

FRANSIZ VE ALMAN İDARİ YARGILAMA USULÜNDE İSTİNAF İNCELEMESİNİN KAPSAM VE SINIRLARI

SCOPE AND LIMITS OF REVIEW ON APPEAL IN FRENCH AND GERMAN ADMINISTRATIVE JURISDICTION

Dr. Kamile TÜRKOĞLU ÜSTÜN*

İsmail UÇAR**

ÖZ

İstinaf incelemesinin kapsam ve sınırlarının belirlenmesi, Türk idari yargı sisteminde yeni uygulanmaya başlanan istinaf kanun yolunun etkinliği açısından önemlidir. Bu belirlemeyi yaparken karşılaştırmalı hukuka başvurmak faydalı olacaktır. Bu kapsamda Fransa ve Almanya'daki konuya ilişkin düzenleme ve uygulama dikkate değerdir. Fransız idari yargılama usulünde istinafin temel işlevi uyuşmazlığın ikinci kez yargılanmasıdır. İkincil işlevi ise ilk derece mahkemesi kararının denetlenmesidir. İstinaf incelemesinin kapsam ve sınırları çeşitli olasılıklara göre değişmektedir. İstinafta kural olarak ilk derece yargılamasında ele alınan hususlar incelenir. Yeni bir talepte bulunulması ya da davanın hukuki temelinin değiştirilmesi mümkün değildir. Ayrıca istinafta, kural olarak, istinaf başvurusunda talep edilenden fazla bir sonuca da hükmedilememektedir. Buna karşılık bu iki sınırın mutlak olmadığını belirtmek gerekir. İstinafin salt düzeltim ya da iptal yolu olmasının ötesinde aynı zamanda uyuşmazlığı tamamlayan ve tamamen temizleyen bir yol olduğunu ortaya koyacak istisnalar söz konusudur. Alman idari yargılama usulünde istinafin konusu ve kapsamı kanunda ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Kanunda açıkça, istinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesinin yaptığı incelemeyle aynı kapsamda bir inceleme yapacağı ve dosyaya sunulan yeni vaka ve delilleri dikkate alabileceği ifade edilmiştir. Ancak istinaf aşamasında

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku A.B.D. Araştırma Görevlisi

** Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku A.B.D. Araştırma Görevlisi

getirilen yeni vaka ve delillerin, ilk derece yargılamasında mahkemeye sunulamayacak durumda olması gerekmektedir. İstinaf incelemesi sonucu verilen hüküm, ilk derece mahkemesinin hükmünü ve istinaf başvurusunun içeriğini aşmamalıdır.

Anahtar Kelimeler: İstinaf, kanun yolu, taleple bağlılık ilkesi, aktarıcı (dévolutif) etki, canlandırma (évocation) yolu.

ABSTRACT

As a second instance legal remedy “appeal” has been recently implemented in the Turkish administrative courts’ procedure. To provide the effectiveness of this legal remedy, it is essential to determine the scope and limits of review on appeal. While making this determination, it would be useful to resort to comparative law. In this context, the regulation and implementation of the issue in France and Germany are remarkable. The primary function of appeal in the French administrative courts’ procedure is to judge the dispute one more time. The secondary function is to supervise the decision of the first instance court. The scope and limits of review on appeal vary according to various possibilities. As a rule, in appeal, the issues discussed in the first instance proceedings are examined. It is not possible to make a new request or change the legal basis of the case. Besides, in appeal, the judge cannot decide more than the request of the applicant of the appeal. However, these two limits are not absolute. Some exceptions point out that appeal is more than a mere correction or cancellation, but also a way to complete and clear the dispute. In German administrative courts’ procedure, the subject and scope of the appeal are regulated in detail. The law clearly states that the court of appeal will investigate the case in the same scope as that of the first-instance court. The court may take into account new cases and evidence that are submitted to the file. However, this rule is not valid, if the new cases and evidence brought during the appeal could be presented to the court at the first instance court. Also, the final decision of the court of appeal shall not exceed the judgment of the first instance court and the request of the applicant of the appeal.

Keywords: Appeal, legal remedy, commitment to demand, devolution effect, evocation effect

GİRİŞ

Türkiye’de 20 Temmuz 2016 tarihi itibarıyla idari yargıda uygulanmaya başlanan istinaf kanun yolu birtakım soruları da beraberinde getirmiştir. Bu sorulardan biri de istinaf incelemesinin kapsamının ne olduğuna ilişkindir. İlk derecedeki uyuşmazlığın bir bütün olarak istinaf merciine aktarılıp aktarılmadığı, ilk derecede öne sürülmeyen sebeplerin istinafta ileri sürülüp sürülemeyeceği ve yine ilk derecedeki talebin istinaf aşamasında genişletilip genişletilemeyeceği gibi hususların farklı olasılıklar dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira istinaf incelemesinin ilk derece mahkemesindeki yargılamanın yenilenmesi olarak anlaşılması ve bu kapsamda ilk derece mahkemesinde yapılan usul işlemlerinin aynen tekrarlanması istinafın kapsam ve sınırlarını oldukça genişleteceğinden usul ekonomisi ilkesine aykırı olacaktır. Diğer yandan istinaf incelemesinin sadece itiraz edilen usul işlemleriyle sınırlı tutulması ve hatta istinaf mahkemesinin itiraz edilen kararı ilk derece mahkemesine geri göndermesi yargılamada maddi gerçeği eksiksiz olarak bulmayı amaçlayan idari yargılama usulüyle ve yargılamanın bir üst mahkemece tekrarlanmasını öngören istinaf kanun yolunun varlık sebebiyle bağdaşmamaktadır.

İstinaf incelemesinin kapsam ve sınırlarının belirlenmesinde zamanla gelişecek idari yargı içtihatları önemli bir rol oynayacaktır. Ancak konuya ilişkin öğretilerde gerçekleştirilecek çalışmaların ve yabancı yargı düzenlerinde getirilen çözümlerin uygulamacılara önemli bir katkı sağlayacağı kuşkusuzdur. Bu nedenle, istinaf kanun yolunu yıllardır benimsemiş olan ve idari yargı sistemi açısından Türkiye ile benzerlik gösteren Fransa ve Almanya’da istinaf kanun yolunun kapsam ve sınırlarının ortaya konulmasının Türk hukuku açısından da yol gösterici olabileceğini düşünmekteyiz. Zira karşılaştırmalı hukuk, ulusal öğreti ve çözümlerin sorgulanması ve bunların yabancı hukuk düzenlerindeki yaklaşımlarla karşılaştırılması suretiyle hukuki meselelere en uygun çözümün bulunması için önemli bir araç vazifesi görmektedir¹.

¹ Bu konuda bkz. OĞUZ, Arzu (2003), Karşılaştırmalı Hukuk, Yetkin Yayınları, Ankara.

İstinaf kanun yoluna ilişkin pozitif düzenlemelerin oldukça sınırlı olduğu Fransa’da uygulama daha çok içtihatlarla gelişmiştir. Kural olarak istinaf incelemesinin ilk derecede hakkında karar verilen uyuşmazlığın sınırlarını aşamayacağı ve istinafta, istinaf başvurusunda talep edilenden fazlasına hükmedilemeyeceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte uyuşmazlığın tam olarak çözümlenmesi amacıyla içtihatlarla önemli sayıda istisnanın ortaya çıktığını ve istinaf incelemesinin klasik sınırlarının genişlediğini belirtmek gerekir. Fransa’nın aksine Almanya’da ise istinaf kanun yoluna ilişkin mevzuatta ayrıntılı düzenlemeler yapılarak, istinaf incelemesinin kapsam ve sınırları açıkça ortaya koyulmuştur. Bu kapsamda, istinaf incelemesinin istinafa başvuranın talebi çerçevesinde, ancak istinaf sebebiyle sınırlı olmaksızın yapılacağı, istinaf aşamasında yeni vaka ve delillerin dikkate alınabileceği kural olarak kabul edilmiştir.

I. FRANSIZ İDARİ YARGILAMA USULÜNDE İSTİNAF İNCELEMESİNİN KAPSAM VE SINIRLARI

A. Fransız İdari Yargılama Usulünde İstinaf İncelemesi

İdari dava, en basit anlatımla, idari nitelik taşıyan konularda gerçekleştirilen yargısal faaliyettir. 19’uncu yüzyılın sonundan beri faal idare ile idari yargı yerleri arasında yapılan ayırım şu teorinin kabulünü engellemektedir: İdare nasıl denetime tabi tutuluyorsa, ilke olarak, idari davanın da denetlenmesi gerekir. İdari davanın denetimi ise her şeyden önce “düzenleyici” olan kanun yollarına başvurulmasıyla gerçekleştirilir².

Fransız idari yargılama usulünde olağan kanun yolları istinaf ve temyizdir³. Hukuk sözlüğünde istinaf, ilk derece yargı yerlerinin

² GOHIN, Olivier (2009), *Contentieux Administratif*, LexisNexis, 6. Édition, Paris, s. 379.

³ Fransa’da iptal davaları için 1953’ten beri iki dereceli yargılama kuralı uygulanmaktadır. 1987 reformuyla getirilen kurala göre istinaf incelemesi idari istinaf mahkemesi ya da Conseil d’État önünde gerçekleştirilebilir. (WALINE, Jean (2014), *Droit Administratif*, Dalloz, 25. Édition, Paris, s. 674.) Bununla birlikte Fransa’da iki dereceli yargılama ne anayasal prensip (Conseil Constitutionnel, 12 Şubat 2004, décis. No 2004-491 DC) ne de hukukun genel prensibi (Conseil Constitutionnel, 17 Aralık 2003, Meyet) olarak kabul edilmektedir. (Aktaran GUYOMAR, Mattias / SEILLER, Bertrand (2012), *Contentieux Administratif*, Dalloz, 2. Édition, Paris, s. 68.)

kararlarının⁴ istinaf yargıcı tarafından düzeltilmesi ya da iptalini sağlamak üzere, bu kararlara karşı yapılan olağan başvuru yolu olarak tanımlanmaktadır⁵. İdare hukuku sözlüğüne göre de istinaf⁶; “*kural olarak idari istinaf mahkemelerinde gerçekleştirilen, ilk derecede verilen kararlara karşı açık olan kanun yolunu ifade etmektedir. İstinaf, mahkeme kararlarının düzgünlüğünün denetimini temin etmenin yanında, bir hükmün düzeltilmesini, uyuşmazlığın yeniden yargılanmasını sağlama yeteneğine sahiptir.*” Bu sayede ilk derece yargıçlarının maddi ve hukuki meselelere ilişkin yaptığı çalışmanın denetiminin gerçekleştirilebilmesi için, uyuşmazlık ikinci bir incelemeden geçirilmektedir.

Geleneksel olarak istinaf yargıcına “*uyuşmazlığın yargıcı*”, temyiz yargıcına ise “*mahkeme kararının yargıcı*” denilmektedir. İstinaf yargıcı, uyuşmazlığı adeta ilk derece yargıçlarının yerine geçerek gerçek anlamda ele aldığı için “*uyuşmazlık yargıcı*”dır. Hukuki mesele aynı zamanda yeni bir incelemeden geçirilmekte; “*iki dereceli bir yargılama*”dan yararlanmaktadır. Temyiz yargıcı ise son çare olarak mahkeme kararına odaklanır. Onun görevi yargıçların hukuku doğru uyguladığını teminat altına almaktan ibarettir. Bu sebeple temyiz yargıcı “*mahkeme kararının yargıcı*”dır. Başka bir deyişle, temyiz yolu “*uyuşmazlığın bizzat kendisi için*” üçüncü derece bir yargılama teşkil etmemektedir. Sonuç olarak, yargıcın önüne getirilen işin konusu istinafta “*uyuşmazlık*” iken; temyizde daha önce verilmiş olan “*mahkeme kararı*” olmaktadır⁷.

⁴ Fransız idari yargılama usulünde sadece uyuşmazlığı sona erdiren nihai kararlar istinafa konu olmamaktadır. Kural olarak ara kararlara karşı da istinafa başvurulabilir. Ayrıca kural olarak istinaf başvurusunun durdurucu etkisi yoktur. Başka bir deyişle, istinaf kanun yoluna başvurulması, kural olarak, ilk derece mahkemesi kararının uygulanmasını durdurmaz.

⁵ CORNU, Gérard (2016), *Vocabulaire Juridique*, PUF, 11. Édition, Paris, s. 71.

⁶ VAN LANG, Agathe / GONDOUIN, Geneviève / INSERQUET-BRISSET, Véronique (2015), *Dictionnaire de Droit Administratif*, Sirey, Dalloz, 7. Édition, Paris, s. 38.

⁷ BROYELLE, Camille (2017), *Contentieux Administratif*, LGDJ, 5. Édition, Paris, s. 328.

İstinaf yargıcının uyuşmazlığın, temyiz yargıcının ise mahkeme kararının yargıcı olarak ifade edilmesini mutlak bir kural olarak değerlendirmemek gerekir. Zira istinaf yargıcının da aslında temyiz yargıcının gibi, hüküm hakkında bilgi sahibidir ve bir yönüyle ilk derece yargıçlarının hukuka uygun davranmasını temin eder⁸. İstinaf yargıçları tarafından yerine getirilen bu “disipline edici” rol, idari yargıda kendine has bir karaktere bürünmektedir. Aynı şekilde temyiz yargıcının da denetimine sunulan mahkeme kararı aracılığıyla, uyuşmazlığı tanımaktadır. Uyuşmazlık ve hüküm, istinaf ve temyiz mercilerindeki müzakerenin iki materyalini meydana getirirler de aynı yeri tutmadıklarını belirtmek gerekir. İstinaf yargıcının uyuşmazlığa tümüyle sahip çıkmakta ve hükmü sadece kısmen denetlemekle yetinirken; temyiz yargıcının mahkeme kararı üzerinde son sözü söylemek üzere inceleme yapmakta ve uyuşmazlığın sadece bir kısmını tanımaktadır. İstinaf ve temyizi birbirinden ayırt eden şey de aralarındaki bu dozaj farkıdır⁹. Daha açık bir anlatımla, istinaf yargıcının uyuşmazlığın yargıcının olması onu ilk derecede verilen mahkeme kararından tümüyle koparmamaktadır. Aynı şekilde temyiz yargıcının mahkeme kararının yargıcının olması da onu uyuşmazlığı tanımaktan tümüyle uzaklaştırmamaktadır. İstinaf yargıcının önüne gelen mahkeme kararını, temyiz yargıcının da önüne gelen uyuşmazlığı, incelemenin tabiatı gereği belli bir düzeyde tanımak zorundadır. Bununla birlikte istinaf incelemesinin esas yoğunlaştığı konu uyuşmazlığın bizzat kendisi, temyiz yargıcının ise önüne getirilen mahkeme kararıdır. İşte istinafın özgün yönü de incelemenin ilk derece mahkemesi kararından çok maddi vaka ve hukuki sebeplerle birlikte uyuşmazlığın bizzat kendisine odaklanmasıdır.

Maddi vaka ve hukuki mesele ayrımı ise gözlemleyen kişiye göre değişiklik gösterebilir. Bir tarihçi ya da sosyolog için bu ayrımın neredeyse anlamı yoktur. Onlar için hukukun, ekmeğin fiyatı, sanayinin durumu, savaş gibi bir dönemi veya bir toplumu biçimlendiren

⁸ Gjidara da istinaf yargıcının aynı zamanda hem uyuşmazlığın hem de mahkeme kararının yargıcının olduğunu ifade etmektedir. (GJIDARA, Marc (2014), “Le Contrôle du Juge d’Appel en Contentieux Administratif”, Zbornik Radova Pravnog Fakulteta u Splitu, god. 51 (2), str. 233-255, s. 242.)

⁹ BROYELLE, s. 328.

olgulardan bir farkı yoktur. Felsefede ise durum farklıdır. Maddi vaka ve hukuk ayrımı sorun yaratmayacak kadar açıktır. Hukuk, normatif kategoriye dâhildir; olması gerekeni ifade eder. Maddi vaka ise olandır. Olan ile olması gereken arasındaki ayırmada ise bir karışıklık yoktur. Hukukçu için ise durum daha karmaşıktır. Norm (hukuk) ile gerçeklik (maddi vaka) arasında bir köprü kurmak hukukçunun alanına girmektedir. Maddi vaka ve hukuki mesele ayırımının karmaşıklığı da bu aşamada ortaya çıkar¹⁰. O halde istinaf yargıcı temyiz yargıcından farklı olarak, olan (vaka / gerçeklik) ve olması gerekene (hukuk / norm) ilişkin eksiksiz bir inceleme ve değerlendirme yaparak, bu ikisi arasında uyumlu bir köprü kurmakla görevlidir.

B. İstinaf İncelemesinin İşlevi ve İstinaf Yargıcının Rolü

İstinapta uyuşmazlığın hem maddi vakalar hem de hukuki sebepler yönünden yeniden incelenmesi istinafin temel işlevidir. Bunun yanında istinaf aynı zamanda disipline edici bir rol oynar. İlk derece yargıçlarınca yapılan birtakım yargılama hataları hükmün yalnızca düzeltilmesini değil, tamamen ortadan kaldırılmasını (iptalini) gerektirebilir. Bu durumda istinaf, disipline edici yönüyle ilk derecede yapılan yargılama hatalarının da denetlenmesini sağlar. İstinafın bu ikincil işlevi, adli yargıda olduğu gibi, idari yargıda da kurumsal yapıya bağlı sebeplerle kendine özgü bir gelişim sergilemiştir¹¹.

İstinafın ikili işlevinden dolayı Fransa'da istinaf yargıcı aynı zamanda hem uyuşmazlığın hem de mahkeme kararının yargıcı olarak görülmektedir¹². Ancak “uyuşmazlık yargıcı” rolü, istinaf yargıcının birincil rolüdür. Zira istinaf yargıcı, ilk derece yargıcından sonra ikinci kez yargılama yapar. Mahkeme kararı yargıcı rolü ise istinafin ikincil işlevinden kaynaklanmaktadır.

¹⁰ RIVERO, Jean (1961), “La Distinction du Droit et du Fait dans la Jurisprudence du Conseil d'État Français”, *Dialectica*, Vol. 15, No. 3/4, Discussion sur l'idée d'une philosophie d'inspiration scientifique, p. 462-480, s. 462.

¹¹ BROUELLE, s. 329.

¹² GJIDARA, s. 242.

1. Uyuşmazlık Yargıcı Olarak İstinaf Yargıcı: İstinafın Aktarıcı Etkisi

Uyuşmazlığın yeniden yargılanmasını sağlayan aktarıcı (dévolatif)¹³ etki, ikinci derecede yargılama uygulamasının kusursuz bir görünümünü sunmaktadır¹⁴. İstinafın aktarıcı etkisinden dolayı, ileri sürülen sebepler açısından istinaf yargıcı, hukuka ve vakalara ilişkin kendisine aktarılan meseleleri bir kez daha incelemek suretiyle tüm dosyayı yeniden ele alır¹⁵.

