

İdari Yargı Kararları Çerçevesinde İdarece Yapılan Mülakatlarda Hukuka Aykırılıkların İspatı^(*)

Proving Unlawfulness of Job Interviews Conducted by the State in View of Administrative Court Decisions

*Dr. Öğr. Üyesi Murat Buğra TAHTALI^(**)*

Öz

İspat hukukunun genel ilkesi, bir iddiada bulunan kişinin, iddiasını ispatla yükümlü olmasıdır. İdari yargıda açılan iptal davalarında da durum böyledir ve davada talep edilen sonuca (işlemin iptali) hükmedilebilmesi için kural olarak işlemin hukuka aykırı olduğunu iddia eden davacının iddiasını ispat etmesi gerekmektedir. Şöyle ki, idarenin bir işleminin, yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurlarının biri veya birden fazlası bakımından hukuka aykırı olduğunun mahkeme tarafından tespit edilmesi halinde iptaline karar verilir ve bu sonuç işlemin hukuka aykırı olduğunun tespiti anlamına gelir. Bu tespit için delilleri ortaya koyması gereken ve iddiasını ispatla mükellef olan taraf kural olarak idari işlem nedeniyle menfaati ihlal edilen davacıdır.

Her ne kadar, gerek idari yargıdaki yerel mahkemeler gerekse onların verdiği kararların hukuka uygunluğunu denetleyen Danıştay ve 2014 yılındaki değişiklikten sonra istinaf mercii haline gelen Bölge İdare Mahkemeleri uzun yıllar boyunca, devlet ve diğer kamu tüzel kişileri (idareler) tarafından yapılan mülakatlar sonucunda verilen “başarısız sayılma” kararlarında aynı ilkeyi göz önünde bulundurmuş iseler de, son yıllarda bu görüşten vazgeçilmiş ve tabir yerindeyse tarihi bir içtihat değişikliğine gidilmiştir. Bu çerçevede, bu mülakatlarda adayın başarısız sayılması işleminin hukuka uygun yapıldığının ispat yükü artık davalı idareye yüklenmektedir.

Yapılan bu içtihat değişikliğinin gerekçeleri ve uygulamadaki karşılığının idari yargılama hukukunun genel prensipleri doğrultusunda incelenmesinin, uygulamaya katkı sunması en büyük ümidimizdir.

Anahtar Kelimeler

İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku, İspat Yükü, Re’sen Araştırma İlkesi, Mülakat.

Abstract

The fundamental principle of evidence law dictates that one who makes a claim is under an obligation to prove his claim. This principle applies equally in cases brought before Administrative Courts where the complainant, who brings a legal action against the State for its wrongful act, in principle, must prove his case to successfully secure annulment. Thus, an annulment decision can only be made by the Court if it is sufficiently proven that the act of State is unlawful on the basis of failure in its scope (authority), form, reason, object or purpose, or any combination of them. Annulment means determination that has acted in violation of the law. In order for the wrongfulness of the act to be determined, the complainant, who is under a burden of proof and must therefore produce evidence, should be the one whose interests are violated by the act of State.

^(*) Makale gönderim tarihi: 14.01.2020, Makale kabul tarihi: 04.03.2020.

^(**) İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı,
E-posta: bugra.tahtali@inonu.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-2459-9938>.

Although local administrative courts, the Council of State (Danıştay) which is entrusted with the judicial review of local court decisions, and since 2014 the Regional Administrative Courts acting as intermediary appeal courts for years considered this principle in cases relating to “unsuccessful applications” as a result of job interviews conducted by the State organs and agents as part of the civil service recruitment procedure, lately however, there has been a radical shift in their well-established case law. In that, the burden of proof is now shifted on the respondent State to prove to the Court that the latter’s act to decide a job application to be unsuccessful as a result of the interview with a candidate is in fact made in full compliance with legal requirements.

The present study aims to examine the reasons for such a remarkable change in case law and its implications for the theory and practice of administrative procedural law.

Keywords

Administrative Law, Administrative Procedural Law, Burden of Proof, Principle of Spontaneous Research, Civil Service Job Interview.

GİRİŞ

Mülakat sınavları, gerek kamu kurum ve kuruluşlarında ve yerel yönetimlerde gerekse belli meslek dallarında çalışacak kamu personeli alımlarında, istihdam edilecek personelin belirlenmesi açısından uzun yıllardan bu yana başvurulan bir yöntemdir. Ancak geçmişten bu güne mülakat sınavlarında yaşanan acı tecrübeler, bu sınavların amacının dışına çıkarak objektiflikten uzak değerlendirmelerle hukuka aykırılıklara yol açtığını göstermektedir. Devlet Memurları Kanunu’nda (DMK.) memuriyete alımlarda en önemli ilke olan “Liyakat” ilkesine göre hareket edilmesi gerekirken, mülakat sınavlarında bu ilkenin uygulanmadığına yönelik çokça örnek bulunmaktadır. Yine yükseköğretim kurumlarının çoğunlukla yüksek lisans ve doktora programlarına öğrenci alımlarında mülakat (sözlü sınav) usulüne başvurduğu ve bu sınavlarda da birçok hukuksuzluklarla karşı karşıya kaldığı bilinen bir gerçektir. Akademide özellikle doçentlik sınavlarında uzun yıllardır süre gelen sözlü sınavlarda meydana gelen hukuksuzluklara ilişkin şikayetler devletin en üst kademesine kadar ulaşmış, bunun sonucunda 2547 Sayılı Kanun’da değişikliğe gidilerek, iki aşamadan oluşan doçentlik sınavının ikinci aşaması olan mülakat sınavı kısmen kaldırılarak, mülakat sınavı yapıp yapılmayacağı ilgili üniversitelerin takdirine bırakılmıştır.

Mülakat sınavları ile ilgili bu iddialar uzun zamandır gündemde olmakla beraber, bu sınavlar sonucunda yapılan değerlendirmeler, ilk başlarda “idarenin takdir yetkisi” kapsamında değerlendirilmiş ve bu değerlendirmelere dayanak olan soru ve cevapların kayıt altına alınmaması nedeniyle davacılar tarafından ileri sürülen hukuka aykırılık iddiaları mesnetsiz kalmış ve yargı yerleri de denetimin mümkün olmaması nedeniyle bu sınav sonuçlarının iptali istemiyle açılan davalarda, davanın reddine karar vermiştir.

Ancak Anayasamızın 2. ve 125. maddelerini göz önünde bulunduran Danıştay, son yıllarda bir içtihat değişikliğine gitmiş ve idarenin mülakatlarının teknolojik imkanlardan yararlanılmak suretiyle kayıt altına alınması ve sorulan

sorular ile verilen cevapların ve nihayet jüri değerlendirmelerinin ayrıntılı olarak sınav tutanağına kaydedilmesi gerektiğini belirten kararlar vermeye başlamıştır. Böylece mülakat sınavlarının hukuka uygunluğunun yargı organlarınınca denetlenmesinin önü açılmış ve idari yargılama hukukunun temel felsefesine uygun olarak, mülakat sınavlarının değerlendirilmesinde hukuka aykırılık yapıldığı iddiasının ispat yükü idareye yüklenmiştir.

Danıştay'ın bu içtihat değişikliğinin uygulamadaki sonuçlarını ele alan bu çalışma iki ana bölüme oluşacak olup, ilk bölümde ispat yükü kavramı ile idari yargılama hukukunda ispat yükünün hangi tarafta olduğu genel hatlarıyla incelenecek ve idari yargılama hukukunun temel ilkelerinden biri olan re'sen araştırma ilkesinin ispat yükü üstündeki etkileri değerlendirilecektir.

İkinci bölümde ise mülakat sınavlarının denetiminin hukuki statüsü, Anayasal dayanağı incelenmek suretiyle genel çerçevesi incelenerek, hukuka uygunluk denetiminin ne şekilde yapılacağı ve ilk bölümde incelenen ispat yükünün, mülakat sınavlarında nasıl uygulanacağı örnek yargı kararları ışığında ele alınacaktır.

Bu çalışma vesilesiyle 2019 yılı başında kaybettiğimiz değerli genç meslektaşım Arş. Gör. Ceren DAMAR ŞENEL'e Allah'tan rahmet dilerken, O'nun hatırasına sahip çıkan Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi ailesine de bu değerli armağan için teşekkürü bir borç bilirim.

I. İDARİ YARGIDA İSPAT YÜKÜ VE RE'SEN ARAŞTIRMA İLKESİ

A. İspat Yükü

1. Genel Olarak İspat Yükü

İspat yükü hukuki olarak sözlük anlamıyla, “*Mahkemede bir vakıyı beyan veya bir hakkı iddia ile bunlardan kendi lehine bir netice çıkarmak isteyen kimse- nin bunları ispata mecbur tutulması*” olarak tanımlanmıştır¹. Doktrinde de buna benzer biçimde en genel ve temel anlamıyla; “*Davada, mahkemeye sunulan vakı- aların doğruluğunu ortaya koyma yükümlülüğü*” olarak tanımlanmıştır². Bir başka tanımda ise ispat yükü, “*belli bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda vakıa iddiasında bulunan tarafa düşen usuli bir yük*” olarak tanımlanmıştır³. Ancak unutulmaması gereken nokta, ispat yükünün isminden de anlaşılacağı üzere

¹ Türk Hukuk Lügatı, Ankara, Türk Huk Kurumu Yayınları, 1944, s. 168.

² Baki Kuru, Ramazan Aslan ve Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 419.

³ Hakan Pekcanitez et al., *Medeni Usul Hukuku C.2*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 1694.

bir mükellefiyet (yükümlülük) değil, külfet (yük) olduğudur⁴. Bu hususu doğrulayan başka bir tanımda ise ispat yükü kavramı, “belli bir olayın gerçekleşmiş olup olmadığının anlaşılabilmesi, yani olayın ispatsız kalması yüzünden, yargıcın aleyhte bir kararıyla karşılaşma tehlikesi” olarak tanımlanmıştır⁵. Hangi tarafın bu tehlike ile karşı karşıya olduğu sorusunun cevabı, ispat yükünün kimde olduğu sorusunun da cevabını vermektedir⁶. İspat yükü kendisinde olan taraf, davanın kendi lehine sonuçlanmasını istiyorsa iddiasını ispatlayacak delilleri ortaya koymakla mükelleftir. Ancak kendisi iddialarını ispat edemedikçe, karşı taraftan bu iddiaların aksini ispatlamasını isteme hakkı da yoktur⁷.

