

## BİÇİMİN YOKEDİCİ MUHALEFETİ<sup>1</sup>: *defi*

Prof.Dr. Nihal SABAN\*

Sayın SOMER, bu yazıyı, yaşamın ödünçlüğüne karşılık, insanlık malvarlığından<sup>2</sup> ödünç aldığım kavramlarla yazdım.

### I. Yarınsızlaştırılmış şimdiki zamanlarda<sup>3</sup> adalet dağıtıcısı: yargıç<sup>4</sup>

Küreselleşme, teknolojiye dayalı yeni ekonomi modellerini oluştururken aynı zamanda toplumsal yaşamında dokusunu değiştirmiştir. Sürecin taşıyıcıları bireyler olduğu için, bu politikalara uygun yeni birey tipinin de biçimlendirilmesi gerekiyordu. Nitekim, seksenli yıllarda yükselen neoliberal politikalar, bugün tükettiği sürece varolan<sup>5</sup> kendi birey tipini tüketiciye tahvil ederek<sup>6</sup> yaratmıştır.

1 **Ferda KESKİN**, "Kötülük Toplumu ve Biçimin Muhalefeti: Ece Ayhan'ın Şiirini Okumak İçin Kavramsal Bir Arka Plan Taslağı", Cogito, Şiir,Yapı Kredi Yayınları-Üç aylık düşünce dergisi- Sayı:38-Kış 2004, 234 vd: çalışmanın başlığı bu yazıdan esinlenerek oluşturulmuştur.

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

2 **Bakır ÇAĞLAR**, Bülent TANÖR'ü anmak için Üniversite Öğretim Üyeleri Derneği tarafından 8.4.2003 tarihinde Galatasaray Üniversitesinde düzenlenen "Türkiye'nin Demokratikleşme ve Anayasa Sorunu" konulu Panel.

3 **Ali ERGÜR**, "Kredi kartı kullanımında zaman algılaması ve borçlu yaşam", Toplum ve Bilim, Sayı 102, 2005,133.

4 "Adalet dağıtıcısı" temsil değeri yargıç kimliğine ait olduğu için değerlendirmeler yargıç ve yargı kararı üzerinden yapılmıştır.

5 **Zygmunt BAUMAN**, "... Yeni ürünlerin asal rolü, dünün ürünlerini eskimiş göstermektir; 'eski' ürünlerle birlikte onların gerçekleşmemiş vaatlerinin anısı da silinir gider. Umut hiçbir zaman tümüyle engellemeye uğramaz; bunun yerine, hep hareket üzerinde odaklanan, hep yeni nesnelere doğru kayan ilgiyle sürekli bir coşku durumunda tutulur..."(197), "... Meta oyunu ödül getirmez; tek ödül oyunun kendisidir..." (215), Yasa Koyucular ile Yorumcular, Modernite, Postmodernite ve Entelektüeller Üzerine, İst.1996.

6 **ERGÜR**, "...Bireyin tüketiciye tahvil edildiği bu meşrulaştırma sürecinde, toplumsal değerler de aynı şekilde paramın öncelik kazandığı bir yöne dönüşmüşlerdir. Böyle bir dönüşüm, kaçınılmaz olarak kitlesel ölçeklerde çeşitlendirilmiş bir tüketim eyleminin, toplumsal anlam taşıyıcısına dönüşmesine yol açmıştır. Tüketim bir kimlik edinme sürecine dö-

Aslında bu günü yaşamaya dayalı oluşturulan yaşam biçimi, bir yanı ile geçmişinden kopmuş diğer yanı ile gelecek tasarımı yitirmiş dünya<sup>7</sup> anlayışını oluştururken, yaşamın tüm alanlarını değiştiren, dönüştüren ve yeniden üreten bir toplumsal yapının taşlarını var ediyor.