Aktarıcı etkinin gerçekleşmesi ve bu etki gereğince istinaf yargıcının dosyayı yeniden ele alarak bir karar verebilmesi için öncelikle ortada yargılama hukuku kurallarına uygun bir şekilde alınmış ilk derece

¹³ Sözlükte “dévolatif” kelimesinin karşılığı “geçirtici”, “aktarıcı”, “intikal ettiren” olarak verilmektedir. (SARAÇ, Tahsin (1985), *Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük*, Adam Yayınları, İstanbul, s. 433.) Hukuk terimleri sözlüğünde “effet dévolatif des voies de recours (kanun yollarının aktarıcı etkisi)” şu şekilde tanımlanmaktadır; “hak intikaline ilişkin itiraz yolları. Uyuşmazlığın olay ve hukuk yönünden ilk derece hâkimlere intikalini sağlayan kanun yolu. Müracaat yollarının olay veya hukuk yönünden davanın bir üst mercie yollanmasını (intikalini) sağlayan etki ve hükmü.” (DAYINLARLI, Kemal (2013), *Fransızca-Türkçe Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Dayınlarlı Yayınları, 4. Baskı, Ankara, s. 516.) Çağlayan istinafın “dévolatif” etkisini “usulüne uygun bir ilk derece mahkemesi kararının istinaf merciince tekrar gözden geçirilmesi” şeklinde ifade etmiştir. (ÇAĞLAYAN, Ramazan (2017), *İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa-Türkiye Mukayeseli Bir Deneme)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 144.) Kaplan’a göre de istinafın dévolatif etkisi “ilk derece hâkimi önüne getirilmiş olan hukuki soru veya sorunlara, bu hâkim tarafından hukuk kurallarının gerektirdiği doğru ve isabetli bir cevabın verilip verilmediğinin istinaf merciince ya da hâkimince denetlenmesi” anlamına gelir. (KAPLAN, Gürsel (2016), *Fransız İdari Yargılama Hukukunda Kararlara Karşı Başvuru Yolları*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, s. 151.) Görüldüğü gibi Çağlayan ve Kaplan “dévolatif” terimine Türkçe bir karşılık vermeden aynen kullanmaktadırlar. Konuralp “l’effet dévolatif” için “aktarıcı etki” ifadesini kullanmaktadır. (KONURALP, Haluk (2001), “Fransız Hukukunda Kanun Yolları Arasında İstinafın Yeri (Hukuk Davaları Açısından)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, Sa. 1, s. 25-49, s. 36.) Aktarıcı kelimesinin “dévolatif”e karşılık gelebileceğini düşünüyoruz. Zira istinafın bu etkisiyle vaka ve hukuki sebepler istinaf merciine aktarılmaktadır. Bu sebeple biz de “l’effet dévolatif” ifadesine karşılık olarak aktarıcı etkiyi kullanmayı tercih ediyoruz.

¹⁴ GJIDARA, s. 243.

¹⁵ FRIER, Pierre-Laurent / PETIT, Jacques (2015), *Droit Administratif*, LGDJ, 10. Édition, Paris, s. 529.

mahkemesi kararı olmalıdır. Esasa ilişkin karar, istinafta tekrar tartışma konusu edilecek olsa da ilk derece yargıcından çalışmasını usule uygun bir şekilde tamamlaması beklenir¹⁶. Başka bir deyişle, istinafin aktarıcı etkisi, istinafa konu karar, ilk derecede usule uygun şekilde alındıysa ortaya çıkar. Eğer böyle bir karar söz konusuysa istinaf yargıcı tüm dosyayı yeniden inceleyecek ve ilk derece yargıçlarının bulduğu çözümün eksiksiz ve hukuka uygun olup olmadığını değerlendirecektir¹⁷. Aktarıcı etkinin söz konusu olduğu durumlarda doğrudan ilk derece mahkemesi kararı hedef alınmamaktadır. İstinaf başvurusunda bulunan taraf ilk derecede sonuç alamadığı iddialarını bir kez de istinaf aşamasında ileri sürmekte; idarenin tazminata mahkûm edilmesi, idari işlemin iptal edilmesi, iptal talebinin reddedilmesi gibi taleplerini istinaf merciine iletmektedir¹⁸.

Aktarıcı etkinin gerçekleşmesiyle hem maddi vakalar hem de hukuki sebepler yönünden yeniden inceleme yapılmak suretiyle uyuşmazlığın yeniden yargılanması¹⁹ istinafin temel işlevidir²⁰. Uyuşmazlığın yeniden yargılanması ile istinafin düzeltim yolu fonksiyonunun yerine getirilmesi amaçlanmaktadır. İstinafın bu yönü daha özgün bir nitelik taşımaktadır. Hatta Chapus'ye göre bu yönünü istinafin varlık nedeni olarak sunmak abartılı görülmemelidir. Zira bir üst yargı merci tarafından mahkeme kararlarının düzeltilmesini sağlama kaygısı bulunmazsa istinaf var olmayacaktır. Salt mahkeme kararının hukuka ve usule uygun olmadığı gerekçesiyle bozulması yolu, temyiz yolunun gereksiz bir yinelenmesini teşkil edecek ve istinafin varlık nedeni ortadan kalkacaktır²¹. Dolayısıyla istinafi temyizden ayıran ve ona özgün niteliğini veren, uyuşmazlığın istinafta yeniden ele alınması

¹⁶ GJIDARA, s. 243.

¹⁷ GJIDARA, s. 243. Aktarıcı etki Cornu'nün hukuk sözlüğünde; "nihai kararın yeniden incelenmeye açılması suretiyle, istinaf merciine, başvuru konusu kararda incelediği maddi ve hukuki tüm hususlar üzerinde yeni bir hüküm kurması için yetki veren ve sorumluluk yükleyen etki" olarak tanımlanmaktadır. (CORNU, s. 346.)

¹⁸ BROYELLE, s. 351.

¹⁹ GJIDARA, s. 237.

²⁰ BROYELLE, s. 329.

²¹ CHAPUS, René (2008), *Droit de Contentieux Administratif*, Montchrestien, 13. Édition, Paris, s. 1199.

ve ilk derece mahkemesi kararının bozulup dosyanın geri gönderilmesi yerine doğrudan uyuşmazlık hakkında karar verilebilmesidir.

Uyuşmazlığın yeniden incelenmesi imkânını sunan istinaf, uyuşmazlığın iki kez yargılanabilmesi zorunluluğu fikrinden ayrı düşünülemez. İstinaf incelemesi sonucunda ikinci kez hüküm kurulmaktadır ve bu aşamada karar veren yargıçlar daha tecrübelidir. Dolayısıyla her durumda daha iyi yargılama yapılacağı beklenebilir. Ayrıca ilk derece yargıçları önünde gerçekleştirilen yargılama, meseleye ilişkin verileri adeta durulaştırmakta ve aydınlatmaktadır²². Bu bakımdan alt derece ve üst derece yargıcı arasında meselenin iki kez incelenmesi, daha iyi bir yargılamanın teminatı olarak görülmüştür²³.

Aktarıcı etkinin gerçekleştiği durumlarda istinaf yargıcının davayı ilk dereceye geri göndermesi mümkün değildir²⁴. İstinaf yargıcı, uyuşmazlığı ilk dereceye göndermeksizin, tahkikatı tamamlamak üzere gerekli gördüğü tüm önlemleri kendisi almak zorundadır²⁵. Sonuç olarak ikinci derece sıfatıyla istinaf yargıcı, maddi ve hukuki tüm unsurları yeniden değerlendirir. İlk derecede verilen kararı düzeltmek üzere kısmen ya da tamamen iptal eder ve uyuşmazlıkla ilgili hüküm verir²⁶. Ancak eğer istinaf yargıcı, ilk derece yargıcı tarafından kurulan hatalı gerekçelere karşı, dosyada, daha önce (ilk derece tarafından) öngörülen çözümü haklı çıkaracak hukuki bir yol bulabiliyorsa karar iptal edilemez ya da düzeltilmez. Başka bir deyişle, ilk derece mahkemesi kararının gerekçesi hatalı ancak verilen hüküm hukuka uygun bulunursa karar iptal edilmez ya da düzeltilmez; sebep ikamesi yoluna başvurularak gerekçe değiştirilir. İçtihatlarda bu durum "...taraf, mahkemenin verdiği

²² CHAPUS, s. 1199. Gjidara da istinaf incelemesi sonucunda esasa ilişkin karar verilebilmesinin, istinafı özgün kılan ve ona gereken etkililiği veren unsur olduğunu belirtmektedir. (GJIDARA, s. 242.)

²³ GJIDARA, s. 236.

²⁴ Conseil d'État, Section, 19 Kasım 1999, Ministre délégué au budget c/SARL Occases. (Aktaran, GJIDARA, s. 243.)

²⁵ Conseil d'État, Section, 24 Kasım 1972, Conseil départemental de l'ordre des médecins. Conseil d'État, 16 Nisan 2010, Prymerski. (Aktaran, GJIDARA, s. 243.)

²⁶ GOHIN, s. 398.

karara itiraz etmekte haklı değildir²⁷ şeklindeki özdeyişle ifade edilmektedir.

2. Mahkeme Kararının Yargıcı Olarak İstinaf Yargıcı: Canlandırma Yolu

İstinaf yargıcı, öncelikle istinaf dilekçesi üzerinde bir ilk inceleme gerçekleştirir²⁸. Eğer bu aşama istinaf dilekçesinin reddiyle sonuçlanmazsa, istinaf yargıcı ilk olarak ilk derecede izlenen usul hakkında karar verir. Bu bakımından istinaf yargıcı, re'sen, idari yargının görev alanını ve mahkemenin oluşumunun²⁹ hukuka uygun olup olmadığını inceler. İlk derece mahkemesi kararının maddi (dış) görünümü ve ilk derecede izlenen usul üzerinde, ilk derece yargıcının uymakla yükümlü olduğu kural ve ilkelere (örneğin çelişme ilkesi) uyup uymadığının denetimini yapar³⁰. İlk derecede yapılan yargılama hatalarının denetlenmesini sağlayan bu disipline edici yön, istinafin ikincil işlevidir³¹.

²⁷ “*X n'est pas fondé à se plaindre de ce que le tribunal a ...*” (CHABANOL, Daniel (2010), “L'Office du Juge d'Appel”, Zbornik Radova Pravog Fakulteta u Splitu, god. 47, 3, str. 513-521, s. 517.)

²⁸ İstinaf yargıcı, öncelikle şu bakımlardan inceleme yapar: a) İstinafa başvuru süresine uygunluk. b) İstinaf başvurusuna konu kararın konusu; kararın istinafa konu olup olamayacağı. c) İstinaf konusu; sadece bir mahkeme kararına karşı istinafa başvurulabilir. Davanın tarafları, bir mahkeme kararının gerekçesine katılmasalar bile, kendileri için tamamen tatmin edici bir karara karşı istinaf başvurusunda bulunamazlar. Bu durumun istisnası ise yargı düzeninin görevsiz olduğuna ilişkin iddiadır. d) Dilekçede istinafa başvuru gerekçesinin bulunup bulunmadığı. (CHABANOL, s. 516-517.) İstinaf başvurusu hüküm fıkrasına yönelmeli, istinaf talebi mahkeme kararının iptali ya da düzeltilmesinden ibaret olmalıdır. (Conseil d'État, Section, 8 Ocak 1966, Société La Purfina française, R.D.P. 1966, p. 608.) İstinafa başvurma yararı hüküm fıkrasına göre değerlendirilmektedir. Salt gerekçede geçen ifadelere yönelen istinaf başvurusu kabul edilemez. (Conseil d'État, 27 Ocak 1989, Rosas - Conseil d'État, Section, 13 Aralık 2002, Morez.) (Kararları aktaran, GJIDARA, s. 236.)

²⁹ Örneğin, tek yargıyla karar verilmişse, bu kararın tek yargıyla verilebilecek bir karar olup olmadığı incelenir. Conseil d'État, 16 Ocak 1998, Association Aux amis des vieilles pierres d'Aiglemont. (Aktaran, CHABANOL, s. 516.)

³⁰ CHABANOL, s. 516.

³¹ CHAPUS, s. 1199.

Yargılama hukuku kurallarına uyulmadan³² alınan ilk derece mahkemesi kararı istinaf mahkemesi tarafından iptal edilir. Bu yönde bir iptal kararı, hükmün hatalı kurulmasından dolayı değil; ilk derece mahkemesinin yetkisiz olduğu ya da yargılama usulünü hukuka aykırı olarak işlettiği gibi gerekçelerle verilmektedir. Başka bir deyişle istinaf yargıçsı, istinafa konu mahkeme kararının şekil, usul veya yetki bakımından hukuka aykırı olduğu ya da başkaca yargılama hataları yapıldığı gerekçesiyle iptal kararı vermektedir. Örneğin yetki kurallarına uyulmaması, hukuka aykırı biçimde dilekçenin kabul edilemezliğine karar verilmesi, çelişme ilkesine aykırılık, gerekli tahkikatın yapılmaması, mahkeme kararının yazılmasında yapılan hatalar, mahkemenin teşekkülüne ilişkin hukuka aykırılıklar mahkeme kararının istinaf yargıçsı tarafından iptal edilerek ortadan kaldırılmasına yol açar³³.

Bu durumda istinaf yargıçsının esasa ilişkin bir karar vermesi ancak bu yönde bir talebin olması durumunda söz konusu olur. İstinaf merciince esasa ilişkin de karar verilmesi yönünde taraflardan birinin talebi varsa, istinaf merci dosyayı ilk derece mahkemesine geri göndermek ya da uyuşmazlığı esastan çözerek karar vermek yollarından birisini seçmek konusunda takdir yetkisine sahiptir³⁴.

³² Bu durum Fransızcada “irrégularité” olarak ifade edilmektedir. “Irrégularité” uyuşmazlık konusu idari işlem olduğunda, dış unsurlar (yetki, şekil) bakımından hukuka aykırılığı ifade etmektedir. Bu sebeple sıklıkla mahkeme kararı için de “irrégularité” ifadesi kullanıldığında dış unsurlar bakımından hukuka aykırılık anlaşılabilir. Bunun hatalı olduğunu ifade eden Broyelle hukuka aykırı şekilde davanın dinlenilmemesi halinin “irregularité” teşkil ettiğini ancak yetki, şekil ve usul kurallarına aykırılığın söz konusu olmadığını belirtmektedir. Yani mahkeme kararları için “irrégularité” söz konusu olduğunda “dış unsurlar bakımından hukuka aykırılık” ifadesi kapsam bakımından yeterli olmamaktadır. (BROYELLE, s. 347-348.) Çağlayan “irrégularité” terimine karşılık olarak “usul kurallarına aykırılık” ve “yargılama kuralları açısından sakatlık” ifadelerini kullanmaktadır. (ÇAĞLAYAN, s. 145.) Kaplan ise “yargılama hukuku kurallarına aykırılık” ve “yargılama (usul) hataları” ifadelerini kullanmaktadır. (KAPLAN, s. 151, 153, 164 vd.) Biz de aynı ifadeleri kullanmayı tercih ediyoruz.

³³ BROYELLE, s. 346-347.

³⁴ GJIDARA, s. 244-245.

İstinaf yargıcı dosyayı ilk derece mahkemesine geri göndermek yerine davayı kendisi görme yolunu tercih ederse “canlandırma (évocation)”³⁵ yoluna başvurmuş olur. Her ne kadar takdir yetkisine sahip olsa da istinaf yargıcının genellikle dosyayı ilk derece mahkemesine göndermek yerine canlandırma yolunu tercih ettiği belirtilmektedir³⁶. İstinaf yargıcı bu yolu tercih ettiğinde ise ilk derece yargıcının yerine geçmekte ve onunla aynı yetkileri kullanmaktadır³⁷. Bu durumda ortada yargılama hukuku kurallarına uyularak alınmış bir ilk

³⁵ Çağlayan bu durumu “istinafin évocation etkisi” olarak ifade etmekte ve bu etkinin “ilk derece mahkemesinin kararının usul kurallarına aykırılığı (yetkisiz mahkemece karar verilmesi, kabul edilebilirlik şartlarında eksiklik, çelişme usulüne aykırılık, kararın verilmiş usullerine aykırılık, kararın gereksiz olması gibi) nedeniyle iptal edilerek (kararın yokluğuna karar verilerek) davanın yeniden görülmesi, ilk derece mahkemesi gibi incelenerek karara bağlanması” anlamına geldiğini belirtmektedir. (ÇAĞLAYAN, s. 146-147.) Kaplan da “évocation yetkisi” ile karşı karşıya kalan istinaf merciinin, tıpkı ilk derece mahkemesi gibi uyumsuzluğu yeni baştan ele alıp ilk ve son derece mahkemesi olarak karara bağlayacağını çünkü ilk derece mahkemesinin istinaf başvurusu konusu kararının iptaline (kaldırılmasına) karar verilmesiyle, bu kararın konusunu teşkil eden uyumsuzluğun daha önce hiç karara bağlanmamış sayıldığını ifade etmektedir. (KAPLAN, s. 161.) Görüldüğü gibi iki yazar da “évocation” terimini aynen kullanmaktadır. Sözlükte évocation teriminin karşılığı olarak, “çağırma, anımsama, hatırlama, çağrıştırma, bir davayı alt mahkemeden üst mahkemeye naklettirme kararı” ifadeleri verilmektedir. (SARAÇ, s. 561.) Dayınlar’ın sözlüğünde terim “istinaf mahkemesi tarafından bir kararın iptal edilmesi halinde davanın esası hakkında da karar verilmesi” olarak tanımlanmaktadır. (DAYINLARLI, s. 571.) Évocation kelimesinin fiil hali olan “évoquer”nin “kafasında canlandırma” anlamı vardır. İstinaf incelemesinde yargılama hukuku kurallarına aykırı alınmış ilk derece mahkemesi kararı iptal edilip “évocation” yoluna başvurulduğu zaman, istinaf yargıcı adeta ilk derece yargıcının yerine geçmekte, ilk derece yargılaması bir bakıma canlandırılmaktadır. Bu sebeple canlandırma yolu ifadesinin “évocation” yoluna karşılık olarak kullanılabileceği kanaatindeyiz.

³⁶ Canlandırma yolunun tercih edilme sebepleri şunlardır: a) İstinaf yargıcı uyumsuzluğa ilişkin bulduğu çözümü ilk derece yargıçlarına göstermeyi gerekli görmektedir. b) Canlandırma yolu tarafları yeni bir yargılama sürecinden kurtarmakta ve sürecin daha hızlı tamamlanmasını sağlamaktadır. c) İlk derece yargılamasındaki iş yükü azaltılmaktadır. (BROYELLE, s. 356.) Canlandırma yoluna başvuru kararı kararlarında geçen ifadeler dikkate alındığında temel nedenin yargılamanın hızlı tamamlanmasının gerekliliği olduğu söylenebilir; “il y a lieu d’évoquer pour statuer immédiatement”. (BROYELLE, s. 356.)

³⁷ GJIDARA, s. 245.

derece mahkemesi kararı olmadığı için, istinaf yargıcının yaptığı denetim, istinafin aktarıcı etkisinde olduğu gibi ikinci derece yargılama niteliğinde değildir. Burada ilk derece yargılaması, istinaf mercii tarafından adeta yeniden canlandırılmaktadır.

C. İstinaf İncelemesinin Kapsamı

Fransa’da istinafin fonksiyonuna ilişkin olarak iki temel teori vardır. Bir görüşe göre istinaf, ilk derece mahkemesi kararının düzeltilmesi ya da iptal edilmesi yoludur. Bu görüşün istinaf aşamasında yeni iddia ve savunma vasıtalarının³⁸ ileri sürülmesi veya talebin genişletilmesi gibi durumlara oldukça olumsuz yaklaştığı söylenebilir. Başka bir görüşe göre ise istinaf, düzeltim ya da iptal yolu olmasının ötesinde aynı zamanda bir “tamamlama (achèvement)” yoludur³⁹. Bu görüşe göre istinaf aşamasında uyuşmazlığın tam anlamıyla çözüme kavuşturulması gerekir. Uyuşmazlık çözümünün tamamlanması için de istinafta yeni hukuki sebeplerin, iddia ve savunma vasıtalarının ileri sürülmesi veya talebin genişletilmesi imkânlarının önünün kapanmaması gerekir. Fransa’da uygulama bu iki farklı anlayışın bir nevi karışımı şeklinde gerçekleşmektedir⁴⁰.

³⁸ Fransız idari yargılama hukukunda vasıta (moyen) kavramı, bir davada tarafların iddialarının haklılığına yargıcı ikna etmek amacıyla vakaya ya da hukuka ilişkin argümanlarını ifade etmektedir. (VAN LANG / GONDOUIN / INSERQUET-BRISSET, s. 299.) Dayınlarlı’nın sözlüğünde “moyen” kavramının karşılığı olarak şu ifadeler yer almaktadır: “Bir iddiayı kanıtlamak için mahkeme önüne getirilen hukuki neden veya olay. Vasıta. Çare.” (DAYINLARLI, s. 865.)