İspat yükünün genel ilkelerini belirleme noktasında getirilen bu tanımlamaların kanuni dayanağı, Türk Medeni Kanunu’nun (TMK.) “İspat Yükü” başlıklı 6. maddesinde; “Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.” hükmünde yer almaktadır. Buradan da anlaşılacağı üzere, ispat yükü; davalı veya davacı sıfatına bağlı olmayıp, hangi taraf bir iddiayı ileri sürüyorsa o iddiasını ispat etmekle yükümlü kılınmıştır⁸. Bunun istisnaları ise kanunun aksi yönde bir düzenlemeye gitmesi⁹, hayatın olağan akışına aykırı durum ve karineler olarak sıralanmaktadır¹⁰.

2. İdari Yargılama Hukukunda İspat Yüküne İlişkin İlkeler

Ne İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda (İYUK.) ne de idari yargıya ilişkin diğer mevzuatta ispat yüküne dair herhangi bir düzenleme bulunmaktadır. Dolayısıyla ilk bakışta ispat yükü konusunda bir üst başlıkta bahsedilen genel kuralların idari yargılama hukukunda da uygulanacağı düşünülse de gerek doktrin gerekse Danıştay kararları, idari davaların niteliğini gerekçe göstererek adli yargı temelli genel ispat yükü kurallarının idari yargıda tam olarak uygulanamayacağı, ispat yükünün idari yargıdaki tespiti için her somut olaya göre karar

⁴ Pekcanıtez, et al., *Medeni Usul*, s. 1694.

⁵ Bilge Umar ve Ejder Yılmaz, *İspat Yükü*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1980, s. 3.

⁶ Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku C.1*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 777. Bu durumu açıklayan tanım için bkz. Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 228.

⁷ Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 363.

⁸ Çağlayan, *İdari Yargı*, s. 368.

⁹ Vergi Usul Kanunu’nun 3. maddesinde yer alan; “... iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine normal ve mutad olmayan bir durumun iddia edilmesi halinde ispat külfeti bunu iddia eden tarafa aittir.” hükmü bu duruma örnek olarak gösterilebilmektedir. Örneğin, arabası olmayan bir kişi hakkında motorlu taşıtlar vergisi tarhiyatı yapılması halinde kişinin vergiyi gerektirecek bir taşıtının bulunmadığı iddiası üzerine hakkında vergi tarh edilen kişinin motorlu taşıtının olduğunu ispat etme yükü, ilgili idareye aittir.

¹⁰ Çağlayan, *İdari Yargı*, s. 367, 368.

verilmesi gerektiği yönündedir¹¹. Konuyu daha da somutlaştırmak adına, iptal ve tam yargı davaları bakımından ispat yükünün incelenmesi faydalı olacaktır.

a. İptal Davalarında İspat Yükü

İptal davalarında idarenin işlemlerinin hukuka aykırı olduğu iddiası söz konusu olduğundan, kural olarak idarenin işleminin hukuka aykırı olduğunu ispat etme yükümlülüğü davacı taraftadır. Bu durum idari işlemlerin hukuka uygunluğu karinesinin bir sonucudur. Başka bir ifadeyle, icrai nitelikli ve irade beyanıyla hukuk âleminde kendiliğinden sonuç doğuran, kesin ve yürütülebilir nitelikteki idari işlemlerin; yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarından biri veya birkaçı bakımından hukuka aykırı olduğunu iddia eden davacının, bu durumu, ortaya koyduğu delillerle ispat etmekle yükümlü olması genel kuraldır. Ancak olayın başka bir boyutu daha vardır ki o da idarenin hangi hukuk kuralınca bu işlemi yaptığını ispat etme yükümlülüğünde olduğudur. Daha geniş şekilde açıklamak gerekirse; idari yargıda her zaman davalı taraf olan idare, uyumsuzluk konusu işlem ve eyleminde hangi hukuk kuralına dayanarak hareket ettiğini mahkemede ortaya koymak, ispat etmek zorunludur¹². Mevzuatta bu konuda idareyi zorlayan herhangi bir norm bulunmaması halinde dahi idare takdir yetkisi kapsamındaki bu işlemin gerekçesini göstermek durumundadır. Bu zorunluluk idarenin sebeple bağlılık ilkesinin de bir getirisidir. Bu durum her ne kadar iptal davasının bir özelliği olup mahkemece re'sen gözetilen bir durum olsa da idarenin davaya konu işlemin iptal edilmemesi için mahkemeyi ikna etmek zorunda olmasının da bir sonucudur. İşte iptal davalarında genel kural olarak, davaya konu idari işlemin hukuka aykırı olduğu iddialarını ispat yükü (başlangıçtaki ispat yükü) davacı tarafta olup, bu iddialar karşısında işlemi hangi hukuk kuralı çerçevesinde yaptığı noktasındaki ispat yükü (karşı ispat yükü) idarededir.

b. Tam Yargı Davalarında İspat Yükü

Tam yargı davaları, mahiyeti gereği idarenin bir işlemi veya eylemi nedeniyle zarara uğranıldığı iddiasına dayandığından burada da genel ispat yükü kurallarının uygulanacağı ifade edilebilir. Şöyle ki zarara uğradığını iddia eden davacı, uğradığı zararı ve bu zararlar idarenin eylem veya işlemleri arasında illiyet bağı bulunduğunu ispat etmek durumundadır.

¹¹ Aynı yöndeki görüş için bkz. Çağlayan, *İdari Yargı*, s. 368; Çınar Can Evren, "İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008 C. XII, No: 1-2, s. 707.

¹² Kenan Göztaş, *İdari Yargıda İspat*, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dan: Oğuz Sancaktar, İstanbul, 2011, s. 9.

c. İdari Yargıdaki İspat Yükünün Re'sen Araştırma İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi

Re'sen araştırma ilkesinin idari yargıdaki ispat yüküne etkisi, özellikle iptal davalarında karşımıza çıkmaktadır. Bunun nedeni, iptal davalarına konu olan işleme ilişkin bilgi ve belgelerin çoğunlukla idarenin elinde bulunmasıdır. Bu noktada idari yargı ile adli yargı arasında uygulama farklılığı söz konusudur. Bu basit bir farklılık olmayıp iki hukuk sistemi arasındaki temel yargılama hukuku ilkeleri ve yasal düzenlemelerden kaynaklanan bir farklılıktır. Hukuk yargılamalarında kural olarak delil teşkil eden tüm bilgi ve belgelerin taraflarca mahkemeye sunulması anlamına gelen “taraflarca hazırlanma” ilkesi söz konusu iken, idari yargıda bilgi ve belgelerin toplanması konusunda hem taraflara hem de mahkemeye yetki veren re'sen araştırma ilkesi söz konusudur¹³. Bu ilke, kanunda da 16. ve 20. maddelerde yansımaları bulmuştur. Şöyle ki İYUK. m. 16/5 hükmünde “... davalara ilişkin işlem dosyalarının aslı ve onaylı örneği, idarenin savunması ile birlikte, Danıştay veya ilgili mahkeme başkanlığına gönderilir.” şeklindeki düzenlemesine yer verilmiştir. Bu durum da idarenin elinde bulunan bilgi ve belgeler bakımından ispat yükünün idareye ait olduğu anlamına gelmektedir. Bunun bir sonucu olarak, idarenin; elindeki bilgi ve belgeleri mahkemeye ulaştırmaması, idari yargı organına cevap vermemesi veya verdiği cevapların soyut ve tatmin edici niteliğe sahip olmaması, idarenin yargı denetiminden kaçtığı şeklinde yorumlanmaktadır¹⁴. Ancak belirtmek gerekir ki idari davalarda ispat yükünün asıl yansımaları, kanunun 20. maddesinde kendini göstermektedir¹⁵. Maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesinde yer alan “Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar.” hükmü, re'sen araştırma ilkesinin idari yargıda uygulanabilirliğinin esas kanuni dayanağını oluşturmaktadır. Birinci fıkranın devam cümlelerinde mahkemelerin lüzum gördükleri evrakları her iki taraftan ve diğer yerlerden isteyebilecekleri ve bunun için taraf-

¹³ Çağlayan, *İdari Yargı*, s. 247.

¹⁴ Süheyla Şenlen Sunay, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Görev Kriterleri*, Beta Yayınevi, İstanbul, 1996, s. 31.

¹⁵ İYUK m. 20:

1. Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir. Haklı sebeplerin bulunması halinde bu süre, bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir.

2. Taraflardan biri ara kararının icaplarını yerine getirmediği takdirde, bu durumun verilecek karar üzerindeki etkisi mahkemece önceden takdir edilir ve ara kararında bu husus ayrıca belirtilir. Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez.

3. Ancak, istenen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Başbakan veya ilgili bakan, gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir...”

lara belli bir süre verebileceği belirtilmektedir. İkinci fıkrada ise tarafların kendilerinden talep edilen belgeleri bu süreler zarfında mahkemeye ibraz etmemeleri halinde bu durumun mahkeme kararını nasıl etkileyeceğinin önceden belirlenmesi ve belge talebine ilişkin taraf veya taraflara yapılan tebligatta bu hususun ayrıca vurgulanması gerektiği ve nihayet verilmeyen belgeye dayanan savunmanın geçerli olamayacağı ifade edilmiştir. Buna göre mahkeme idareden bir belge istediği zaman bu isteğini belirten tebligatta belgenin verilen süre içinde mahkemeye gönderilmemesi halinde davacının beyanlarının doğru kabul edileceğine veya mevcut deliller ışığında değerlendirme yapılacağına ilişkin ön karar verebilir. Yine bahsedilen örnekte, bu husus davalı idareye, istenilen belgelere ilişkin tebligatta belirtilmelidir.

İdari yargı organları, idarenin belirtilen zamanda kendilerini bilgilendirmemesi ve ispat yükümlülüğünü yerine getirememesi halinde davacının iddialarının kabulü yönünde karar vererek iptal yoluna gitmektedir. Ancak bu her zaman doğrudan bu şekilde ifade edilmeyip dava sonucunu etkileyen bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de uygulamada mahkemeler İYUK m. 20’de bahsi geçen ilkelerden hareketle, istenen bilgi ve belgelerin gönderilmemesi halinde “davanın reddine” ya da “işlemin iptaline” şeklinde değil de “dosyadaki bilgi ve belgelere göre karar verileceği” şeklinde genel ifadeler kullanmaktadırlar. Bunun nedeni ise, hem yargı yerinin kendisini önceden vereceği kararlarla bağlamamak istemesi hem de mahkemenin görüşünü önceden belli etmekten kaçınması olarak değerlendirilmektedir¹⁶. Danıştay, önüne gelen bir davada “İki ara karara rağmen davalı vergi dairesince durumun açıklığa kavuşturulamayışı ve yapılan işlemin kanuniliğini saptayan belgelerin mahkemeye ibraz edilmemesi karşısında davacı iddialarının doğruluğunun kabulü gerekmektedir.”¹⁷ diyerek bu ilkeyi ortaya koymuştur. İdari yargı organı (mahkeme) tarafından istenen belgelerin süresi içinde mahkemeye ibraz edilmemesi ve dilekçeler teatisi geçtikten sonra verilmesi halinde mahkemenin bu belgeleri delil olarak kabul etmesinin gerekli olup olmadığı hususu İYUK m. 21’de düzenlenmiş ve bu husus mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Mahkemelerin bu konuda nasıl karar vermesi gerektiği yönünde farklı görüşler mevcut ise de¹⁸ ilgili farklı görüşler olmakla beraber, re’sen araştırma ilkesinin ruhuna en uygun

¹⁶ Celal Karavelioğlu, *İdari Yargılama Usul Kanunu*, 6. Baskı, Yazarın Kendi Yayını, Ankara, 2006, s. 1220.