Köklü dönüşümlerin yaşandığı bir sürece tanıklık ediyoruz<sup>8</sup>, bu yapı hukuk ve hukukçuları etkiledi mi ya da etkiliyor mu? Yeni, tüketici birey tipine karşılık düşen hukuk alanında mesleki kimlikler; öğretim üyesi, avukat ve yargıç, nasıl değiştiler, değişimi sorguluyorlar mı? Ülkesel ölçekte sorgulama kültürümüz olmamasına<sup>9</sup> rağmen üniversitelerin<sup>10</sup>, baroların<sup>11</sup> ve yargıçların<sup>12</sup> önemli çabalarının olduğunu görmek gerekiyor. Mesleki

nüşmüş, idealleştirilmiş bir yaşam kurgusuna erişmek için sonsuzca çeşitlenmiş metalar dünyasında *daha iyi bir yaşam* hedefine yönelmiş bireyler, ister istemez süreklilik arz eden bir borçluluk döngüsüne girmişlerdir.....”(129); “...Postmodern birey, zamanı yalnızca şimdiki zaman cinsinden ifade edebildir. Üstelik, öngörülerini ve izdüşürmeleri, Aldo Haeşler’in söyleyişleriyle bir ‘yarınsızlaşmış şimdiki zaman’ ve bir ‘sonradan edinilmiş gelecek’ ekseninde örgütlenen toplumsal yaşam karşısında yok olmaktadır.”(133); “...Bütün bir toplumsal deneyim, şimdiki zamanın, gelecek yönelimi olmaksızın bir dönüşümü olarak tasavvur edilmektedir. Toplumsal eylemi zaman eksenini üzerine izdüşürme amacı artık geçerliliğini yitirdiğine göre, hiçbir pratik yarına bırakılmamalıdır ...”(134).

- 7 **Nalan BARBAROSOĞLU**, “Gelecek tasarımı yitirmiş bir dünyada öykü yazmak”, Varlık, Günümüzün öyküsü, Arayışlar, eğilimler, yönelimler, Nisan 2005,3.
- 8 Türk Ceza Kanununun yürürlüğe girmesi 1 Haziran 2005’e ertelenmiş, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısı tartışmaya açılmıştır.
- 9 **Celal ERKUT**, Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı, İstanbul 2004, “....günümüzde idare yargıcının yetkilerinin, bir çelişkiler yumağı oluşturan 1982 Anayasası düzenlemeleri sistematüğinde oldukça sınırlı ve edilgen bir yapı içine hapsedildiğı ve adeta “**yargıç inisiyatifinin tutukluğı**” döneminin başladığı söylenebilir. ...idari tasarruflar hakkında idare yargıcının yürütmenin durdurulması kararı verebilmesini neredeyse imkansız kılan, İdare’nin takdir içeren öğeleri üzerinde bir yargılama yetkisi kullanılmasını engelleyen Kurucu İktidar iradesinin sonradan diğer tüm siyasi iktidarların aynı yöndeki yaklaşımı ile nasırlaşması, Türk Kamu Kudreti inisiyatifinin “tutuk adalet” anlayışının üstünlüğünü tercihe etmesinin en temel göstergesidir. Diğer taraftan, siyasi iktidarların idari yargı düzeni üzerinde yirmi yıldan fazla bir süredir egemen kıldıkları, hukuku küçümseyen ve hatta aldırma ve aymaz yaklaşım; idare yargıcını da bezdirmiş ve umutsuzlaştırmıştır. Öyle ki, bu durum idare yargıcının da kabuk değiştirmesine ve 1982 düzeni öncesinde İdareye hukukla bağılılığı emreden “imperium” yetkilerini tamamen unutmaya ve Kamu Kudreti karşısında –saman alevi gibi yanan birkaç kararı dışında- edilgen, çekingen ve hatta ürkek bir tutuma bürünmesine yol açmıştır. ...” (214-215).
- 10 **Hasan Ünal NALBANTOĞLU**, “üniversite A.Ş.’de bir ‘homo academicus’: ‘Ersatz’ yuppie akademisyen” Toplum ve Bilim, Homo Academicus Alla Turca, Güz 97 2003,7 vd.
- 11 İstanbul Barosu tarafından Mart 2004’de düzenlenen “Hukuk Devleti ve Yargı Reformu” konulu sempozyumda, Hukuk fakültesi öğretim üyelerinin öğretim üyesi ve avukat kimliklerini birleştirdiklerinde, öğretim üyesi-öğrenci-meslektaş ve öğretim üyesi-yargıç kimliklerine dayalı “hocam” üzerinden kurulan ilişkilerde etik sorunsallaştırma yapılmıştır. Tartışma için bak. Derdest Dosya, 2004/06.
- 12 **Mustafa KUTLU**, “Hukuk Devletinde Yargıç Meşruiyetinin Görünüm Biçimleri”, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi ile İstanbul Barosu tarafından ortaklaşa düzenlenen ‘Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar’ konulu Sempozyum, HFSA Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi, 7, Hazırlayan: **Hayrettin ÖKÇESİZ**, İstanbul Barosu Yayını, İst.2003,119 vd.