³⁹ BROYELLE, s. 350-351. Kaplan “voie d’achèvement” terimini “uyuşmazlığı esastan çözen”, “uyuşmazlığı esastan bitiren”, “davayı tamamlayan” başvuru yolu şeklinde ifade etmektedir. (KAPLAN, s. 93-94.) Çağlayan da “uyuşmazlığı esastan çözen bir yol” olarak nitelendirmektedir. (ÇAĞLAYAN, s. 142.) Ancak “voie d’achèvement” terimiyle ifade edilmek istenen, “düzeltme ve iptal yolu”nun aksine, uyuşmazlığın ilk derecede tam olarak dondurulmaması, birtakım şartların gerçekleşmesi halinde yeni iddia ve savunma vasıtalarının ileri sürülebilmesi ya da talep sonucunun genişletilebilmesidir. İstinaf yolunda, ilk derecede dondurulmuş olan uyuşmazlık, düzeltim ya da iptal suretiyle çözümlendiğinde de esastan çözümlenmektedir. Dolayısıyla “voie d’achèvement” uyuşmazlığın çözümünde bir tamamlama, başka bir deyişle bütünleme yolunu ifade eder. Bu sebeple biz “tamamlama yolu” ifadesini kullanmayı tercih ediyoruz.

⁴⁰ CHABANOL, s. 514.

İstinafın düzeltim ya da iptal yolu olduğu yönündeki görüşe göre istinafin amacı, ilk derece aşamasını yargılamaktır. Uyuşmazlığı yeni bir incelemeden geçiren istinaf yargıcının görevi yaptığı incelemeden sonra ilk derece kararının hukuka uygun olup olmadığını ve kararın yargılama hukuku kurallarına uygun alınıp alınmadığını denetlemektir. Yapılan inceleme neticesinde karar yargılama hukuku kurallarına uyulmadan alınmışsa iptal edilerek ortadan kaldırılacak, karar hukuka uygun değil ise düzeltilecektir⁴¹.

Karşıt görüşte olanlar ise istinafi bir tamamlama yolu olarak görmektedirler. Bu görüşe göre istinafin konusu artık mahkeme kararı değil, uyuşmazlığın kendisi olduğuna göre uyuşmazlığın çözümünün tümüyle tamamlanması gerekir. Bu görüşün taraftarlarından olan Magendie tarafından hazırlanan Rapor'a göre, istinafi tamamlama yolu olarak kabul etmemek, ilk derece karardan sonra meselenin dönüşüm gösterebileceğini, tarafların fikirlerinin değişebileceğini, katedilen yol sonucunda, her halde ilk derecede alınan karar neticesinde konunun berraklaşacağını ve gerçek güçlüklerin daha belirgin bir şekilde ortaya çıkacağını görmezden gelmek demektir⁴². Ayrıca istinafin tamamlama yolu olduğunu reddetmek, taraflar ve yargıçların istinaf yolunda aşırı sınırlandırılmasıyla, istinaf yolu aleyhine sonuçlanan tarafın daha sonra bir üst mercie (temyize) başvurma riskini göze almak demektir. Bu durumda da adalet kamu hizmeti ekonomisi zarar görecektir⁴³.

Chabanol'a göre Magendie'nin raporunda yer alan argümanlar yersiz değildir. Lakin istinafi bir tamamlama yolu olarak gören bu anlayış, "davanın değişmezliği" prensibine aykırı olduğu, tarafları ilk derecede söz konusu olmayan uyuşmazlık konusuna, adeta yeni bir davaya tekrar başlamaya zorlayarak, davanın yararsızca parçalara ayrılmasına yol açtığı eleştirileriyle karşı karşıya kalmaktadır⁴⁴. Fransız Yargıtayı eski Başkanı Canivet istinafin tamamlama yolu olduğu

⁴¹ GUYOMAR / SEILLER, s. 72; CHABANOL, s. 514.

⁴² *Célérité et Qualité de la Justice, La Gestion de Temps dans le Procès*, Rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, par MAGENDIE, Jean-Claude, 15 juin 2004, s. 63. İnternet: www.presse.justice.gouv.fr/art_pix/rapport-magendie.pdf (Erişim: 12.03.2018). Bu Rapor'a atıflar "MAGENDIE" şeklinde yapılacaktır.

⁴³ MAGENDIE, s. 63.

⁴⁴ CHABANOL, s. 514.

yönündeki anlayışı şu sorularla sorgulamaktadır: “İlk derece yargıcının önünde başlatılandan farklı bir uyumsuzluğun ikinci derecede yargılanmasına imkân veren ‘tamamlama yolu’ istinaf kavramının yerindeliğini yeniden sorgulamak gerekmez mi? Yeni iddia ve dönüşümlere izin vermeksizin, uyumsuzluk konusunu, ileri sürülen maddi vaka ve hukuki sebepleri dava açıldığı anda kesin olarak sabitlemek ve istinafta sadece ilk derece yargıcının önüne getirilen bulgular üzerinden karar verilmesi daha başarılı sonuçlar vermez mi?”⁴⁵

Chabanol Fransa’da idari yargı yerlerinin bu iki görüş arasında, dogmatik olarak herhangi bir tarafı tutmaksızın, kendi yolunu çizdiğini belirtmektedir. Yazara göre istinaf prensip olarak iptal ya da düzeltim yolu olsa da, bazen tamamlama yolu olma niteliklerini de taşımaktadır⁴⁶. Böylece istinaf incelemesinin sınırıyla birey haklarının korunması arasında bir denge⁴⁷ de kurulmuş olmaktadır.

1. İstinaf İncelemesinin Sınırları

İstinaf yolunun işletilebilmesi için öncelikle ilk derece mahkemesi kararına bir itirazın söz konusu olması gerekir. İdari Yargı Kodu’nun R. 411-1 maddesi⁴⁸ tüm başvuruların olay ve iddialara ilişkin açıklamaları içermesi gerektiğini öngörmektedir. Bu bakımdan istinaf başvuruları da gerekçelendirilmeli ve öte yandan istinaf yargıcına yöneltilen iddialar bir ilk derece mahkemesi kararını hedef almalıdır⁴⁹.

⁴⁵ CANIVET, Guy (2001), “Économie de la Justice et Procès Équitable”, *JCP*, I, n° 361. (Aktaran, CHABANOL, s. 514.)

⁴⁶ CHABANOL, s. 514.

⁴⁷ GJIDARA, s. 234.

⁴⁸ Genel hüküm niteliğinde olan maddeye göre; “Yargı organına dilekçe ile başvurulur. Dilekçede tarafların adı ve ikametgâhı belirtilir. Dilekçe, olayların iddiaların açıklamasını, ayrıca, yargıca sunulan talep sonucunu ihtiva eder. Herhangi bir iddia içermeyen dilekçeyi yazan kişi ancak başvuru süresinin bitimine kadar bir ya da birden fazla iddiayı ortaya koyan bir dilekçe teslim etmek suretiyle dilekçeyi düzenlemiş sayılır.”

⁴⁹ CHABANOL, s. 515.

Conseil d'État 11 Haziran 1999 tarihli kararında⁵⁰, katı bir yaklaşımla, istinaf dilekçesinin, istinaf yargıcının karar verebilmesini sağlayacak biçimde, ilk derece mahkemesinin hukuka aykırı karar verdiğiğine ilişkin iddia ve vasıtalar içermesi gerektiğine hükmetmiştir.

Bu katı gereklilik 27 Haziran 2005 tarihli iki kararla⁵¹ hafifletilmiş olsa da, Chabanol bu gerekliliğin esasının varlığını sürdürdüğünü ifade etmektedir. Buna göre istinaf yargıcının önüne götürülen tartışma, ilk derece yargıcının hata yaptığını kanıtlamaya yönelik olmalıdır. Bu durum ise kural olarak şu sonuca ulaşmayı sağlamaktadır: İlk derece mahkemesinin yargılama esnasında usule aykırı hareket ettiği iddiaları hariç olmak üzere, istinaf yargıcının önüne yalnızca ilk derece mahkemesinin üzerinde karar verdiği uyuşmazlık unsurları götürülebilir. İlk derecede öne sürülmemiş ve üzerinde karar verilmemiş yeni bir husus istinaf aşamasında hukuka aykırı olduğu değerlendirilmesine sunulamaz⁵².

Bir düzeltim ya da iptal yolu olan istinafta, incelemenin birtakım sınırları vardır. İstinaf yargıcı uyuşmazlığın değişmezliği prensibi gereği yalnızca istinaf sınırları içerisinde karar verebilir. Guyomar ve Seiller'e göre uyuşmazlık bir bakıma ilk derecede dondurulmaktadır⁵³. Kuşkusuz ilk derecede öne sürülen her sebep istinafta da ileri sürülebilir⁵⁴. Ancak istinaf başvurusunda bulunan davacı kural olarak ilk derecede açtığı davanın konusunun, öne sürdüğü iddia ve sebeplerin dışına çıkamaz. İlk derecedeki sürecin devamı olan istinafta, talebin konusu ya da ilgili kişiler değiştirilemez⁵⁵.

⁵⁰ Conseil d'État, Section, Office public d'HLM de la ville de Caen. (Aktaran, CHABANOL, s. 515.)

⁵¹ Conseil d'État, Mahdi ve Conseil d'État, Société Les techniques de communication. (Aktaran, CHABANOL, s. 515.)

⁵² CHABANOL, s. 515.

⁵³ GUYOMAR, / SEILLER, s. 72.

⁵⁴ RICCI, Jean-Claude (2016), Contentieux Administratif, Hachette, 5. Édition, Paris, s. 247.

⁵⁵ PACTEAU, Bernard (2008), Traité de Contentieux Administratif, Presses Universitaires de France, Paris, s. 515.

İstinaf yargılamasının çerçevesi kural olarak ilk derecedeki uyuşmazlığın sınırlarını aşamaz⁵⁶. İstinafta, uyuşmazlığın ikili bir incelemeden geçirilmesinin bir gereği olarak yargıç ilk derecedeki uyuşmazlığın aynısını yargılar. İlk derecede olduğundan daha geniş bir uyuşmazlığın yargılanması mümkün değildir. Buna Latince “tantum devolutum quantum judicatum” özdeyişiyle ifade edilen “istinafta uyuşmazlığın değişmezliği prensibi” denilmektedir⁵⁷. İlkeye göre, istinaf yargıcına yalnızca ilk derece yargıcı tarafından yargılanan hususlar intikal eder, fazlası değil⁵⁸. Başka bir deyişle istinaf başvurusu, tarafların yeni iddia ve savunma vasıtalarını ileri sürebilecekleri ve başka kişileri mahkeme önüne getirebilecekleri, davanın devamını sağlamaya yönelik bir araç değildir. İstinafın aktarıcı etkisi, kural olarak, yalnızca ilk derecede yargılanan hususları hedefler⁵⁹. İstinaf başvurusunda bulunan taraf, ilk derece mahkemesi kararına karşı iddialarını geliştirirken, ilk derecede dayandığı hukuki sebeplerin çerçevesi içerisinde kalmak zorundadır⁶⁰. Bu bakımdan davanın hukuki temeli değiştirilemez⁶¹.

İptal davasında, idari işlemin iç unsurları bakımından hukuka aykırılığı ve dış unsurları⁶² bakımından hukuka aykırılığı olmak üzere

⁵⁶ Tabiatı gereği, ilk derece yargıcının yargılamayı idare etme şekline ilişkin yapılan itirazlar bu kurala tabi değildir. (CHABANOL, s. 515.)

⁵⁷ RICCI, s. 246.

⁵⁸ CHABANOL, s. 515.

⁵⁹ ROŞU, Claudia (2014), “The Limits of the Devolutive Effect of the Appeal in The Civil Lawsuit”, Juridical Current, Vol. 17, Issue 4, p. 204-215, s. 209.

⁶⁰ PACTEAU, s. 514-515.

⁶¹ KAPLAN, s. 137.

⁶² Fransız idari yargılama usulünde iptal davasında gerçekleştirilen denetime ilişkin olarak “légalité externe (dışsal hukukilik)” ve “légalité interne (içsel hukukilik)” olarak ifade edilen ayırım aynen Türkçeye çevrildiğinde anlamlı görünmemektedir. Kaplan bu kavramları hukuka aykırılık iddiasının işlemin “dış unsur”larına ve “iç unsur”larına dayandırılması şeklinde kullanmaktadır. (KAPLAN, s. 138.) Biz de kavramları bu şekilde kullanmayı tercih ediyoruz. İdari işlemin iç unsurlar bakımından hukuka aykırılık yetki saptırması (amaç unsuru bakımından hukuka aykırılık) ve yasaya aykırılık gibi sakatlıkları ifade eder. Yani idari işlemin iç unsurları sebep, konu ve amaç unsurlarıdır. Ancak bir mahkeme kararının amaç unsuru bakımından hukuka aykırılığının ileri sürülemediğini belirtmek gerekir. Dış unsurlar bakımından hukuka aykırılık yetki ve şekil unsurundaki sakatlıkları ifade eder. (VAN LANG / GONDOUIN / INSERQUET-BRISSET, s. 394.)

sadece iki hukuki sebep (iddia)⁶³ söz konusudur. Dava iptal davasına konu idari işlemin şekil unsuruna (dış unsur) aykırı olduğu şeklinde kurgulanmışsa istinafta sebep, konu veya amaç unsuruna (iç unsurlar) aykırı olduğu iddiası ileri sürülemez. Aynı şekilde, dava iptal davasına konu idari işlemin sebep, konu veya amaç unsuruna (iç unsurlar) aykırı olduğu şeklinde kurgulanmışsa istinafta şekil unsuruna (dış unsur) aykırı olduğu iddiası ileri sürülemez. Bu konuda davacının istinaf aşamasında istinaf başvurusunda bulunan ya da karşı taraf olmasının bir önemi yoktur⁶⁴. Yetki unsuru ise kamu düzenine ilişkin olduğundan, bu unsur bakımından hukuka aykırılık iddiası ilk derecede ileri sürülmemiş olsa dahi istinafta ileri sürülebilir.

⁶³ Fransız idari yargılama usulünde bu durumu ifade etmek için “la cause juridique” kavramı kullanılmaktadır. Kavramdan, ilk derece mahkemesinde, istinafta ya da temyizde, talebin değişmezliği prensibine başvurulacak, taraflar tarafından ileri sürülebilecek yeni iddia ve savunma vasıtalarının (les moyens) kabul edilebilirliğini saptamak için yararlanılmaktadır. Intercopie Kararı’nda iptal davasında iç unsur bakımından hukuka aykırılık (sebebe, konu ve amaç) ve dış unsur bakımından hukuka aykırılık (yetki ve şekil) olmak üzere iki hukuki sebep (la cause juridique) belirlenmiştir. Buna göre davacı bu iki hukuki sebepten birine dayanarak bir iddia ileri sürmüşse dava sona erene kadar bu hukuki sebebe ilişkin her türlü argümanı geliştirebilir. Dayandığı hukuki sebebin dışında bir sebebe dayanarak öne sürülen iddia vasıtaları ise kamu düzenine ilişkin olmadıkları sürece kabul edilmeyecektir. Tam yargı davalarında ise hukuki sebepler çok daha çeşitlidir. Öncesinde kusur sorumluluğuna dayanan davacı daha sonra risk sorumluluğuna dayanarak tazminat isteyebilir. Zira idarenin kusursuz sorumluluğunda risk ilkesi kamu düzenine ilişkindir. Buna karşılık ihale hükümlerinin ihlal edildiği sebebine dayanarak dava açan davacı, dava açma süresi geçtikten sonra sözleşmenin batıl olduğu iddiasını ileri süremez. Yine sözleşmeye dayanan sorumluluk iddiasını içeren bir yargısal başvurunun sonradan sözleşme dışı sorumluluğa çevrilmesi de hukuki sebebin değiştirilmesi anlamına gelir ve kabul edilemez. (VAN LANG / GONDOUIN / INSERQUET-BRISSET, s. 70.) Görüldüğü gibi kamu düzenine ilişkin durumlar bir kenara bırakılırsa, davacının davasını dayandığı hukuki sebebi (la cause juridique) sonradan değiştirmesi mümkün değildir. Ancak dayandığı hukuki sebebin içinde kalarak yeni iddia vasıtaları ileri sürebilir. Bu bakımından “la cause juridique” kavramını, hukukumuzda kullandığımız hukuki sebep kavramından daha dar bir biçimde, davanın hukuki temeli olarak anlamak gerekir. Zira bununla ifade edilmek istenen hiçbir yeni sebep ve vasıtanın ileri sürülmemesi değil; davanın açılırken dayandığı temelin değiştirilememesidir.

⁶⁴ BROYELLE, s. 353.

Tam yargı davalarında da davacı kural olarak davanın hukuki temelini değiştiremez. Örneğin ilk derecede yalnızca sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğa dayanıldığında istinafta sözleşme dışı sorumluluğa⁶⁵ ya da yüklenicinin yasadaki kaynaklanan on yıllık sorumluluğuna⁶⁶ dayanılmaz. İstinafta davalının değiştirilmesi de mümkün değildir. Örneğin ilk derecede merkezi idarenin sorumluluğuna dayanılmışsa istinafta üniversitenin sorumlu tutulması yönünde talepte bulunulamaz⁶⁷.

İki dereceli yargılamanın bir ifadesi olan istinafta “yeni taleplerin ileri sürülemezliği” prensibi söz konusudur. Yani ilk derecedekinden farklı bir konuda talep ileri sürülemez⁶⁸. Ancak ilk derecedeki talep değiştirilmeden istinafta detaylandırılabilir. Örneğin idarenin sorumluluğuna dayanarak uğradığı zararın tazminini talep eden taraf istinafta bu talebini detaylandırabilir⁶⁹.

İstinafta yeni taleplerin ileri sürülememesi prensibinin bir göstergesi olarak, iptal davalarında ilk derecede bir idari işlemin sadece kısmen iptali talep edildiğinde, istinafta tamamının iptalinin talep edilemeyeceği kabul edilmektedir⁷⁰. Yine benzer şekilde ilk derecede sadece idari işlemin iptalini talep eden ve davayı kazanan davacı istinafta uğradığı zararın tazminini talep edemez⁷¹. Kural olarak, ilk derecede tam olarak belirtilmeyen paraya ilişkin taleplerin istinafta

⁶⁵ Conseil d'État, 18 Kasım 2011, Cnauté des communes de Verdun, 342642. (Aktaran, RICCI, s. 246.)

⁶⁶ Conseil d'État, 1 Haziran 1979, Cne de Millau. (Aktaran, RICCI, s. 246-247.)

⁶⁷ Conseil d'État, 5 Ekim 1979, secr. D'État Universités c/ Regnier. (Aktaran, RICCI, s. 247.)

⁶⁸ RICCI, s. 246.

⁶⁹ Conseil d'État, 31 Mayıs 2007, Herbeth, 278905 ve Conseil d'État, 26 Şubat 2014, M. et Mme. B., 352046. (Aktaran, RICCI, s. 247.)

⁷⁰ Conseil d'État, 20 Kasım 1981, Raginia, AJDA, 1982, p. 93. (Aktaran, LELLIG, Wendy (2015), L'Office du Juge Administratif de la Légalité, Thèse de Doctorat, Délivré par l'Université de Montpellier, s. 279.) Bu yasak canlandırma yolunda da geçerlidir. (Conseil d'État, 21 Mart 2011, SCI Les Thermes marins, n° 332281.) (Aktaran LELLIG, s. 279, 1159. dipnot.)

⁷¹ BROUELLE, s. 351.

miktar olarak belirlenmesinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir⁷². İlk derecede talep edilen miktarın artırılması da kural olarak mümkün değildir. Bu hususta istinafin bir telafi aşaması olmadığı kabul edilmektedir⁷³.

İstinafta davacıya ilişkin getirilen sınırlamalar, davacının davayı başlatma ve davanın çerçevesini belirleme inisiyatifini kullanarak yararlandığı ayrıcalığın sonucudur⁷⁴. Davacının davasını kurmak için yeterli zamandan yararlandığı kabul edilmektedir. Zira dava açma süresi içerisinde dava dilekçesini hazırlayan, bir iddia ileri süren ve davayı şekillendiren taraf davacıdır. Böylece dava dilekçesini vermekle davanın sınırlarını da belirlemiş olmaktadır. Bu sebeple yeni iddia vasıtaları ve talepler ileri sürmek konusunda birtakım sınırlamalara tabi tutulması doğal karşılanmaktadır⁷⁵.