¹⁷ DANIŞTAY 9 Dairesi, E. 1972 / 436, K. 1973 / 1977, KT. 16.10.1973. Benzer yöndeki karar için bkz. DANIŞTAY 6. Dairesi, E. 2004 / 359, K. 2004 / 1691, KT. 19.03.2004.

¹⁸ Bu görüşler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Mahmut Ceylan, “İdari Yargıda Delil Serbestisi ve Sınırları”, *Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 8, No: 16, 2018, s. 328.

görüş, özellikle iptal davalarında davayı aydınlatacak delillerin çoğunun idarenin elinde olduğu gerçeği karşısında, idari yargıda yargılama sonuçlanana kadar delil sunulmasının kabul edilmesi yönünde olandır¹⁹. Zira idari yargıda maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının amaçlandığı ve re'sen araştırma yetkisinin geçerli olduğunu göz önüne alındığında, taraflarca verilen bilgi ve belgelerin dilekçe teatisi aşamasından sonra da kabul edilebilmesi gerektiği ifade edilmiştir²⁰.

Her ne kadar re'sen araştırma ilkesi gereğince, verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere ispat yükünün genel ilkelere istisna teşkil edecek şekilde idareye geçtiği söylenebilse de bu durum iptal davalarının tümü için geçerli değildir. Somut davaya göre davacının tüm delilleri mahkemeye sunması nedeniyle idareden ek belge talep edilmesine gerek duyulmaması veya idarenin, idari yargı organı tarafından istenen tüm belge ve bilgileri eksiksiz, somut ve herhangi bir şüpheye yer vermeyecek şekilde ibraz etmesi halinde genel kural söz konusu olacak ve ispat yükü, idarenin işlemlerinin hukuka aykırı olduğunu iddia eden davacı tarafta olacaktır. Buradan da anlaşılacağı üzere idari davalarda ispat yükü sabit bir durum olamayıp aynı davanın farklı aşamalarında dahi değişkenlik gösterebilen bir durumdur. Re'sen araştırma ilkesi nedeniyle ispat yükünün idareye geçtiği durumlar istisna, davacının idarenin işlemlerinin hukuka aykırı olduğu konusunda ispat yükü altına girmesi ise genel kuraldır. Yine de bu ilkenin kabulünün, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde de ayrıntılarıyla incelenecek olan, idare tarafından yapılan mülakat sınavlarının değerlendirilmesi gibi davacının ispat etmesinin çok zor olduğu durumlarda etkili olmasının, idari yargılama hukukunun genel felsefesine ve Anayasamızda yer alan "Hukuk devleti" ilkesine uygun olduğu düşünülmektedir.

II. YARGI KARARLARI İŞİĞİNDA İDARECE YAPILAN MÜLAKATLARIN DENETİMİ ve İSPAT YÜKÜ TARTIŞMASI

A. Mülakat Sınavlarının Denetimi

Mülakat sınavları son yıllarda devlet ve diğer kamu tüzel kişilerince çokça başvurulan yollardan biridir. Birçok kamu kurumunda memur ve sözleşmeli personel alımında mülakat sınavları yapılmakta, bu kurumların yönetmeliklerinde sözlü mülakatlarda değerlendirmenin hangi kriterler temel alınarak yapılacağı da açıkça belirtilmektedir. Ancak her ne kadar söz konusu kriterler önceden belirtilmiş olsa da mülakat sınavlarında farklı değerlendirmeler yapıлып, adayla-

¹⁹ Çağlayan, *İdari Yargı*, s. 369.

²⁰ Mahmut Ceylan, "İdari Yargıda Delil Serbestisi ve Sınırları", *Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 8, No: 16, 2018, s. 328.

rın alınmasında bazı keyfiliklere neden olunabilmektedir. İşte bu mülakatlar sonucunda yapılacak değerlendirmeler ışığında, idarenin hangi adayı başarılı bulacağı konusundaki değerlendirmesi takdir yetkisi kapsamındadır. Ancak takdir yetkisi sınırsız olmayıp idari yargı yerlerince bu yetkinin hukuk sınırları çerçevesinde kullanılıp kullanılmadığı hukuka uygunluk denetimi kapsamında denetime tabidir. Dolayısıyla idari yargı yerlerinin, mülakat sınavlarını denetleme noktasındaki denetimi, hukuka uygunluk denetimidir.

B. Mülakat Sınavlarının Denetiminin Hukuki Dayanağı

Mülakat sınavlarının denetiminin mevzuattaki dayanağı, aslında temel olarak Anayasanın 2. maddesinde Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılan ve 4. maddesiyle de koruma altına alınan “Hukuk devleti” ilkesidir. Zira hukuk devletinin en temel unsurlarından birisi de idari işlemlerin yargı denetimine açık olmasıdır. Her ne kadar hukuk devletinin tanımı Anayasada yapılmamış ise de gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında yargısal denetimin; hukuk devletinin olmazsa olmaz unsuru olduğu ifade edilmektedir. Bu konuda rastlanan kapsayıcı tanımlardan biri, Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmış, bu tanımda da hukuk devleti; “*İnsan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan devlet*” olarak tanımlanmış, doktrinde bu ifadeler ek olarak yapılan bir tanımda ise hukuk devleti; “... *kanunların üstünde kanun koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlet*”²¹ şeklinde tanımlanmış ve böylece hukukun genel ilkelerinin, hukuk devleti açısından önemi vurgulanmıştır²².

Yine doktrinde, bir hukuk sistemine hukuk devleti denebilmesi için Anayasasında “Hukuk devleti” ibaresinin yazmasının yeterli olmayacağı; temel hak ve özgürlüklerin Anayasal güvence altında olması, kuvvetler ayrılığı ilkesinin benimsenmesi, demokratik yönetim ve kanuni idare ilkelerinin var olması, idarenin yargı denetimine tabi olması ve nihayet yargı yerlerinin bağımsızlık ve tarafsızlığının sağlanmasının hukuk devletinin olmazsa olmazları arasında yer aldığı ifade edilmektedir²³.

²¹ ANAYASA MAHKEMESİ, E. 2017 / 137, K. 2017 / 161, KT. 05.01.2017.

²² Kahraman Berk, “Kamulaştırma Sürecinde Dava Açma Süresine Örnek Bir Olay”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C: LXIV, No: 2, 2006 s. 31.

²³ Çağlayan, *İdari Yargı*, s. 101.

İdari işlemlerin yargısal denetimi, sadece Anayasanın 2. maddesinde yer alan “Hukuk devleti” ilkesinin sınır aralarından çıkartılacak bir ilke olmamış, aynı zamanda Anayasanın 125/1. maddesinde “*İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır.*” ifadesiyle temel bir Anayasal ilke haline gelmiştir.

Mülakat sınavları, kamu kurum ve kuruluşlarında ilerleme ve kabul konusunda belirleyici bir role sahip olduğundan ve kişinin bu mülakattan başarısız sayılması hukuk âleminde doğrudan bir etki doğuracağından mülakat sonucunda verilen “*başarısız sayılma*” kararı, idarenin tek yanlı beyanıyla kendiliğinden sonuç doğuran idari işlem niteliğinde olup, 125. madde gereğince idari yargının denetimine tabidir.

C. Yargı Kararları Çerçevesinde Mülakat Sınavlarının Hukuka Uygunluk Denetimi ve İspat Yükü

Çalışmada daha önce de belirtildiği gibi, devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin yaptığı mülakat sınavları, Anayasanın 2. ve 125. maddelerinde belirtilen ilkeler çerçevesinde yargı denetimine tabidir.

Ancak özellikle belirtmek gerekir ki gerek Danıştay gerekse diğer idari yargı organları, mülakat sınavlarına ilişkin denetimi uzunca bir süre sadece idari işlemin yetki, şekil ve amaç gibi idarenin takdir yetkisinin bulunmadığı unsurlarla sınırlı olarak yapmış, sebep ve konu unsuru bakımından idarenin takdir yetkisi bulunduğu bahisle değerlendirmenin hukuka uygunluk denetimini yapmaktan kaçınmıştır. Örneğin 2008 yılında temyiz istemiyle Danıştay’ın önüne gelen olayda²⁴, davacının başarısız olduğu doçentlik sözlü sınavının iptal edilmesi istemini reddeden işlemin iptali ve jüri üyelerinin değiştirilmesine karar verilmesi istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince, davacının hangi yönlerden başarısız sayıldığına dair somut veri bulunmadığı gerekçesiyle doçentlik sözlü sınavının iptali istemini reddeden işlemin iptaline karar verilmiş, davalı idarece yapılan temyiz başvurusunda dosyayı inceleyen Danıştay, o dönemde yürürlükte olan Doçentlik Sözlü Sınav Yönetmeliği’nin ilgili maddesinde sınavın nasıl yapılacağına açıkça belirtildiği, jüri üyelerinin adayın başarılı bulunup bulunmayacağı konusunda oy birliği ile karar vereceği ve buna ilişkin tutanak tutulacağı hususunun yer aldığı, yönetmelikte tutanak tutulması dışında ayrıca bir hususun belirtilmediği tespitinde bulunduktan sonra; “*Dosyanın incelenmesinden, davacının 31.10.2006 tarihinde yapılan doçentlik sözlü sınavında yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerine uygun olarak düzenlenen tutanakta, davacının sorulan soruların çoğunu cevaplayamadığı, ya da yanlış cevapladığı belirtilmek suretiyle, başarısızlığının gerekçesinin de belirtildiği anlaşılmış olup,*

²⁴ DANIŞTAY 8. DAİRESİ, E. 2007 / 9814, K. 2008 / 6493, KT. 24.10.2008. (İlgili karara UYAP Doküman Sistemi üzerinden ulaşılmıştır.)

bu haliyle mevzuata uygun olarak yapılmış sözlü sınavda hukuka aykırılık bulunmamaktadır.” diyerek yapılan değerlendirmenin jürinin takdir yetkisinde olduğuna vurgu yapmıştır.