kimlik anlamında temel tespitlerin; refah düzeyinin yeterli olmaması ve iş yükünün çokluğu üzerinde yoğunlaştığını görüyoruz. Bu iki tespiti de tüketici birey tipinin temellendiği “tüketim” bağlantılı; ekonomik ve iş yükü anlamında yeterince” tüketememek” olarak okuduğumuzda, yaşadığı toplumun izlerini taşıyan ve kendi izlerini bırakan hukukçuların da değiştiğini tespit etmek gerekiyor<sup>13</sup>.

## II. Sonsuzluğun Kaygan Zeminlerinde Dağıtılan Adaletin Belgesi: Karar

Yargılamaların sonuçları karara dönüşüyor ve yazılıyor. Bunlar her dönemde dağıtılan adaletin yazılı belgesi olarak varlıklarını koruyor ve bazıları üzerinde de yıllarca konuşuluyor Hukukçuların uğraştıkları hukuksal tartışmalar, genel olarak spesifik veya kuşku götüren uyuşmazlıklar ile ilgilidir<sup>14</sup>. Karar, yaşam olayı (olgular) ve yasa olayı (hukuk kuralı) seçimine (nitelendirme) dayalı ise yargıcın hem olgular hem de hukuk kuralı konusunda nicel-nitel gerekli donanımına –bilgiye– sahip olması gerekiyor. Bu genel yaklaşım çerçevesinde yargıç, hukuku uygularken iki soruya cevaplamak zorundadır: 1) Bu kural uygulanabilir mi? 2) Uygulanacak olan kural bu mu? <sup>15</sup>. Aslında günümüz yargıç kararlarına baktığımızda pek çok sorunun cevapsız kaldığını görürken<sup>16</sup>,

<sup>13</sup> a) Bu sadece dikkat çekmeye yönelik bir tespit, çünkü bu çalışmanın daha öte bir amacı yok.

b) Örneğin birey bilimsel ve teknolojik gelişme ile buluştuğunda tüketici kimliğini temsil ediyorsa, hukukçu kimliğinin temsil değeri neyle ifade edilecektir? Burada okur hukukta teknoloji ile hukuk tekniğinin bütünleşmesini, bizim yapmadığımız tartışmayı yapan alanlar üzerinden düşünmelidir: “İnsanların toplumsal varlıklarını yeniden ürettikleri maddesel üretimde nesneleştirdikleri belli bir bilgi ve beceridir. Bunu teknik olarak adlandırıyoruz. Maddesel üretimde eylemin tasarısının nesnesine yaklaşmasının yordamı olan teknik, emek gücünün dışsal bir uzantısı değildir. Teknik, emek-gücünün öz yapılandırılmasını ifade eden bir olgudur...” **Yaşar GÜNEŞ**, “Bilimsel ve Teknik Gelişme: Emek Gücünün Yapılandırılması”, Felsefe Yazın, NİSAN-MAYIS 2005, No 5, 2.

<sup>14</sup> **Stig JORGENSEN**, Hukuk ve Toplum, Yayına hazırlayan: **Mehmet Tuvfik ÖZCAN**, Çeviri: **Ülker YÜKSELBABA - Nazime BAYSAN**, İst. 2001, 116.

<sup>15</sup> **JORGENSEN**, 120.

<sup>16</sup> Bu çalışmanın konusunu oluşturan Danıştay kararı, vergi hukuku dersinin dönem sonunda (2.5.2005) yaptığım pratik çalışmalar için seçtiklerimden bir tanesidir. Kararın bütünüyle incelemeye değer olduğunu düşünüyorum. Örneğin kararda, davacıların talebi ile karar arasında mantıksal bağın nasıl kurulduğunu anlamak mümkün değil, şöyle ki: ‘...İstemin özeti: Bazı mal ve hizmetlere uygulanacak katma değer vergisi oranlarının tespitine ilişkin 22.12.1992 tarih ve 1992/3896 sayılı Kararnamenin Eki Karara ekli (I) sayılı listeye; 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, Dağıtım ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun kapsamındaki işletme hakkı devir sözleşmesine konu hakların devrinin eklenmesi suretiyle, söz konusu hakların devrinin %1 oranında katma değer vergisine tabi tutulmasına ilişkin 30.7. 2001 tarih ve 2001/2789 sayılı Kararnamenin Eki Kararın; sanayide ve meskenlerde kullanılan elektrik bedeli üzerinden %18 oranında katma değer vergisi hesaplanırken, işletme hakkının devrine ilişkin sözleşmelerden % 1 oranında katma değer vergisi alınmasının Hazinesinin kaybına neden oldu-

öğretim üyeleri ve avukatların da sorulara cevap aramadığının altını çizmek gerekiyor<sup>17</sup>.

