

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

KEMAL DEMİR BAŞVURUSU

Başvuru Numarası	: 2014/17141
Karar Tarihi	: 6/7/2017
Başkan	: Burhan ÜSTÜN
Üyeler	: Serruh KALELİ Nuri NECİPOĞLU Kadir ÖZKAYA Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	: Mehmet Sadık YAMLI
Başvurucu	: Kemal DEMİR
Vekili	: Av. Erkan YALÇINKAYA

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, temyiz incelemesini yapan heyette yer alan Danıştay üyelerinin ısrar kararını inceleyen kurulda da yer almalarının tarafsızlığa aykırı olması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvurucu 2013/8123 numaralı başvuruyu 11/11/2013 tarihinde, 2014/17141 numaralı başvuruyu 31/10/2014 tarihinde, 2015/4067 numaralı başvuruyu ise 5/3/2015 tarihinde yapmıştır.

3. Başvurular, başvuru formları ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvuruların kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvuruların kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık 2013/8123 numaralı başvuru için görüş sunmamış, 2014/17141 numaralı başvuru için görüş sunmuştur.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

8. Başvurular, konu yönünden hukuki irtibatları nedeniyle 2014/17141 numaralı başvuru dosyası üzerinde birleştirilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

9. Başvuru formları ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

A. 2014/17141 Numaralı Başvuruya Konu Olaylar

10. Başvurucu, Gümrük Müsteşarlığı (Müsteşarlık) tarafından Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi (ÖSYM) aracılığıyla 24/11/2002 tarihinde yapılan "Gümrük Müşavirliği Ön. Eleme Sınavı"na katılmıştır. ÖSYM, iki sorunun hatalı olduğunu tespit ederek bu sorulara yanlış cevap veren veya boş bırakan adaylara her bir soru için (+1) puan vermek suretiyle sonuçları belirlemiştir. Başvurucu 68 puan almış ve 70 puan alamadığı için başarısız sayılmıştır.

11. Başvurucu tarafından, başarısız sayılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle Müsteşarlık ve ÖSYM aleyhine 17/2/2003 tarihli dilekçeyle dava açılmıştır (Davanın açılış tarihi tam olarak tespit edilememekle birlikte dosya içindeki evraklardan bu tarihlere yakın bir tarihte açıldığı anlaşılmaktadır.). Ankara 2. İdare Mahkemesinin 30/12/2004 tarihli ve E.2003/218, K.2004/1998 sayılı kararıyla, bilirkişi raporuna göre idarece iptal edilen soruların dışında başka hatalı soruların da bulunduğu ve bu sorular için (+1) puan verilerek yeniden yapılan hesaplama göre başvurusunun 71 puan alarak başarılı sayılması gerektiği gerekçesiyle dava konusu başarısız sayılma işleminin iptaline karar verilmiştir.

12. İptal kararı üzerine başvuru, sınavın ikinci aşaması olan "Gümrük Müşavirliği Mesleki Yeterlilik Sınavı"na çağrılmış ve bu sınavda başarılı olarak "gümrük müşavirliği izin belgesi" ve "bilge" kullanıcı kodu almaya hak kazanmış ve müşavirlik görevini yapmaya başlamıştır.

13. Davalı ÖSYM'nin kararı temyizi üzerine Danıştay Onuncu Dairesinin (Daire) 13/6/2007 tarihli ve E.2005/6826, K.2007/3323 sayılı kararıyla, hatalı bulunarak iptal edilen sorulara (+1) puan verilmesi yerine bu soruların değerlendirme dışı bırakılıp ve geri kalan doğru soruların 100 puan üzerinden değerlendirilerek her bir sorunun puan karşılığı bulunmak suretiyle uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması gerektiği, bu yöntemle yapılan hesaplama göre başvurusunun puanının 70'in altında kaldığının anlaşıldığı gerekçeleriyle anılan karar bozulmuştur.

14. Ankara 2. İdare Mahkemesi 14/10/2008 tarihli ve E.2008/1374, K.2008/1802 sayılı kararıyla bozmaya uymayıp ısrar etmişse de Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (Kurul) 16/12/2010 tarihli ve E.2009/412, K.2010/2370 sayılı ilamıyla oyçokluğuyla, Dairenin gerekçesi gibi hatalı bulunarak iptal edilen sorular değerlendirme dışı tutularak kalan sorular üzerinden puanın hesaplanması gerektiği gerekçesiyle ısrar kararını bozmuştur. Kararın gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Daire kararında da belirtildiği üzere, yargısal inceleme sonucunda hatalı bulunarak iptal edilen sınav sorularının değerlendirme dışı bırakılarak kalan doğru sorular 100 puan üzerinden değerlendirilmek suretiyle, bir sorunun puan karşılığının saptanması ve uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

Bu durumda, ... iptal edilen sorular dışında kalan sorulara davacının verdiği doğru yanıt sayısının belirtilen puanla [1,0638] çarpılması sonucu davacının sınavdan aldığı puanın 70 olan başarı puanının altında kaldığı, dolayısıyla davacının başarısız sayılmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır."

15. Kurul, otuz üç üye ile toplanmış ve üyelerin yirmi dördü bozma yönünde oy kullanmıştır. İdare Mahkemesinin kararının onanması yönünde oy kullanan üyelerin sayısı ise Kurulu yöneten başkanvekili ile birlikte sadece dokuzdur. Öte yandan

Dairedeki temyiz incelemesi sırasında görev alan M.Ü., İ.B., E.C.Ö. Kuruldaki oylamaya da katılmış ve Dairedeki görüşleri gibi bozma yönünde oy kullanmışlardır.

16. Başvurucu, karar düzeltme başvurusunda bulunmuş; başvuru, Kurulun 24/5/2012 tarihli ve E.2011/810, K.2012/824 sayılı kararıyla, ileri sürülen iddiaların karar düzeltme nedenlerinden hiçbirine uymadığı gerekçesiyle oyçokluğuyla reddedilmiştir. Karara katılmayan üyelerin karşıoyları şöyledir:

"Uyumsuzluk, hatalı olduğu yargı kararıyla saptanan sınav soruları sonrasında sınav sonucunun nasıl değerlendirileceği hususundan kaynaklanmaktadır.

Davalı idareler, kendilerinin saptadığı hatalı olan sorular karşılığında sınava katılanların tümüne birer puan verdiği göre yargı kararıyla hatalı olduğu belirlenen sorular karşılığında da davacılara birer puan verilmesinin hakkaniyet ve eşitlik ilkeleri gereği olduğu açıktır.

Bu nedenle, davacının karar düzeltme isteminin kabulü ile usul ve hukuka uygun bulunan İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği oyula, karara katılmıyoruz."

17. Bu sırada Kurul otuz dokuz üye ile toplanmış ve üyelerin yirmisi istemin reddi yönünde oy kullanmıştır. Karar düzeltme isteminin kabul edilerek İdare Mahkemesi kararının onanması yönünde oy kullanan üyelerin sayısı ise Kurulu yöneten başkanvekili ile birlikte on dokuzdur. Yine Dairedeki oylamaya katılan iki üye M.Ü. ve İ.B. Kuruldaki oylamaya da katılmış ve Dairedeki görüşleri doğrultusunda karar düzeltme isteminin reddi yönünde oy kullanmışlardır.

18. Kurulun bozma ilamı üzerine Ankara 2. İdare Mahkemesi 27/9/2012 tarihli ve E.2012/1245, K.2012/1736 sayılı kararıyla davayı reddetmiştir. Danıştay Onbeşinci Dairesi 10/10/2013 tarihli ilamıyla kararı onanmış, karar düzeltme isteminin de 4/6/2014 tarihli ve E.2014/2811, K.2014/4748 sayılı kararıyla reddetmiştir.