İdari yargı organlarının mülakatların hukuki denetimi konusundaki yaklaşımı değerlendirildiğinde, bu denetim yapılırken, konu ve sebep unsurları bakımından “adayın başarısının değerlendirilmesi” konusunda, idarenin takdir yetkisinden hareketle hukuka aykırılık iddiasının ispat yükünü davacıya yüklediği, ancak yetki, şekil ve amaç unsurları bakımından ispat yükü tartışmasına girmeden hukuka uygunluk denetimi yaptığı görülmektedir. Örneğin Danıştay’ın önüne gelen bir davada²⁵, 1992 yılında Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde doktora öğrencisi olan davacının doktora tez savunma sınavından düzeltme alması ve sonrasında verilen tarihte mazereti nedeniyle sınava girememesi üzerine tez savunma sınavı için bir araya gelen jüri üyelerinin mevcut nüshalar üzerinden yaptıkları değerlendirme sonucunda adayın tezinin savunulabilir olmadığından bahisle başarısız olarak değerlendirmesi ve bu işlemin sonucunda enstitü tarafından adayın kaydının silinmesi işleminin “tezin mutlaka aynı jüri önünde tekrardan savunulması, mazeret nedeniyle sınava giremeyen adaya bu hakkın verilmeyerek mevcut deliller üzerinden böyle bir karar verilmesinin yönetmeliğe aykırı olduğundan bahisle hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Kararın içeriğinden de anlaşılacağı üzere Danıştay, ispat yükü tartışmasına girmeden adayın sınavdan başarısız sayılmasının ve kaydının silinmesi işleminin şekil unsuru bakımından işlemi sakat hale getirdiğine karar vermiştir. Bununla birlikte bazen birden fazla unsur bakımından hukuka aykırılığa rastlanmakta ve idari yargı organları ayrı ayrı tüm unsurları inceleme yoluna gitmeden doğrudan işlemin hukuka aykırı olduğunu ifade ederek genel bir değerlendirme yapma yolunu seçmektedir. Örneğin Danıştay, 2007 yılında önüne gelen davada²⁶, “*“Kamu hizmetinin yürütülmesinde belirleyici olan personel unsurunun nesnel bir şekilde kariyer ve liyakat ilkelerine uygun olarak düzenlenmesi, meslek içinde ilerlemede ve yükselmede ehliyet ve başarının esas alınması gerekmektedir. Müdürlük görevlerine atamaların yapılmasında, kriterleri objektif olarak belirlenmiş bir yazılı sınav yerine mülakat sınavı düzenlenmesinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.”* diyerek personel alımında mülakat usulünün belirlenmesinin hukuka aykırı olduğunu söylemekle yetinmiş, işlemin iptalinin gerektiğini vurgulamakla beraber iptali gerektiren hukuka aykırılıkları idari işlemin unsurları yönünden değerlendirmemiştir.

²⁵ DANIŞTAY 8. DAİRESİ, E. 2004 / 2498, K. 2004 / 4692, KT. 06.12.2004. Kararın tam metni için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/e-2004-2498-k-2004-4692-t-6-12-2004>, ET. 24.02.2020.

²⁶ DANIŞTAY 2. DAİRESİ, E. 2004 / 840, K. 2007 / 1042, KT. 14.03.2007. (Karara UYAP Doküman Sistemi üzerinden erişilmiştir.)

1. Yargı Kararları Çerçevesinde Mülakat Sınavlarının Yetki, Şekil ve Amaç Unsurları Bakımından Değerlendirilmesi

Mülakat sınavlarının şekli konusunda mevzuatta genel bir düzenleme söz konusu olmamakla birlikte, idari yargı organları, ilgili kamu tüzel kişisinin mülakat sınavlarında görev alan kişilerin görevlendirilmesi ve mülakat usulüne ilişkin düzenlemeler varsa bu hususları göz önünde bulundurarak hukuka uygunluk denetimi yapmaktadır. Dolayısıyla her davada mülakat sınavlarının şekil unsuru bakımından hukuka uygunluk denetimi somut olay ve o olayın dayandığı mevzuat bakımından ele alınmalıdır.

Danıştay, bir üniversitedeki yüksek lisans öğrenci alımı için yapılan bir mülakat sınavında hukuka aykırılık iddia edilen bir davayla ilgili kararda; “Mülakat sınavına ilişkin tutanağın sınav tarihinden sonra düzenlendiği anlaşıldığından, anılan sınavın ve bu sınav sonucunda yapılan değerlendirmenin usulüne uygun olmadığı için iptali gerekir” diyerek sınav tutanağının sınav esnasında düzenlenmesi gerektiğini belirtmiş, bu hususa aykırı bir işlemin, şekil unsuru bakımından sakat olacağını belirtmiştir²⁷.

Yine aynı konudaki başka bir kararında Danıştay, “... jüri başkanının mülakata katılmadığının ve bir başka idari görevde olduğunun davalı idare savunmasıyla sabit olması, ilgili mevzuat gereği mülakat jürilerinin en az üç kişiden oluşması gerektiğinin açık olması ve dava konusu edilen mülakatı iki kişilik jürinin yapmış olması karşısında, ilgili mevzuatta aranan en az sayıdaki jüri üye sayısı sağlanmadan yapılan mülakatta ve değerlendirmede yasal düzenlemelere uyarlık bulunmamaktadır.” diyerek, jürinin en az 3 kişiden oluşması yönündeki mevzuat hükmüne uyulmamasını şekil yönünden hukuka aykırı bulmuştur²⁸. Söz konusu kararda, jüri başkanının başka bir idari görevi bulunması nedeniyle jüriye katılamayacak olması halinde onun yerine yedek jüri üyesinin görevlendirilmeyerek jürinin öngörülenden daha az bir sayıyla toplanması, mülakat sonucunu etkileyebilecek asli şekil sakatlığı olarak değerlendirilmektedir²⁹. Aynı zamanda 3 kişiden oluşması gereken jürinin 2 kişiden oluşması, idare adına irade açıklama yetkisinin 3 kişiye verilmesi ve kararın bu ilkeye uyulmadan daha az sayıda kişi tarafından verilmesi nedeniyle yetki unsuru bakımından da sakattır.

²⁷ DANIŞTAY 5. Dairesi, E. 1998 / 850, K. 2001 / 2530, KT. 07.06.2001. Kararın tam metni için bkz. www.danistay.gov.tr, ET. 25.04.2019.

²⁸ DANIŞTAY 8. Dairesi, E. 2005 / 3311, K. 2006 / 4546, KT. 22.11.2006. Kararın tam metni için bkz. www.danistay.gov.tr, ET. 25.04.2019.

²⁹ Aynı yöndeki görüş için bkz. Yasin Sezer ve Hüseyin Bilgin, “Sözlü Sınavların Yargısal Denetimi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, S. 86, s. 170.

Yine Diyarbakır İdare Mahkemesi, önüne gelen bir davada Beden Eğitimi Spor Yüksek Okulu giriş için yapılan özel yetenek sınavının “isabetli şut atma” bölümünde önceden öngörülen “25 saniye” kuralının tüm adaylar için uygulanmamasını şekil unsuruna aykırı bularak iptal kararı vermiştir. Karar üzerine yenilenen sınavda da aday başarısız bulunmuş, CD ile kaydedilen görüntülerin incelenmesi sonucunda yapılan değerlendirmede şut atma sırasında adayın isabetsiz atışlarında orada bulunanların aleyhte tezahüratta bulunmaları ve idarece adayın konsantrasyonunu bozucu bu davranışların engellenmemesinin iptal sebebi olduğu ifade edilmiştir³⁰.

Yine mülakat sınavının değerlendirilmesi bakımından idarenin takdir yetkisinde bulunmayan başka bir unsur da amaç unsurudur. Amaç kamu yararı olduğundan bu amaç dışında, kişisel saikle yapılan her türlü değerlendirme mülakat değerlendirmesini amaç bakımından sakatlayacak ve işlemi hukuka aykırı hale hale getirecektir. İdari yargı organları, mülakatlarla ilgili olarak özellikle jüride bulunan kişilerin adayla mülakat öncesine dayanan husumetinin bulunması veya değerlendirmenin objektif yapılmadığı yönünde emarelerin bulunması halinde mülakatın iptal edilmesi yönünde karar vermektedir ki bu da son derece önemli ve yerinde bir uygulamadır. Gerçekten de Danıştay doçentlik sözlü sınavında başarısız bulunan davacının açtığı dava ile ilgili önüne gelen olayda, “...davacının *Tekstil Fiziği Bilim Dalından doçentlik sınavına başvurduğu, ...’de sınavın eserlerin incelenmesi aşamasında başarılı bulunduğu, sözlü sınav aşamasında ise başarılı olamadığı, ... de ikinci kez sözlü sınav aşamasına katıldığı ve yeniden başarısız bulunması üzerine, ... tarihinde Üniversitelerarası Kurula itirazda bulunduğu, itirazın reddi üzerine, sözlü sınavın iptali istemiyle dava açtığı ve olayda, davacının gerek ilk kez, gerekse ikinci kez katıldığı sözlü sınavlarda aynı jüri üyelerinin görevlendirildiği, kendi okulunun Anabilim Dalı Başkanı olan Prof. Dr. ...’ın da bu jüride bulunduğu, davacının adı geçen bu jüri üyesiyle arasının sözlü sınavdan önce de açık olduğu, jüri üyesinin davacıya karşı davranışlarından soruşturma geçirdiği ve tanık beyanlarından da jüri üyesi olarak tarafsızlığı hususunda kuşkular oluştuğu, anlaşılmaktadır. Aktarılan bu durum karşısında, davacıyla ilgili olarak yürütülen sınavın nesnelliği konusunda duraksama ve kuşku duyulabileceği açıktır. Bu gelişim ve bilimsel gereklilikler karşısında, davacıyla çekişmesi olan bir öğretim üyesinin de katılımıyla jüri oluşturularak yapılan sözlü sınavda hukuka ve kamu görevi gereklerine uyarlık bulunmamaktadır” diyerek mülakata giren aday ile öncesinde husumetli olduğu belgeleriyle tespit edilen kişinin jüride bulunmasının amaç unsu-*

³⁰ Diyarbakır 1. İdare Mahkemesi, E. 2005 / 501, K. 2007 / 1885, KT. 08.11.2005. Kararın tam metnine ulaşılammış olup ilgili kısım için bkz. Bilgin ve Sezer, *Yargısal Denetim*, s. 173.

ru bakımından hukuka aykırılık teşkil edeceğine karar vermiştir³¹. Yine Danıştay, benzer şekilde, o dönemde iki aşamadan oluşan doçentlik sınavının ilk aşaması olan eser incelemesi esnasında olumsuz görüş bildirerek adayın yetersiz olduğunu beyan eden öğretim üyesinin, sınavın ikinci aşaması olan sözlü mülakatta da jüri olarak görevlendirilmesini “*Daha önce eserlerin incelenmesi aşamasında olumsuz görüş bildirerek takdir hatasına düştüğü belirlenen jürinin, doçentlik sınavı sözlü aşamasında da bilim jürisi olarak görevlendirilmesinin yapılacak değerlendirmenin objektifliği konusunda kuşku uyandıracacağı açıktır*” gerekçesiyle amaç unsuru bakımından hukuka aykırı bulmuştur³².