İstinafta ilk kez ileri sürülemez olan iddia ve savunma vasıtalarına ilişkin kurallar kamu düzenine ilişkindir⁷⁶. Yani istinafta ileri sürülen vasıtanın, sonradan ileri sürülemez hususlar kapsamına girip girmediği yargıç tarafından re'sen dikkate alınır.

İstinafta uyumsuzluğun çerçevesinin daraltılması ise mümkündür. İstinafa başvuran, başvurusunu sınırlandırabilir. Taraf, istinafa konu ilk derece mahkemesi kararının bazı yönlerinden tatmin olabilir. Bu husus da yine Latince bir özdeyişle açıklanmaktadır; “tantum devolutum quantum appellatum”; istinaf başvurusu, istinaf yargıcından talep edilen müdahalenin sınırlarını belirler⁷⁷. Hukuk sözlüğünde de bu özdeyiş, “başvurulduğu kadarı mahkemeye intikal eder”⁷⁸ şeklinde ifade

⁷² Conseil d'État, 23 Nisan 2003, Petit, Rec., 174, JCP, A, 2003, 1567, note J. Moreau. (Aktaran, PACTEAU, s. 515.)

⁷³ Conseil d'État, 19 Aralık 1984, Mlle Boehrer, Rec., 433, concl. B. Stirn, AJDA, 1985, 90, chron. S. Hubac et E. Schoettl. (Aktaran, PACTEAU, s. 515.)

⁷⁴ RICCI, s. 247.

⁷⁵ BROYELLE, s. 353.

⁷⁶ Conseil d'État, 27 Haziran 2011, Conseil departemental de Paris de l'ordre des chir.-dentistes, 339568. (Aktaran, RICCI, s. 247.)

⁷⁷ CHABANOL, s. 515.

⁷⁸ “Il est dévolu (à la cour) autant que ce dont est appel.” (CORNU, s. 1100.) “Autant il est-il appelé autant est-il dévolu à la cour”. (CORNU, Gérard (2014), “Adages et

edilmektedir. Bu durumun uzantısı olarak taleple bağıllık ilkesinin söz konusu olduğunu da belirtmek gerekir.

Yukarıda ifade edilenler dikkate alındığında şu sonuca varmak mümkündür; kural olarak, istinaf yargıcına yalnızca ilk derece aşamasında yargılanan hususlar intikal eder (tantum devolutum quantum judicatum). Bu hususlardan da, yine kural olarak, yalnızca istinaf başvurusunda bulunan tarafın istinaf merciine başvurduğu kadarı intikal eder (tantum devolutum quantum appellatum).

İlk derecedeki uyuşmazlığın ne boyutta istinafa intikal edeceğine ilişkin farklı durumlar söz konusudur. İstinafin aktarıcı etkisi, kural olarak, ilk derecede öne sürülen hukuki ve maddi meselelerin tamamını değil; istinaf başvurusunda açıkça ve somut biçimde öne sürülenleri içermektedir⁷⁹. Canlandırma yoluna başvurulduğundaysa istinaf aşaması adeta ilk derece aşamasına dönüşmektedir. Bu sebeple söz konusu farklı durumları ayrı ayrı incelemek yerinde olacaktır.

a. Canlandırma yoluna başvurulması durumunda istinaf incelemesinin kapsamı

İstinaf yargıcı önüne gelen kararı yargılama hukuku kuralları (yetki, şekil, usul, vb. yargılama hataları) bakımından hukuka aykırı görerek iptal edebilir. Böylece ilk derece mahkemesi kararı adeta yok edilmiş olur⁸⁰. İstinaf mercii - bu yönde bir talep olması durumunda - dosyayı ilk dereceye göndermek yerine canlandırma (évocation) yoluna başvurarak davanın esası hakkında karar verebilir. İstinaf yargıcı canlandırma yoluna başvurduğunda bir bakıma ilk derece yargıcının yerine geçer. Bu yola başvurulduğunda ikinci derece yargılamadan söz etmek güçtür. Zira aslında ilk derecede alınmış, yargılama hukuku kurallarına uygun bir karar mevcut değildir. Bu durumda istinaf yargıcı, istinafta öne sürülen kabul edilebilir nitelikte yeni vasıtaların yanında, açıkça kendi önünde yeniden öne sürülmeseler de, ilk derecede öne sürülen sebep, talep ve itirazların tümü hakkında incelemede bulunur.

Brocards”, Dictionnaire de la Culture Juridique, Publié sous la Direction de Denis Allans et Stéphane Rials, Quadriga / Lamy-Puf, 5. Tirage, s. 24.)

⁷⁹ ROŞU, s. 206-207.

⁸⁰ BROYELLE, s. 351.

Sonuç olarak istinaf mercii ilk derece dosyasını yeniden açar ve iptal edilen kararın yerine kendisi bir karar verir⁸¹.

Canlandırma yolu gerçek anlamda yeni bir ilk derece incelemesinin açılmasına yol açmaktadır. Broyelle'in ifadesiyle ilk derece yargılaması süreci, sanki uyuşmazlık ilk derece yargıçlarının önüne getirilmiş gibi, yeniden başlamaktadır. Örneğin ilk derecede davacı olan taraf dilekçesini istinaf aşamasında düzeltebilir⁸². Uyuşmazlık da ilk derecedekiyle tamamen aynı kalmakta, istinafa başvuran tarafın hangisi olduğuna bakılmaksızın ilk derecenin davacı tarafı yeniden davacı, davalı tarafı da yeniden davalı olmaktadır. Böylece ilk derecede sunulan ve feragat edilmeyen tüm iddia, savunma ve talepler de dikkate alınmaktadır. İlk derece mahkemesi kararının yargılama hataları nedeniyle iptal edilerek canlandırma yoluna başvurulması halinde "istinafta ikinci derece yargılama yapılması" ve "tantum devolutum quantum appellatum (başvurulduğu kadarı mahkemeye intikal eder)" prensiplerinin geçersiz hale geldiği söylenebilir⁸³. Zira bu yolda istinaf yargıçları ilk derece yargıcının yerine geçmekte ve istinafta ileri sürülmeseler de, ilk derecede ileri sürülen ve feragat edilmeyen hususlar üzerinde inceleme gerçekleştirilmektedir.

Canlandırma yoluna başvurulması durumunda aleyhe değiştirme yasağı da söz konusu değildir. Taraflardan yalnızca biri istinafa başvurmuşsa bile, istinafta adeta ilk derece yargılaması

⁸¹ CHABANOL, s. 515.

⁸² Yargılama hukuku kurallarına bir aykırılık görülmeyle aktarıcı etkinin gerçekleştiği durumlarda ise davacının istinaf aşamasında ilk derecede sunduğu dilekçesini düzeltme imkânı yoktur. (BROYELLE, s. 357.)

⁸³ Canlandırma yoluna başvurulduğunda ilk derece mahkemesi kararı adeta yok hükmünde kabul edildiğinden "istinafta ikinci derece yargılama yapılması" prensibinin teorik olarak geçersiz hale geldiği söylenebilir. Ancak pratikte ikinci derece yargılamanın sadece kısmen ortadan kalktığı kanaatindeyiz. Zira ilk derecede yargılama hataları yapılmış olsa da gerçekleştirilen yargılama neticesinde davaya ilişkin meseleler belli bir düzeyde açığa çıkar. İstinaf yargıçları da henüz canlandırma yoluna başvurmadan ilk derece mahkemesi kararı üzerinde gerçekleştirdiği inceleme neticesinde uyuşmazlığa ilişkin belli bir bilgiye erişir. Dolayısıyla teorik olarak istinaf yargıcının ilk derece yargıcına dönüştüğü ve ilk derece yargılaması gerçekleştirdiği kabul edilse bile, pratikte, en azından uyuşmazlığın belli noktaları üzerinde, kısmen ikinci derece yargılama yapıldığını kabul etmek gerekir.

gerçekleştirildiğinden, istinafa başvuran kişi için ilk derecede aldığı sonuçtan daha ağır bir hukuki durumun ortaya çıkması mümkündür⁸⁴.

b. Aktarıcı etkinin söz konusu olduğu durumlarda istinaf incelemesinin kapsamı

İstinaf yargıcının önüne gelen karar, yargılama hukuku kuralları bakımından hukuka aykırı görülmezse, istinafin aktarıcı etkisi söz konusu olur. Bu durumda hukuka ve vakalara ilişkin meseleler yeniden incelenmek suretiyle uyuşmazlığın esası hakkında bir karar verilir. İstinafta ikinci derece bir yargılama yapılır ve canlandırma yoluna başvurulamaz. Zira ortada istinaf incelemesine konu olabilecek, usule uygun şekilde alınmış bir ilk derece mahkemesi kararı vardır. İstinaf yargıcının yapacağı şey uyuşmazlığı yeniden incelemek ve ilk derece mahkemesince öngörülen çözümü hukuka uygun bulmazsa kararı düzeltmektir. Yani canlandırma yolundan farklı olarak ilk derece mahkemesi kararı tümüyle ortadan kaldırılmamakta; kararın yerine başka bir karar konmakta; karar değiştirilmektedir⁸⁵.

Aktarıcı etkinin söz konusu olduğu durumlarda, istinafa başvuran ilk derecede davacı olan tarafsa, istinaf yargıcı sadece söz konusu tarafın kendi önüne getirdiği iddia vasıtaları üzerinden karar verebilir. Ancak kendi önünde yeniden açıkça öne sürülmemiş olsa bile ilk derecede davalı tarafından ileri sürülen savunmayı incelemek zorundadır⁸⁶. Buna karşılık ilk derecedeki davalı taraf istinafa başvurmuşsa⁸⁷, sadece istinaf yoluna başvuran davalının kendi önünde açıkça ileri sürdüğü hususlar

⁸⁴ CHAPUS, s. 1262.

⁸⁵ BROYELLE, s. 351.

⁸⁶ Conseil d'État, 25 Haziran 2003, Commune de Saillagouse ve 14 Haziran 2004, Commune d'Ecoufl ant. (Aktaran, CHABANOL, s. 516.)

⁸⁷ Bu noktada Gjidara önemli bir noktaya dikkat çekiyor. Uyuşmazlığın esasa ilişkin olarak yeniden yargılanmasına imkân veren istinafta, ilk derecede idarenin davalı idare edilenlerin ise davacı olma prensibinden farklı bir durum ortaya çıkabilmektedir. Zira idare de istinafa başvurabilmektedir. (GJIDARA, s. 237.) Bu hususta Waline'in tespiti de dikkate değer: "*İstinaf hakkının davacının yanında aynı zamanda idareye de tanınmış olması 'iptal davasında taraf yoktur, yargılanan işlemin bizzat kendisidir (procès fait à un acte)' şeklindeki geleneksel kabule aykırıdır. Aslında istinaf hakkı yalnızca davanın taraflarının yararına mevcuttur; istinaf yolunu idareye açmak, taraf olma niteliğinin doğası gereği söz konusu olur.*" (WALINE, s. 674.)

dikkate alınır⁸⁸. Bu durumda ilk derecedeki davacı tarafın ilk derecede öne sürdüğü iddia vasıtaları, açıkça feragat edilmemiş olmak şartıyla, istinafta ileri sürülmemişse bile dikkate alınır⁸⁹. O halde aktarıcı etki söz konusu olduğunda, istinafa başvuran taraf açısından “tantum devolutum quantum appellatum (başvurulduğu kadarı mahkemeye intikal eder)” prensibi geçerlidir.

Davanın taraflarından yalnız biri istinafa başvurduğunda - davanın diğer tarafı asıl istinafa ya da karşı istinafa (recours incident) başvurmadığında - istinaf mercii, istinafa başvuran tarafın hukuki durumunu ağırlaştıracak bir karar veremez⁹⁰. Başka bir deyişle aktarıcı etkinin söz konusu olduğu durumlarda davanın yalnızca bir tarafı (davacı ya da davalı) istinafa başvurmuşsa istinaf mercii için aleyhe değiştirme yasağı söz konusudur.

2. İstinapta İleri Sürülebilecek Yeni İddia ve Savunma Vasıtaları ile Talepler

İstinafın uyuşmazlığı tamamlama yolu olmadığını, ilk derece mahkemesi kararını düzeltme-iptal etme yolu olduğunu savunan görüş, istinafta yeni iddia ve savunma vasıtaları (les moyens) ile taleplerin ileri sürülebilmesi gerektiğini savunmaktadır. İstinafın tamamlama yolu olduğunu savunan görüşe göre ise uyuşmazlık ilk derecede dondurulmamalı, davanın taraflarına ve istinaf yargıcına yeni iddia ve savunma vasıtaları ile taleplerin ileri sürülebilirliği konusunda esneklik tanınmalıdır.

Chabanol'e göre istinaf birçok açıdan, bazen dikkat çekmeyen biçimlerde, tamamlama yolu olmanın bazı özelliklerini gösterir. İstinafın sadece bir “düzeltme-iptal etme” yolu olduğu fikrini savunmak güçtür⁹¹. Yukarıda adı geçen Magendie Raporu'nda adli yargı için bu konu şu sözlerle ifade edilmiştir: “*Merciin (istinaf) orta bir yolu tercih etmesi, istinafin ölçülü bir tamamlama yolu olarak görülmesine dayanmaktadır. Şu durumlarda yeni iddia ve savunma vasıtaları kabul edilebilir: uyuşmazlığın dönüşümü halinde, ilk derece mahkemesi kararından sonra*

⁸⁸ Conseil d'État, 24 Eylül 2003, Germinet. (Aktaran, CHABANOL, s. 516.)

⁸⁹ CHABANOL, s. 515.

⁹⁰ CHAPUS, s. 1249.

⁹¹ CHABANOL, s. 518.

yeni vakaların meydana gelmesi ya da yeni belgelerin keşfedilmesi halinde veya bir belgenin taraflardan biri veya üçüncü bir kişi tarafından gizlenmiş olması halinde”⁹².

Broyelle’e göre de istinaf aynı zamanda hem bir kanun yolu hem de bir tamamlama yoludur. Kanun yolu sıfatıyla istinaf iki dereceli bir yargılamayı temin eder. Tamamlama yolu sıfatıyla ise uyuşmazlığın tamamen boşaltılmasını / çözümlenmesini sağlamak zorundadır⁹³.

Fransa’da istinaf incelemesinin çerçevesinin net olarak belirlendiğini söylemek güçtür. “Uyuşmazlığın sınırlarının ilk derecede çizildiği ve istinafta bu sınırların aşılamayacağı”nı kabul edenler ile “istinafta da uyuşmazlığın canlı tutulması, yeni sebep ve taleplerin önünün kapanmaması” gerektiğini savunan birbirine zıt görüşlerin varlığı, konunun belirsizliğini ortaya koymaktadır. Uygulama ise bu iki zıt görüşün karışımı şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

a. İstinafta ileri sürülebilecek yeni iddia ve savunma vasıtaları

İstinaf başvurusunda bulunan tarafların ilk derece mahkemesi önünde ileri sürmedikleri birtakım yeni iddia ve savunma vasıtalarını istinaf yargıcının önüne getirebilecekleri kabul edilmektedir. İstinafi sadece “düzeltme ve iptal etme yolu” olarak gören görüşün katı prensipleri tam olarak uygulandığında, istinaf yargıcı sadece ilk derecede tartışmaya açılan dosyayı göz önüne alabilir. İstinafta ilk kez ileri sürülebilecek iddialar, yalnızca ilk derecede yürütülen usulün hukuka aykırılığına ilişkin argümanlarla sınırlı kalır⁹⁴. Başka bir deyişle, yargıçları ikna etmek için çeşitlendirilmesi elverişli olan argümanlar bir kenara bırakılırsa, iddia ve savunma vasıtaları genişletilemez⁹⁵. Ancak uygulamada bu katı prensiplerin tam olarak geçerli olmadığı görülmektedir. İstinafta yeni iddia ve savunma vasıtalarının ileri sürülebilmesi konusunda önemli sayıda esneklikler göze çarpmaktadır. Bu hususta Chabanol, istinafta yeni hukuki sebeplerin kabul edilebilirliğinin, ilk bakışta sıkı kurallara bağlı gibi görünmesine

⁹² MAGENDIE, s. 63.

⁹³ BROYELLE, s. 350-351.

⁹⁴ Bu argümanların birçoğunun ise zaten tabiatı gereği ilk derecede ileri sürülemeyeceğini, ilk kez istinafta ileri sürülebileceğini belirtmek gerekir.

⁹⁵ CHABANOL, s. 518.

rağmen, istinafi aynı zamanda bir tamamlama yolu olarak nitelendirmek için yeterince esnek olduğunu ifade etmektedir⁹⁶.

Öncelikle belirtmek gerekir ki ilk derece mahkemesi kararının hukuka aykırı olduğu iddiasıyla iptali talebini talep etmek, doğal olarak, ilk kez istinafta mümkündür⁹⁷. Zira bu hususun ilk derecede ileri sürülmesine zaten imkân yoktur. Ancak bu hususta özel bir duruma değinmek gerekir. Fransa’da, ilk derecede kararı veren yargıç tarafından yetki saptırması yapıldığı iddiasının, kanun yolu başvurusuna dayanak olarak ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir. Yani ilk derece yargıçlarının kişisel ya da siyasi amaç güttüğü, başkasına menfaat sağlamak üzere hareket ettiği gibi iddialar incelenemez. 1945 ve 1949 yıllarında bazı kararları aksi yönde değerlendirilebilecek olsa da Conseil d’État 1953’ten itibaren bir idare mahkemesi kararına karşı yetki saptırması iddiasının dayanak alınamayacağına hükmetmiştir. Bu çözüm istinaf yargılaması için de geçerlidir⁹⁸. Dolayısıyla istinaf mercii ilk derece mahkemesi yargıcının yetki saptırması yaptığına ilişkin iddiayı inceleyemez; yetki saptırması gerekçesiyle mahkeme kararını iptal edemez⁹⁹. Bu durum “yargı kararının amaç unsuru bakımından incelenme yasağı” olarak nitelendirilebilir.

İstinafta yeni iddia ve vasıtaların ileri sürülebilmesi bakımından ilk derecedeki taraf sıfatının önemi bulunmaktadır. İlk derecede davalı olan taraf, ilk derecede yaptığı savunma ne yönde olursa olsun, istinafta her türlü yeni savunma vasıtasını ileri sürebilir. İlk derecede davalı olan

⁹⁶ CHABANOL, s. 518.

⁹⁷ RICCI, s. 246.

⁹⁸ “Yargısal bir karara karşı yetki saptırmasına dayanan iddia kabul edilebilir değildir.” Conseil d’État, 25 Ekim 2000, Arabi, p. 461. RFDA 2000 p. 1365. (Aktaran, CHAPUS, s. 1195.)

⁹⁹ Chapus yargı organına karşı yetki saptırması iddiasının kabul edilemezliğini bir adalet felsefesine dayandırmaktadır. Bu anlayışa göre yargıçların yetki saptırması yoluna başvurabileceğinin kabulü bir yana, böyle bir sorunun sorulması bile reddedilmelidir. Yazara göre böylesine bir hukuka aykırılık riski, sadece yargıçların profesyonel bilinç ve vicdanları nedeniyle değil; aynı zamanda yargının kurul halinde çalışma niteliği ve yargıçların kararlarını gerekçelendirme yükümlülüğü nedeniyle oldukça düşüktür. Ayrıca gerçekten yetki saptırması taşıyan bir hükmün başka bir gerekçeyle iptal edilebilir olmaması da bir hayli güçtür. (CHAPUS, s. 1195.)

tarafın yeni vasıtalar ileri sürebilmesi için istinafta istinaf yoluna başvuran taraf ya da karşı taraf olmasının bir önemi yoktur. İlk derecede davacı olan taraf da istinafta yeni iddia vasıtaları ileri sürme imkânından tümüyle yoksun değildir. Öncelikle yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir nitelikte olan kamu düzenine ilişkin hususlar, doğal olarak istinafta da ileri sürülebilir¹⁰⁰. Yani ilk derecede yapılan yargılamanın hiçbir anında bu noktanın üzerinde durulmamış olsa bile, örneğin davaya konu işlemin yetkisiz bir idari makam tarafından tesis edildiği iddiası ilk kez istinafta ileri sürülebilir¹⁰¹.