19. Söz konusu kararın başvuruca 2/10/2014 tarihinde tebliğ edilmesi üzerine 31/10/2014 tarihinde 2014/17141 numaralı bireysel başvuru yapılmıştır.

B. 2013/8123 Numaralı Başvuruya Konu Olaylar

20. Danıştay Onuncu Dairesinin yukarıda belirtilen bozma ilamına istinaden Müsteşarlığın 3/6/2008 tarihli ve 2008/71 sayılı işlemiyle başvuruca "gümrük müşavirliği izin belgesi" iptal edilmiş ve "bilge" kullanıcı koduna bloke konulmuştur.

21. Bunun üzerine ön eleme sınavına ilişkin kararın ÖSYM tarafından temyiz edildiği, dolayısıyla kararı temyiz etmeyen Müsteşarlık yönünden kararın kesinleştiği belirtilerek izin belgesinin iptali ve kullanıcı koduna bloke uygulanması işlemlerinin iptali istemiyle 8/9/2008 tarihinde başvuruca tarafından ikinci bir dava açılmıştır.

22. Davayı inceleyen Ankara 12. İdare Mahkemesi 1/7/2009 tarihli ve E.2008/1147, K.2009/871 sayılı kararıyla, her ne kadar Ankara 2. İdare Mahkemesi iptal kararı bozulmuşsa da Mahkemenin bozma ilamına uymayarak ısrar ettiği dikkate alındığında ortada uygulanması gereken olumsuz bir yargı kararı bulunmadığı gerekçesiyle izin belgesinin iptali ve kullanıcı koduna bloke uygulanması işlemlerini iptal etmiştir.

23. Temyiz üzerine Danıştay Onuncu Dairesince karar önce onanmış; karar düzeltme aşamasında Danıştay Onbeşinci Dairesinin 23/11/2011 tarihli ve E.2011/1458,

K.2011/4384 sayılı ilamıyla Anayasa'nın 138. maddesi uyarınca idarenin yargı kararlarına uymak ve bu kararların gereklerine göre işlem tesis etmek zorunda olduğu, kararın otuz gün içinde uygulanması gerektiği, ısrar kararının bozulduğu, buna göre Mahkeme kararının uygulanması amacıyla tesis edilen izin belgesinin iptali ve bloke uygulanması işlemlerinde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçeleriyle onama kararı kaldırılmış ve Ankara 12. İdare Mahkemesi kararı bozulmuştur.

24. Bozma kararına uyan Ankara 12. İdare Mahkemesi 31/1/2012 tarihli ve E.2012/162, K.2012/151 sayılı kararıyla bozma ilamındaki gerekçelerle davayı reddetmiştir.

25. Bu karara karşı yapılan temyiz talebi de Danıştay Onbeşinci Dairesinin 13/9/2012 tarihli ve E.2012/4540, K.2012/5334 sayılı kararıyla onanmış; karar düzeltme istemi de aynı Dairenin 6/6/2013 tarihli ve E.2013/295, K.2013/4274 sayılı kararıyla reddedilmiştir.

26. Söz konusu kararın başvurucuya 10/10/2013 tarihinde tebliğ edilmesi üzerine 11/11/2013 tarihinde 2013/8123 numaralı bireysel başvuru yapılmıştır.

C. 2015/4067 Numaralı Başvuruya Konu Olaylar

27. Yukarıda belirtilen Ankara 2. İdare Mahkemesinin 14/10/2008 tarihli ısrar kararı üzerine başvurunun 22/12/2008 tarihinden geçerli olmak üzere izin belgesini kullanmasına Müsteşarlık tarafından izin verilmiştir.

28. İsrar kararını Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 16/12/2010 tarihli bozma kararı üzerine başvurunun izin belgesi yeniden iptal edilmiş, ayrıca başvurunun ortağı olduğu gümrük müşavirliği firmaları hakkında 2010/58 sayılı Genelge uyarınca işlem yapılmasına karar verilmiştir.

29. Başvurucu bu işleme karşı yeniden dava açmıştır. Davayı inceleyen Ankara 13. İdare Mahkemesi 12/1/2012 tarihli ve E.2011/891, K.2012/54 sayılı kararıyla, izin belgesinin iptal edilmesinin idari istikrar ve kazanılmış hakların korunması ilkelerine ters düşeceği gerekçesiyle işlemi iptal etmiştir.

30. Temyiz üzerine Danıştay Onbeşinci Dairesi 20/9/2012 tarihli ve E.2012/1421, K.2012/5578 sayılı ilamıyla, Anayasa'nın 138. maddesi uyarınca idarcının yargı kararlarına uymak ve bu kararların gereklerine göre işlem tesis etmek zorunda olduğu, kararın otuz gün içinde uygulanması gerektiği, ısrar kararının bozulduğu, buna göre Mahkeme kararının uygulanması amacıyla tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçeleriyle kararı bozmuştur.

31. Bozma kararına uyan Ankara 13. İdare Mahkemesi 17/4/2013 tarihli ve E.2013/540, K.2013/580 sayılı kararıyla bozma ilamındaki gerekçelerle davayı reddetmiştir.

32. Bu karara karşı yapılan temyiz talebi de Danıştay Onbeşinci Dairesinin 30/10/2013 tarihli ve E.2013/10068, K.2013/7467 sayılı kararıyla onanmış; karar düzeltme istemi de aynı Dairenin 13/11/2014 tarihli ve E.2014/5488, K.2014/8240 sayılı kararıyla reddedilmiştir. Karar düzeltme isteminin reddine dair kararın 4/2/2015 tarihinde tebliğ edilmesi üzerine 5/3/2015 tarihinde 2015/4067 numaralı bireysel başvuru yapılmıştır.

33. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Gümrükler Genel Müdürlüğü tarafından sunulan bilgiye göre başvuru, Mahkeme kararları üzerine 5/1/2007 ile 9/6/2008 tarihleri arasında 1 yıl 5 ay 4 gün, 22/12/2008 ile 10/5/2011 tarihleri arasında 2 yıl 4 ay 18 gün ve 27/6/2011 ile 21/5/2012 tarihleri arasında 10 ay 24 gün olmak üzere toplam 4 yıl 8 ay 16 gün gümrük müşavirliği yapmıştır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

34. 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle değişmeden önceki hâliyle "Kararın bozulması" kenar başlıklı 49. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"1. Temyiz incelemesi sonunda Danıştay:

- a) Görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması,
- b) Hukuka aykırı karar verilmesi,
- c) Usul hükümlerine uyulmamış olunması,

Sebeplerinden dolayı incelenen kararı bozar.

2. (Değişik: 5/4/1990 - 3622/18 md.) Temyiz incelenmesi sonunda karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise kararın düzeltilerek onanmasına karar verilir.

3. (Değişik: 5/4/1990 - 3622/18 md.) Kararın bozulması halinde dosya, Danıştayca kararı veren mahkemeye gönderilir. Mahkeme, dosyayı diğer öncelikli işlere nazaran daha öncelikle inceler ve varsa gerekli tahkik işlemlerini tamamlayarak yeniden karar verir.

4. Mahkeme bozmaya uymayarak eski kararında ısrar edebilir. İsrar kararının ilgili tarafından temyizi halinde, dava, konusuna göre Danıştay İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulunca incelenir. Danıştayın ilgili dava dairesinin kararı uygun görülürse mahkemenin kararı bozulur; aksi halde onanır. Danıştay İdari ve Vergi Dava Daireleri Kurulları kararlarına uyulması zorunludur."