İncelenen son iki kararında da aslında Danıştay özel olarak bir unsura ismen değinmeyip hukuka aykırılık olduğunu söylemekle yetinmiştir. Dolayısıyla mahiyeti gereği jüri üyelerinin olumsuz oy kullanmasının geçmişteki vakıalarla beraber değerlendirilmesinin bir sonucu olarak işlemdeki hukuka aykırılığın amaç unsurundan kaynaklandığı sonucuna ulaşılmıştır. Bununla birlikte, adayla daha önceki süreçte husumeti bulunan veya eser incelemesi sırasında olumsuz oy kullanan jüri üyelerinin sözlü sınav aşamasında da görevlendirilmesinin jürinin oluşturulmasında olması şeklinde yorumlandığında aynı zamanda şekil unsuru bakımından da hukuka aykırı olduğu değerlendirilebilir.

Görüldüğü gibi bu kararlarda ispat yükü tartışmasına girilmemiş ve tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarından hareketle yapılan muhakeme sonucunda mevcut deliller üzerinden değerlendirme yapılarak hukuka uygunluk denetimi gerçekleştirilmiştir.

2. Yargı Kararları Çerçevesinde Mülakat Sınavlarının Sebep ve Konu Unsurları Bakımından Değerlendirilmesi

Mülakat sınavları sonrasında adayın başarılı bulunup bulunmaması, idari işlemin sebep ve konu unsurları ile alakalı bir durumdur. Şöyle ki, sebep unsuru; “*idareyi işlem yapmaya sevk eden saik*”³³, olarak tanımlanmakta iken; konu unsuru ise “*işlemin hukuki sonucu*”³⁴ veya “*işlemin hukuk âleminde meydana getirdiği*

³¹ DANIŞTAY 8. Dairesi, E. 1999 / 526, K. 2000 / 8502, KT. 21.12.2000. Kararın tam metni için bkz. www.danistay.gov.tr, ET. 26.04.2019.

³² DANIŞTAY 8. Dairesi, E. 1992 / 2742, K. 1993 / 2518, KT. 28.06.1993. Kararın tam metni için bkz. www.danistay.gov.tr, ET. 26.04.2019.

³³ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Savaş Yayınevi, 9. Baskı, Ankara, 2018, s. 387; GÖZLER, Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 15. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2014, s. 344; Oğuz Sancaktar et al., *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, Seçkin Yayıncılık, 7. Baskı, Ankara, 2018, s. 287; YAYLA, Yıldızhan, *İdare Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 130; DİRDİMAN, Cengiz, *İdare Hukuku*, 2. Baskı, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa, 2007, s. 530; GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 152.

³⁴ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s. 398; Sancaktar et al., *Teorik Çalışma*, s. 298. Dirdiman, *İdare Hukuku*, s. 531

*değişiklik*³⁵ olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda, idarenin yaptığı mülakat sınavında, adayın mülakattan beklenen kriterlere uygun bulunmaması ve sorulara doğru yanıtlar verememesi mülakat sınavı sonrası ortaya çıkan “başarısız sayılma” işleminin sebep unsurunu, bunun sonucunda aday hakkında “başarısız sayılma” işleminin uygulanması ise işlemin konu unsurunu oluşturmaktadır.

Danıştay, eski tarihli kararlarında mülakat sınavları sonrasındaki değerlendirmeleri idarenin takdir yetkisi çerçevesinde görmekte ve yargısal denetimi uygun bulmamıştır. Aynı zamanda gerek Danıştay, gerekse onun görüşleri doğrultusunda diğer idari yargı yerleri, mülakat değerlendirme sonuçlarına göre yapılan “başarısız sayılma” işlemlerinde soruların ve cevapların içeriğinin bulunmamasının, yargı denetiminin imkansızlığı nedeniyle davaların reddini gerektiren bir durum olduğu yönünde kararlar vermiştir.

Gerçekten de Yüksek Mahkeme, 1989 tarihli bir kararında Doçentlik sözlü sınavından başarısız sayılan davacının “*değerlendirmenin hukuka aykırı olduğu*” iddialarını sadece şekil bakımından denetlemekle yetinmiş ve “*Sözlü yapılan sınavlarda sınavla ilgili yazılı bir kanıt bulunmaması nedeniyle, bu sınavda ilgilinin başarılı olup olmadığının bilirkişi incelemesi yaptırılarak yargı yolu ile denetlenmesi olanağı bulunmamaktadır.*” şeklinde bir gerekçe göstererek ispat yükünün davacıda olduğunu kabul etmiş ve davanın reddine karar vermiştir³⁶. Bir başka kararında Danıştay, doçentlik sözlü sınavı sonucunda adayın başarısız bulunması ile ilgili olarak açılan bir davada³⁷, “... ileri sürülen ... savlarında kollokyum sınavının sözlü yapılması nedeniyle incelenmesine olanak bulunmadığından davanın reddine” karar vermiştir. Yine Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) de önüne gelen bir davada “*sınav sözlü ve uygulamalı yapıldığından sınav evrakı üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılması mümkün görülmemiş, davacı vekilinin bu konuya ilişkin istemine itibar edilmemiştir.*” diyerek takdir yetkisinin denetiminin mümkün olmadığından sebep ve konu unsurları bakımından ispat yükünün davacıda olduğunu belirterek hukuka aykırılığın ispat edilememesi nedeniyle davanın reddine karar vermiştir.

Yine hâkimlik sınavı mülakatında başarısız sayılma işleminin iptali için açılan bir davada Danıştay, “*mülakatta sorulan sorular ve bunlara verilen cevaplar tutanağa geçirilmediği için mülakatın idari yargı denetimine tabi tutul-*

³⁵ Gözler ve Kaplan, *İdare Hukuku*, s. 348; Günday, *İdare Hukuku*, s. 157; Yayla, *İdare Hukuku*, s. 132.

³⁶ DANIŞTAY 8. Dairesi, E. 1989 / 302, K. 1989 / 671, KT. 13.09.1989. Kararın tam metni için bkz. www.danistay.gov.tr, ET. 25.04.2019.

³⁷ DANIŞTAY 8. DAİRESİ, E. 1984 / 74, K. 1984 / 1345, KT. 05.11.1984. Kararın tam metni için bkz. Danıştay Dergisi, No: 58-59, ss. 300 - 303.

ması mümkün olmadığı, davacı da mülakatta başarılı olduğuna dair iddiasını herhangi bir şekilde ispatlayamadığı” gerekçesiyle dava konusu işlemin iptal isteminin reddinin gerekeceğine karar vermiştir³⁸.

Ancak Danıştay bu konudaki görüşünü son yıllarda değiştirerek, deyim yerindeyse devrim niteliğinde bir içtihat değişikliğine gitmiş ve çalışmada daha önce de bahsedildiği üzere Anayasanın 2. maddesinde geçen “hukuk devleti” ile 125. maddesinde geçen “İdarenin Yargısal Denetimi” ilkelerinden hareketle mülakat sınavlarının sonucunda yapılan değerlendirmelerin, idarenin takdir yetkisine dayandığının kabulü ile beraber, takdir yetkisinin sınırsız olmadığını ve yargı organlarınca denetlenebileceğine ilişkin kararlar vermeye başlamıştır. Bu denetimi yaparken ispat yükünün tarafını da değiştirerek 125. maddede öngörülen “*idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olacağı*” ilkesi karşısında denetimi imkânsız kılan durumlar söz konusu olduğunda işlemin iptal edileceğini ifade etmektedir. Böylece re’sen araştırma ilkesinden de hareketle işlemin hukuka uygunluğunun ispat yükümlülüğünü idareye yüklemektedir.

Danıştay’ın bu tür durumlarda verdiği iptal kararlarının gerekçesinin ilk aşamada, denetimi imkansız kılacak ses ve görüntü kaydının olmaması durumundan dolayı şekil unsuru bakımından sakatlık olduğu akla gelebilmekte ise de idari işlemin, şekil unsuru bakımından sakat olabilmesi için kanunda veya ilgili diğer mevzuatta işlemin yapılmasına ilişkin belli bir şekil şartı getirilmesi ve idarenin de işlemi yaparken bu şekil şartına uygun hareket etmemesi gerekmektedir. Ancak mülakat sınavlarında takip edilecek usul her kurumun kanun veya yönetmeliğinde ayrı ayrı düzenlenmekte ve bazılarında mülakatlarda ses / görüntü kaydı alınıp alınmayacağı yönünde herhangi bir düzenlemeye yer verilmemektedir. Bununla birlikte Danıştay, mülakat sınavlarının denetimi konusunda genel bir kural koyarak, ilgili kurumun mülakat kurallarında bir hüküm olup olmadığına bakmaksızın, Anayasa’nın 125. maddesindeki idarenin işlemlerinin denetlenebilirliğini sağlamak için mülakat sınavlarında bu denetlemeyi imkânsız hale getirecek uygulamaların önüne geçmek için mülakat sınavlarında ses/görüntü kaydının alınmasının veya soruların ve cevapların tutanak altına alınmasının gerektiğine karar vermiştir. Dolayısıyla Danıştay’ın kamudaki mülakat sınavlarının usulüne ilişkin ortaya koyduğu kriterler sonrasında artık mülakat sınavları sonrasında adayların başarısız sayılması yönündeki işlemlerin iptali için açılacak davalara özgü olacak şekilde, ispat yükünün davalı idareye yüklendiği anlaşılmaktadır.

³⁸ DANIŞTAY 5. Dairesi, E. 1982 / 1421, K. 1985 / 1858, KT. 11.06.1985. Kararın tam metni için bkz. www.danistay.gov.tr, ET. 25.04.2019.