### 1. Biçim: bir Danıştay kararı

Danıştay 7. D., 11.3.2003, 4997/555<sup>18</sup>;

*“Dava, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 28’inci maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulunca 2.8.2001 tarih ve 24481 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 30.7.2001 tarih ve 2001/2789 sayılı Kararnamenin Eki Kararın iptali istemiyle; ...Konsorsiyumu adıyla oluşturulan adi ortaklık ile konsorsiyumda yer alan gerçek kişiler tarafından açılmıştır.*

*Borçlar Kanununun 520’nci ve devamı maddelerinde düzenlenen adi ortaklık, tüzel kişiliğe sahip değildir. Bu hukuki durum karşısında; tüzel kişiliği olmayan, medeni haklardan yararlanma ve bu hakları kullanma ehliyeti bulunmayan adi ortaklığın, yargı mercilerinde, yargılamanın hiçbir aşamasında taraf olmasına olanak bulunmadığından; dava, gerçek kişi davacılar hasren incelendi:*

*2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2’nci maddesinin 4577 sayılı Kanunla değişik (a) fıkrasında iptal davaları; idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar olarak tanımlanmıştır.*

ğü; ayrıca GSM tesis ve işletme hakkı devirleri % 17 oranında katma değer vergisine tabi tutulurken, elektrik santrallerinin işletme hakkının devrinin % 1 oranında katma değer vergisine tabi tutulmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenmektedir.....TÜRK MİLLETİ ADINA.....Kiralamanın, 3065 sayılı Kanununun 4’üncü maddesinde, teslim ve teslim sayılan haller ile mal ithalatı dışında kalan işlemler arasında bir ‘hizmet’ türü olarak sayıldığı ve devir sözleşmesi ile işletme hakkını devir alana birçok yükümlülükler getirdiği dikkate alındığında, dava konusu düzenlemede, Anayasanın 73’üncü maddesine ve Bakanlar Kuruluna muhtelif mal ve hizmetler yönünden farklı vergi oranları tespit etme konusunda yetki veren 3065 sayılı Kanunun yukarıda anılan 28’inci maddesine aykırılık görülmemiştir....’ (Lebib Yalkın Yayınları, Katma Değer Vergisi Mevzuatı, Cilt (B), Kısım III, Katma Değer Vergisi Kanunu ile ilgili Danıştay Kararları, Sıra No.145). Bu değerlendirmelere baktığımızda dava amaç bağlantılı Bakanlar Kurulunun takdir yetkisini kullanmasında eşitliğe aykırılık üzerine kurulmuşken, karar konu ile ilgili Bakanlar Kurulunun yetkili olduğunu söyler. İkisi arasında mantıksal bağın nasıl kurulduğunu anlamak mümkün görünmüyor ve belki de kurulmadığını söylemek gerekiyor. Ayrıca İYUK 24, (b) ve (e) fıkralarının birlikte değerlendirilmesi gerekiyor. Buda mantıksal olarak davacının iddialarına karşılık gelecek karar gerekçesidir.

<sup>17</sup> Vergilendirme alanında pek çok şey hak ettiği biçimde tartışılmıyor. Çünkü sürekli reform(!) yapılıyor. Bu yaklaşımı reform değil ama yasa fetişizmi olarak nitelendirmek gerekiyor çünkü reform adı altında yapılan yasa değişikliklerinin büyük bir çoğunluğu bir önceki yasa değişikliğini tekrar kabul etmekten ibarettir. Bunun *tabula rasa* vergiciler oluşturma politikası olarak genelde başarıya ulaştığını söylemek mümkündür

<sup>18</sup> Bakınız dipnot 15.