35. 2577 sayılı Kanun'un "Kararın düzeltilmesi" kenar başlıklı 54. maddesi, 6545 sayılı Kanun'un 45. maddesiyle kaldırılmadan önceki hâliyle şöyledir:

"1. (Değişik birinci cümle: 5/4/1990 - 3622/23 md.) Danıştay dava daireleri ve İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurullarının temyiz üzerine verdikleri kararlar ile bölge idare mahkemelerinin itiraz üzerine verdikleri kararlar hakkında, bir defaya mahsus olmak üzere kararın tebliğ tarihini izleyen onbeş gün içinde taraflarca;

a) Kararın esasına etkisi olan iddia ve itirazların, kararda karşılanmamış olması,

b) Bir kararda birbirine aykırı hükümler bulunması,

c) Kararın usul ve kanuna aykırı bulunması,

d) (Değişik: 5/4/1990 - 3622/23 md.) Hükümün esasını etkileyen belgelerde hile ve sahtekarlığın ortaya çıkmış olması,

Hallerinde kararın düzeltilmesi istenebilir.

2. (Değişik: 5/4/1990 - 3622/23 md.) Danıştay dava daireleri ve İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulları ile bölge idare mahkemeleri, kararın düzeltilmesi isteminde ileri sürülen sebeplerle bağıdırlar.

3. (Değişik: 10/6/1994 - 4001/24 md.) Kararın düzeltilmesi istekleri esas kararı vermiş olan daire, kurul ve bölge idare mahkemesince incelenir.

Dosyanın incelenmesinde tetkik hakimliği yapanlar, aynı konunun düzeltme yoluyla incelenmesinde bu görevi yapamazlar."

36. 6/1/1982 tarihli ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 16/12/2010 tarihinde (ısrar kararının incelendiği tarih) yürürlükte olan hâliyle *"İdari ve vergi dava daireleri kurulları"* kenar başlıklı 17. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"1. İdari Dava Daireleri Kurulu, idari dava daireleri başkanları ile her idari dava dairesinin kendi üyeleri arasından her üyenin Kurulda görev yapacağı şekilde iki yıl için seçilecek üçer üyeden; ... oluşur. Kurula seçilmemiş üyeler varken seçilmiş üyeler yeniden seçilemez. Kurul üyelerinin izinli veya özürli olmaları hallerinde, yerlerine kurullara katılmak üzere her daireden aynı şekilde ikişer yedek üye seçilir. Üyelerin seçimleri gizli oyla, takvim yılı başında yapılır. Kurul asıl veya yedek üyeliklerinde boşalma olması halinde yedi güç içinde yeni üyeler belirlenir.

2. Dava daireleri kurullarına Danıştay Başkanı veya vekillerinden biri; bunların yokluğunda daire başkanlarından en kıdemlisi başkanlık eder.

3. İdari ve vergi dava daireleri kurulları tüm üyelerinin katılımı ile toplanır, idari ve vergi dava dairelerinin ilk derece mahkemesi olarak verdikleri kararların temyiz veya itiraz yoluyla incelenmesinde, bu dairelerin başkan ve üyeleri kurul toplantısına katılamazlar. Ancak iki dava dairesinin birlikte yapacakları toplantıda verilen kararların incelenmesinde, kurul bu iki dava dairesinin dışındaki dava dairelerinin asıl ve yedek üyelerinin katılımıyla toplanır.

4. ...

5. Bu kurullarda kararlar oyçokluğu ile verilir.

..."

37. Aynı maddenin karar düzeltme talebinin incelendiği tarihte yürürlükte olan hâliyle ilgili kısmı şöyledir:

"1.(Değişik: 9/2/2011-6110/2 md.) İdari Dava Daireleri Kurulu, idari dava dairelerinin başkanları ile üyelerinden; ... oluşur.

2. Dava daireleri kurullarına Danıştay Başkanı veya vekillerinden biri; bunların yokluğunda daire başkanlarından en kıdemlisi başkanlık eder.

3.(Değişik: 9/2/2011-6110/2 md.) Toplantı ve görüşme yeter sayısı İdari Dava Daireleri Kurulu için otuzbir, Vergi Dava Daireleri Kurulu için ise onüçtür. İdari dava daireleri ile vergi dava dairelerinin ilk derece mahkemesi olarak verdikleri kararların temyiz veya itiraz yoluyla incelenmesinde ve iki dava dairesinin birlikte yapacağı toplantıda verilen kararların incelenmesinde, bu dairelerde karara katılmış olanlar idari ve vergi dava daireleri kurullarında bulunamazlar.

4. ..

5. Bu kurullarda kararlar oyçokluğu ile verilir.

..."

38. 2575 sayılı Kanun'un geçici 24. maddesi güncel hâliyle şöyledir:

"1. 31/12/2019 tarihine kadar Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun oluşumu ve çalışma usulü hakkında aşağıdaki hükümler uygulanır.

a) İdari Dava Daireleri Kurulu, her idari dava dairesinden en az bir üye olmak kaydıyla Başkanlık Kurulu tarafından görevlendirilen on dört üyeden oluşur. Kurula, Danıştay Başkanı veya vekillerinden biri, bunların bulunmaması halinde Kurulun en kıdemli üyesi başkanlık eder.

b) Bu üyeler İdari Dava Daireleri Kurulunda sürekli olarak görev yaparlar. Ancak, iş durumu göz önüne alınmak suretiyle üyelerin daire çalışmalarına katılmalarına Genel Kurul tarafından karar verilebilir.

c) Toplantı ve görüşme yeter sayısı on birdir. Kararlar, toplantıya katılanların oy çokluğu ile alınır."

39. 2575 sayılı Kanun'un 9/2/2011 tarihli ve 6110 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle değişik "Dava dairelerinin görevleri" kenar başlıklı 27. maddesinin karar düzeltme talebinin incelendiği tarihte yürürlükte olan hâlinin ilgili kısmı şöyledir:

"Dava dairelerinden Üçüncü, Dördüncü, Yedinci ve Dokuzuncu daireler vergi dava dairesi; diğer dava daireleri ise idari dava dairesi olarak görev yapar.

İdari dava daireleri ile vergi dava daireleri kendi aralarında işbölümü esasına göre çalışır. Özel kanunlarda başkaca hüküm bulunmadığı takdirde, dava daireleri arasındaki işbölümü karar tasarısı aşağıdaki esaslar uyarınca, Başkanlar Kurulu tarafından hazırlanır. ...

1. İptal davaları ve idari sözleşmelerden doğan davalar yönünden, daireler arasındaki işbölümünün belirlenmesinde uyumsuzluğun kaynaklandığı mevzuat esas alınır.

...

3. Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlere ilişkin davalarda vergi dava daireleri arasındaki işbölümünün belirlenmesinde uyumsuzluğun kaynaklandığı mevzuat esas alınır.

...

8. İşbölümünde aynı mevzuattan kaynaklanan uyumsuzlukların birden fazla dairede çözümlenmesi konusunda farklı esaslar belirlenebilir.

...

Bu madde uyarınca alınan kararlar Resmî Gazetede yayımlanır ve yayımı izleyen ay başından itibaren uygulanır."

40. 2577 sayılı Kanun'un 31. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hakimın davaya bakmaktan menmıuyeti ve reddi ... hallerinde ... Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır."

41. 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Ret sebepleri" kenar başlıklı 36. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) Hâkimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren önemli bir sebebin bulunması hâlinde, taraflardan biri hâkimi reddedebileceği gibi hâkim de bizzat çekilebilir. Özellikle aşağıdaki hâllerde, hâkimin reddi sebebinin varlığı kabul edilir:

a) Davada, iki taraftan birine öğüt vermiş ya da yol göstermiş olması.

b) Davada, iki taraftan birine veya üçüncü kişiye kanunen gerekmediği hâlde görüşünü açıklamış olması.

c) Davada, tanık veya bilirkişi olarak dinlenmiş veya hâkim ya da hakem sıfatıyla hareket etmiş olması.

...“

B. Uluslararası Hukuk

42. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme/AİHS) 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

“Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir...”