Gerek ispat yükünün mülakat sınavları özelinde idareye yüklenmesi, gerekse ispatın nasıl yapılması gerektiği konusunda çağın gereklerine uygun içtihatların en önemlilerinden bir diğeri, Danıştay'ın 2008 yılında verdiği karardır. 18.11.2006 tarih ve 26350 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Mülkiye Müfettişi Seçme Sınavı ve Yetiştirilmesi Hakkında Yönetmelik"te düzenlenen, mülakat sınavlarına ilişkin hükümlerin ve bu hükümlere dayanılarak tesis edilen "başarısız sayılma" işleminin iptali için açılan davada Danıştay, mülakat sınavlarının yapılmasının tek başına hukuka aykırılık teşkil etmeyeceğini belirtmiş ancak; "mülakat sınavlarında verilen yanıtların, teknolojik olanaklardan yararlanılarak kayıt altına alınması suretiyle, objektif nitelikte incelenip denetiminin yapılmasına olanak tanınmasının, hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesi açısından önemli ve yerinde bir uygulama olacağını" ifade ederek, "Hukuk devleti ilkesi karşısında, idarenin yargısal denetim yapılmasını ortadan kaldıracak ya da bu denetimin yapılmasını imkânsız kılacak işlem ve eylemlerde bulunması mümkün değildir." değerlendirmesinde bulunmuştur³⁹. Böylece Danıştay, günümüz dünyasında teknolojik imkânlardan yararlanılmamasının kabul edilemez olduğunu, idarenin mülakat sınavlarını sesli veya görüntülü kayıt altına almamasının mülakat sınavının ve sonucunda verdiği kararın denetlenmesinin engellenmesi amacı taşıdığını ifade etmiştir.

Sözlü sınavlara ilişkin yapılan eleştirilerden bir diğeri, sınavlarda adaylara farklı sorular sorularak ayrımcılık yapıldığı ve sınavlarda sorulan sorular ve bunlara verilen cevaplar tutanağa geçirilmediği için etkin ve verimli yargısal denetimin yapılamadığı eleştirisidir⁴⁰. Gerçekten önemli olan mülakat sınavlarının yargısal denetiminin sağlanması olduğundan, bunun tek yolu da mülakatların sesli ve/veya görüntülü kayıt altına alınması olmayıp, sınavda sorulacak soruların daha önceden belirlenmesi ve adayın verdiği cevapların tutanak altına alınması da mülakat sınavının ve sonucunda verilen kararın hukuka uygunluğunu denetlemeye imkân sağlayacak yöntemlerdendir. Danıştay 5. Dairesi'nin yakın zamanda verdiği ve yukarıda değinilen bir kararında, ölçme ve değerlendirme ilkeleri uyarınca sınav sırasında adaylara yöneltilecek soruların ve cevap anahtarının sınav öncesinde hazırlanarak tutanağa bağlanmasının gerekliliği vurgulanmaktadır⁴¹.

³⁹ DANIŞTAY 5. Dairesi, E. 2007 / 1771, K. 2008 / 3008, KT. 21.05.2008. Karar metni için bkz. Danıştay Dergisi, S. 119, s. 191.

⁴⁰ Bilgin ve Sezer, *Yargısal Denetim*, s. 178.

⁴¹ DANIŞTAY 5. Dairesi, E. 2007 / 1771, K. 2008 / 3008, KT. 21.05.2008. Karar metni için bkz. Danıştay Dergisi, S. 119, s. 191.

Danıştay, ispat yükünün idarede olduğu ve yargısal denetimin mümkün kılınması gerektiğini vurguladığı başka bir kararında, “*Davacının sözlü sınavda başarısız sayılmasına ilişkin işlemde, sınav öncesinde soruların ve yanıtlarının hazırlanmamış olması, sözlü sınavın sesli ve görüntülü kayıt yapılmak suretiyle gerçekleştirilmemesi, ayrıca komisyon üyelerince takdir edilen notun gerekçeyle ortaya konulmaması nedenleriyle hukuka uyarlık bulunmamaktadır.*” şeklinde karar vererek, soruların önceden hazırlanması ve teknolojik imkânlardan yararlanılmasının yanında aynı zamanda adayın sınavının değerlendirilmesinde hangi jüri üyesinin adaya hangi gerekçeyle kaç puan verdiğinin de açık olması gerektiğini vurgulamıştır. Böylece Danıştay, mülakat sınavlarının denetiminin sağlanması ve hukuka uygunluğun ispatı için; idarenin, hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde açık ve şeffaf bir mülakat yapma yükümlülüğünün olduğunu vurgulamıştır.

Danıştay’ın mülakat sınavlarının denetimi konusunda ispat yükünü idareye yüklemesinin en önemli nedeni, mülakatlarda adaletsiz ve subjektif değerlendirmeler yapıldığına dair örneklerin çokluğu ve hukuk devleti ilkesi çerçevesinde bu durumun önünün kesilmesi gerekliliğidir⁴². Başka bir deyişle mülakatın olduğu yerde liyakatin bulunmadığı inancı toplumun büyük kesiminde karşılık bulmakta, bu durum kamu vicdanını yaralamaktadır. Böyle bir genel kanının ortadan kalkmasının en önemli garantörü ise hukuk devleti ilkesi ve bu ilkenin en önemli unsurlarından biri olan idari işlem niteliğini haiz “*mülakat sınavı değerlendirmeleri*” konusunda etkin bir yargı denetiminin gerçekleştirilmesidir.

Danıştay tarafından ortaya konan “*mülakat sınavlarında sorulan soruların ve verilen cevapların neler olduğunun kayıt altına alınması veya teknolojik imkânlardan yararlanılması gerekliliği ve aksi bir düzenlemenin Anayasanın 2. ve 125. maddesindeki ilkelere aykırı olacağı*” yönündeki hukuk devletinin gereklerine uygun bu eğilim karşısında, Anayasa Mahkemesi tarafından, 2012 yılında verilen bir karar⁴³ ciddi bir zarar görmüştür. Başka bir ifadeyle, Danıştay’ın bu

⁴² Aynı yöndeki görüş için bkz. Bilgin ve Sezer, *Yargısal Denetim*, s. 179.

⁴³ Anayasa Mahkemesinin 09.02.2012 günlü ve E.2010 / 39, K. 2012 / 20 sayılı kararına konu 5345 Sayılı Kanun’un 29. maddesinde yer alan ve mülakat sınavlarının yapılış usul ve esaslarını düzenleyen hüküm şu şekildedir:

“*Bu madde hükümlerine göre yapılacak sözlü sınavlar, adayın;*

a) *Bir konuyu kavrayıp özetleme, ifade yeteneği ve muhakeme gücünün,*

b) *Liyakatı, temsil kabiliyeti, bilgi düzeyi, davranış ve tepkilerinin mesleğe veya göreve uygunluğunun,*

c) *Özgüveni, ikna kabiliyeti ve inandırıcılığının,*

ç) *Genel yetenek ve genel kültürünün,*

d) *Bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklığının,*

ilerici adımına rağmen Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararının, hukuk devletinin gereklerinin yerine getirilmesi konusunda çağın gereklerinin çok gerisinde bir karar verdiği düşünülmektedir.

Makalenin esas konusuyla doğrudan bağlantılı olan bu karara değinmek gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi önüne götürülen ve iptali istenen ve mülakat sınavlarının yapılış usulünü belirleyen normun son cümlesinde geçen “*Bunun dışında sözlü sınav ile ilgili herhangi bir kayıt sistemi kullanılmaz.*” kuralının Anayasaya aykırılık iddiaları karşısında Yüksek Mahkeme “*Dava konusu kural, puanların geçirildiği tutanak haricinde sözlü sınav sırasında herhangi bir kayıt sistemi kullanılmayacağını hükme bağlamaktadır. Sözlü sınavın sesli ve görüntülü olarak kayıt altına alınmamasının yargısal denetimi ortadan kaldıracığı, sesli ve görüntülü olarak kayıt altına alınan sözlü sınavların ise yargı denetimini daha etkin ve başarılı kılacağı yönündeki değerlendirmelerin, anayasal denetimde bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Kanun koyucu, takdir yetkisini kullanarak sözlü sınav için hangi kayıtların tutulacağını belirlemiştir. Kuralda, yargı yolunu kapatan veya zorlaştıran bir hüküm yer almadığından Anayasa'ya aykırı bir durumun varlığından söz edilemez.*” diyerek son derece hatalı bir karara imza atmıştır.

Zira Danıştay'ın da son yıllardaki kararlarında açıkça vurguladığı gibi, soruların ve adayın bu sorulara verdiği yanıtların tutanak veya görüntülü-sesli kayıt altına alınmaması halinde idarenin adayı “başarısız sayma” işleminin gerçekten hukuka uygun olup olmadığının denetlenebilmesi mümkün olmayacak, bu da yargı yolunun bariz bir şekilde kapanması anlamına gelecektir. Çalışmada daha önce de belirtildiği üzere Anayasanın 2. maddesinde yer alan ve 4. madde ile koruma altına alınan “Hukuk devleti” ilkesine ve yine Anayasanın 125. maddesinde yer alan “idarenin tüm eylem ve işlemlerinin yargı yoluna açık olacağı” ilkesine açıkça aykırı olan bu düzenlemenin Anayasa Mahkemesi tarafından “kanun koyucunun takdir yetkisi” içinde değerlendirilerek Anayasaya uygun bulunmasının son derece hatalı bir değerlendirme olduğu ve hukuk devleti ilkesi ile açıklanma olanağının bulunmadığı düşünülmektedir.

Neyse ki Danıştay Anayasa Mahkemesi'nin bu yorumundan yola çıkarak içtihat değişikliğine gitmemiş ve 2017 yılında verdiği kararda⁴⁴, “*İdari işlemin yetki ve şekil gibi salt usule ilişkin unsurlarıyla sınırlı olmak üzere yapılan bir yargısal denetimin, hukuk devleti ilkesinin sağladığı güvenceyi temin etmeyece-*

değerlendirilmesi suretiyle yapılır. Sınav kurulu, adaylar hakkında yukarıda yazılı özelliklerin her biri için değerlendirme yapar. Yapılan değerlendirmeye göre verilen puanlar tutanağa geçirilir. Bunun dışında sözlü sınav ile ilgili herhangi bir kayıt sistemi kullanılmaz.”