İstinafa konu uyumsuzluk tümüyle ilk derecede gerçekleştirilen tartışmalarla sınırlı değildir. Bu noktada aynı olan, değişmeyen unsur taleptir. Bir talebe niteliğini kazandıran onun konusu ve sebebidir. Hukuki sebeplere ilişkin kategorilerin kapsamı ise davacının iddiasını çeşitlendirebilmesi için yeterince geniştir. İptal davasında iki hukuki sebep (la cause juridique) vardır; idari işlemin iç unsurları (sebebe, konu ve amaç) bakımından hukuka aykırılığı ve dış unsurları (yetki ve şekil) bakımından hukuka aykırılığı. İlk derecede bu iki hukuki sebepten herhangi birine dayanılarak bir iddia ileri sürüldüğünde, istinafta bu sebebe ilişkin herhangi yeni bir iddia ileri sürülebilir ve böylece ilk derecede ele alınmayan alanlarda tartışmalar yaratılabilir¹⁰². Dış unsurlar bakımından aykırılık iddiasıyla ilk derecede hukuki sebepler ileri sürüldüğünde, istinafta da bu sebep çerçevesinin dışına çıkılmadan ileri sürülecek yeni vasıtalar, yeni bir talebe yol açmadığı sürece incelenmek zorundadır¹⁰³. Bunun tersi de geçerlidir; ilk derecede iç unsurlar

¹⁰⁰ RICCI, s. 247. Örneğin davada uygulanacak kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ilk derecede ileri sürülmemiş olsa da istinafta ileri sürülebilir. (LELLIG, s. 102.) Kamu düzenine ilişkin hususlar istinaf başvurusunda ileri sürülmemiş olsa dahi istinaf incelemesi sırasında ileri sürülebilir ya da yargıç tarafından re'sen dikkate alınabilir. (BROYELLE, s. 353.)

¹⁰¹ CHABANOL, s. 518.

¹⁰² İlk derecede idari işlemin iç unsurlar bakımından hukuka aykırılığına dayanılmışsa istinafta dış unsurlar bakımından hukuka aykırılığına dayanılmaz. Yine ilk derecede dış unsurlar bakımından hukuka aykırılığa dayanılmışsa istinafta iç unsurlar bakımından hukuka aykırılığa dayanılmaz. Bu durumun istisnası ise yetki unsurudur. Zira idari işlemin yetki unsuru kamu düzenine ilişkindir. İlk derecede ileri sürülme de idari işlemin yetki unsuru bakımından hukuka aykırı olduğu iddiası istinafta ileri sürülebilir.

¹⁰³ Conseil d'État, 13 Haziran 2007, Marseille, 284748. (Aktaran, RICCI, s. 247.)

bakımından hukuka aykırılık iddiası ileri sürülmüşse, istinafta iç unsurların dışına çıkmayan yeni vasıtalar ileri sürülebilir. Örneğin ilk derecede idari işlemin konu unsuru (iç unsur) bakımından hukuka aykırı olduğu sebebiyle iptal davası açılmışsa, istinafta bu iddia çeşitlendirilebilir, işlemin sebep unsuru (iç unsur) ya da amaç unsuru (iç unsur) bakımından hukuka aykırı olduğu ileri sürülebilir; ancak şekil unsuru (dış unsur) bakımından hukuka aykırı olduğu iddiası incelenmez.

İlk derece yargılamasının sona ermesiyle istinaf başvurusunda bulunma süresi içerisinde yeni hukuka aykırılık sebeplerinin ortaya çıkması mümkündür. İstinaf yargıcı, istinaf süresinde ortaya çıkan bu sebepleri de dikkate almalıdır¹⁰⁴. Bu durumda bazen istinaf yargıcı, istinafta varılan çözüme ilk kez kendi önüne getirilen iddialar dikkate alınarak varıldığını, ilk derece yargıcının hatalı olmadığını, dosyanın değiştiğini belirterek bir karar verir¹⁰⁵.

Fransa'da tam yargı davalarında dört hukuki sebep söz konusu olmaktadır: sözleşmeye dayanan sorumluluk, sözleşme benzeri sorumluluk, sözleşme dışı kusurlu sorumluluk ve kusursuz sorumluluk. Kamu düzenine ilişkin vasıtaların ilk kez istinafta ileri sürülebilmesinin yanında, ilk derecede bir kusur ileri sürüldüğünde, doğrudan tazmini talep edilen zarara ilişkin olan diğer kusurlar da istinafta ileri sürülebilir¹⁰⁶.

İlk derecede yapılan yargılama neticesinde, sözleşmenin batıl olduğu gerekçesiyle sözleşmeye dayanan sorumluluğun ileri sürülmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılabilir. Bu durumda Conseil d'État, sözleşmeyle korunduğunu düşünen tarafın, davasını istinafta idarenin sözleşme benzeri (sebepsiz zenginleşme gibi) sorumluluğuna dayandırabileceğine hükmetmiştir¹⁰⁷. Yine aynı içtihadı göre bu durumda davacı, zararının tazmini için, sözleşmenin batıl

¹⁰⁴ Conseil d'État, 13 Şubat 2008, min. Emploi, 292717. (Aktaran, RICCI, s. 247.)

¹⁰⁵ CHABANOL, s. 519.

¹⁰⁶ CHABANOL, s. 519.

¹⁰⁷ Conseil d'État, Section, 20 Ekim 2000, Sté Citecable-Est. (Aktaran, CHABANOL, s. 519.)

olmasına karşı tarafın kusurunun yol açtığı gibi iddia vasıtalarını ileri sürülebilecektir¹⁰⁸.

Son olarak davacının da davalının da maddi vakaların gerçekliğine ilişkin itirazlarını yapmak üzere ilk derecede ileri sürülmeyen delilleri istinaf aşamasında ileri sürebileceklerini belirtmek gerekir¹⁰⁹.

Açıkça görülmektedir ki; istinaf yargıcının yetkisi tamamen mahkeme kararının hukuka uygunluğuna ilişkin karar vermekten ibaret değildir. İstinaf yargıcı doğrudan doğruya uyuşmazlığın temeline de girer. Bu da istinafin aynı zamanda bir tamamlama yolu olmasının görünümüdür¹¹⁰.

b. İstinafta talep sonucunun genişlemesi

Yargısal bir talebi, hukuki sebepten daha çok karakterize eden, yargıcın önüne getirilen talep sonuçlarıdır. Talep sonucu hususunda, hukuki sebep ile iddia ve savunma vasıtaları konularında olduğundan daha katı bir tutum izlenir. Uyuşmazlığa ilişkin başvuru konusunun ilk derece ve istinaf arasında değiştirilebileceğinin kabulü zor görünmektedir. Esasen istinafin içinde kalmak zorunda olduğu çerçeveyi inşa eden ilk derecedeki talep sonucudur. Davacı ise bu sınırlandırılmış alanın tamamını doldurup doldurmamakta serbesttir. Başka bir deyişle, davacı talep sonucunun kapsamını daraltabilir¹¹¹.

Kural olarak, ilk derecede tam olarak belirtilmeyen paraya ilişkin taleplerin istinafta miktar olarak belirlenmesinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir¹¹². İlk derecede talep edilen miktarın artırılması da

¹⁰⁸ PACTEAU, s. 515.

¹⁰⁹ Conseil d'État, 30 Aralık 2011, Raoul X. Et Renée X., 346242. (Aktaran, RICCI, s. 247.) "*Taraflar ilk derecede ileri sürdükleri iddialarına dayanak olarak, ilk derecede vermedikleri delilleri istinafta sunabilirler.*" Conseil d'État, 15 Haziran 1961, Soc. european metal trading, p. 39; Conseil d'État, 26 Haziran 1959, Synd. algérien de l'éducat. Surveillée, p. 399, concl. J. Fournier; Ass. 1 mars 1963, Andacher, p. 128. (Aktaran CHAPUS, s. 1239.)

¹¹⁰ CHABANOL, s. 518-519.

¹¹¹ CHABANOL, s. 519.

¹¹² Conseil d'État, 23 Nisan 2003, Petit, Rec., 174, JCP, A, 2003, 1567, note J. Moreau. (Aktaran, PACTEAU, s. 515.)

kural olarak mümkün değildir. Zira istinaf, bir telafi (bütünleme) dönemi değildir¹¹³.

Tam yargı davalarındaki bu katı kuralı, uyumsuzluğu sona erdirme endişesi ile ortaya çıkan bazı denge unsurları hafifletmektedir. Öncelikle idarenin sorumluluğuna dayanarak uğradığı zararın tazminini talep eden tarafın istinafta bu talebini detaylandırabileceğini belirtmek gerekir¹¹⁴. Bu durum istinafta talebin genişletilmesi yasağına aykırı sayılmaz. Diğer taraftan bazı durumlarda tam yargı davalarında talebin genişlemesi söz konusu olabilmektedir. Örneğin zararın sonradan ağırlaşması durumu dikkate alınarak, istinaf aşamasında, ilk derecede talep edilen tazminat miktarı artırılabilir. Ayrıca, bir vakanın zarar doğurucu sonuçlarının kapsamı, ilk derece yargılamasından sonra bilinir hale gelirse istinafta talep sonucu genişletilebilir¹¹⁵. Yine ilk derece mahkemesi kararından sonra zamanla ortaya çıkan yeni ek faizler talep edilebilir¹¹⁶.

Fransız idari yargısında davacı ilk derecede açtığı tam yargı davasında uğradığını iddia ettiği zarar miktarının belirtilmesini, bilirkişi incelemesi yapılan dek saklı tutabilir. Bu durumda talep ettiği tazminat miktarını, idare mahkemesinin talebiyle birlikte sonradan bildirmesi gerekir. Eğer idare mahkemesi bir şekilde hatalı olarak davacıdan talep ettiği miktarı bildirmesini istemeyi ihmal etmişse, davacının istinafta talep ettiği miktarı belirtebileceği kabul edilmektedir¹¹⁷. Miktar ilk kez belirtilecekse bu yeni talep olarak nitelendirilemez. Yani istinaf yargıcı davacıyı talep miktarını belirtmeye davet etmek zorundadır. İstinaf yargıcı bu durumu “yeni talep” olarak değerlendirerek davayı reddedemez¹¹⁸.

¹¹³ Conseil d’État, 19 Aralık 1984, Mlle Boehrer, Rec., 433, concl. B. Stirn, AJDA, 1985, 90, chron. S. Hubac et E. Schoettl. (Aktaran, PACTEAU, s. 515.)

¹¹⁴ Conseil d’État, 31 Mayıs 2007, Herbeth, 278905 ve Conseil d’État, 26 Şubat 2014, M. et Mme. B., 352046. (Aktaran, RICCI, s. 247.)

¹¹⁵ Conseil d’État, Section, 8 Temmuz 1998, Département de l’Isère, Lebon p. 308. (Aktaran, CHABANOL, s. 51 ve PACTEAU, s. 516.)

¹¹⁶ RICCI, s. 246.

¹¹⁷ Conseil d’État, Section, 6 Ocak 1989, Mlle Guerrault, Rec., 1, AJDA, 1989, 327, concl. S. Daël. (Aktaran, PACTEAU, s. 515.)

¹¹⁸ Conseil d’État, 30 Aralık 2009, Alain X. et autre, 311599. (Aktaran, RICCI, s. 246.)

II. ALMAN İDARİ YARGILAMA USULÜNDE İSTİNAF İNCELEMESİNİN KAPSAM VE SINIRLARI

A. Alman İdari Yargılama Usulünde İstinaf İncelemesi

Kara Avrupası hukuk sisteminin geçerli olduğu Almanya'da¹¹⁹ idari yargı-adli yargı ayrımı benimsenmiş; ancak Fransa'dan farklı olarak Alman idari yargı teşkilatı sadece yargısal görevleri olan idari mahkemeler şeklinde örgütlenmiştir. Eyaletlerde idare mahkemeleri ilk derece mahkemeleri olarak görev yaparken, her eyalette bulunan bir Yüksek İdare Mahkemesi (OVG)¹²⁰ hem istinaf mahkemesi ve hem de kanunda öngörülen hallerde¹²¹ ilk derece mahkemesi olarak görev yapmaktadır. Leipzig şehrinde bulunan Federal İdare Mahkemesi ise yüksek idare mahkemesi kararlarına karşı yapılan temyiz başvurularını inceleyen ancak ilk derece mahkemesi olarak da görevleri bulunan en yüksek idari mahkemedir.

Başvurucuya kesin bir mahkeme kararının daha yüksek bir mahkeme tarafından düzeltilmesini ve değiştirilmesini talep etme hakkı veren usul hukuku kurumları olan¹²² kanun yollarına (Rechtsmittel)¹²³ Alman idari yargılama usulünde de yer verilmiş ve bunlar İdari

¹¹⁹ Resmi adı "Federal Almanya Cumhuriyeti"dir.

¹²⁰ Almanca "Oberverwaltungsgerichte" veya "Verwaltungsgerichtshöfe" denmektedir.

¹²¹ 90'lı yıllarda yapılan kanun değişiklikleriyle büyük projelerin uygulama alanına veya planlara ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde ilk derece mahkemesi olarak istinaf mahkemelerine görev verilmiş ve böylece yargılamanın hızlandırılması amaçlanmıştır.

¹²² SCHOCH, Friedrich / SCHNEIDER, Jens-Peter / BIER, Wolfgang (2017), Verwaltungsgerichtsordnung, Verlag C. H. Beck, 33. Ergänzungslieferung, München, § 124, Rn. 1.

¹²³ Kanun yollarının aktarıcı (Devolutive) ve erteleyici (Suspensive) etkileri vardır. Aktarıcı etki, kanun yolu incelemesinin başka bir yüksek mahkemeye talep edilebilmesi ve böylece uyuşmazlığın istinaf mahkemesinde görülmeye devam etmesi anlamına gelir. Ertleyici etki ise, kanun yollarına başvurunun, itiraz edilen mahkeme kararının şekli ve maddi anlamda kesin hüküm haline gelmesini engellemesidir. (SCHOCH / SCHNEIDER/ BIER, Vor § 124, Rn. 1.); (KOPP, Ferdinand / SCHENKE, Wolf-Rüdiger (2011), Verwaltungsgerichtsordnung: Kommentar, Verlag C.H. Beck, 17. Neue Arbeitete Auflage, München, Vor § 124, Rn. 1); (EYERMANN, Erich / FRÖHLER, Ludwig (2010), Verwaltungsgerichtsordnung: Kommentar, Verlag C.H. Beck, 13. Überarbeitete Auflage, München, § 124, Rn. 2-3.)

Mahkemeler Kanunu'nda (VwGO)¹²⁴, istinaf (Berufung), temyiz (Revision) ve itiraz (Beschwerde) olarak düzenlenmiştir (VwGO m. 2). Buna göre Almanya'da iki vaka ve bir hukuk mahkemesinden oluşan üç dereceli bir yargılama sistemi bulunmaktadır. İstinaf ve itiraz kanun yollarında, ilk derece mahkemesi kararının maddi ve hukuki açıdan tekrar ele alınarak yeni bir karar verilmesi söz konusuysen; temyiz incelemesinde alt derece mahkemesinin kararı sadece hukuki açıdan ele alınmakta, temyiz merci olan Federal İdare Mahkemesi incelemelerini alt derece mahkemesinin vaka ve delillere ilişkin tespitleriyle bağlı kalarak yapmakta ve hukuka aykırılık halinde yeniden karar vermek üzere dosyayı alt derece mahkemesine göndermektedir¹²⁵.

Aslında Alman hukuk çevrelerinde iki veya üç dereceli yargılamanın Anayasal açıdan veya uluslararası hukuk açısından zorunlu olmadığı¹²⁶, bu durumun kanun koyucunun takdirinde olduğu yönünde bir görüş birliği bulunmaktadır¹²⁷. Ancak, kanun yolları düzenlenirken hukuk devletinin bir gereği olarak eşitlik, hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik ilkelerinin gözetilmesinin şart olduğu¹²⁸; bu kapsamda bir kanun yolu öngörüldükten sonra bu yola başvurunun objektif bir gerekçe olmaksızın sınırlandırılmaması, başvurunun kapsam ve sınırlarının

¹²⁴ Almanca “Verwaltungsgerichtsordnung”, ilk kez 1952 yılında taslak olarak hazırlanmış, üzerinde uzun süre çalışılmış ve nihayetinde 1960 yılında yürürlüğe girmiştir. Her ne kadar kanunda düzenlenmeyen bazı konularda medeni yargılama usul kanunu ZPO'ya (Zivil Prozess Ordnung, Medeni Usul Kanunu) atıf yapsa da idari yargılama usulüne ilişkin birçok konuyu ayrıntılı ve kapsamlı bir şekilde ele alan uzun bir kanundur.

¹²⁵ SCHOCH / SCHNEIDER / BIER, Vor § 124, Rn. 7.

¹²⁶ 22 Kasım 1984 yılında AİHS'e eklenen 7 no'lu protokolün 2'inci maddesine göre sadece ceza yargılamalarında kararların üst mahkemece denetlenmesi kuralı getirilmiştir. (SCHOCH / SCHNEIDER / BIER, Vor § 124, Rn. 5.)

¹²⁷ SODAN, Helge / ZIEKOW, Jan (2010), Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Auflage Nomos, Baden-Baden, Vor § 124, Rn. 27; KOPP / SCHENKE, Vor § 124, Rn. 1; Kanun yollarının anayasal bir düzenlemeye konu olmaması, Anayasa'da kişilerinin haklarının yargıç eliyle korunmasının garanti altına alınmış olduğu ama kişilerin yargıçlardan korunmasının düzenlenmediği şeklinde yorumlanmıştır. (EYERMANN / FRÖHLER, § 124, Rn. 1.)

¹²⁸ SCHENKE, Wolf-Rüdiger (2012), Verwaltungsprozessrecht, Verlag C.F. Müller, 13. Aufg., Heidelberg, Vor § 124, Rn. 1.

kanunda açıkça öngörülmesi gerektiği de kabul edilmektedir¹²⁹. Bu nedenle kanun yollarına ilişkin düzenlemeler VwGO’da ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.

VwGO’nun 124 ile 130’uncu maddeleri arasında düzenlenen istinaf kanun yolu, uyuşmazlık konusunun maddi ve hukuki açıdan yeniden ele alındığı bir hukuki çareyi ifade etmektedir¹³⁰. İstinaf mahkemeleri vaka mahkemeleridir. Zira istinaf aşamasında da ilk derece mahkemesinde olduğu gibi, uyuşmazlık maddi vaka ve deliller dâhil olmak üzere, kapsamlı bir şekilde yeniden ele alınmaktadır¹³¹. İstinaf kanun yolunun amacı, ilk derece mahkemesi kararında bulunması muhtemel hata ve eksikliklerin bir üst mahkemece tespit edilerek bunların, tarafları tatmin edici bir şekilde düzeltilmesidir¹³².

İlk derece mahkemeleri tarafından verilen ve davayı sona erdiren tüm kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Bu karar hüküm (Urteil), mahkeme kararı (Gerichtsbescheide)¹³³, kısmi karar (Teilurteile)¹³⁴ veya ara karar (Zwischenurteil)¹³⁵ olabilir (m. 124/1). Kanun’a göre, kararın doğruluğu konusunda ciddi bir şüphe bulunması; hukuki sorunun özel maddi veya hukuki zorluklar içermesi veya önemli bir anlama sahip olması; kararın üst mahkeme kararıyla çelişmesi veya yargılama sırasında usul hataları yapılmış olması birer istinaf sebebidir (m. 124/2).

¹²⁹ SCHOCH / SCHNEIDER / BIER, Vor § 124, Rn. 7.

¹³⁰ SCHOCH / SCHNEIDER / BIER, Vor § 124, Rn. 7.

¹³¹ SCHENKE, s. 391; KOPP / SCHENKE, § 124, Rn. 1.

¹³² POSSER, Herbert / WOLFF, Heinrich Amadeus (2018), Beck’sche Online Kommentare: VwGO, Verlag C.H. BECK, 45. Edition, München, § 128, Rn. 8.

¹³³ Alman idari yargılama usulünde mahkeme kararlarına, öncesinde yapılan usul işlemleri dikkate alınarak farklı adlar verilmiştir. Örneğin, vaka açıksa ve dava maddi veya hukuki bir zorluk içermiyorsa mahkeme duruşma yapılmaksızın karar verebilir. Buna “Gerichtsbescheid” denir (m. 84/1).