43. Sözleşme'nin 6. maddesinde, adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak davanın tarafsız bir mahkemede görülmesini isteme hakkından açıkça söz edilmiş olup Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadında tarafsızlık, genel olarak ön yargı veya yanlılık olmamasını ifade etmektedir (*Piersack/Belçika*, B. No: 8692/79, 1/10/1982, § 30). Yerleşik içtihadı göre tarafsızlığın varlığı öznel (subjektif) yöntem ve nesnel (objektif) yöntem esas alınarak belirlenir. Öznel yöntem kişisel kanaatin ve belirli bir yargıcın davranışının dikkate alınması, diğer bir deyişle yargıcın belirli bir davada kişisel bir ön yargıya sahip olup olmadığının belirlenmesini; nesnel yöntem ise mahkemenin, oluşumunun tarafsızlık konusunda herhangi bir meşru şüpheyi ortadan kaldırmak için yeterli güvenceleri sağlayıp sağlamadığının belirlenmesini ifade eder (*Fey/Avusturya*, B. No: 14396/88, 24/2/1993, § 28). Bir başka anlatımla tarafsızlığın varlığı, bir davada belirli bir yargıcın kişisel kanaatlerini belirleme çabası şeklindeki subjektif test ile bir yargıcın tarafsızlığından haklı kuşku duyulmasına engel olan yeterli güvencelere sahip olup olmadığının belirlenmesi şeklindeki objektif teste göre saptanır (*De Cubber/Belçika*, B. No: 9186/80, 26/10/1984, § 24).

44. Objektif ve subjektif tarafsızlık arasındaki sınır kesin olmayıp yargıcın öznel bakımdan tarafsız olduğu varsayımının çürütülmesine olanak verecek deliller sunulmasının güç olabileceği kimi davalarda, nesnel tarafsızlık şartı önemli bir ek güvence sağlar. Nitekim tarafsızlık ile ilgili sorun bulunan başvuruların büyük çoğunluğunda objektif yöntemle başvurulmuştur (*Micallef / Malta* [BD], B. No: 17056/06, 15/10/2009, § 95).

45. Subjektif testle ilgili olarak her hâlikârda aksine kanıt bulunmadıkça bir hâkimin kişisel tarafsızlığının bulunduğu varsayılmaktadır. Objektif test bakımından ise yargıcın kişisel tutumundan farklı olarak kendisinin tarafsızlığı hakkında kuşku uyandıracak belirli olguların bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. Bu noktada objektif tarafsızlığın belirlenmesinde hâkimin tarafsızlığına ilişkin herhangi bir meşru kaygıyı, korkuyu bertaraf edecek yeterli güvence sunulup sunulmadığı önemlidir. AİHM içtihatlarında, tarafsızlık konusunda görüşünün dahi önem taşıyabileceği, bir başka deyişle adaletin sadece yerine getirilmesi değil ama aynı zamanda yerine getirildiğinin görülmesi ve böylece demokratik toplumda mahkemelerin hak arayanlara güven vermesi gerektiği vurgulanmaktadır (*Micallef / Malta*, §§ 94, 97, 98).

46. Bu çerçevede hakkında tarafsız olmadığından kaygı duymak için haklı bir sebep bulunan bir hâkim, davadan çekilmelidir. Bu durum; belirli bir davada, bir

yargıcın tarafsız olmadığından kaygılanmak için haklı bir sebebin bulunup bulunmadığına karar verilirken sanığın bakış açısının önemli olduğunu fakat belirleyici olmadığını ihlas etmektedir. Belirleyici olan şey, bu kaygının objektif olarak haklı görülüp görülemeyeceğidir. Bu ise her olayın kendi şartlarına bağlıdır (*Hauschildt/Danimarka*, B. No: 10486/83, 24/5/1989, §§ 47-49).

47. Bu bağlamda bir hâkimin yargılamadan önce aynı hususta daha önce karar vermiş olması, tarafsızlığıyla ilgili olarak ortaya çıkan şüpheleri haklı göstermez (*Ökten/Türkiye* (k.k.), B. No: 22347/07, 3/11/2011); önemli olan yargılama yapılmadan önce bu hâkimin aldığı tedbirlerin kapsamıdır. Dahası bir hâkimin dava dosyasını derinlemesine bilmesi, davanın esası hakkında karar vermesi sırasında tarafsız olarak değerlendirme yapmasını engelleyen bir ön yargı bulunduğu anlamına gelmez. Sonuç olarak mevcut ilk verilerin değerlendirilmesi, nihai değerlendirme hakkında ön yargı oluşturmaz (*Morel/Fransa*, B. No: 34130/96, 6/6/2000, § 45).

48. AİHM, *Fazlı Aslaner/Türkiye* (B. No: 36073/04, 4/3/2014) başvurusunda; temyiz incelemesi yapan Danıştay Dairesi üyelerinin, ilk derece mahkemesinin bu temyiz kararına uymayarak kararında ısrar etmesi üzerine dosyanın geldiği ve otuz bir üye ile toplanan Danıştay İdari Dava Daireleri Kuruluna katılmalarının tarafsızlığa aykırı olduğu iddiasını incelemiştir. Temyiz incelemesinde görev alan üç üyenin davanın esası hakkında karar verilmesinde meşru olarak taraf olmuş gibi görünebileceklerine değinen AİHM, bu durumun İdari Dava Daireleri Kurulunun tarafsızlığının somut olayda bozulduğunu değerlendirmek için tek başına yeterli olmadığını belirtmiştir (*Fazlı Aslaner/Türkiye*, § 36). AİHM, bu tür durumlarda üyelerin sergiledikleri tutum ve kararın verilmesindeki rolleriyle ilgili olarak söz konusu üyelerin sayısı gibi diğer unsurları da dikkate almak gerektiğini, bu bağlamda kararların oyçokluğu ile alındığı kurul hâlinde yargılama yapan mahkemelerde görev yapan hâkimlerin düşük sayısını dikkate alarak benzer şikâyetleri daha önce reddettiğine dikkat çekmiştir. Diğer taraftan AİHM, hem kurula katılan ilgili hâkimlerin yüksek sayıda olmasını hem de bu hâkimler tarafından icra edilen başkanlık veya raportörlük görevlerini dikkate alarak tarafsız bir mahkemece yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna vardığını da hatırlatmıştır (*Fazlı Aslaner/Türkiye*, §§ 37-39).

49. AİHM, bu belirlemelerden sonra söz konusu üç üyenin oy hakkına sahip olarak kurulda yer almalarını hiçbir ciddi gerekçenin mutlak zorunlu hâle getirmemesi sebebiyle objektif tarafsızlık sorunu bakımından ilgili hâkimlerin sayısının veya oranının belirleyici olmadığı ve sayı ile ilgili değerlendirmelerin söz konusu sorunun incelenmesi üzerinde bir etkisinin bulunmadığı kanaatine varmıştır (*Fazlı Aslaner/Türkiye*, § 40). AİHM burada yeni bir kıstas ortaya koymuş olup bu kıstasa göre tarafsızlıkla ilgili belirleyici olan husus, ilgili hâkimlerin oranı veya sayısı değil bu hâkimlerin Kurula katılmalarını mutlak gerekli kılan önemli bir gerekçenin bulunup bulunmadığıdır.

50. AİHM, ayrıca anılan üç üye arasında yer alan T.Ç.nin, Danıştay başkanvekili sıfatıyla İdari Dava Daireleri Kuruluna başkanlık yaptığını ve bu bağlamda görüşmeler sırasında tartışmaları yönettiğini ve bu durumun tarafsızlık görünümünü etkileyen ek bir durum oluşturduğunu gözlemlediğini belirterek anılan iki unsurun, başvuruçunun İdari Dava Daireleri Kurulunun tarafsızlığıyla ilgili endişelerini haklı gösterdiği sonucuna varmış ve başvuruçunun adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (*Fazlı Aslaner/Türkiye*, §§ 41, 42).