⁴⁴ Danıştay 2. Dairesi, E. 2016 / 7249, KT. 27.03.2017. Karar metninin tamamı için bkz. <https://www.memurlar.net/haber/669403/danistay-dan-sozlu-sinavlarla-ilgili-emsal-karar.html>, ET. (10.01.2020)

ği açıktır. Nitekim 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2'nci maddesinin (1/a) bendi gereğince iptal davalarında, idari işlemlerin yetki ve şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönünden yargısal denetime tabi tutulması zorunlu bulunmaktadır. Dolayısıyla sözlü sınavda başarısız sayılma işleminin yargısal denetimini sağlayacak alt yapının tüm unsurlarıyla oluşturulmasını sağlamak hukuka bağlı idarenin görevidir... Dosyanın incelenmesinden; 07/09/2013 tarihinde gerçekleştirilen vergi müfettiş yardımcılığı yazılı sınavında başarılı olan ve sözlü sınava girmeye hak kazanan davacının, komisyon üyeleri tarafından takdir edilen sözlü notu ortalamasının 65 puanın altında kalması nedeniyle sözlü sınavda başarısız olduğu, sınav komisyonu üyeleri tarafından 178 sayılı KHK'nın Ek 33'üncü maddesi uyarınca yapılan değerlendirmenin sonucunu içeren puanlama cetvelinde, beş komisyon üyesi tarafından her bir kriter için davacıya 50 puan verildiği, notların gerekçelerinin kayıt altına alınmadığı, sınavda sorulan soruların ve adaylarca verilen cevapların tutanağa bağlanmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda; davacının katıldığı, kariyer ve liyakat ilkeleri uyarınca kamu hizmetinin ehil kamu görevlileri eliyle yürütülmesi için yapılan sözlü sınavda, ölçme ve değerlendirme esaslarına uygun ve objektif bir değerlendirme yapılmadığı anlaşıldığından davacının vergi müfettiş yardımcılığı sözlü sınavında başarısız sayılmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.” şeklinde bir karar vererek sözlü sınavlarda ispat yükünün idarede olduğu yönündeki içtihadına devam etmiştir.

Danıştay'ın son yıllardaki bu eğilimi yerel mahkemelerce de kabul görmekle beraber hukuk devleti ve idarenin denetimine yönelik bu yapıcı tavra halen direnç içinde olan kimi idare mahkemesi kararları da görülmektedir. Bu konudaki en çarpıcı kararlardan biri Antalya İdare Mahkemesi'nin 2014 yılında verdiği karardır⁴⁵. Pek çok yönden hukuka aykırı olduğu düşünülen bu kararın özellikle teknolojik imkânlardan yararlanılması ve adayın konsantrasyonunu bozucu faktörler gibi mülakatın yapılaş biçimi ve içeriği ile ilgili hususlarda ispat yükü konusundaki bölümünü vurgulamak gerekmektedir.

Davaya konu uyuşmazlık Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku bölümü doktora programı öğrenci alımı mülakatında gerçekleştiği iddia edilen hukuka aykırılık iddialarıyla ilgilidir. 04.09.2012 tarihinde yapılan doktora mülakatında, aynı üniversitede 1.5 yıldan beri araştırma görevlisi

⁴⁵ Antalya 3. İdare Mahkemesi, E. 2012 / 1266, K. 2014 / 178, KT. 30.01.2014. (Yayımlanmamış karar.) Yerel mahkemenin bu kararı temyiz edilmiş olup, Danıştay 8. Dairesi, E. 2014 / 3797, K. 2019 / 8297, KT. 04.10.2019 künyeli kararı ile önceki kararlarının hiçbirini dikkate almadan ve davacının hukuka aykırılık iddialarının hiçbirine ilişkin bir değerlendirme yapmadan sadece İYUK m. 49'da sayılan temyiz şartlarının oluşmadığından bahisle temyiz isteminin reddine karar vermiştir. Söz konusu dava ile ilgili süreç karar düzeltme aşamasında devam etmektedir.

olarak istihdam edilen davacının da aralarında bulunduğu beş aday sınava başvurmuş, diğer adaylardan farklı olarak davacı aday yaklaşık 90 dakika boyunca mülakat sınavına tabi tutulmuştur. Dava dilekçesinde mülakat sınavının yapıldığı usulü ve sorulan sorular ile adayın verdiği cevaplar aday tarafından ayrıntılı şekilde belirtilmiş olmakla beraber mülakatta ses/görüntü kaydının alınmaması ve adaya sorulan sorular ve verdiği yanıtların herhangi bir şekilde tutanak altına alınmaması nedeniyle idarenin bu iddiaların aksini somut başkaca delillerle ortaya koyması da mümkün olmamıştır. Davacı dilekçesinde, sorulan sorulara çoğunlukla tam ve doğru yanıtlar verdiğini belirten davacıdan mülakatın son safhasında “*Medeni Kanununun 1. maddesini ezbere söylemesi*” istenmiş, adayın bu sorunun kamu hukuku sınavıyla doğrudan alakalı olmadığı gerekçesiyle ezbere bilmediğini söylemesi üzerine davacı aday jüri üyelerinin isteği üzerine mülakat devam ederken fakülteodaki odasından Türk Medeni Kanunu metnini alıp gelmesi talebiyle dışarı çıkartılmış ve sonrasında mülakata devam edilmiştir. Adayın soruyu cevaplamasının ardından son soru olarak “*komisyonda bulunan tüm jüri üyelerinin yüksek lisans ve doktora tezlerini, ulusal ve uluslararası konferanslarda sunduğu tebliğlerin ve yayınlanmış makalelerinin isimlerini teker teker ve ezbere sayması*” istenmiş, daha sonra aday sınavdan çıkartılmış ve açıklanan mülakat sonuçlarında davacı aday başarısız olduğunu öğrenmiş, başarısız sayılma işleminin iptali için dava açmıştır.

Söz konusu davada, başta da belirtildiği üzere mülakat esnasında kamera kaydı ve ses kaydı gibi teknolojik imkanlardan yararlanılmamış, dava dosyasında davalı üniversiteden gönderilen belgeler içinde yer alan sınav tutanağında her bir jüri üyesinin adaya verdiği puanlar yer almakta iken, ne adaya sorulan sorular ne adayın bu sorulara verdiği cevaplar ne de puanların verilmesindeki değerlendirmenin gerekçesine dair hiçbir bilgi yer almadığı görülmüştür. Davayı gören mahkeme, davacının bu iddiaları karşısında “*...davacı ve diğer adayların mülakat performanslarına her bir öğretim üyesinin verdiği puanların aday mülakat formuna yazıldığı, davacının başarısız olmasına ilişkin işlemin dayanağının yalnızca mülakat olmadığı, mülakatın yalnızca %30 etkili olduğu, davacının mülakat sırasında ve sonrasında yaşadığını iddia ettiği olayların ve davacının diğer iddialarının, dava konusu mülakat sınavını sakatlayacak nitelikte olmadığı görülmektedir.*” şeklinde bir gerekçe göstererek oy çokluğuyla iptal isteminin reddine karar vermiştir. İdare mahkemesi bu kararıyla yukarıda bahsedilen kararların hiçbirini dikkate almadan ve tartışmadan bir karar verme yoluna gitmiştir.

Davada karşı oy kullanan üye hâkim ise, “*Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı’nda Yükseköğretim Kanunu’nun 50/d maddesi uyarınca bir kadroya atanmak suretiyle lisanüstü öğrenimine*

devam eden davacının, doktora programına başvuru aşamasında yapılan sözlü sınav sonucunda başarısız sayılma işlemi incelendiğinde, 92,100 yüksek lisans ortalamasına, 77,428 ALES puanına sahip olduğu, mülakat notunun 37 olması nedeniyle başarısız sayıldığı, değerlendirmede %70 ağırlığa sahip olan ve nesneliği konusunda tartışma bulunmayan ALES puanı ve yüksek lisans not ortalamasına nazaran öznel değerlendirmelere açık olan ve bu nedenle de hukuki denetimi zor olan mülakat sınavının şeffaflığını ve objektifliğini sağlama hususunda idarenin gerekli özeni göstermekle yükümlü olduğu, dava konusu işlemde ise, jüri üyelerince hangi yönlerden değerlendirme yapıldığı, adayın hangi yönlerinin başarısız bulunduğu bir değerlendirme raporu ile ortaya konulmadan salt bir not takdir edilerek değerlendirme sonucunun ifade edildiği, bunun idari işlemin hukuka uygunluk denetiminin Anayasa'nın 125. maddesinde ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinde belirlenen hukuki sınırlar içinde yapılabilmesine imkân tanımadığı gibi işlemin sebep unsurunu da ortaya koymaktan uzak olduğu anlaşıldığından, davacının başarısız sayılmasına ilişkin mülakat sınavının hizmet gerekleri ve nesnel ölçüler esas alınarak yapılmadığı sonucuna varılmaktadır.” gerekçesiyle davacının mülakatla ilgili hukuka aykırılık iddiaları karşısında ispat yükünün davalı idarede olduğunu vurgulamış ve Danıştay içtihatlarına uygun bir görüş beyan ederek çoğunluk kararına katılmamıştır.

Ancak Danıştay'ın son yıllarda bu içtihatlarından kısmen vazgeçerek, özellikle mevzuattaki hükümler çerçevesinde değerlendirme yaptığı görülmektedir. Başka bir anlatımla Danıştay, güncel bazı kararlarında davaya konu olan ve iptali istenen mülakatın yapılaş kurallarını düzenleyen mevzuat hükümleri çerçevesinde inceleme yapmakta ve ilgili mevzuatta öngörülen şartların yerine getirildiğini tespit etmesi halinde ayrıca ses / görüntü kaydı veya sorulan sorular ve verilen cevapların tutanak altına alınmamasını Anayasanın 125. maddesinde belirtilen “idarenin denetlenebilirliği” ilkesinin uygulanma koşulu olarak değerlendirmemektedir. Gerçekten de Danıştay 2018 tarihinde verdiği bir kararda⁴⁶ “Yönetmelik hükümlerine uygun olarak sözlü sınavda davacıya verilen puanların sınav komisyonu üyeleri tarafından ayrı ayrı belirtilerek tutanağa bağlanması, üyelerin verdikleri notların aritmetik ortalamasının hesaplanması sonucunda davacının Yönetmelikte öngörülen başarı notunun altında puan aldığıının anlaşılması karşısında davacının sözlü sınavda başarısız sayılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamakta olup, mevzuatta sözlü sınavlarında adaylara sorulan sorulara ve alınan cevaplara ilişkin herhangi bir tutanak tutulmasını, komisyon üyelerince takdir edilen notun gerekçeleriyle

⁴⁶ DANIŞTAY 2. DAİRESİ, E. 2016 / 9729, K. 2018 / 2281, KT. 04.04.2018. (Karara UYAP Doküman Sistemi üzerinden ulaşılmıştır.)

ortaya konulmasını zorunlu kılan herhangi bir hüküm mevcut olmaması nedeniyle de söz konusu hususların idarece yerine getirilmemiş olması, işlemi sakatlar nitelikte görülmediğinden, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında sonucu itibarıyla hukuka aykırılık bulunmamaktadır.” değerlendirmesi ile geçmişte verdiği hukuk devleti ilkesine uygun tutumu ile çelişmiştir. Yine daha güncel bir kararında⁴⁷ Danıştay, Muğla ili Milas ilçesinde bulunan hava limanında kısım amiri olarak görev yapmakta iken, gümrük müdür yardımcılığı için açılan kadroya başvurarak mülakat sınavına giren ve sınavda teknolojik imkânlardan yararlanılmadığını ve soru ve cevapların tutanak altına alınmadığından mülakatın objektif kriterlerden uzak ve denetlemeye olanak sağlamayacak şekilde yapıldığından bahisle mülakat sonucundaki “başarısız” sayılma işleminin hukuka aykırı olduğu iddiaları karşısında “Uyuşmazlık konusu olayda, dosya içeriğindeki bilgi ve belgelere göre iptali istenilen sözlü sınavın yukarıda değinilen Yönetmelik hükümlerine uygun olarak gerçekleştirildiği ve sözlü sınavın tamamını sakatlayacak herhangi bir neden bulunmadığı anlaşıldığından, dava konusu işlemde hukuka aykırılık, dava konusu işlemin iptaline yönelik Mahkeme kararında ise hukuki isabet görülmemiştir.” diyerek benzer bir tutumla önceki yıllarda ortaya koyduğu tavrı değiştirmiş ve hukuka uygunluk denetimini sadece mevzuatla sınırlı olarak yapmıştır.