¹³⁴ Bölünebilir bir uyuşmazlığın sadece bir kısmı karar verilebilecek duruma gelmişse, mahkeme “kısmi karar” verebilir (m. 110).

¹³⁵ Uyuşmazlığı sona erdirmeyen ama uyuşmazlığın sadece bir noktasına ilişkin olarak verilen kararlara “ara karar” denmektedir. Örneğin davanın kabul edilebilirlik şartlarından birinin eksikliği nedeniyle verilen ret kararları bu kapsamdadır (m. 109).

Alman idari yargılama usulünde, istinaf başvurusunda, istinaf sebepleri yargııcı ikna edecek şekilde gerekçelendirilerek mahkemeye sunulmak zorundadır¹³⁶. Yargılamanın hızlandırılması amacıyla 1996 yılında getirilen bu düzenlemeye göre, başvuranın istinaf sebebini belirtmeden istinaf başvurusunda bulunması halinde de, iki ay içerisinde istinaf sebebini mahkemeye bildirilerek eksikliğin giderilmesi gerekir. Ancak bu süre talep halinde istinaf mahkemesi başkanı tarafından uzatılabilir. Belli bir talep ve sebep içermeyen başvurular ise geçersiz sayılır (m. 124a/3).

İstinaf başvurusunun esası hakkında yapılan inceleme istinaf mahkemesinin, gerekli vaka ve delilleri toplayarak dava hakkında bizzat karar vermesini gerektirir (m. 130/1). Ancak kanunda öngörülen hallerde istinaf mahkemesinin kararı kaldırarak ilk derece mahkemesine geri göndermesi mümkündür (m. 130/2)¹³⁷.

Alman idari yargılama usulünde istinafin konusu ve kapsamı kanunda ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olduğundan bu hususlarda Fransız idari yargılama usulünde olduğu gibi doktrinsel tartışmalar bulunmamaktadır. Kanunda açıkça, istinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesinin yaptığı incelemeyle aynı kapsamda bir inceleme yapacağı ve dosyaya sunulan yeni vaka ve delilleri dikkate alabileceği düzenlenmiştir. Ancak istinaf aşamasında getirilen yeni vaka ve deliller, ilk derece yargılamasında mahkemeye sunulmayacak durumda olmalıdır. İstinaf incelemesi sonucu verilen hüküm, ilk derece mahkemesinin hükmünü ve istinaf başvurusunun içeriğini aşmamalıdır.

¹³⁶ İdari yargılama usul sürecinin hızlandırılması ve kısaltılması amacıyla “istinafa kabul koşulları” kanuna eklenmiş, 2001 yılında bir kanun (RmBereinVPG) ile ilgili hükümler yeniden düzenlenmiştir (m. 124/ m. 124a). FRIEDHELM, Hufen (2011), Verwaltungsprozessrecht, Verlag C. H. Beck, 8. Auflage, München, s. 572.

¹³⁷ VwGO madde 130/2’ye göre, uyuşmazlık konusu gerektiriyorsa Yüksek İdare Mahkemesi, şu iki şarttan birinin gerçekleşmesi halinde ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak dosyayı geri gönderebilir: 1) İlk derece mahkemesinde esaslı bir usul hatasının yapılmış olması ve bu hatadan kaynaklı olarak kapsamlı veya ayrıntılı bir şekilde delil toplanmasının gerekmesi; 2) İlk derece mahkemesinin uyuşmazlık hakkında bizzat karar vermemesi ve taraflardan birinin davanın geri yollanmasını istemesi halinde.

B. İstinaf İncelemesinin Kapsamı

Alman idari yargılama usulünde istinafin kapsam ve sınırlarının ortaya konması için kanundaki bazı hükümlere yakından bakmak yeterlidir. İstinaf mahkemelerinin, ilk derece mahkemesindeki yargılama kurallarına tabi olduğuna (m. 125/1) ve ilk derece mahkemesi ile aynı kapsamda inceleme yapacağına (m. 128/1) ilişkin iki hüküm istinaf yargılamasında da ilk derece yargılamasında olduğu gibi re'sen araştırma ve taleple bağıllık ilkelerinin geçerli olduğunu göstermektedir. İstinaf incelemesinin, ilk derece mahkemesiyle aynı kapsamda yapılacak olması istinafin aktarıcı etkisini de ortaya koymaktadır. Zira istinaf incelemesi, sadece ilk derece mahkemesinde yapılan incelemelerin tekrarlanmasını değil; derinleşmesini ve ilerletilmesini sağlayan bir kanun yoludur¹³⁸. İlk derece mahkemesinde yapılan yargılama ile istinaf aşamasında yapılan incelemelerin hepsi bir bütünlük arz etmektedir.

Kanunda istinaf mahkemesinin, ilk derece mahkemesince verilen kararı değil; ilk derece mahkemesindeki uyuşmazlık konusunu yeniden ele alacağının açıkça belirtilmiş olması da önemli bir husustur (m. 128)¹³⁹. Zira istinaf incelemesi temyiz incelemesinden bu yönüyle farklılaşmaktadır. İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararlarını hukuki hatalar açısından denetlemenin ötesinde, yargılamanın yeniden yapılmasını sağlayarak bizzat kendisi yeni bir karar vermektedir¹⁴⁰. İstinaf mahkemesinin sadece kanunda öngörülen sınırlı hallerde uyuşmazlığı ilk derece mahkemesine geri gönderebilmesi de istinafin bu özelliğinden kaynaklanmaktadır (m. 130/2)¹⁴¹.

1. Yeni Vaka ve Delillerin Dikkate Alınması

İdari yargılama usulünde geçerli olan tasarruf ilkesi gereği, taleple bağıllık ilkesine istinaf aşamasında sıkı sıkıya bağlı kalınır. Bununla birlikte idari yargılama usulünün bel kemiği niteliğindeki re'sen araştırma ilkesi, istinaf aşamasında da mahkemenin davanın aydınlanmasına yarayacak, her türlü vaka ve delili kendisinin

¹³⁸ SODAN / ZIEKOW, § 128, Rn. 2.

¹³⁹ EYERMANN / FRÖHLER, § 128, Rn. 1.

¹⁴⁰ KOPP / SCHENKE, § 128, Rn. 3; POSSER / WOLFF, § 128, Rn. 1.1.

¹⁴¹ SODAN / ZIEKOW, § 128, Rn. 2.

araştırmasını gerektirmektedir¹⁴². VwGO'nun 128'inci maddesine göre, istinaf mahkemesinin yapacağı denetimin kapsamı, “*yüksek idare mahkemesi, uyuşmazlık konusunu istinaf talebi çerçevesinde idare mahkemesiyle aynı kapsamda inceler. Yeni getirilen vaka ve delilleri dikkate alır*” şeklinde ifade edilmiştir. Ayrıca Kanun'un 125'inci maddesinde ilk derece mahkemesindeki usul kurallarının istinaf incelemesinde de geçerli olduğuna ilişkin düzenleme bizi re'sen araştırma ilkesine ilişkin 86'ncı maddedeki düzenlemeye götürmektedir. Maddeye göre, mahkeme vaka ve delilleri kendiliğinden toplar, tarafların getirdikleri vaka ve delillerle bağlı değildir ve taraflar bu süreçte mahkemeye iş birliği yapmak zorundadır.

Her ne kadar VwGO'nun 124a maddesinde istinafa başvuru koşulu olarak istinaf sebebinin dilekçede açıkça gösterilmesi zorunlu kılınmış olsa da istinaf mahkemesi, başvuranın istinaf sebepleriyle bağlı olmaksızın başvuranın hukuki amacını dikkate alarak uyuşmazlığı aydınlatır¹⁴³. Bu kapsamda istinaf mahkemesi, istinafa başvuranın talebiyle bağlı; ama talebin dayanağı hukuka aykırılık sebepleriyle bağlı değildir¹⁴⁴. Mahkeme, ilk derece mahkemesinin araştırmalarını ve tarafların dosyaya sunduğu iddia ve delilleri yeterli görmezse re'sen araştırma yetkisini bizzat kullanarak uyuşmazlığı aydınlatır.

Taraflar istinaf aşamasında ilk derece mahkemesinde ileri sürmedikleri yeni iddia ve delillerini de mahkemeye sunabilirler¹⁴⁵. Ancak bu iddia ve delillerin mahkemece dikkate alınması, ilk derece

¹⁴² Re'sen araştırma ilkesi, VwGO'nun 86'ncı maddesinde açık ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Düzenlemenin birinci fıkrası şu şekildedir: “Mahkeme maddi olayı kendiliğinden araştırır, taraflar buna uygun davranmak zorundadır. Mahkeme tarafların beyanları ve delil listeleriyle bağlı değildir.” Alman idari yargılama usulünde re'sen araştırma ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KAUFMANN, Manfred (2002), *Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Mohr Siebeck, Tübingen.

¹⁴³ POSSER / WOLFF, § 128, Rn. 1, 8; REDEKER, Konrad / OERTZEN, Hans Joachim (2010), *Verwaltungsgerichtsordnung*, Kohlhammer, 15. Auflage, Stuttgart, Vor § 128, Rn. 6; SODAN / ZIEKOW, § 129, Rn. 1; KOPP / SCHENKE, § 128, Rn. 1.

¹⁴⁴ EYERMANN / FRÖHLER, § 128, Rn. 2.

¹⁴⁵ KOPP / SCHENKE, Vor § 124, Rn. 58.

mahkemesindeki yargılama sırasında mahkemeye sunulamayacak durumda olmaları şartına bağlıdır (m. 128a).

İstinaf mahkemesinin re'sen araştırıp kararına dayanak yaptığı iddia ve delillerin, ilk derece mahkemesinde ele alınıp alınmadığı istinaf mahkemesi için önem taşımaz¹⁴⁶. İstinaf mahkemesi uyuşmazlığı yeniden ele almakta ve vaka ile delilleri yeniden incelemektedir¹⁴⁷. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere, istinaf yargılaması aynı zamanda ilk derece yargılamasının devamı niteliğindedir¹⁴⁸ ve ilk derece ve istinaf yargılamaları birlikte bir bütün oluşturur¹⁴⁹. Zira istinafın aktarıcı etkisi gereği, ilk derece mahkemesindeki uyuşmazlık istinaf aşamasında da devam etmektedir. Bu bakımdan istinaf aşamasında, ilk derece mahkemesindeki yargılama yok sayılarak, bütün usul işlemlerinin aynen tekrarlanması söz konusu değildir. Örneğin tarafların ilk derece mahkemesindeki iddia ve savunmalarını tekrarlamalarına gerek yoktur¹⁵⁰. Bu konu özellikle de usul ekonomisi açısından önem taşımaktadır.

İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinde ileri sürülen iddia ve savunmalar ile delilleri, ilk derece mahkemesinden bağımsız olarak dikkate alır ve bunları kararına dayanak yapabilir¹⁵¹. İstinaf mahkemesi, itiraz edilebilir olup olmadığı fark etmeksizin ilk derece mahkemesinin bütün ara kararlarını ve usul işlemlerini kapsamlı bir şekilde denetler¹⁵².

¹⁴⁶ SCHOCH / SCHNEIDER / BIER, § 128, Rn. 3. Önemli olan kararın verileceği anda istinaf mahkemesinin elindeki vaka ve delillerdir. (POSSER / WOLFF, § 128, Rn. 1.) KOPP ve SCHENKE, istinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesinde aynı delillere ilişkin yapılan değerlendirmelere bağlı kalmak zorunda olmasa da onları dikkate almak zorunda olduğundan, delillerin değerlendirilmesinde tamamen serbest olmadığı görüşündedir. (KOPP / SCHENKE, Vor § 125, Rn. 3a.)

¹⁴⁷ SODAN / ZIEKOW, § 128a, Rn. 8; SCHOCH / SCHNEIDER / BIER, § 128, Rn. 2.

¹⁴⁸ EYERMANN / FRÖHLER, § 128, Rn. 2.

¹⁴⁹ SCHOCH / SCHNEIDER / BIER, § 128, Rn. 3.

¹⁵⁰ POSSER / WOLFF, § 128, Rn. 9; KOPP / SCHENKE, § 128, Rn. 2.

¹⁵¹ SODAN / ZIEKOW, § 128a, Rn. 8; KOPP / SCHENKE, § 125, Rn. 3a; SCHOCH / SCHNEIDER / BIER, § 128, Rn. 3.

¹⁵² KOPP / SCHENKE, § 128, Rn. 3. VwGO m. 173/a gereği, kanunda açık hüküm bulunmayan hallerde, aralarında ilkesel fark yoksa medeni yargılama usul kurallarına başvurulacağından ZPO m. 512 gereği, bu ara kararlara itiraz edilmemiş olması, istinaf mahkemesinin kararı ilk derece mahkemesine yollaması için tek

Ancak somut olaya göre takdir yetkisini kullanarak bunların bir kısmının ya da tamamının yeniden toplanmasına da karar verebilir¹⁵³.

İstinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinde toplanan delilleri, örneğin tanık ifadelerini veya bilirkişi ve keşif raporlarını tekrarlamak zorunda değildir¹⁵⁴. Bunları dava dosyasındaki tutanaklar üzerinden değerlendirerek kararına dayanak yapabilir¹⁵⁵. Nitekim VwGO'nun 130b maddesine göre, istinaf mahkemesinin incelemeleri sonucunda tespit ettiği vaka ilk derece mahkemesiyle birebir aynıysa, istinaf mahkemesi (farklı bir şekilde değerlendirip değerlendirmedeği fark etmeksizin) bunları doğrudan kararına dayanak yapabilir¹⁵⁶.

İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinde delillerin değerlendirilmesinde hata yapıldığına ilişkin kuşklar taşıyorsa veya açıkça bazı usul hataları tespit ediyorsa; taraflar vakanın ilk derece mahkemesinde belirlenenen farklı bir şekilde ortaya çıktığını, değiştiğini veya yeni delillerin bulunduğunu ileri sürmüşlerse delillerin tekrarlanması gerekir¹⁵⁷. Zira ilk derece mahkemesinde toplanan deliller, istinaf mahkemesi için tutanağa bağlanmış birer belge niteliğindedir. Bu kapsamda istinaf mahkemesinin tanıdığı dinlemeden sadece tutanaktaki ifadelere istinaden, ilk derece mahkemesinden farklı bir değerlendirme yapması, sözlülük¹⁵⁸ ve delillerin doğrudanlığı ilkelerinin ihlali sonucunu doğuracağından¹⁵⁹, mahkeme delillerin tekrarlanmasına,

başına bir sebep teşkil etmez. (POSSER / WOLFF, § 128, Rn. 3.); (KOPP / SCHENKE, § 128, Rn. 3.)

¹⁵³ SCHOCH / SCHNEIDER / BIER, § 128, Rn. 3; POSSER / WOLFF, § 128, Rn. 10.

¹⁵⁴ KOPP / SCHENKE, § 128, Rn. 2

¹⁵⁵ POSSER / WOLFF, § 128, Rn. 12.

¹⁵⁶ POSSER / WOLFF, § 130b, Rn. 4.

¹⁵⁷ SODAN / ZIEKOW, § 128a, Rn. 8; SCHOCH / SCHNEIDER / BIER, § 128, Rn. 4; REDEKER / OERTZEN, Vor § 124, Rn. 16; EYERMANN / FRÖHLER, § 128, Rn. 2; POSSER / WOLFF, § 128, Rn. 11.

¹⁵⁸ Alman İdari Yargılama Usulünde yargılamaya hâkim olan ilkelerden biri de sözlülük ilkesidir. VwGO'nun "sözlü yargılama" başlığını taşıyan 101'inci maddesine göre, kanunda aksi öngörülmediği sürece kararın, dava malzemesinin maddi ve hukuki yönden ayrıntılı olarak tartışıldığı bir duruşma (sözlü yargılama) sonrası verilmesi esastır ve buna hüküm (Urteil) denir (VwGO m. 101/1; 107). Yargıcın tanık deliline başvurması ve tarafları isticvap etmesi de mümkündür.

¹⁵⁹ SODAN / ZIEKOW, § 128, Rn. 9; KOPP / SCHENKE, § 128, Rn. 2.

örneğin tanığın tekrar dinlenmesine karar verebilir. Bu husus mahkemenin takdirindedir. Ama özellikle de tanık delilinin niteliği gereği, istinaf mahkemesi tanık ifadelerini farklı bir şekilde değerlendirmişse veya tanık ifadesinin inandırıcılığı konusunda şüphe taşıyorsa, tanığı bizzat yeniden dinlemesi gerekir. Ayrıca ilk derece mahkemesinin hükme dayanak yapmadığı tanık ifadesini, istinaf mahkemesi kararına dayanak yapmak isterse bu halde de tanığın tekrar dinlenmesi gerekir¹⁶⁰. Bu açıklamalar keşif ve bilirkişi delilleri için de geçerlidir. İstinaf mahkemesi, tanık, bilirkişi, keşif gibi delilleri ilk derece mahkemesinden farklı bir anlam yükleyerek kararına dayanak yapacaksa bu delillere yeniden başvurmak zorundadır.

Son olarak belirtmek gerekir ki istinaf mahkemesi re'sen araştırma yetkisini kullanarak ilk derece yargılamasındaki usul kurallarının ve maddi hukuk normlarının hatalı uygulanması ve yorumlanmasındaki hukuka aykırılıkları ortaya çıkarmaya çalışırken aynı zamanda ilk derece mahkemesi hükmünün başka bir gerekçeyle varlığını sürdürmesi gerekip gerekmediğini de araştırır¹⁶¹. Başka bir deyişle sebep ikamesi yoluna başvurulduğu söylenebilir. Zira bu durumda istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin verdiği hükmü değil, yalnızca gerekçesini değiştirmektedir.

2. İstinaf İncelemesinin Sınırları

İstinaf incelemesinin ilk derece mahkemesindeki yargılamanın tekrarlanması ve incelemelerin derinleştirilip ilettilmesini sağlayan bir kurum olması, istinaf mahkemesinin sınırsız bir yargılama ve inceleme yapacağı anlamına gelmemektedir. İstinaf incelemesi ilk derece mahkemesinin hükmüyle sınırlı ve istinafa başvuran tarafın talebine uygun olarak gerçekleştirilir. Bu kapsamda istinaf mahkemesi gerekirse ilk derece mahkemesinde gerçekleştirilmiş usul işlemlerinden yararlanabilir¹⁶² ve zamanında mahkemeye sunulmuş olmaları şartıyla yeni vaka ve delilleri dikkate alabilir.

¹⁶⁰ SODAN / ZIEKOW, § 128, Rn. 9; KOPP / SCHENKE, § 128, Rn. 2; EYERMANN/ FRÖHLER, § 128, Rn. 1.

¹⁶¹ KOPP / SCHENKE, § 128, Rn. 3.

¹⁶² EYERMANN / FRÖHLER, § 128, Rn. 1.

a. İlk derece mahkemesinin hükmü

İstinaf incelemesinin temel özelliklerinden biri sadece ilk derece mahkemesinin hükmünün değil bütün bir uyuşmazlığın yeniden ele alınması, başka bir ifadeyle yargılamanın tekrarlanmasıdır¹⁶³. Ancak, yine de ilk derece mahkemesi tarafından verilen hükmün içeriği istinaf mahkemesinin yapacağı inceleme ve vereceği kararın sınırlarını çizmektedir. Zira istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesi hükmünde yer almayan yani hakkında karar verilmemiş hususlar hakkında karar veremez¹⁶⁴. Oysa medeni yargılama usulünde tarafların aralarında anlaşmaları halinde, ilk derece mahkemesince hakkında karar verilmemiş hususlar da istinaf mahkemesinde incelenebilir¹⁶⁵.