51. Öte yandan AİHM aynı başvuruda, temyiz incelemesi yapan üyelerin karar düzeltme talebini inceleyen heyette yer almalarına ilişkin şikâyeti de incelemiş ve önceki kararlarında (*Feryadi Şahin / Türkiye*, B. No: 33279/05, 13/9/2011; *Arslan/Türkiye* (k.k.), B. No: 39080/97, 21/9/1999; *Yıldırım/Türkiye* (k.k.), B. No: 4300/05, 6/1/2009; *Kum/Türkiye* (k.k.) B. No: 28556/11, 10/1/2012) benzer şikâyetleri açıkça dayanaktan yoksun bularak reddettiğini hatırlatmıştır. Bu bağlamda AİHM karar düzeltme talebinin sınırlı iddialarla incelendiğini, konunun esası incelenmeksizin reddedildiğinde incelenen konunun ihtilaflı kararda incelenen konudan farklı olması nedeniyle davanın esası hakkında bir tutum gibi değerlendirilemeyeceğini ifade ederek anılan şikâyeti açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur (*Fazlı Aslaner/Türkiye*, § 46).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

52. Mahkemenin 6/7/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Tarafsız Mahkemede Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

53. Başvurucu; Danıştay Dairesinin temyiz incelemesinde yer alan üç üyenin ısrar kararını inceleyen kurulda yer almasının ve yine Dairenin temyiz incelemesinde yer alan iki üyenin karar düzeltme talebini inceleyen kurulda yer almasının tarafsız mahkemede yargılanma hakkını ihlal ettiğini, özellikle karar düzeltme aşamasında talebin yirmi oya karşın on dokuz oyla reddedildiği gözönüne alındığında yargılamanın tarafsız olarak yapıldığının söylenemeyeceğini ileri sürmüştür.

54. Bakanlık görüşünde, Sözleşme'nin 6. maddesinde adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak davanın tarafsız bir mahkemede görülmesini isteme hakkından açıkça söz edildiği, Anayasa'nın 36. maddesinde mahkemelerin tarafsızlığından açıkça bahsedilmemekle beraber Anayasa Mahkemesi içtihadı uyarınca bu hakkın adil yargılanma hakkının zımni bir unsuru olduğu belirtilmiştir. Bakanlık görüşünde ayrıca, bir hâkimin yargılama sürecinde uyuşmazlık konusunda bir karar vermiş olmasının tek başına tarafsızlığına zarar vermeyeceğini, ilgili hâkimin kurul içindeki görevi ile kurulun yapısı ve kararın nasıl alındığının incelenmesinin gerektiği ifade edilmiştir.

55. Başvurucu, Bakanlık görüşüne verdiği cevapta Bakanlık görüşünün kendi iddialarını destekler nitelikte olduğunu belirtmiştir.

2. Değerlendirme

56. Anayasa'nın "*Hak arama hürriyeti*" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

57. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

58. Anayasa'nın 36. maddesine 2001 yılı değişiklikleriyle eklenen "adil yargılanma" ibaresine ilişkin gerekçede, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Bu sözleşmelerden AİHS ile AİHS'i yorumlayan AİHM içtihadındaki adil yargılanma hakkı güvencelerinden birini, tarafsız mahkemede yargılanma hakkı oluşturmaktadır (bkz. §§ 42-51).

59. Genel olarak tarafsızlık, davanın çözümünü etkileyecek bir ön yargı, tarafgirlik ve menfaate sahip olunmaması, davanın tarafları karşısında ve onların leh ve aleyhlerinde bir düşünce veya menfaate sahip olunmamasını ifade eder (*Tahir Gökatalay*, B. No: 2013/1780, 20/3/2014, § 61).

60. Mahkemelerin tarafsızlığı kavramı, görülecek davalar karşısında bizzat mahkemenin kurumsal yapısı ile davaya bakmakla görevli hâkimin tutumu üzerinden açıklanmaktadır. Buna göre tarafsızlığın öznel ve nesnel olmak üzere iki boyutu bulunmakta olup hâkimin birey olarak mevcut davadaki kişisel tarafsızlığı öznel tarafsızlık, kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı tarafsızlık izlenimi ise nesnel tarafsızlık olarak adlandırılmaktadır.

61. Nesnel tarafsızlık kapsamında mahkemelerin kuruluşu ve yapılanmasıyla ilgili yasal ve idari düzenlemelerin nesnel olarak tarafsız olmadığı izlenimini vermemesi gerekir. Esasında kurumsal tarafsızlık, mahkemelerin bağımsızlığı ile bağlantılı bir konudur. Tarafsızlık için öncelikle bağımsızlık ön koşulu gerçekleşmeli ve ek olarak kurumsal yönden de taraf görüntüsü verecek bir yapılanma oluşmamalıdır (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015). Bunun yanı sıra yargılama makamının tarafsızlığına ilişkin herhangi bir meşru kaygı veya korkuyu bertaraf edecek yeterli güvenceleri sunması da gerekmektedir (*Tahir Gökatalay*, § 62). Yargılama makamlarının tarafsız olması gerektiği gibi tarafsız olduğunun gösterilmesi de gerekir. Bir başka deyişle tarafsızlığı yeterli değildir, aynı zamanda tarafsızlığından kuşku da duyulmamalıdır.

62. Öznel tarafsızlık ise hâkimlerin görülecek davaya ilişkin öznel tutumlarıyla ilgilidir. Davaya bakacak olan hâkimin davanın taraflarına karşı eşit, yansız ve ön yargısız durması, hiçbir telkin ve baskı altında kalmadan hukuk kuralları çerçevesinde vicdani kanaatine göre karar vermesi gerekir. Anayasa ve kanunlar karşısında hâkimlerden beklenen de budur (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015). Hâkimler, hâkimliğin gerektirdiği her türlü yüksek niteliği taşıyabilir hâkimlerin tarafsızlıkları konusunda kamu vicdanında kuşku uyandıracak düzenlemelerden kaçınılmalıdır (AYM, E.2013/82, K.2014/100, 4/6/2014).

63. Yargılamayı yürüten mahkeme üyelerinin taraflardan biriyle veya anlaşmazlık konusu ile maddi veya manevi yakın bir bağının bulunması veya yargılama sürecinde sarf ettiği ifadeleri ile tarafsız olamayacağı yönünde meşru bir kanaat uyandırması, bunun yanı sıra davadan önce dava ile doğrudan bağlantılı bir konumda bulunması da tarafsızlığı ihlal edebilir. Bununla birlikte belirli bir uyumsuzlukta yargılamayı yürüten hâkimin taraflardan birine yönelik ön yargılı ve taraflı bir tutumunun, kişisel bir kanaatinin veya menfaatinin, bu bağlamda kişisel bir taraflılığının söz konusu olduğunu ortaya koyan bir delil bulunmadığı ve bu husus kanıtlanmadığı

müddetçe hâkimin tarafsız olduğunun bir karine olarak varsayılması zorunludur (*Tahir Gökatalay*, § 62). Bir başka deyişle "aksi yönde delil bulununcaya kadar bir hâkimin kişisel olarak tarafsız olduğu"nun kabulü gerekir.

64. Bu bağlamda hukukumuzda, tarafsız kalamayacağı varsayılan veya tarafsızlığından kuşku duyulabilecek durumlarda hâkimin kendi mahkemesinin yetki ve görevine giren belli bir davaya bakamayacağı veya davayı reddedebileceği kabul edilmiştir. Hâkimin yasaklılığı ve reddi kurumları, hâkimin bakacağı davada tarafsızlığını sağlamaya yönelik olup temel bir hak olan adil yargılanma hakkıyla ilişkilidir (AYM, E.2011/142, K.2013/52, 3/4/2013).