*Hukuk devleti olmanın en başta gelen koşulu idarenin eylem ve işlemlerinde hukuka uygun davranması, bu eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olmasıdır. Bu koşulun gerçekleştirilmesini sağlayacak araçlardan birisi olarak hukuk düzenimizde yer alan iptal davalarında, hak ihlalinin daha geniş bir kavram olan menfaat ihlalinin ön koşul olarak kabul edilmesi, bu anlayışın bir sonucudur.*

*Bu itibarla, nihai tüketici olması dolayısıyla katma değer vergisinin asıl yüklenicisi (mükellefi) konumundaki her bireyin, vergi oranları ile ilgili olarak toplumun tümünü ve dolayısıyla kendi menfaatini zedeleyen, kamu yararına ve hukuk devleti esaslarına aykırı olan düzenleyici işlemlere karşı dava açma hakkı bulunduğundan, davalı idarenin, davacıların dava açmakta menfaatlerinin bulunmadığı yolundaki defî yerinde görülmeyle işin esasının incelenmesine geçildi:....”*

## **2. Yokedici muhalefet: “...davalı idarenin, davacıların dava açmakta menfaatlerinin bulunmadığı yolundaki defî”**

Kararda ardışık biçimde; dava açmak, menfaatinin bulunması, defî gibi birbirine yakın kavramlar yer alıyor. Kararda bu yakın kavramların yan yana getirilmesiyle ortaya çıkan kavramsal dizin hukuka uygun mudur?

İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) 31, ehliyet de dahil bazı konularda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun (HUMK) uygulanacağını belirlemiştir<sup>19</sup>. O halde biz önce vergi yargısında, dava teorisinin konularından birini oluşturan ehliyet ile ilgili HUMK'nun belirlediği kuralları tespit etmeliyiz, ardından İYUK kuralları ile karşılaştırarak karardaki kavramsal dizinin hukuka uygun olup olmadığını cevabını aramalıyız.

### **a) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**

#### **aa) Dava şartları**

Taraflar, dava açmakla istedikleri hukuki korunmayı, belli koşullara bağlanmış olan yargılama sonunda elde edebileceklerdir. Dava şartları<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Vergi Usul Kanununun Uygulanacağı Haller (İYUK 31); 1. Bu kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hakimin davaya bakmaktan memnuniyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sukununu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır. Ancak, davanın ihbarı ve bilirkişi seçimi Danıştay veya hakim tarafından re'sen yapılır.

2. Bu Kanunun ve yukarıdaki fıkra uyarınca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıfta bulunan haller saklı kalmak üzere, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.

<sup>20</sup> **Saim ÜSTÜNDAĞ**, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, Yerel Mahkemelerde Yargılama, Kanun Yolları ve Tahkim, 7. Baskı, İstanbul 2000, 283.

olarak nitelendirilen bu koşullar usuli ve maddi hukuka ilişkin dava şartları olarak ikiye ayrılır<sup>21</sup>. Usuli dava şartları, mahkeme, taraflar ve dava konusu şeye ilişkin olanlardır<sup>22</sup>.

### aaa) Taraf ehliyeti

Bir davada taraf olabilmek, HUMK 38'e göre Medeni Kanun (MK) kapsamında belirlenecektir. Taraf ehliyeti, MK 8 ve 48 deki hak ehliyetine karşılık gelir<sup>23</sup>.

### bbb) Dava ehliyeti

Bir kimsenin bir davayı bizzat veya tayin edeceği bir (iradi) temsilci vasıtasıyla takip edebilmesi veya usuli muameleleri bizzat veya bir temsilci vasıtasıyla yapabilme ehliyetidir<sup>24</sup>. Bu da medeni hukukun hakları kullanabilme ehliyeti (MK 9), fiil ehliyetine karşılık gelir.

### bb) Layihalar teatisi

Davalı dava karşısında çeşitli savunma olanaklarına sahiptir. Bunlar usuli ve esasa ilişkin savunma sebepleridir. Usuli savunma sebepleri dava şartları ve iptidai itirazlar<sup>25</sup> olup, esasa ait savunmalar ise inkar, itiraz ve defilerdir<sup>26</sup>.

### aaa) İtiraz

Maddi hukuk manasında itirazlar, davacının ileriye sürdüğü hakkın doğumuna engel olan veya doğmuş olan hakkı ortadan kaldıran olaylardır<sup>27</sup>. Davanın dayandığı olaylar inkar edilmemekle beraber, hakkın ve talep hakkının bulunmadığını gösteren bazı olay ve sebeplerin ileri sürülmesidir<sup>28</sup>. Bir örnek: hakkın düşmüş olması itirazı.

