

KAOS VE HUKUK

(Bir Temyiz Arzuhâli)

Taraflar arasındaki (“İmarlı Arsa ve Tesis Sözleşmesi (Alacaklı)” sözleşmesinin ihlalden kaynaklanan alacak davasının yapılan yargılaması sonunda verilen mahkemenin yargı kolu yönünden görevsizliğine dair hükmü aşağıdaki nedenlerle temyiz ediyoruz:

I. HÜKMÜN ÖZETİ

1. Gerekçeli hükümde özetle; davanın Ankara Kentel Dönüşüm Projesi kapsamında İmarlı arsa ve tesis Sözleşmesine aykırılık iddiasına dayalı tazminat isteği olduğu; uyuşmazlığın adli yargı görevinde olup olmadığı hususunda toplandığı; dava konusu taraflar arasında imzalanan 07.12.2005 tarihli İmarlı Arsa ve Tesis Sözleşmesinin Kentel dönüşüm projesi kapsamında kaldığı ve söz konusu sözleşmenin kamu gücü kullanılarak tek yanlı iradenin baskın olarak imzalandığı, nitekim aynı sözleşmeye dayanılarak eksik tesis bedelinin tahsili istemine ilişkin davaların idari yargının görevinde olduğunun Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin kararları ile benimsenmiş olmasına göre, davaya bakmanın 2377 Sayılı İdari Yargılama Usul Kanununun 2/1-b maddesinde yer alan idari işlem veya eylemlerinden dolayı kişisel hakkı zedelenenler tarafından açılan tam yargı davaları kapsamında idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği kanaati olduğundan davaya bakmanın idari yargının görevli olduğu yargısına varıldığını, ancak bu tür davalara şimdiye kadar Adli Yargının baktığı ve Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin içtihat değişikliği nedeniyle İdari Yargı görevli kabul edildiğinden Mahkemenin görevsizliğine karar verilmiştir.

II. TEMYİZ NEDENLERİ

A. Yargıtay’ın hiçbir bir dairesi “yerleşik içtihadından dönmeye” görevli ve yetkili değildir

2. 2797 sayılı Yargıtay Kanununun 15 (c) Yargıtay dairelerinden biri; yerleşmiş içtihadından dönmek isterse, benzer olaylarda birbirine uymayan kararlar vermiş bulunursa Bunları içtihatların birleştirilmesi yoluyla kesin olarak karara bağlamak Hukuk ve Ceza Genel Kurullarının görevidir.

3. Anılan madde gereğince, Yargıtay daireleri yerleşik içtihatlarından dönme yetkisi yoktur. Yargıtay daireleri, kural olarak yerleşik içtihatlarıyla bağlıdırlar. Bu içtihatlarından dönmek isterlerse, genel kurula başvurarak içtihatların birleştirilmesini talep etmeleri gerekir. Genel kurul bu hususu kesin olarak karar bağlamaya yetkilidir.

4. Bu durum yasal bir zorunluluk olmasının yanı sıra Hukuki Güvenlik ilkesi de normların önceden öngörülebilmesini, sürekli ve bir ölçüde değişmez olmasını gerektirir. Çünkü hukuk sürekli olduğu zaman, önceden kestirilebilir ve ona güvenilebilir. Benzer olaylarda, farklı kararlar verilmesi, hukuki güvenliği ortadan kaldırır. Hukuki güvenlik ilkesi de, içtihatların bir ölçüde bağlayıcı olmasını zorunlu kılar.

5. Ayrıca Anayasa'nın 10. maddesine göre, herkes, dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri şekilde ayırım yapılmaksızın kanun önünde eşittir. Hiç bir aileye, kişiye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanımaz. Devlet organları ve idari makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik prensibine uygun olarak hareket etmek zorundadır. Pozitif hukukumuz açısından eşitlik prensibi, yargı organlarını da bağlayıcıdır. **Kuşkusuz eşit davranma mecburiyeti, yargı erki açısından benzer olaylarda benzer hükümlerin verilmesi gereğini de kapsar.** Benzer olaylarda farklı hükümler verilmesi, başka bir deyimle içtihat uyuşmazlığı bir anlamda Anayasa'nın eşitlik prensibinin ve adil yargılanma hakkının ihlali demektir (bakınız, Fahrettin Kayhan "özel hukuk uygulamasında yargı içtihatlarının ve içtihadı Birleştirme kararlarının normatif gücü", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1999/2, s 342 vd.).

