikamesi gerekli olmalıdır. Böyle bir gerek yokken, yasal temel ikamesi yöntemine başvurulmamalıdır. “

şeklinde belirlenmiştir.

KKTC’deki mevzuat göz önüne alındığında, anılan koşulların, hukuk sistemimiz açısından da göz önünde bulundurulmasının gerekli ve yararlı olacağı görülmektedir. Bu yaklaşımla, konu koşullardan, ”çelişme usulünün uygulanması“ ve ”korumada denklik olması“ noktaları boyutunda olay incelendiğinde görülenler şöyle sıralanabilmektedir:

Anayasa Mahkemesi 8/2013 Dağıtım 3/2015 sayılı kararda ehliyetsizlik incelenmiş ve “ehliyetsizlik ehliyetin tersidir” denmiştir.Tek Yargıçlı Yüksek İdare Mahkemesi de, bundan hareketle, yukarıda alıntılandığı üzere ”...Polis Örgütü Yasası’nın 63(4) maddesi altında hizmete alınma koşulları açısından, Eski Eser Yasası altında getirilen davalardan mahkum olup para cezası almakla ehliyetsiz duruma düştüğünü söylemek olası değildir...“ sonucuna ulaşmıştır.

Anılan karar ışığında ”ehliyetsizlik“ yasal düzenlemesinin Davacı veya diğer polis mensupları açısından, Yasanın 63(4) maddesinde sayılan hallerden biri olmadığı sürece ehliyetsizliğin olmayacağı özlü bir netlik taşıdığı, yani bu boyutta bir koruma sağladığı görülmektedir. ”Kamu yararı“ kavramı açısından olaya bakıldığında ise, böylesi bir netliğin olmadığı, diğer bir deyişle hangi hallerde polislik mesleğindeki göreve son verileceğinin net olmadığı veya mevzuatta bunun açıklıkla düzenlenmediği görülmektedir. Açıkçası ”ehliyetsizlik“ ile ”kamu yararının“ Davacı veya Davacı gibiler açısından aynı korumayı sağlamadığı görülmekte, kamu yararının, Davacı açısından, daha korunmasız bir nitelik veya içerik taşıdığı anlaşılmaktadır.

Bunun ötesinde, Tek Yargıçlı Yüksek İdare Mahkemesindeki duruşma tutanakları incelendiğinde, Savcılığın sebep ikamesi ile ilgili görüşleri sonrası, Davacı Avukatının görüşlerinin alınmadığı, buna karşın Mahkemenin, konu işlemi uygulamaya koyduğu gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Daha açık bir deyişle, Davacı tarafa konuya ilişkin görüşünü sunma hakkının tanınmadığı görülmektedir. Tüm bunlar, yasal temel ikamesi şartları oluşmadan veya gözetilmeden, konu işlemin, Tek Yargıçlı Yüksek İdare Mahkemesi tarafından yapıldığını göstermektedir ki, bu da, Tek Yargıçlı Yüksek İdare Mahkemesinin ürettiği kararın ilgili bu kısmını hatalı hale getirmektedir.

Belirttiklerim ışığında, Tek Yargıçlı Yüksek İdare Mahkemesinin, Davacının davasını iptal eden kararını iptal ederim ve Davacının ehliyetsizlik nedeniyle görevine son verilmesinin hukuka aykırı olduğu özlü Tek Yargıçlı Yüksek İdare Mahkemesi kararı ışığında ve buna yönelik istinaf dosyalanmadığından hareketle, ”Davalının 16.7.2013 tarihinden itibaren Davacının sürekli olarak meslekten çıkarılmasını öngören kararının ve/veya işbu karara dayanılarak yapılan tüm işlemlerin“ hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğurmayacağına karar veririm.

Meselenin özelliğini göz önüne aldığımda masraf emri verilmesini uygun görmem.

**Mehmet Türker**: Her iki meslektaşımın kararını önceden okuyup değerlendirme fırsatım oldu. Meslektaşım Sayın Yargıç Gülden Çiftçioğlu’nun okumuş olduğu karara katılırım.

 Netice olarak, farklı gerekçelerle ve oy birliği ile İstinaf Eden istinafında başarılı olduğu nedeniyle istinaf kabul edilerek Tek Yargıçlı Yüksek İdare Mahkemesinin, sebep ikamesi ile ilgili olan ve buna bağlı olarak Davacının davasını ret ve iptal eden kararı iptal edilir.

 Tek Yargıçlı Yüksek İdare Mahkemesinin Davalının, 16/7/2013 tarihinden itibaren, Davacının sürekli olarak meslekten çıkarılmasını öngören kararının ve/veya işbu karara dayanılarak yapılan tüm işlemlerin hukuka aykırı olduğu hususundaki bulgusu aleyhine herhangi bir istinaf dosyalanmadığı cihetle, Tek Yargıçlı Yüksek İdare Mahkemesinin bulgusuna istinaden, Davalının 16/7/2013 tarihinden itibaren Davacının sürekli olarak meslekten çıkarılmasını öngören kararının ve/veya işbu karara dayanılarak yapılan tüm işlemlerin hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğurmayacağına karar verilir.

 İstinafın kendine has olguları nedeniyle istinaf masrafları ile ilgili herhangi bir emir verilmez.

Mehmet Türker Gülden Çiftçioğlu Tanju Öncül

 Yargıç Yargıç Yargıç

22 Mart 2019