SONUÇ

Mülakat sınavları, niteliği itibarıyla sınavı yapan jüri ile aday arasında ve deyim yerindeyse dört duvar içinde gerçekleşen sınavlardır. Bu sınavların denetiminin sağlanması hukuk devleti ilkesinin yanında Anayasada güvence altına alınan ve hukuk devletinin en önemli unsurlarından biri olan “yargı denetimi” ilkesinin bir gereğidir. Ancak mülakat sınavlarında genel ispat yükü olan “iddia eden tarafın, iddialarını ispat etmesi” şartının uygulanması, idarenin verdiği kararların idari yargı organlarınınca denetlenmesinin ve hukuk devleti ilkesinin uygulanmasının önünde ciddi bir engel oluşturmuştur.

Danıştay’ın uzun yıllar boyunca sürdürdüğü; mülakat sınavları neticesinde alınan “başarısız sayılma” kararının hukuka aykırı olduğu iddiasının ispatlanamaması ve yapılan değerlendirmenin, idarenin takdir yetkisi kapsamında olduğu kabulüyle idareyi denetime tabi tutmama eğilimi, idarenin mülakat sınavlarında yaptığı değerlendirmelerde keyfi davranmasına ve hukuka aykırılıkların daha da artmasına sebebiyet vermiş, bu konuda idareyi daha da cesaretlendirmiştir. Oluşan mağduriyetler sonrasında Danıştay, mülakat sınavlarıyla ilgili önemli bir

⁴⁷ DANIŞTAY 2. DAİRESİ, E. 2019 / 524, K. 2019 / 2938, KT. 14.05.2019. (Karara UYAP Doküman Sistemi üzerinden ulaşılmıştır.)

içtihat değişikliğine gitmiş ve önceki kararlarının aksine, her ne kadar mülakat sınavları sonrasında yapılan değerlendirmeler takdir yetkisi kapsamında ise de bu yetkinin sınırsız ve denetlenemeyecek bir yetki olmadığına karar vermiştir. Özellikle takdir yetkisinin denetiminin sağlanması içinse adayların ileri sürdüğü hukuka aykırılık iddialarında ispat yükünün mülakat sınavını gerçekleştiren idarede olduğuna karar vermiştir. Gidilen içtihat değişikliği sonrasında idareye, kendi üstünde bulunan ispat yükü kapsamında, yaptığı değerlendirmenin hukuka aykırı olmadığını ispat etme yükümlülüğü getirilmiştir.

Danıştay'ın bu önemli içtihat değişikliğinden sonra, Anayasa Mahkemesi'nin metin içinde incelenen kararında mülakat sınavlarında ses ve görüntü kaydı alınmasını yasaklayan hükmün Anayasaya aykırı olmadığı yönündeki kararına rağmen bu yeni içtihadında ısrar ettiği görülmektedir.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi kararı sonrasında Danıştay'ın ispat yükünün idarede olduğu yönündeki tezinin artık geçersiz hale geldiği bir an için düşünülebilir ise de Anayasanın 2. maddesinde geçen ve 4. maddesi ile de koruma altına alınarak Anayasanın diğer hükümleri karşısında görece daha güçlü konumda olan, nihayet Cumhuriyet'in temel nitelikleri arasında gösterilen "hukuk devleti" ilkesinin tecellisi ancak 125. maddede belirtilen idarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine açık olması" ilkesi ile mümkündür.

Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi kararları, kanunlarda yer alan düzenlemelerin Anayasaya uygun olup olmadığının yorumundan ibarettir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin mülakat sınavlarında ses ve görüntü kaydı alınmasını yasaklayan kanun hükmünü "*kanun koyucunun takdir yetkisi*" kapsamında görmesi ve bu durumun mülakat sınavlarının denetimini zorlaştıran bir durum olmadığını savunması, Yüksek Mahkeme'nin ilgili kanun maddesini Anayasa hükümleri karşısında yorumlaması olup, gerekçeli kararda, bu kuralın Anayasaya aykırı olmamasının gerekçeleri de ayrıntılı bir şekilde ortaya konmamıştır. Dolayısıyla mülakat sınavları sonucunda adayın başarısız bulunmasına gerekçe olan vakıaların ispatının başkaca bir yolla ispat edilememesi ve bu durumun da Anayasanın hem "hukuk devleti" hem de bunun uygulanmasını mümkün kılan idarenin denetlenebilirliği ilkesine açıkça aykırı olması karşısında Anayasa Mahkemesi'nin yorumunun hatalı olduğunu göstermektedir.

Anayasa hükümlerinin normlar hiyerarşisine göre en üstün normlar olması nedeniyle mülakat sınavlarında ispat yükünün idarede olduğu yönündeki Danıştay içtihadının, Anayasa Mahkemesinin açıkça hatalı yorumu sonrasında da uygulanmaya devam etmesinde herhangi bir hukuka aykırılığın olmadığı düşünülmektedir.

Sonuç olarak Anayasanın 2. ve 125. maddelerinin daha uygulanabilir hale getirilmesi için idare, sınavın ve değerlendirmenin objektif yapıldığını ispat etmek için mülakat sınavlarında sorulan soruları ve aday tarafından bu sorulara verilen yanıtları kamera kaydına veya ses kaydına almalı, jüride bulunan üyelerin değerlendirmeleri ayrıntılı gerekçelerle sınav tutanağına yazılmalıdır.

Danıştay'ın bu önemli içtihat değişikliğine rağmen bir taraftan yerel mahkemeler aksi yönde kararlar vermeye kısmen de olsa devam etmekte, diğer yandan Danıştay'ın bazı dairelerinin de son yıllarda bu yeni oluşan içtihatla çelişen kararlar verdikleri görülmektedir.

Danıştay'ın bu çelişkili kararları, yargı uygulamalarında yeknesaklığın sağlanamamasını tetiklemekte olup bu çelişkinin giderilerek sınavlarda ses / görüntü kayıtlarının veya sorulan sorular ile adayın verdiği cevapların tutanakla tespit edilmesinin denetlenebilirlik açısından bir kesin kriter olup olmadığı Danıştay tarafından netliğe kavuşturulmalıdır. Bu sorunu çözüme kavuşturmanın yolu ise mülakat sınavlarının değerlendirilmesinin ne şekilde ve hangi ilkelere göre yapılacağı hakkında içtihadı birleştirme kararı alınmasıdır. Danıştay Kanunu'nun 39. maddesinde yer alan “İçtihatları Birleştirme Kurulu, dava dairelerinin veya idari ve vergi dava daireleri kurullarının kendi kararları veya ayrı ayrı verdikleri kararlar arasında aykırılık veya uyumsuzluk görüldüğü veyahut birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesi gerekli görüldüğü takdirde, Danıştay Başkanının havalesi üzerine, Başsavcının düşüncesi alındıktan sonra işi inceler ve lüzumlu görürse, içtihadın birleştirilmesi veya değiştirilmesi hakkında karar verir.” ve 40 maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen “Bu kararlara, Danıştay daire ve kurulları ile idari mahkemeler ve idare uymak zorundadır.” hükümlerinin birlikte incelenmesi sonucunda Danıştay dairelerinin yıllara yayılan aynı konudaki farklı içtihatlarının neden olduğu çelişkinin ortadan kaldırılması ve bu kararların yargı organları kadar idareyi de bağlaması nedeniyle yakın zamanda Danıştay'ın mülakat sınavları ile ilgili içtihadı birleştirme kararı almasının, uygulamaya yön verilmesi açısından elzem olduğu düşünülmektedir.

Uygulamaya bu yeni yaklaşımın ışık tutması için kaleme alınan bu makale bu amaçla iki ana bölümden oluşmuştur. İlk bölümde ispat yükü kavramı üstünde durulmuş, ikinci bölümde ise mülakat sınavlarında ortaya çıkan hukuka aykırılıklar, yargı kararları ışığında ele alınmıştır.

Çalışmanın, hukuk devletinin garantisi olan bu yeni yaklaşımı daha anlaşılır kılmaya ve uygulamada idari yargı organlarına katkı sağlamaya en büyük ümittir.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz Bahtiyar, Sezginer Murat ve Kaya Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- Berk Kahraman, “Kamulaştırma Sürecinde Dava Açma Süresine Örnek Bir Olay”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2006, C. LXIV, S. 2, ss. 25 - 35.
- Budak Ali Cem ve Karaaslan Varol, *Medeni Usul Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Ceylan Mahmut, “İdari Yargıda Delil Serbestisi ve Sınırları”, *Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2018, C. 8, No: 16, ss. 325 - 341.
- Çağlayan Ramazan, *İdari Yargılama Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Derdiman Cengiz, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa, 2007.
- Evren Çınar Can, “İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008 C. XII, No: 1-2, ss. 701 - 723.
- Gözler Kemal ve Kaplan Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınları, Bursa, 2014.
- Göztaş Kenan, *İdari Yargıda İspat*, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dan: Oğuz Sancaktar, İstanbul, 2011.
- Günday Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.
- Karavelioğlu Celal, *İdari Yargılama Usul Kanunu*, 6. Baskı, Yazarın Kendi Yayını, Ankara, 2006.
- Kuru Baki, Aslan Ramazan ve Yılmaz, Ejder, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- Umar Bilge ve Yılmaz Ejder, *İspat Yükü*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1980.
- Pekcanitez Hakan et al., *Medeni Usul Hukuku C.2*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Sancaktar Oğuz et al., *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Sezer Yasin ve Bilgin Hüseyin, “Sözlü Sınavların Yargısal Denetimi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, S. 86, ss. 168 - 187.
- Şenlen Sunay Süheyla, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Görev Kriterleri*, Beta Yayınevi, İstanbul, 1996.
- Tanrıver Süha, *Medeni Usul Hukuku C.1*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Yayla Yıldızhan, *İdare Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.