65. Hâkimin davaya bakmaktan çekinmesi, hâkimin tarafsız kalamayacağı varsayılan ve kanun tarafından sayma yoluyla gösterilen sınırlı hâllerdir. Buna karşılık hâkimin reddi hâlleri kanunda yer alan sebeplerle sınırlı değildir.

66. Bu bağlamda hâkimin, davanın önceki aşamalarında tanık veya bilirkişi olarak dinlenmiş veya hâkim ya da hakem sıfatıyla hareket etmiş olması tarafsızlıkla ilgili sorun doğurabileceğinden çekinme sebepleri arasında olmamakla birlikte ret sebepleri arasında düzenlenmiştir. Böyle bir durumda hâkimin davanın önceki aşamalarında ifa ettiği görevin kapsam ve içeriğine bakılması gerekir.

67. Bu arada kanun yolu, bir yargı yeri tarafından verilen ve hukuka aykırı olduğu ileri sürülen bir kararın kural olarak başka bir yargı yeri tarafından incelenmesini sağlayan hukuki yoldur. Kanun yolunun amacı, yargı yerleri tarafından verilen kararların kural olarak başka bir yargı yeri tarafından denetlenmesine imkân tanımak suretiyle daha güvenceli bir yargı hizmeti sunmaktır. Kanun yoluna başvuru hakkı, adil yargılanma hakkının kapsamı içindedir. Bunun nasıl yapılacağı ise usul hükümleri ile gösterilmektedir (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015).

68. Anayasa Mahkemesi içtihadında, adil yargılanma hakkına ilişkin güvencelerin kanun yolu aşamasında da sağlanması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre kanun yollarına ilişkin usullerin ve kanun yollarındaki yargılamanın da adil yargılanma hakkına uygun olması gerekir (*Emine Karagülmez*, B. No: 2013/3673, 11/12/2014, § 21).

69. Bu çerçevede ilke olarak gerek kanun yolu incelemesinin etkililiğinin sağlanması gerekse kanun yolu incelemesinin objektif tarafsızlık esaslarına uygun yapılmadığı izleniminin oluşmaması için ilk derecede kararı veren hâkimin dosyanın kanun yolu incelemesinde bulunmaması gerekir. Bununla birlikte bu hususa uyulmaması tek başına kanun yolu incelemesinin etkisiz ve tarafsız olduğu sonucuna götürmez. Her olayın kendi koşulları içinde değerlendirilmesi gerekir. Bir başka ifadeyle özellikle hukuk ve idari yargılamalarda bir hâkimin yargılamanın önceki aşamalarında görev alması tek başına tarafsızlığa aykırı olmaz. Bu çerçevede tarafsızlığının bozulup bozulmadığını değerlendirmek için bu şekilde önceki aşamalarda görev alan hâkimlerin özellikle kurul hâlinde yargılama yapan mahkemelerdeki oy sayısı, bu üyelerin kararın verilmesindeki rolleri gibi diğer unsurları da dikkate almak gerekir.

70. Diğer taraftan 2577 sayılı Kanun'un 54. maddesinde (bkz. § 21) düzenlenen karar düzeltme yolunda taraflar yalnızca maddede sayılan sınırlı sebeplerle kararın düzeltilmesini isteyebilmekte ve inceleme esas kararı vermiş olan daire, kurul ve bölge idare mahkemesi tarafından istemde ileri sürülen sebeplerle sınırlı bir şekilde yapılabilmekte olup bu yönleriyle karar düzeltme kanun yolu diğer olağan kanun yollarından ayrılmaktadır.

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

71. Başvuruya konu olayda, "Gümrük Müşavirliği Sınavı"nda hatalı olan soruların puan hesaplamasında nasıl değerlendirileceği derece mahkemeleri önündeki uyuşmazlığın temelini oluşturmaktadır. Bu noktada iki görüş olup birinci görüş; iptal edilen sorular için (+1) puan verilerek puanların belirlenmesi, ikinci görüş ise hatalı olan soruların tamamen değerlendirme dışı bırakılarak puanların hesaplanması gerektiği şeklindedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki bu görüşlere ilişkin herhangi bir değerlendirme yapmak Anayasa Mahkemesinin görevi değildir. Bu tamamen derece mahkemelerinin takdirinde olan bir husustur.

72. İlk derece mahkemesi, başvuruçunun lehine olan birinci görüşte iken Danıştay Onuncu Dairesi ikinci görüşü benimsemiştir. İlk derece mahkemesinin görüşünde ısrar etmesi üzerine ısrar kararının temyizden incelenmesi amacıyla konu Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun önüne gelmiştir. Dairedeki temyiz incelemesine katılan M.Ü., İ.B., E.C.Ö. Kuruldaki temyiz incelemesindeki oylamaya da katılmış ve Dairedeki gibi başvuruçuyu aleyhine olan görüş yönünde oy kullanmıştır. Kuruldaki karar düzeltme isteminin incelenmesinde ise bu üyelerden M.Ü. ve İ.B. oylamaya katılmış ve istemin reddi yönünde oy kullanmıştır.

73. Başvuruçuyu, Dairedeki temyiz incelemesine katılan üyelerin aynı zamanda Kurul kararlarına katılması nedeniyle Kurulun tarafsız karar vermediğinden şikâyet etmektedir. Özellikle karar düzeltme incelemesi sırasında istemin yirmi oya karşılık on dokuz oyla reddedildiğini belirterek M.Ü. ve İ.B.'nin Kuruldaki oylamaya katılmış olmasının tarafsızlığı ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Başvuruçuyu, anılan üyelerin öznel tarafsızlıkları ile ilgili bir şikâyette bulunmamıştır. Başvuruçunun şikâyeti nesnel tarafsızlığa ilişkindir.

74. Danıştay, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Ayrıca Danıştay, kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakmaktadır. Buna göre Danıştayın görevi bir bütün olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla Danıştayın görevine giren hususlarda daireler arasında hangi işin iş durumuna göre hangi dairede görüleceği hususu, teknik anlamda görev ilişkisi olmayıp iş paylaşımını ifade etmektedir (AYM, E.2011/29, K.2012/49, 30/3/2012).

75. 2575 sayılı Kanun'un 27. maddesinden anlaşıldığı üzere Danıştay Daireleri belirli uzmanlık esaslarına göre yapılan iş paylaşımı çerçevesinde görev yapmaktadırlar. Daire üyeleri kurula katılarak uzmanlık alanıyla ilgili kurullara katkı vermekte, aynı zamanda Kurul içtihatlarını da takip etmektedirler. Öte yandan 2575 sayılı Kanun'un 17. maddesinde temyiz incelemesi yapan dairenin veya üyelerinin kurul çalışmalarına katılımıyla ilgili sınırlayıcı bir hükme yer verilmemiş, yalnızca dairenin ilk derece sıfatıyla baktığı davalarda dairenin başkan ve üyelerinin kurula katılmayacakları hüküm altına alınmıştır (bkz. §§ 34-41).

76. Kanun koyucu, tüm üyelerin anılan kurullara katılarak bu kurullara katkı vermelerini amaçlamıştır. Bu nedenle üyelerin idari ve vergi dava daireleri genel kurullarına katılımları sağlanarak üyelere iradelerini yansıtma imkânı tanınmıştır. Dolayısıyla bu üyelerin anılan kurullara katılımları ve katkı sağlanmalarından dolayı alınan kararlara güvenin sarsılacağından söz edilemez (AYM, E.2011/29, K.2012/49, 30/3/2012).