### bbb) Defi

Defi (exceptio), Roma Usul Hukukunda *formulaya* dayanır<sup>29</sup>. Defi, da-

<sup>21</sup> ÜSTÜNDAĞ, 283.

<sup>22</sup> ÜSTÜNDAĞ, 287 vd.

<sup>23</sup> ÜSTÜNDAĞ, 288.

<sup>24</sup> ÜSTÜNDAĞ, 291.

<sup>25</sup> ÜSTÜNDAĞ, 497.

<sup>26</sup> ÜSTÜNDAĞ, 343.

<sup>27</sup> ÜSTÜNDAĞ, 344.

<sup>28</sup> Zait İMRE, Medeni Hukuka Giriş, İst.1971, 293.

<sup>29</sup> Belgin ERDOĞMUŞ/Bülent TAHİROĞLU, Roma Usul Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No: 2690, Hukuk Fakültesi, 606, İstanbul 1980, 15 vd.; "Formula usulü ise,

valıyı koruyan bir kısımdır ve kullanıp kullanmamak davalının arzusuna veya bilgisine bağlıdır<sup>30</sup>.

Maddi hukuk manasında defî, borçlanılmış bir edimin devamlı (daimi olarak) veya geçici olarak (yani muayyen zaman için) yerine getirilmesinden kaçınmaya (imtinâa) imkan veren bir haktır<sup>31</sup>. Hak ve talep hakkı vardır, fakat buna rağmen borçlu borcunu yerine getirmekten kaçınmak hakkına haizdir<sup>32</sup>. Bir örnek: zamanaşımı.

## b) İdari Yargılama Usulü Kanunu

### aa) Dava şartları

Davanın kabul şartları, önkoşullar ve özü ile ilgili şartlardan oluşur.

davalıya yeni bir müdafaa imkanı vermişti: *In iure* safhada, kendisine karşı ileri sürülen iddiaların doğru olduğunu kabul etmekle beraber, kendisini mahkumiyetten kurtaracak başka bir hadisenin bulunduğunu ileri sürer ve magistra, *formula*'nın *intentio*'su ile *condemnatio*'su arasına, *exceptio* (defî) denen bir kısım ilave edilerek, hakim önünde bunu ispat ettiği takdirde, beraat etmesini sağlardı. Davalının, *exceptio* ile ileri sürdüğü hadise, *condemnatio*'yu yeni şarta bağlayan bir cümle halinde ifade edilmekte idi. Şu halde defî, *formula*'nın mantığı içinde, şu kadar var ki'; 'yeter ki', gibi sözlerle başlayan bir nevi 'savunma' idi: Bu savunma, davacının *demonstratio*'da ileri sürdüğü hadiseyi, ve *intentio*'da belirttiği hukuki mesnedi reddetmeden, istisnai bir durum dolayısıyla, *condemnatio* ile verilecek kararı kendi lehine çevirecek mahiyette idi. O zaman *formula*'nın mantığı şu şekli alıyordu: 'Hadise şudur (*demonstratio*); davacının hukuki mesnedi ise şunlardır (*intentio*); gerek hadise, gerekse hukuki mesnetler sabit olursa, hakim davalıyı mahkum edecektir, yeter ki, davalının ileri sürdüğü şu diğer hadise veya hukuki vaziyet de (*exceptio*) doğru olmasın.' (TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku Dersleri, 4 Basım, İstanbul 2005, (234 vd.) usul hukuku bu kitaba aktarılmıştır. Ancak, bu çalışmada usul hukukunun ayrı olduğu baskısı tercih edilmiştir). Ziya UMUR, Roma Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1999, 250 vd.; DI MARZO S, Roma Hukuku, Beşinci tab'ından çeviren Ziya Umur, İstanbul 1954, 109-110; BUKLAND W. W., A Manual of Roman Private Law, Reprint of the second edition (3 rd printing), Cambridge 1953, Scientia Verlag Aalen,397-399.

<sup>30</sup> ERDOĞMUŞ/TAHİROĞLU, 22-23.