6. Diğer taraftan, Yargıtay'ın vermiş olduğu kararların büyük bölümü yayına kapalıdır. Vatandaşın ve avukatların bunları güncel olarak takip etmesi bu nedenle olanaksızdır. Biz vatandaşlar içtihatları, ya nasıl temin ettiklerine akıl erdiremediğimiz bir takım özel şirketlerin içtihat programlarına abone olarak, ya da Yüksek Yargıçların yayınlamayı uygun gördükleri içtihatlı notlu pahalı kitapları edinerek kısmen öğrenebiliyoruz. Davaların kaderi üzerinde bu kadar etkili olan yüksek mahkeme kararlarının kamuya açılmaması hukuksal öngörülebilirliği tümenden ortadan kaldırmaktadır. Kaldı ki, davayı açtığımız tarihte olmayan bir içtihadı, bilmemiz ve öngörmemiz de olanaksızdır (Bkz. Fahrettin Kayhan Yargısal İchtihatlardan Yararlanma Yöntemi ve Türk Hukuku" Banka Ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Sempozyum ve Tartışmalar XI, Ankara 14 Mayıs 1999). Yeri gelmişken belirtelim, şu anda benzer davalar halen adliye mahkemelerinde derdest olup, yargılamaya devam ediyor. **Yani Dairenin içtihadından döndüğünden, haklı nedenlerle haberi olmayan Ankara'da birinci sınıf hâkimlerimiz var.**

7. Bu ve benzeri hukuk dışı uygulamalar karşısında tecrübeli ve titiz bir avukatın bile, Türk hukuk uygulamasında görevli mahkemeyi saptaması, hiç bilgisi olmayan bir alanda örneğin Clay Matematik Enstitüsünün ilan ettiği 1 Milyon Dolar ödüllü matematik problemlerinden birini çözmesinden daha zordur.

8. Mahkemenin Yargıtay'ın kendi kuruluş yasasına aykırı yöntemle içtihadından dönmek suretiyle benimsediği yeni kararları otomatik uygulamak yerine, aynı Kanununun 45. Maddesini işleterek 15. Madde uyarınca İçtihatların birleştirilmesini Yargıtay Birinci Başkanlığından talep etmesi ve verilecek kararı bekletici mesele yapması, hukukun üstünlüğünün cari olduğu ülkelerdeki Mahkemelerden beklenebilecek bir hukuk duyarlılığıdır. Biz bu düzeyde bir hukuk kalitesini Devletten talep etmek görevimiz olsa da olumlu sonuç almayı da bekleyemeyecek kadar gerçekçiyiz. Buna her şeyden önce, yargıçların terfi sistemi, yargı sistemine hakim olan paradigmlar engeldir. Ya da “iş çokluğu” vesaire...

Hukukun yardımcı kaynağı olan içtihadın, Mahkemece yasa hükmü gibi temel kaynak olarak alınarak, hiçbir gerekçe gösterilmeden davanın başına olmayan erişim olanağımız bulunmayan hukuka aykırı olarak tesis edilmiş içtihadı uyularak görevsizlik kararı verilmesi yasaya uygun olmamıştır. Yargısal içtihatların bağlayıcı olmadığı kabul edildiğinde göre Mahkemeden hiç olmazsa yeni içtihadı niçin **uyduğunu** açıklamasını beklerdik. Verilen görevsizlik kararı, HMK'nın 30 maddesinde pozitif hukuk kuralı olarak düzenlenmiş olan süre bakımından da “yargılama ekonomisini” de ihlal edecek sonuçlar doğrulanabilecektir. Zira adli yargının verdiği görevsizlik kararı üzerine idari yargıya açtığımız davada idari yargının görev konusunda ne karar vereceğini de henüz bilmiyoruz.

B. Yargı Kolu Bakımından Adli Yargı Görevlidir

9. Hemen belirtelim ki Mahkeme, kararında referans aldığı karar bizde bulunmamaktadır. Her hangi bir yerde neşredildiğine de rastlamadık. Kararda Yargıtay kararının içeriğinin tam olarak yer almadığını da bilmiyoruz. Bu nedenle, huzurdaki davadaki yargı kolu yönünden görev meselesini, gerekçe bağlamında değil, HMK ve İYUK'taki hükümler çerçevesinde tartışmak zorunda kaldık.

10. Bilineceği üzere, tam yargı davaları İYUK 2., 13. Maddelerine göre tam yargı davası, idarenin işlem ve eylemlerinden zarar gören kişilerin açabileceği davalardır. Ayrıca “idari sözleşme”lerden kaynaklanan davalarda da “tam yargı” davası açılır ve bu davalarda idari yargı görevlidir.