77. Öte yandan 2577 sayılı Kanun'un 49. maddesinde temyiz incelemesi üzerine kararın bozulması hâlinde ilk derece mahkemesinin dosyayı diğer öncelikli

işlere nazaran daha öncelikle inceleyeceği ve varsa gerekli tahkik işlemlerini tamamlayarak yeniden karar vereceği belirtilmiştir. İlk derece mahkemesinin bozma üzerine verdiği karar yeni bir karardır. İlk derece mahkemesinin ısrar kararı vermesi ve bu kararın temyizi ve davayı inceleyen Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun Danıştayın ilgili dava dairesinin kararını uygun görmesi hâlinde ilk derece mahkemesi kararını bozacağı; aksi hâlde onayacağı belirtilmiştir. Kurulun önündeki karar, bozulan ilk karar olmayıp ısrara ilişkin yeni karardır. Kurulun burada yaptığı inceleme ise hiç şüphesiz temyiz incelemesidir. Karar düzeltme aşaması ise yalnızca karar düzeltme sebeplerinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesinden ibarettir.

78. Başvuru konusu olayda Kurul; temyiz incelemesi sırasında otuz üç, karar düzeltme sırasında ise otuz dokuz üyenin katılımı ile oluşmuştur. Dairedeki temyiz incelemesinde yer almış olan üç üyeye karşılık Kurulda temyiz incelemesinde otuz, karar düzeltme aşamasında ise otuz altı üye daha görev almış ve oylamaya katılmıştır. Söz konusu üyeler Kurula başkanlık etme veya dosyayı heyete sunma (Danıştayda üyeler dosyaları sunmamaktadır.) gibi görevler almamışlardır. Bu çerçevede daha önce Dairede temyiz aşamasında görev almış üyelerin sayısı ve bu üyelerin kararın verilmesindeki rolleri ile Kurulda görev yapan tüm üyelerin sayısı birlikte değerlendirildiğinde Dairede temyiz aşamasında görev almış üyelerin ısrar kararını inceleyen Kurulda temyiz ve karar düzeltme aşamalarında yer almalarının tek başına tarafsızlığa aykırı olduğu söylenemez.

79. Tüm bu hususlar dikkate alındığında başvuruçunun adil yargılanma hakkı kapsamındaki tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır.

80. Açıklanan nedenlerle başvuruçunun adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

Serruh KALELİ bu görüşe katılmamıştır.

B. Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin

İddia

1. Başvuruçunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

81. Başvuruçunun 2014/17141 sayılı bireysel başvurusunda sınavda başarısız sayılmasına ilişkin açtığı davada makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

82. Bakanlık görüşünde, başvuruçunun bu kısmı ile ilgili görüş sunulmamıştır.

2. Değerlendirme

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

83. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

84. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin yargılamanın süresi tespit edilirken sürenin başlangıç tarihi olarak davanın ikame edildiği tarih; sürenin sona erdiği tarih olarak -çoğu zaman icra aşamasını da kapsayacak şekilde- yargılamanın sona erdiği tarih esas alınır (*Güher Ergun ve diğerleri*, B. No: 2012/13, 2/7/2013, §§ 50, 52).

85. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin yargılama süresinin makul olup olmadığı değerlendirilirken yargılamanın karmaşıklığı ve kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvuruçunun yargılamanın süratle sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususlar dikkate alınır (*Güher Ergun ve diğeri*, §§ 41-45).

86. Anılan ilkeler doğrultusunda Anayasa Mahkemesinin benzer başvurularda verdiği kararlar dikkate alındığında 2014/17141 sayılı bireysel başvuruya konu olayda yaklaşık 11 yıl 3 ay devam eden yargılamanın süresinin makul olmadığı sonucuna varmak gerekir.

87. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

C. Yargılamanın Sonucu İtibarıyla Adil Olmadığına İlişkin İddia

1. Başvuruçunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

88. Başvuruçuyu; hem idare tarafından iptal edilen soruların hesaplama dışı bırakılması yerine (+1) puan verilerek sonuçların belirlenmesi yönteminin hukuka uygun olduğunu, netekim idarenin 2008 yılı sınavında da bu yöntemi benimsemediğini ve bunu hukuka uygun bulan Danıştay kararlarının olduğunu hem de bu yöntemin dava açmayanlara uygulanmadığını, böylece dava açan kendisiyle birlikte on bir kişinin olumsuz etkilendiğini belirterek Anayasa'nın 2., 10., 12. ve 48. maddelerinde güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

89. Bakanlık görüşünde, başvurunun bu kısmı ile ilgili olarak şikâyetlerin derece mahkemesi tarafından delillerin değerlendirilmesi ve hukuk kurallarının yorumlanmasına yönelik olduğu ifade edilerek görüş sunulmasına gerek görülmediği belirtilmiştir.

2. Değerlendirme

90. İlke olarak derece mahkemeleri önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile derece mahkemelerince uyuşmazlıkla ilgili varılan sonucun esas yönünden adil olup olmaması bireysel başvuru incelemesine konu olamaz. Bunun tek istisnası, derece mahkemelerinin tespit ve sonuçlarının adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan tarzda bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik içermesi ve bu durumun kendiliğinden bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olmasıdır. Bu çerçevede kanun yolu şikâyeti niteliğindeki başvurular, derece mahkemesi kararları bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik içermedikçe Anayasa Mahkemesince incelenemez (*Necati Gündüz ve Recep Gündüz*, B. No: 2012/1027, 12/2/2013, § 26).

91. Başvuruçunun iddiaları incelendiğinde iddiaların özünün derece mahkemesi tarafından delillerin ve mevzuatın değerlendirilmesinde ve yorumlanmasında isabet olmadığına, esas itibarıyla yargılamanın sonucunun hukuka aykırılık teşkil ettiğine ilişkin olduğu görülmektedir.

92. Açıklanan nedenlerle başvuruçunun tarafından ileri sürülen iddiaların kanun yolu şikâyeti niteliğinde olduğu anlaşıldığından başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

D. Diğer İhlal İddiaları

93. Başvuruçunun 2013/8123 ve 2015/4067 numaralı başvurularında, ilk iptal kararı üzerine yeterlilik sınavına girerek sınavda başarılı olduğu ve böylece uzun

zamandan beri gümrük müşavirliği yaptığı hâlde iptal kararının bozulması üzerine gümrük müşavirliği belgesinin iptal edildiğini, buna karşı açtığı davanın da reddedildiğini, bu durumun kazanılmış hakların korunması ilkesine aykırı olduğunu belirterek Anayasa'nın 2., 10., 12., 36. ve 48. maddelerinde güvence altınan ilke ve haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

94. Somut olayda başvuru, Mahkeme kararlarına dayalı olarak 2007 ile 2012 tarihleri arasında aralıklı olarak toplam 4 yıl 8 ay 16 gün gümrük müşavirliği yapmıştır.

95. Başvuru konusu olayda, başvurunun gümrük müşavirliği belgesinin temelinde kesinleşmemiş yargı kararının uygulanması amacıyla tesis edilen işlem bulunmaktadır. Söz konusu dayanak yargı kararının bozularak ortadan kaldırılması üzerine anılan belge iptal edilmiştir. Her ne kadar başvuru bir süre bu belgeyi kullanarak birtakım hak ve menfaatler elde etmiş ise de gümrük müşavirliği belgesine dayanak kararın kesinleşmemiş olması ve her an bozulabileceğinin bilinmesi karşısında ortada hukuken korunabilir bir meşru beklentinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim başvuru, anılan 4 yıl 8 ay 16 günlük sürede bir bütün olarak değil anılan yargı kararının bozulması ve ısrar edilmesi durumlarına bağlı olarak belli aralıklarla gümrük müşavirliği yapmıştır.

96. Bu durumda başvurunun dayanak kararın her an bozulabileceğini bildiği, böylece başvuru açısından bu sonucun öngörülemez olmadığı dikkate alındığında -başvuru tarafından ileri sürülmemekle birlikte- Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ve Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkı yönünden ayrıca bir inceleme yapılması gerekli görülmemiştir.

E. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

97. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

“(1) Esas inceleme sonunda, başvurunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir...

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvuru lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.”

98. Başvuru, ihlalin tespiti ve 1.000.000 TL tazminata hükmedilmesi talebinde bulunmuştur.

99. Somut olayda adil yargılanma hakkı kapsamındaki makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

100. Makul sürede yargılanma hakkının ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 14.400 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

101. Anayasa Mahkemesinin maddi tazminata hükmedebilmesi için başvurunun uğradığını iddia ettiği maddi zarar ile tespit edilen ihlal arasında illiyet

bağı bulunmalıdır. Olayda illiyet bağı tespit edilememiş olması nedeniyle maddi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

102. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin başvurucaya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

2. Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğince ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

3. Yargılamanın sonucu itibarıyla adil olmadığına ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B. 1. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında tarafsız mahkemede yargılanma hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE Serruh KALELİ'nin karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

2. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında makul sürede yargılanma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE OYBİRLİĞİYLE,

C. Başvurucaya net 14.400 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

D. 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

E. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucaya Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA OYBİRLİĞİYLE,

F. Kararın bir örneğinin Ankara 12. İdare Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

G. Kararın bir örneğinin Ankara 2. İdare Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

H. Kararın bir örneğinin Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu Başkanlığına GÖNDERİLMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

İ. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 6/7/2017 tarihinde karar verildi.

Başkan
Burhan ÜSTÜN

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Başvuru Numarası : 2014/17141

Karar Tarihi : 6/7/2017

KARŞIOY GEREKÇESİ

Danıştay Dairesinin incelemesinde yer alan üç üyenin, ısrar kararını inceleyen kurulda da yer aldığı, yine Dairenin temyiz incelemesinde yer alan iki üyenin karar düzeltme talebini inceleyen kurulda yer almalarının tarafsız mahkemede yargılanma hakkını ihlal ettiği ileri sürülmüştür.

Bakanlık görüşünde bir hakimin yargılama sürecinde uyumsuzluk konusunda bir karar vermiş olmasının tek başına tarafsızlığına zarar vermeyeceğini, İİ.GİLİ hakimin KURUL İÇİNDEKİ GÖREVİ ile KURULUN YAPISI ve KARARIN NASIL ALINDIĞININ incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Bakanlık görüşünde belirtilen karar sürecinde hakimin rolüne işaret eden bu OLGULAR dikkate alınacak önemli hususlardır.

AİHM içtihatlarına göre tarafsızlık, yanlı olmamayı ön yargısız olmayı gerektirmektedir. Tarafsızlıkla ilgili başvuruların çoğunun yargıcın tarafsızlığından kuşku duyulmasına engel olan yeterli güvencelere sahiplik konusunda olduğu görülmektedir. Adaletin yerine gelmesine ve demokratik toplumlarda yerine getirildiğinin görülmesine esas olan şekil ve usulün bile hak arama özgürlüğünün parçası olarak arayana güven vermesi gerektiği de, içtihatlar kapsamında bir gerçektir.

Mahkememizin başvuruçunun Anayasasının 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı yönünden tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edilmediğine ilişkin çoğunluk görüşüne en çok etki eden alıntılanan AİHM'nin Fazlı Aslaner/TURKEY B.No: 36073/04, 4.3.2014 kararında esas olan değerlendirmelerin, aslen bu sonucu yarattığı konusu tartışılabilir niteliktedir.

Hakimin, kararın yeniden esas yönünden değerlendirme aşamasındaki yeri nitelenirken oluşan karardaki rolü ve önceki kanaati, tutum ve davranışları, sayısal çoklukları gibi bir çok unsura atıf yaptığı ancak bunların herhangi birine sağlanmış bir üstünlük olmadığı vurgulandığı görülmektedir. (Fazlı Aslaner kararı)

Verilmiş bir kararın yeniden yapılan bir incelemesinde tekrar var olmak meşru bir taraflılıktır. Heyette söz alınıp konuşulduğunda ya da örneğin ilk derece mahkemesinin bozmadan sonraki ısrarına karşı davanın görüldüğü büyük katımlı kurul görüşmelerinde bozmaya imza atan heyette yer alan hakimin ilk derece mahkemesinin ısrar kararına karşı kendi görüşünü ve dairesini savunacağı tabiidir. Üyelerin tutum ve davranışı gibi sürece etkili olabilecek tartışma pozisyonlarının yarattığı somut etkinin belirlenmesine yarayacak bir ölçüleme şekli ise yoktur. Objektif olarak hakkında kaygı duymayacağınız hakimin, yeni karardaki nesnel yerinin, aynı oyu kullanacağı yönündeki yüksek şüphe karşısında sübjektif tarafsızlığa uygun düşmeyeceği de gerçektir.

Kurul halinde yargılama yapan mahkemede yer alan bir önceki kararı oluşturan imzacı hakimlerin sayısal çokluğu ve kararın alınışındaki etkilerine, dosyaya görüş bildiren bakanlığında dikkat çektiği düşünüldüğünde, tarafsızlık konusunun gri bir alan oluşturduğu hiçbir şekilde onlara karşı duyulacak kuşkuları giderme de yeterlilikten bahsedilemeyeceğine işaret edildiği görülmektedir.

O halde başvuru konusu olayda olduğu gibi haklarında tarafsız olmadığı yönünde kaygı duymak için çokça sebebin varlığına da inanç yolu açık tutulmuş, kanun yolu incelemesinin görünüşünün bile bu şüpheleri haklı çıkaracak, kaygıyı ortadan kaldıracak açıklıkta olması için yeterli güvenceler taşınması zorunluluğu açıktır.

Kanun yolunun amacının kararın bir üst yargı merciince incelenerek adalet ve hakkaniyet duygularını yüceltmek olduğu düşünöldüğünde bu güvenceleri veren bir yargı hizmeti sunmakta adil yargılanma haklarının kapsamı içindedir.

Hakimin önceki aşamalarda görev almış olması kanun yolu incelemesini tek başına etkisiz ve olumsuz olması sonucu doğurmayacak ise de, aynen kararımızın 69. paragrafının son cümlelerindeki gibi özellikle kurul halinde yargılama yapan mahkemelerdeki oy sayısı ve üyenin karar verilmesindeki rolü gibi unsurlarda dikkate alınmalı değerdendirilmesi göz ardı edilmediğinde, başvuru konusu olayda dairedaki temyiz incelemesine katılan üyeler M.Ü ve İ.B' nin katıldığı karar düzeltine kurulunun oylama sonucunun 20'ye karşı 19 oyla reddedildiğı düşünöldüğünde 20'nin içinde yer alan iki, öncesi karara imza atmış hakimin yer almasının önemi ve etki ağırlığı dava konusu olayda göz ardı edilemez. Kararımızda yer alan ve sonuca götüren değerdendirme kriterlerinden sayılan önceki karara imza atan hakimlerin büyük kurulda azınlıkta kalmaları halinde bu nesnel durumun göz ardı edilebilir / ihmal edilebilir veya etkili olmayan unsur şeklinde olduğuna yönelik nitelemenin başvuru konusu oylama sonucu ile ne kadar çelişkili olduğı veya değinildiğı gibi önemsiz olmadığı gibi sonuca götüren tek olgu olduğı anlaşılacaktır.

Anılan nedenler ile başvuru dosyasının da hakimlerin objektif ve sübjektif rolleri birlikte bir bütün halinde değerdendirildiğinde başvurucunun lehine çıkma ihtimali yüksek kararın önceki kararda aleyhine oy kullanmış iki hakimin aynı yönde oy kullanması ile etkili hal aldığından adil yargılanma kapsamında tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiğı sonucuna varılmış çoğunluk görüşüne katılmamıştır.

Üye
Serruh KALELİ