İlk derece mahkemesi uyuşmazlığın sadece bir kısmı veya birden fazla uyuşmazlıktan bir ya da birkaçı hakkında karar vermişse (kısmi karar, VwGO m. 110), hakkında karar verilmemiş kısımlar istinaf incelemesinin konusu yapılmaz¹⁶⁶. Ancak ilk derece mahkemesi hatalı bir şekilde dava dilekçesindeki taleplerin hepsini karşılayacak şekilde karar vermemişse istinaf mahkemesi, bu hukuka aykırılığı gidererek, dava dilekçesi hakkında tam bir karar verir¹⁶⁷. Ayrıca ilk derece mahkemesi hatalı olarak, bölünemeyen bir uyuşmazlık konusu hakkında kısmi karar vermişse istinaf mahkemesi, tarafların talebi olmaksızın kalan kısım hakkında da karar verir¹⁶⁸.

b. Taleple bağıllık ilkesi

VwGO'nun 129'uncu maddesinde yer alan “uyuşmazlığın istinaf başvurusu” çerçevesinde inceleneceğine ilişkin hüküm, istinaf aşamasında yapılacak incelemenin bir diğer sınırının istinafa başvuran tarafın talebi olduğunu göstermektedir¹⁶⁹. İstinaf mahkemesi istinafa başvuranın talebi çerçevesinde bir inceleme yapar ve başvuruyu haklı

¹⁶³ SODAN / ZIEKOW, § 128, Rn. 4; SCHOCH / SCHNEIDER / BIER, § 128, Rn. 3.

¹⁶⁴ SCHOCH / SCHNEIDER / BIER, § 128, Rn. 3.

¹⁶⁵ SCHOCH / SCHNEIDER / BIER, § 128, Rn. 3.

¹⁶⁶ SODAN / ZIEKOW, § 128, Rn. 4; KOPP / SCHENKE, § 128, Rn. 2; POSSER / WOLFF, § 128, Rn. 6.

¹⁶⁷ SODAN / ZIEKOW, § 128, Rn. 4; POSSER / WOLFF, § 128, Rn. 5.

¹⁶⁸ EYERMANN / FRÖHLER, § 128, Rn. 6.

¹⁶⁹ SCHOCH / SCHNEIDER / BIER, § 129, Rn. 7.

görülürse talep çerçevesinde bir karar verir. İstinaf mahkemesi, kararın itiraz edilen kısmı dışında kalan konularda karar veremez¹⁷⁰.

Alman idari yargılama usulünde tasarruf ilkesi geçerli olduğundan, yargılamanın başlamasında, dava konusunun ve talep sonucunun belirlenmesinde ve yargılamanın sona erdirilmesinde tarafların sahip olduğu tasarruf yetkisi¹⁷¹, kanun yollarına başvurup başvurmama ve başvuru konusu ile talep sonucunu belirleme noktasında da kendisini gösterir¹⁷². Nitekim mahkemenin istinaf başvurusuyla bağlı olması, ilk derece mahkemesinde geçerli olan ve kanunda açıkça düzenlenmiş olan taleple bağlılık ilkesinin kanun yolları aşamasındaki görünümüdür (m. 88)¹⁷³. İlk derece mahkemesindeki davacı, istinaftaki konumundan bağımsız olarak istinaf aşamasında davasını değiştirebilir (m. 91) veya genişletebilir (m. 124). Davalı da karşı dava açabilir (m. 89)¹⁷⁴.

¹⁷⁰ SODAN / ZIEKOW, § 128, Rn. 1; EYERMANN / FRÖHLER, § 129, Rn. 1.

¹⁷¹ Alman idari yargılama usulünde mahkeme ancak bir dava dilekçesi üzerine harekete geçebilir (m. 43, 47, 48, 50/5, 123); mahkeme davacının talep sonucu dışına çıkamaz (m. 88); davacı davasını değiştirebilir (m. 91); geri alabilir (m. 92/1); taraflar sulh olabilir (m. 106). Sadece yargılamanın tarafları kanun yollarına başvurabilir; kanun yollarına başvurmadan feragat edebilir (m. 127); kanun yoluna başvurudan vazgeçebilir (m. 126, 140). Alman idari yargılama usulünde feragat ve kabul konularında Medeni Usul Kanunu'na atıf yapılmıştır (m. 173). Tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri konularda davadan feragat mümkündür. Yine emredici kurallara aykırı bir sonuç doğurmadıkça idare davayı kabul edebilir. (MENGER, Christian-Friedrich (1963), "Allgemeine Prozessrechtssätze in der Verwaltungsgerichtsordnung", Staatsbürger und Staatsgewalt, Band II. Karlsruhe: Verlag C.F. Müller, 434; SCHENKE, s. 7; WÜRTEMBERGER, Thomas (2011), Verwaltungsprozessrecht, Verlag C.H. Beck, 3. Auflage, München, 256.)

¹⁷² SODAN / ZIEKOW, Vor § 124, Rn. 13; EYERMANN / FRÖHLER, § 129, Rn. 1; POSSER / WOLFF, § 129, Rn. 1.

¹⁷³ VwGO madde 88 şu şekildedir: "Mahkeme dava talebinin dışına çıkamaz; ancak dava dilekçesinin oluşturulma şekliyle bağlı değildir."

¹⁷⁴ KOPP / SCHENKE, § 128, Rn. 1; EYERMANN / FRÖHLER, § 128, Rn. 5. VwGO'nun 125'inci maddesi gereği kural olarak ilk derece mahkemesinde yapılan usul işlemleri, 84'üncü madde hariç istinaf aşamasında da yapılabilecektir. Ancak sırf davayı genişletmek, değiştirmek veya karşı dava açabilmek için istinafa başvurulamaz. Kaldı ki öncelikle ilk derece mahkemesindeki kararın maddi gerçeğe veya hukuka aykırılığı iddiası ciddi görülerek istinaf başvurusu kabul edilmiş olmalıdır. (POSSER / WOLFF, § 128, Rn. 1.2.)

İstinaf başvurusuyla neyin talep edildiği, hangi kapsamda bir değişiklik istendiği öncelikle istinafa başvuru dilekçesiyle belirlenir. Ancak mahkemenin, istinaf başvurusunda neyin talep edildiğini belirlerken istinaf dilekçesine sadece lafzi olarak yaklaşmaması, aksine amaca uygun yorum yapması¹⁷⁵, hatta istinaf aşamasında duruşma yapıldıysa duruşmadaki açıklamaları da dikkate alması gerektiği kabul edilmektedir¹⁷⁶.

Taraflar, yargılamadaki tasarruf yetkileri sayesinde ilk derece mahkemesi kararına hangi kapsamda itiraz edeceklerine kendileri karar verirler¹⁷⁷. İlk derece mahkemesi kararının kısmen ya da tamamen istinafa götürülmesi mümkündür. İlk derece mahkemesi kararının bir kısmı hakkında istinafa başvurulmuşsa, sadece bu kısım hakkında istinaf incelemesi yapılabilir¹⁷⁸. İstinaf mahkemesi de ilk derece mahkemesi kararını talep edilenden daha geniş ölçüde değiştiremez veya ortadan kaldıramaz¹⁷⁹. İstinaf mahkemesinin, ilk derece mahkemesi kararını başvuranın talebi dışına çıkararak değiştirmesi bir temyiz sebebidir¹⁸⁰. İstinaf mahkemesinin kararı bozarak ilk derece mahkemesine gönderdiği hallerde de ilk derece mahkemesi sadece istinaf talebi kapsamındaki hususlarla sınırlı olarak yeniden yargılama yapabilir¹⁸¹.

VwGO'nun 128'inci maddesi, dolaylı olarak aleyhe değiştirme (reformatio in peius) yasağını da içermektedir¹⁸². Bu ilke gereği, istinaf mahkemesinin istinafa başvuran tarafın aleyhine olacak şekilde karar vermesi yasaktır¹⁸³. İstinaf mahkemesi, istinafa başvuranın talebine bağlı

¹⁷⁵ POSSER / WOLFF, § 129, Rn. 1.

¹⁷⁶ POSSER / WOLFF, § 129, Rn. 2.

¹⁷⁷ SODAN / ZIEKOW, Vor § 124, Rn. 31.

¹⁷⁸ REDEKER / OERTZEN, § 128, Rn. 7; EYERMANN / FRÖHLER, § 129, Rn. 1.

¹⁷⁹ SCHOCH / SCHNEIDER / BIER, § 129, Rn. 3.

¹⁸⁰ Konuya ilişkin Alman Federal İdare Mahkemesi kararı için bkz. BVerwG NVwZ 2010, 188 (189).

¹⁸¹ EYERMANN / FRÖHLER, § 129, Rn. 2.

¹⁸² SCHOCH / SCHNEIDER / BIER, § 128, Rn. 2; KOPP / SCHENKE, § 129, Rn. 1; EYERMANN / FRÖHLER § 129, Rn. 1.

¹⁸³ SCHENKE, s. 388; POSSER / WOLFF, § 129, Rn. 5; WÜRTEMBERGER, s. 320. Bu kural diğer kanun yolları için de geçerlidir.

kalmalı ve her zaman itiraz edilen konu hakkında karar vermelidir¹⁸⁴. İlk derece mahkemesi kararının tamamı hukuka aykırı olsa bile, istinaf mahkemesi kararın itiraz edilmeyen kısmına ilişkin karar veremez; talep edilmeyen hususlara ilişkin düzeltmeler yapamaz; ilk derece mahkemesinin davacı lehine vermiş olduğu emir ve yasakları ortadan kaldıramaz¹⁸⁵. İstinafa başvuran sadece istinaf başvurusunun reddedilmesi rizikosuyla karşı karşıya kalmalıdır.

Aleyhe değiştirme yasağı, karşı tarafın da istinafa başvurusu halinde geçerli değildir¹⁸⁶. Ayrıca bu yasağın ilk derece mahkemesi kararının sadece hüküm fıkrasını kapsamaktadır¹⁸⁷. Yani istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinden farklı bir gerekçe oluşturabilir¹⁸⁸. Bu kapsamda karar gerekçesini değiştirebilir ve başka hukuki mülahazalarla ilk derece mahkemesi gibi karar verebilir. Gerekçenin değişmesinin istinafa başvuran kişinin hukuki durumunu olumlu veya olumsuz biçimde etkilemesi önemli değildir¹⁸⁹. Yine, mahkemenin istinaf incelemesi sonucu verdiği hükmün, dolaylı bir şekilde talep edilmemiş bazı idari işlemlerin geçersizliğine yol açması, taleple bağlılık ilkesinin ihlali sonucunu doğurmaz¹⁹⁰. Dava konusu kapsamında yer almadığından dava masrafları da taleple bağlılık ilkesi kuralına bağlı değildir¹⁹¹ (VwGO m. 173; ZPO m. 308 Abs. 2).

İlk derece mahkemesinde olduğu gibi, istinaf mahkemesi de talep sonucu ile bağlı; buna karşılık dilekçede ileri sürülen iddia ve delillerle bağlı değildir¹⁹². Bu kapsamda mahkeme, başvuranın talebi doğrultusunda ama onun ileri sürdüğünden başka gerekçelerle karar verebilir¹⁹³.

¹⁸⁴ SODAN / ZIEKOW, Vor § 124, Rn. 96.

¹⁸⁵ SCHOCH / SCHNEIDER / BIER, § 129, Rn. 5.

¹⁸⁶ EYERMANN / FRÖHLER, § 129, Rn. 1.

¹⁸⁷ SODAN / ZIEKOW, § 129, Rn. 5.

¹⁸⁸ SCHOCH / SCHNEIDER / BIER, § 129, Rn. 5; FRIEDHELM, Hufen (2011), Verwaltungsprozessrecht. Verlag C. H. Beck, 8. Auflage, München, 578.

¹⁸⁹ EYERMANN / FRÖHLER, § 128, Rn. 2; karşı görüşte SODAN / ZIEKOW, § 129, Rn. 5.

¹⁹⁰ POSSER / WOLFF, § 129, Rn. 4.

¹⁹¹ KOPP / SCHENKE, § 130, Rn. 5; SCHOCH / SCHNEIDER / BIER, § 128, Rn. 9.

¹⁹² SODAN / ZIEKOW, § 128, Rn. 10; KOPP / SCHENKE, § 130, Rn. 2.

¹⁹³ POSSER / WOLFF, § 129, Rn. 4.

İdari yargılama usulünün amacı dikkate alındığında, istinaf yargılamasında aleyhe değiştirme yasağının her halde katı bir şekilde uygulanması yargılamanın amacına aykırı olacaktır. Bu kapsamda yetki, ehliyet gibi kamu yararını ilgilendiren zorunlu dava şartlarındaki eksiklikler gibi kararın hukukiliğini etkileyen emredici kuralların ihlali halinde taleple bağlı olmaksızın başvuranın aleyhine karar verilebilir¹⁹⁴. Ancak bu görüşe aleyhe değiştirme yasağı nedeniyle karşı çıkanlar da bulunmaktadır¹⁹⁵.

Aleyhe değiştirme yasağına paralel olarak, istinaf mahkemesinin başvuranın talebinden daha fazlası hakkında karar vermesi de yasaktır¹⁹⁶. Başvurucu talep etmediği halde, onun lehine de olsa başka hususlara hükmedilemez.

c. İlk derece mahkemesine zamanında sunulmamış vaka ve delillerin durumu

Yukarıda açıkladığımız üzere istinaf mahkemesi, kural olarak uyuşmazlık hakkında taraflarca getirilen yeni vaka ve delilleri dikkate alıp almamakta serbesttir. Ancak idari yargıda usul ekonomisinin sağlanmasına yönelik olarak VwGO'nun 128a maddesine 1991 yılında özel bir düzenleme eklenmiş ve bu kurala bazı istisnalar öngörülmüştür¹⁹⁷. Yargılamanın hızlandırılması ve tarafların kötü niyetli olarak bilgi ve belgeleri mahkemeye geç sunmasını önleme amacı güden bu düzenlemeye göre¹⁹⁸, "*ilk derece mahkemesince belirlenen sürede mahkemeye verilmeyen bilgi ve belgelerin, öngörülen süreden sonra*

¹⁹⁴ POSSER / WOLFF, § 129, Rn. 10; KOPP / SCHENKE, § 130, Rn. 3; HUFEN, 578.

¹⁹⁵ EYERMANN / FRÖHLER, § 129, Rn. 4.

¹⁹⁶ POSSER / WOLFF, § 129, Rn. 9.

¹⁹⁷ "4. İdari Mahkemeler Kanunu Değişiklik Kanunu" (VwGOÄndG) ile yapılan 17.12.1990 tarihli ek düzenlemeden önce ilk derece mahkemesinde getirilmesi gereken bir bilgi veya belgenin, istinaf aşamasında ileri sürülmesi yargılama masraflarının artmasına yol açıyorsa, bu artışın gecikmeye sebep olan taraftan talep edilmesi mümkündür. (POSSER / WOLFF, § 128a, Rn. 1.) Yargılamanın hızlandırılması amacıyla kanun yollarında yapılan değişiklikler hakkında bkz. KIENEMUND, Beate (2002). "Das Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess", *NJW* 2002, s. 1231.

¹⁹⁸ SODAN / ZIEKOW, § 128a, Rn. 1; POSSER / WOLFF, § 128, Rn. 2. Yeni düzenleme temyiz ve itiraz aşamasında da geçerlidir. İlk derece aşaması için de aynı yönde bir düzenleme m. 87b ile getirilmiştir.

kabul edilmesi, istinaf mahkemesinin bunların dikkate alınmasının yargılamayı uzatmayacağına kanaat getirmesi veya tarafların gecikmeye ilişkin özrünü kabul etmesine bağlıdır. İlk derece mahkemesinde belirlenen süre içinde getirilmeyen açıklama ve deliller, mahkemenin, bunların dikkate alınmasının yargılamayı uzatmayacağına kanaat getirmesi ve tarafın gecikme için yeterli özrü varsa dikkate alınabilir. Mahkemenin talebi olursa bu özür mahkemeye kanıtlanmalıdır. Taraf ilk derece mahkemesince gecikmenin sonuçları hakkında uyarılmamışsa veya tarafın katkısı olmaksızın az bir uğraşla ilgili vaka veya delilin incelenmesi mümkünse birinci cümle uygulanmaz” (m. 128a).

İdari yargılama usulünde re’sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu, mahkemenin vaka ve delilleri toplarken tamamen yalnız olmadığı, tarafların da mahkemeye iş birliği yapması gerektiği VwGO’nun 86’ncı maddesinde açıkça düzenlenmiştir. İşte VwGO’nun 128a maddesindeki bu düzenleme tarafların mahkemeye iş birliği yüküne aykırılığın sonuçlarını bir kez daha vurgulamaktadır¹⁹⁹.

Mahkemeye sunulan yeni vaka ve delillerin reddedilebilmesi için kanundaki şartların kümülatif olarak gerçekleşmesi gereklidir²⁰⁰. Davanın aydınlatılması için önemli bir rol oynamaları mümkün olduğu halde ilk derece mahkemesinde ileri sürülmemiş veya ileri sürülmekle birlikte gerekçelendirilerek dikkate alınmamış vakalar veya deliller bu madde kapsamında “yeni” sayılırlar²⁰¹; ancak usul işlemleri bu kapsamda değildir²⁰². İlk derece mahkemesindeki yargılamada ileri sürülmüş ama karara dayanak yapılmamış iddia ve deliller de yeni sayılmazlar²⁰³.

İlk derece mahkemesi, iddia ve delilleri somut olarak belirterek, belli bir süre içinde mahkemeye sunulmalarını bir ara karar ile taraflara emretmiş ancak taraflar bu emri yerine getirmemişse, istinaf mahkemesinin bunları dikkate alması, mahkemenin, yeni vaka ve delillerin dikkate alınmasının yargılamanın gecikmesine sebep

¹⁹⁹ EYERMANN / FRÖHLER, § 128a, Rn. 1; POSSER / WOLFF, § 128a, Rn. 2.

²⁰⁰ POSSER / WOLFF, § 128a, Rn. 5.

²⁰¹ SODAN / ZIEKOW, § 128a, Rn. 2; EYERMANN / FRÖHLER, § 128a, Rn. 3.

²⁰² POSSER / WOLFF, § 128a, Rn. 4.

²⁰³ SODAN / ZIEKOW, § 128a, Rn. 2.

olmayacağına karar vermesi veya tarafların gecikme için mahkemeye sunduğu mazeretin kabul edilmesine bağlıdır.

Yargılamanın gecikmesi ile kast edilen incelemenin karar verme aşamasına gelmiş olması²⁰⁴ ve istinaf mahkemesinin geciken vaka veya delilleri dikkate alması halinde yargılamanın daha uzun bir sürede sonuçlanacak olmasıdır²⁰⁵. Mahkemenin burada orantılılık ilkesini dikkate alması, yargılamanın uzamasıyla mahkemenin adil bir hükme ulaşması arasındaki ilişkiyi göz ardı etmemesi önemlidir²⁰⁶. Ancak ilk derece mahkemesinde taraflar gecikmenin sonuçları hakkında bilgilendirilmemişse veya tarafın katkısı olmaksızın az bir çabayla vakanın araştırılması mümkünse istinaf aşamasında sunulan gecikmiş vaka ve deliller de mahkemece kabul edilir. Ayrıca, davanın değiştirilmesi ve karşı dava halinde bu kural uygulanmaz.

İstinaf mahkemesinin geciken iddia ve delilleri kabul etmesi halinde ayrıca bir karar vermesine gerek yoktur; bunları dikkate alarak kararına dayanak yapması yeterlidir. Ancak geciken iddia ve delilleri reddetmesi halinde, gerekçesini hükümde ayrıntılı bir şekilde açıklamalıdır²⁰⁷. Böylece karar, temyiz aşamasında kanuni şartların gerçekleşip gerçekleşmediği açısından denetlenebilir²⁰⁸. Nitekim diğer usul kurallarına kıyasla bu düzenlemenin daha sıkı bir yargısal denetime tabi olması gerektiği kabul edilmektedir²⁰⁹. Bir iddia veya delilin 128a maddesi kapsamında yer almadığı halde haksız şekilde kabul edilmediği iddiası, hukuki dinlenilme hakkının ihlali anlamı taşır ve bir temyiz sebebiidir²¹⁰.

²⁰⁴ KOPP / SCHENKE, § 129, Rn. 2.

²⁰⁵ POSSER / WOLFF, § 128a, Rn. 9. İstinaf mahkemesinin vaka ve delilleri toplamaya devam ettiği bir aşamada gecikmiş vaka ve deliller kabul edilmelidir. (POSSER / WOLFF, § 128a, Rn. 10.)