<sup>31</sup> ÜSTÜNDAĞ, 346; İlhan E. POSTACIOĞLU; "Geniş manada defiler de, iki ayrı kategori halinde mütalaa edilebilir: biri, medeni hukuk anlamında itirazlar (Einwendung ve Almanca terimin karşılığı olarak Fransız hukuk literatüründe tutulmuş olmakla beraber daha ziyade İsviçre eserlerinde istimal edilmekte olan (objection); diğeri de, medeni hukuk anlamına göre defiler (Exception) ki, bunlara dar manada defiler de demek mümkündür." Medeni Usul Hukuku Dersleri, 1911 Sayılı Kanuna Göre Yazılmış, Altıncı Bası, İst.1975,274.; Yavuz ALANGOYA/Kamil YILDIRIM/Nevhis DEREN-YILDIRIM, Medeni Usul Hukuku Esasları, 4. Bası, İstanbul 2004, 265, 278.

<sup>32</sup> İMRE, 293; Andreas von TUHR, "...Davacının hakkına mani teşkil eden bu nevi vakıaların ileri sürülmesine yeni medeni hukuk doktrininde ve AMK.da (Einwendung) denilmektedir. Medeni hukukta ve AMK. İstilatında, itiraza defiler tekabül eder. İtiraza muhalif olarak defî, davalı lehine hüküm tevhit eden bir vakıa değil, davalının borçlu bulunduğu edayı hususi sebebe istinaden yerine getirmekten imtina eylemesine müsaade eden bir haktır. İtiraz, dermeyeran etmek bir vakıa ileri sürmektir; bir defî dermeyeran etmek ise, bir irade beyanı ile bir hakkı kullanmaktır..." Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt:1-2, Çeviren: Cevat EDEGE, Yargıtay Yayınları no:15, Ankara 1983, 27-28.

Bunlardan birincisi davanın usulüne ve şekline yani şekli hukuka, ikincisi, esasına yani maddi hukuka ait şartlardır<sup>33</sup>.

### aaa) Ehliyet

İYUK. 14 madde, iptal davasının ön şartları olarak kabul edilen, dilekçeler üzerinde ilk incelemenin;

a) görev ve yetki,

b) idari merci tecavüzü,

c) ehliyet,

d) idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı,

e) süre aşımı,

f) husumet,

g)3 ve 5 maddelere uygun olup olmadığı,

ile ilgili yapılacağını belirler.

Ehliyet, İYUK 31'e göre HUMK göre, HUMK da MK ya göre belirleneceğini söyler. O halde taraflar ile ilgili kurallar, yukarıda tespitini yaptığımız HUMK'nun dava şartları içinde belirlenen taraf ve dava ehliyeti ile ilgili kurallardır.

### bbb) Menfaat ihlali

İYUK 2,1,a) İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları, düzenlenmiştir. Menfaat ihlali, dava şartlarından davacıyla ilgili şartlardandır. İptal davasında menfaat şartı davanın esasına ait olmayan, dışında kalan ve sadece davanın kabulü ve dinlenmesi için aranan bir usul ve şekil şartıdır: menfaatin ihlal edilmiş olması davanın neticesine tesir etmez<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> **Sıdık Sami ONAR**, İdare Hukukunun Umumi Esasları, III Cilt, Üçüncü Bası, İst., 1776; **Şeref GÖZÜBÜYÜK**, Yönetmelik Yargı, Güncelleştirilmiş 20. bası, Ankara 2004, 136.

<sup>34</sup> **ONAR**, 1781 "... Yani menfaatin ihlal edilmemiş olması davanın reddi veya ihlal edilmiş olması davanın kabulü ile bu menfaati ihlal eden hukuki tasarrufun iptali için bir sebep teşkil etmez. Bu şart davada ciddiyeti temin etmek, alakasız kimselerin lüzumsuz müracaatlarla idari kaza mercilerini işgal etmelerine mani olmak için konulmuş şekli bir şarttır: Davacının kararla ciddi ve makul bir alakası olduğu ve binaenaleyh davanın da ciddi ve samimi bulunduğu anlaşılan dava kabul edilir. Esas hakkındaki kararda artık bu menfaat şartının hiç yeri ve tesiri yoktur; menfaatin mevcudiyeti ve ihlal edilmiş olduğu sabit olsa ve fakat idari kararda bir sakatlık, bir iptal sebebi bulunmasa iptal talebi reddedilir ve menfaati ihlal eden karar yürürlükte kalmakta devam eder....";