11. Huzurdaki dava, taraflar arasındaki dava, taraflar arasındaki İmarlı Arsa ve Tesis Sözleşmesi (Alacaklı)'ne aykırılıktan dolayı açılmış bir alacak davasıdır. Davanın dayanağını idari bir eylem veya bir işlem oluşturmamaktadır. Zaten Mahkeme de, gerekçesinde, bu sözleşmenin idari bir eylem veya işlem olduğunu savunmamıştır. Mahkeme de, bu sözleşmenin sözleşme olduğunu kabul etmekle beraber, söz konusu sözleşmenin kamu gücü kullanılarak tek yanlı iradenin baskın olarak imzalandığı gerekçesiyle davada idari yargının görevli olduğunu savunmaktadır.

12. Hemen belirtmek gerekir ki, idarenin yaptığı sözleşmeler iki türdür. Bunlardan biri özel hukuk sözleşmeleri, diğeri ise idari sözleşmelerdir. Özel hukuk sözleşmeleri, idarenin özel hukuk kurallarına göre yaptığı sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerin uygulanması sırasında çıkacak uyuşmazlıkların çözüm yeri kural olarak adlî yargı ve tâbi olacakları hukuk özel hukuk kurallarıdır. Örneğin, idarenin yaptığı araç gereç satın alınması, taşıma, her çeşit yaptırma, bayındırlık işleri sözleşmeleri, bir taşınmazın veya işyerinin idare tarafından kiraya verilmesi, araç-gereç veya diğere taşınır mallarla taşınmaz malların satımı, özel hukuk sözleşmeleridir.

13. Buna mukabil idari sözleşmeler, idarenin idare hukuku kurallarına göre yapmış olduğu sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözüm yeri idarî yargı mercileridir. İdarenin yaptığı bir sözleşmenin, idarî sözleşme sayılabilmesi için Sözleşmenin taraflarından biri, bir kamu kurum veya kuruluşu, yani idare olmalıdır. Sözleşmenin konusu bir **kamu hizmetinin yürütülmesi** ve sözleşmenin amacı ise **kamu yararı** olmalıdır. -Sözleşme idareye, diğere âkide tanımadığı ayrıcalıklar ve üstün yetkiler tanımış olmalıdır. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, mali iltizam sözleşmeleri, idari hizmet sözleşmeleri, yap-işlet devret sözleşmeleri vb. idari sözleşmelerdir. (Zehra Odyakmaz, Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/2_12.pdf)

14. Bu hukuksal çerçevede taraflar arasındaki sözleşmenin bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olmaması nedeniyle bir idari sözleşme olmadığı, dolayısıyla taraflar arasındaki sözleşmenin bir idari sözleşme olmadığı açıktır. Mahkemenin kabul ettiği gibi, sözleşmenin “kamu gücü kullanılarak tek yanlı iradenin baskın olarak” akdedilmesi bu sözleşmeyi idari bir sözleşme kılmaz.

15. Kuşkusuz, özel hukuk sözleşmelerinde de, somut olayda olduğu gibi, taraflardan birinin iradesi sözleşme şartlarını belirlemede basın olabilir. Eğer bir irade fesadı söz konusu değilse, özel hukukta bu tür sözleşmeler “kelepçeleme sözleşmeleri”, “aşırılık içeren sözleşmeler”, cendere sözleşmeleri” vs. olarak adlandırılmış ve bu tür sözleşmelerin yorumunda özel yorum kuralları geliştirilmiştir. Banka ve

müşterisi arasındaki sözleşmeler bu tür özel hukuk sözleşmeleri olup, bu sözleşmelerde bankanın iradesinin, müşterinin iradesinden baskın olduğu kabul edilir (Bkz. Akın Ünal, Kelepçeleme Sözleşmeleri, Adalet yayınları).

16. Sonuç olarak davanın dayanağı olan sözleşme bir özel hukuk sözleşmesi olup, müvekkil aleyhine aşırılık içeren sözleşme türüdür. Bu nedenle, davanın görülmesinde, adli yargı yetkilidir.

17. Açıklanan nedenlerle, Mahkemenin Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin daha isabetli olan eski görüşüne uyarak davayı görmeye devam etmesi gerekirken, Yargıtay Kanununa aykırı olarak önceki içtihadından dönerek yanılığılı bulduğumuz yeni görüşüne gerekçesiz olarak uymak suretiyle görevsizlik kararı vermesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

C. TALEP SONUCU

18. Yukarıda yazılı nedenlerle,

- (1) Yargıtay Kanununun 15. Maddesine göre içtihat uyuşmazlığının halli için Birinci T.C Yargıtay 1. Başkanlığına başvurularak içtihatların birleştirilmesinin istenilmesine;
- (2) Temyiz olunan kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın iadesine karar verilmesi saygıyla talep olunur.