²⁰⁶ POSSER / WOLFF, § 128a, Rn. 9.1.

²⁰⁷ SODAN / ZIEKOW, § 128a, Rn. 5; EYERMANN / FRÖHLER, § 128a, Rn. 8.

²⁰⁸ KOPP / SCHENKE, § 129, Rn. 4.

²⁰⁹ POSSER / WOLFF, § 128a, Rn. 3. Konuya ilişkin Federal Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. BVerfGE 75, 302 (312); *NJW* 1987, 2733 (2734).

²¹⁰ SODAN / ZIEKOW, § 128a, Rn. 6; EYERMANN / FRÖHLER, § 129, Rn. 5; EYERMANN / FRÖHLER, § 128a, Rn. 8.

128a hükmünün uygulanmasından önce davanın taraflarının hükmün uygulanmasına ilişkin görüşlerine başvurulması yani mahkemece dinlenmeleri de gerekmektedir. Taraflar dinlenilmeden, hükmün uygulanması da ayrıca hukuki dinlenilme hakkının ihlali sayılır²¹¹.

128a'nın ikinci fıkrası, ilk derece mahkemesinde haklı bir sebeple reddedilen iddia ve delillerin istinaf incelemesinde de dikkate alınmayacağına ilişkindir. Bu halde VwGO'nun 87b maddesinin uygulanması söz konusudur²¹². Zira tarafların ilk derece mahkemesince kabul edilmeyen iddia ve delillerinin, istinaf mahkemesi tarafından kabul edilmesi, 87b maddesinin anlamını ortadan kaldıracaktır²¹³. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus ilk derece mahkemesinin taraflarca mahkemeye sunulan iddia ve delilleri kanuna uygun bir şekilde reddetmiş olmasıdır. Bu nedenle istinaf mahkemesi bu aşamada ilk derece mahkemesinin ilgili tarafa belli bir süre verip vermediğini, tarafın özrünün kabul edilebilir olup olmadığını ve yargılamanın gecikmesine sebep olup olmayacağını araştırmalıdır²¹⁴.

Re'sen araştırma ilkesinin hâkim olduğu idari yargılama usulünde, sürenin kaçırılması sebebiyle davanın sonucuna etki edebilecek vaka ve delillerin reddedilmemesi gerektiğinden, hükmün istisna olduğu göz ardı edilmemelidir²¹⁵. Zira aksi durum maddi gerçeğe uygun bir hükmün bulunmasından imtina edilmesi anlamı taşır²¹⁶. Yine de bu düzenleme Alman Anayasası'nın 203'üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan hukuki dinlenilme hakkının bir gereği olarak görülmektedir²¹⁷. Çünkü bu

²¹¹ POSSER / WOLF, § 128a, Rn. 3.

²¹² VwGO 87b maddesi ilk derece incelemesi sırasında mahkemenin taraflara belli bir süre tanıyarak vaka ve delillilerin sunulmasını isteyebileceği ancak sürenin geçirilmesinden sonra sunulan vaka ve delillerin dikkate alınmayacağını düzenlemektedir. Bu maddenin istinaftaki karşılığı VwGO 128a maddesidir.

²¹³ KOPP / SCHENKE, § 129, Rn. 6.

²¹⁴ SODAN / ZIEKOW, § 128a, Rn. 8.

²¹⁵ SCHOCH / SCHNEIDER / BIER, § 128a, Rn. 2; SODAN / ZIEKOW, § 128a, Rn. 8; POSSER / WOLFF, § 128a, Rn. 3; EYERMANN / FRÖHLER, § 128a, Rn. 1.

²¹⁶ POSSER / WOLFF, § 128a, Rn. 3. BVerfGE 75, 302 (312) = NJW 1987, 2733 (2734); BGH NJW 2008, 1312 (1316).

²¹⁷ SCHOCH / SCHNEIDER / BIER, § 128a, Rn. 2; SCHMIDT Burkhard (1992), "Verspätete Beweisantritte in der Berufungsinstanz", NJW 1992, 2005.

düzenleme ile tarafların sonradan getirdikleri vaka ve delillerin istinaf mahkemesinde ne ölçüde dikkate alınacağı önceden öngörülerek hukuki belirlilik sağlanmıştır. Kanun koyucu, idari yargılama usulünde istinaf incelemesinin kapsam ve sınırlarını net bir şekilde çizerek ZPO kurallarının uygulanmasının önüne geçmiştir²¹⁸. Bu hüküm temyiz ve şikâyet başvuruları için de geçerlidir.

SONUÇ

İlk derece mahkemesi tarafından verilen kararları maddi gerçeğe uygunluk ve hukuka uygunluk açısından denetleyen istinaf kanun yolu, mahkeme kararlarının en az hatayla verilmesini sağlayarak hukuk barışının gerçekleşmesine katkı sağlamaktadır. Ancak üç dereceli yargılama, Türkiye gibi bütün kanun yollarının tüketilmesinin alışkanlık olduğu ülkelerde yargılamanın uzamasına, mahkemelerin ağır iş yükü altında ezilmesine ve toplumda makul sürede adalete erişememekten kaynaklı huzursuzlukların yaşanmasına sebep olabilecektir. İşte bu nedenle istinaf mahkemelerinin yapacağı incelemenin kapsam ve sınırlarının net bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir.

Yukarıda Fransız ve Alman idari yargılama usullerinde istinafin kapsam ve sınırlarına ilişkin yaptığımız açıklamalardan şu sonuçlara varmak mümkündür:

1) İstinafın kapsam ve sınırlarının içtihatlarla belirlenmesi mümkün olmakla beraber, bu uzun yıllara yayılan bir süreci, yargıçların mesleki uzmanlığını ve içtihat birliğini gerektireceğinden Almanya'da olduğu üzere detaylı yasal düzenlemeye konu olması daha yerinde olacaktır.

2) İstinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını değil; uyumsuzluğu yeniden ele almalıdır. İstinaf incelemesi, sadece ilk derece mahkemesinde yapılan incelemelerin tekrarlanmasını değil; derinleşmesini ve ilerletilmesini sağlayan bir kanun yoludur. İlk derece mahkemesinde yapılan yargılama ile istinaf aşamasında yapılan incelemelerin hepsi bir bütünlük arz etmektedir.

²¹⁸ SCHOCH / SCHNEIDER / BIER, § 128, Rn. 1.

3) İstinaf mahkemesi re'sen araştırma yetkisini kullanarak uyuşmazlığı aydınlatmalı, ancak usul ekonomisi açısından ilk derece mahkemesindeki usul işlemlerinden sadece üzerinde çekişme olanları dikkate almalıdır.

4) İstinaf mahkemesinin uyuşmazlığı bizzat yeniden incelemek zorunda olduğu unutulmamalı; kanunda sayılan sınırlı haller dışında karar, ilk derece mahkemesine geri gönderilmemelidir.

Bölge idare mahkemesi istinaf incelemesinde, idare mahkemesinde duruşma yapılması gerekirken yapılmaması²¹⁹, çelişme ilkesine aykırılık

²¹⁹ Danıştay, istinaf yetkilerinin kullanıldığı (kararın kaldırılarak ilk derece mahkemesine gönderilmesi yerine inceleme yapılarak esasa ilişkin karar verildiği) ivedi yargılama usulüne tabi bir davada, ilk derece mahkemesinde duruşma yapılması gerekirken yapılmadığı gerekçesiyle, dosyayı duruşma yapılmak suretiyle yeniden karar verilmek üzere ilk derece mahkemesine göndermiştir. Danıştay bu davada gerekli incelemeyi yaparak kendisi esasa ilişkin bir karar verme yoluna gitmemiştir. Danıştay, 13. D., 20.11.2017, E. 2014/3662, K. 2017/3163. (Aktaran, AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil (2018), Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, s. 856.) Kanaatimizce karar hatalıdır. İYUK'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının "i" bendi açıktır. Danıştay ancak, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan temyizi haklı bulduğu hallerde kararı bozmakla birlikte dosyayı geri gönderir. Bunun dışında maddi vakalar hakkında edinilen bilgiyi yeterli görürse veya temyiz sadece hukuki noktalara ilişkin ise yahut temyiz olunan karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise işin esası hakkında karar verir. Aksi hâlde gerekli inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak esas hakkında yeniden karar verir. Ayrıca Ankara Bölge İdare Mahkemesi Başkanı Esat TOKLU da Danıştay'ın 150. Kuruluş Yıldönümü ve İdari Yargı Günü Sempozyumu'nun soru-cevap bölümünde idare mahkemesinde duruşma yapılması gerekirken yapılmaması ve istemlerden biri hakkında hüküm kurulmaması gibi durumlarda istinaf incelemesi sonucunda dosyanın idare mahkemesine geri gönderildiğini belirtmiştir. (TOKLU, Esat (2018), "Türk İdari Yargısının İstinaf Deneyimi, Karşılaştığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Danıştay'ın 150. Kuruluş Yıldönümü ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, 10-11 Mayıs 2018, Ankara.) Danıştay'ın ivedi yargılama usulüne tabi davalarda yaptığı kanun yolu incelemesinde ve bölge idare mahkemelerinin yaptığı istinaf incelemelerinde Kanun'da yazılı haller dışında dosya ilk derece mahkemesine gönderilmemelidir. Zira bu incelemelerde kanun yolu mercileri ilk derece mahkemelerinin kullandığı yetkilere benzer yetkiler kullanmaktadırlar. Kanun yolu mercileri, sayılan istisnalar dışında, gerekli inceleme ve tahkikatı yapmak ve usule ilişkin eksiklikleri gidermek suretiyle esasa ilişkin karar vermekle görevlendirilmiştir. Aksi halde yapılan incelemenin temyiz incelemesinden bir farkı olmayacak, istinaf kanun yolundan

gibi usul hataları yapıldığına karar verirse kanaatimizce dosyayı idare mahkemesine göndermemelidir. Bu durumda Fransız idari yargılama usulünde olduğu gibi canlandırma (évocation) yoluna başvurularak bölge idare mahkemesinde adeta ilk derece yargılamasının tekrarlanmasına gidilmelidir. Aksi halde uyuşmazlığın çözümlenmesi süreci uzayacak ve istinaf incelemesinden beklenenin aksi yönde sonuçlar ortaya çıkacaktır. Tarafları yeniden ilk derece yargılamasına itmek kanaatimizce yararsızdır.

5) Yukarıda bahsedildiği gibi Fransa’da iptal davasında, davaya konu idari işlemin hukuka aykırı olduğu iddiası iki hukuki sebep üzerine inşa edilebilir: idari işlemin iç unsurları (sebeplere, konu ve amaç) bakımından hukuka aykırılığı ve dış unsurları (yetki ve şekil) bakımından hukuka aykırılığı. Davacı davasını bu iki sebepten biri üzerine inşa ettiğinde kural olarak istinaf aşamasında da haklılığını ispat etmek üzere yalnızca bu sebep çerçevesinin içinde kalarak yeni sebep ve vasıtalar ileri sürebilir²²⁰. Fransız idari yargılama usulünde davacıya ilişkin bu sınırlamanın gerekçesi olarak davayı davacının kurması ve bunun için yeterli zamanının olması gösterilmektedir. Ancak idari yargıda dava açma süreleri kısadır ve davacı dava konusu işleme ilişkin tam bilgiye çoğu zaman ancak dava esnasında ulaşabilmektedir. Re’sen araştırma ilkesi ile birlikte düşünüldüğünde davacının rolü idari yargıda adli yargıya nazaran daha sınırlı olmaktadır.

Fransız idari yargılama usulünde istinaf aşamasında davacıya getirilen bu sınırlamanın doğru bir çözüm olmadığı kanaatindeyiz. İptal davasının öncelikli amacı idarenin hukuka uygun davranmasını sağlamak ve hukuka aykırı idari işlemi iptal etmektir. Ayrıca birçok durumda idare gerekçe göstermeden işlem tesis etmekte ve işleme ilişkin bilgi ve belgeleri elinde tutmaktadır. İlgili, idari işleme ilişkin tam bilgiye çoğu zaman ancak idare dava mahkemesine talep edilen bilgi ve belgeleri verdiğinde ulaşmaktadır. Dolayısıyla ilk derecede idari işlemin konu unsuru bakımından hukuka aykırı olduğunu iddia eden davacı

(adı geçen karar için de ivedi yargılama usulünden) beklenen yarar sağlanamayacaktır.

²²⁰ Kamu düzenine ilişkin olan yetki unsuruna ve bunun dışında kamu düzenine ilişkin diğer hususlara dair hukuka aykırılık iddialarının ise davanın her aşamasında ileri sürülebileceğini tekrar hatırlatmak gerekir.

sonradan işlemin aslında şekil unsuru bakımından hukuka aykırı olduğu kanaatine varabilir. Davacının bu yönde bir iddiasını istinafta ileri sürmesini engellemek, iptal davasının amacı ve re'sen araştırma ilkesiyle bağdaşmaz. Davacı, örneğin davaya konu işleme ek olarak başka bir işlemin de iptalini talep ederek talebini genişletmediği sürece, istinafta ileri sürülen yeni hukuka aykırılık sebepleri ve deliller incelenmelidir. Re'sen araştırma ilkesi dikkate alındığında 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 16'ncı maddesinin dördüncü fıkrası²²¹ da bu yönde bir kabule engel değildir. Bu sayede istinafi sadece bir düzeltme – iptal yolu olmasının ötesinde uyuşmazlığı tümüyle çözen bir tamamlama yolu haline getirmek, istinaftan beklenen faydanın da sağlanmasını mümkün kılacaktır.

7) İstinaf aşamasında talep sonucunun değişmesi hususunda daha katı bir tutum izlenmektedir. Gerçekten de ilk derecede düzenleyici işlemin bir maddesinin iptali talep edildikten sonra istinafta başka maddelerin de iptalinin talep edilmesi ya da tam yargı davasında ilk derecede tazmini talep edilmeyen birtakım zararların istinaf aşamasında talep edilmesi makul görünmemektedir. Ancak bu hususta da çok katı bir tutum izlenmemelidir. Hukuki durumun değişmesi, zararın ağırlaşması gibi durumların söz konusu olması halinde Fransız ve Alman idari yargılama usullerinde olduğu gibi istinaf aşamasında talebin genişletilmesine imkân tanınmalıdır.

²²¹ Söz konusu fıkra şu şekildedir: “Taraflar, sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemezler.”

KAYNAKÇA

AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil (2018), Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara.

BROYELLE, Camille (2017), Contentieux Administratif, LGDJ, 5. Édition, Paris.

Célérité et Qualité de la Justice, La Gestion de Temps dans le Procès, Rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, par MAGENDIE, Jean-Claude, 15 juin 2004, İnternet: www.presse.justice.gouv.fr/art_pix/rapport-magendie.pdf.

CHABANOL, Daniel (2010), “L’Office du Juge d’Appel”, Zbornik Radova Pravnog Fakulteta u Splitu, god. 47, 3, str. 513-521.

CHAPUS, René (2008), Droit de Contentieux Administratif, Montchrestien, 13. Édition, Paris.

CORNU, Gérard (2014), “Adages et Brocards”, Dictionnaire de la Culture Juridique, Publié sous la Direction de Denis Allans et Stéphane Rials, Quadriga / Lamy-Puf, 5. Tirage.

CORNU, Gérard (2016), Vocabulaire Juridique, PUF, 11. Édition, Paris.

ÇAĞLAYAN, Ramazan (2017), İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa-Türkiye Mukayeseli Bir Deneme), Seçkin Yayıncılık, Ankara.

DAYINLARLI, Kemal (2013), Fransızca-Türkçe Hukuk Terimleri Sözlüğü, Dayınlarlı Yayınları, 4. Baskı, Ankara.

EYERMANN, Erich/FRÖHLER, Ludwig (2010), Verwaltungsgerichtsordnung: Kommentar, Verlag C.H. Beck, 13. Überarbeitete Auflage, München.

FRIEDHELM, Hufen (2011), Verwaltungsprozessrecht, Verlag C. H. Beck, 8. Auflage, München.

FRIER, Pierre-Laurent / PETIT, Jacques (2015), Droit Administratif, LGDJ, 10. Édition, Paris.

GJIDARA, Marc (2014), "Le Contrôle du Juge d'Appel en Contentieux Administratif", Zbornik Radova Pravnog Fakulteta u Splitu, god. 51 (2), str. 233-255.

GOHIN, Olivier (2009), Contentieux Administratif, LexisNexis, 6. Édition, Paris.

GUYOMAR, Mattias/SEILLER, Bertrand (2012), Contentieux Administratif, Dalloz, 2. Édition, Paris.

KAPLAN, Gürsel (2016), Fransız İdari Yargılama Hukukunda Kararlara Karşı Başvuru Yolları, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa.

KAUFMANN, Manfred (2002), Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Mohr Siebeck, Tübingen.

KIENEMUND, Beate (2002), "Das Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess", NJW.

KONURALP, Haluk (2001), "Fransız Hukukunda Kanun Yolları Arasında İstinafın Yeri (Hukuk Davaları Açısından)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 50, Sa. 1, s. 25-49.

KOPP. Ferdinand/SCHENKE, Wolf-Rüdiger (2011), Verwaltungsgerichtsordnung: Kommentar, Verlag C.H. Beck, 17. Neue Arbeitete Auflage, München.

LELLIG, Wendy (2015), L'Office du Juge Administratif de la Légalité, Thèse de Doctorat, Délivré par l'Université de Montpellier.

MENGER, Christian-Friedrich (1963), "Allgemeine Prozessrechtssätze in der Verwaltungsgerichtsordnung", Staatsbürger und Staatsgewalt, Band II. Karlsruhe: Verlag C.F. Müller, s. 427- 447.

OĞUZ, Arzu (2003), Karşılaştırmalı Hukuk, Yetkin Yayınları, Ankara.

PACTEAU, Bernard (2008), Traité de Contentieux Administratif, Presses Universitaires de France, Paris.

POSSER, Herbert/WOLFF, Heinrich Amadeus (2018), Beck'sische Online Kommentare: VwGO, Verlag C.H. BECK, 45. Edition, München.

REDEKER, Konrad/OERTZEN, Hans Joachim (2010), Verwaltungsgerichtsordnung, Kohlhammer, 15. Auflage, Stuttgart.

RICCI, Jean-Claude (2016), Contentieux Administratif, Hachette, 5. Édition, Paris.

RIVERO, Jean (1961), "La Distinction du Droit et du Fait dans la Jurisprudence du Conseil d'État Français", Dialectica, Vol. 15, No. 3/4, Discussion sur l'idée d'une philosophie d'inspiration scientifique, p. 462-480

ROŞU, Claudia (2014), "The Limits of the Devolutive Effect of the Appeal in The Civil Lawsuit", Juridical Current, Vol. 17, Issue 4, p. 204-215.

SARAÇ, Tahsin (1985), Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük, Adam Yayınları, İstanbul.

SCHENKE, Wolf-Rüdiger (2012), Verwaltungsprozessrecht, Verlag C.F. Müller, 13. Aufgag, Heidelberg.

SCHMIDT, Burkhard (1992), "Verspätete Beweisantritte in der Berufungsinstanz" NJW.

SCHOCH, Friedrich / SCHNEIDER, Jens-Peter/BIER Wolfgang (2017), Verwaltungsgerichtsordnung, Verlag C. H. Beck, 33. Ergänzungslieferung.

SODAN, Helge/ZIEKOW, Jan (2010), Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Auflage, Baden-Baden.

TOKLU, Esat (2018), "Türk İdari Yargısının İstinaf Deneyimi, Karşılaştığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Danıştay'ın 150. Kuruluş Yıldönümü ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, 10-11 Mayıs 2018, Ankara.

VAN LANG, Agathe/GONDOUIN, Geneviève/INSERQUET-BRISSET, Véronique (2015), Dictionnaire de Droit Administratif, Sirey, Dalloz, 7. Édition, Paris.

WALINE, Jean (2014), Droit Administratif, Dalloz, 25. Édition, Paris.

WÜRTEMBERGER, Thomas (2011), Verwaltungsprozessrecht, Verlag C.H. Beck, 3. Auflage, München.