

146709

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

İDARİ YARGILAMA USULÜ İLE
BÜTÜNLEŞTİRİLMİŞ OLARAK
YÖNETSEL YÖNTEM YASASI

-146709-

KAHRAMAN BERK
2502990054

TEZ DANIŞMANI :
PROF.DR. İL HAN ÖZAY

İSTANBUL - 2004

TEZ ONAYI

Enstitümüz **KAMU HUKUKU** Anabilim Dalında **9925020054** numaralı **KAHRAMAN BERK'in** hazırladığı **“İDARİ YARGILAMA USULÜ İLE BÜTÜNLEŞTİRİLMİŞ OLARAK YÖNETSEL YÖNTEM YASASI”** konulu **DOKTORA TEZİ** ile ilgili TEZ SAVUNMA SINAVI **14.07.2004 ÇARŞAMBA** günü saat: **10.00'da** yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **.....KABULÜNE.....** ne* **OYBİRLİĞİ** ~~OYÇOKLUĞU~~LA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	KANAATİ(*)	İMZA
PROF.DR. SAİT GÜRAN	Kabul	Sait Güran
PROF.DR. İL HAN ÖZAY	Kabul	İlhan Özay
PROF.DR. TURAN YILDIRIM	Kabul	Turan Yıldırım
PROF.DR. ZEHREDDİN ASLAN	KABUL	Zehreddin Aslan
DOÇ.DR. NURİ YAŞAR	KABUL	Nuri Yaşar

ÖZ

İdari Usul, idari işlemlerin hukuka uygun tesisi amacına yöneliktir. İdari usul sürecinde en önemli husus ilgililerin sürece katılımının teminidir. Katılım ile yargısal usule benzer bir takım haklar tanınarak ilgililerin işlem hakkındaki görüş ve düşüncelerini açıklamaları amaçlanır. Böylelikle, idarenin ilgilinin görüşünü dikkate alarak kamu yararına yönelik işlem tesis edeceği düşünülür. Öte yandan, işleme ait bilgi ve belgelerin de eksiksiz olması sağlanır. Bu husus, işlemin yargı konusu yapılması halinde işlem dosyasının eksiksiz olması nedeniyle yargının iş yükünü hafifletecek, işlem hakkında kısa sürede karar verilmesi sağlanacaktır. Kısa sürede karar verilmesi halinde vatandaşların yargıya olan inancı artacaktır. İdari usul, katılımcı demokrasinin gerçekleştirilmesi için çok önemli bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır.

ABSTRACT

The aim of the Administrative Procedure is construction of the administrative acts proper to the laws. In the course of the administrative procedure; the most important point is to assure the participation of interested parties to the procedure. The participation of the interested parties and acknowledgement of the similar rights as judiciary procedure to them serve to the aim of giving them the chance of explaining their sentiments and opinions. In this manner, the administrative instruments can construct the acts directed to the public interest by taking the opinions and sentiments of the interested parties into account. Furthermore, the completeness of the data and documents shall be also provided. In case of any judicial procedure; this matter will ease the works of the jurisdiction because of existence the completed act file and cause to the decision in a shorter time period about the conflict. The public believe to the jurisdiction will increase with deciding in the conflicts in a shorter and quicker timepiece. The Administrative Procedure comes up as an important and considerable instrument for the realisation of participant democracy.

ÖNSÖZ

İdari Usul ve İdari Yargı konularını bir araya getirmek, her ikisinin etkileşim içinde olması nedeniyle zor olmadı. Fakat, başlıkların benzeşmesi sonucu tezin içinde kimi yerlerde aynı konunun kısada olsa özet olarak verilmesini gerektirdi. Bunun dışında, özellikle idari usule ilişkin Türkçe kaynak bulmakta zorlandım. Temel olarak Sayın Prof.Dr. Ülkü Azrak'ın 1964 yılında tamamlamış olduğu **“Umumi İdari Usulün Esasları ve Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Gelişimi”** i simli kaynaktan yararlandım. Bu eserin gerek planı, gerekse esasa yönelik bilgileri yola çıkarken düşündüğüm bir çok şeyin değişmesine neden oldu. Bunun dışında, Doç.Dr. Bahtiyar Akyılmaz'ın 2000 yılında tamamladığı **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü** isimli doçentlik çalışması da en az diğeri kadar yol gösterici oldu.

Her iki kaynak dışında, idari usule değişik makalelerden yararlanılmasının yanında, uygulamanın ABD.'nde gelişmiş olması nedeniyle yabancı bir çok kaynaktan yararlanmayı uygun buldum. Başlığın ayrıntıyı da getirmesi riskini gözeterek belli yerlerde derinleşmeyi belli yerlerde, özellikle herkes tarafından bilinen konularda yüzeysel kalmayı tercih ettim.

Bu çalışmanın amacı idari usul süreci sonucu ortaya çıkacak uygulamanın yargıya etkisidir. İdari usulün aynı zamanda, hizmetten yararlananlar üzerinde oluşacak etkisi ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Çalışmanın önemi, ülkemizde uzun süredir ihtiyaç olarak görülen fakat bir türlü uygulamaya geçirilemeyen idari usulün esaslarını ortaya koymaktır. Bunun yanı sıra, idari usule ilişkin hazırlanmış bir Kanun Tasarısının içeriğini değişik bölümlerde tartışmaktır.

Tez Yazım Kılavuzunun “Önsöz” bölümünü incelerken tezi hazırlayanın tezde maddi ve manevi katkısı olanlara teşekkür edebileceğini fark ettim. Teşekkürün juri üyelerine yönelik olması nedeniyle henüz savunulmamış bir çalışmada “eleştiri” konusu olabileceğini düşündüm. Bu konuya ilişkin çelişkiyi yaşarken tezin yazımında sadece teze yönelik okuduğum kitaplardan değil, mensubu olduğum Kürsünün koridorlarında, odalarında öğrendiklerimden faydalandığımı, tezin içinde bir çok konuda yaşanması gereken sıkıntının kolaylıkla aşılmasında bu bilgi alışverişinin önemini fark ettim. Bu bağlamda, Yönetmelik hükümlerinde belirtilen teşekkürü sadece teze ilişkin değil, daha geniş anlamda yapılmasının yerinde olacağı kanaatine vardım. Bu vesileyle, her zaman kapıları “bizlere” açık olan “Hocalarım” Sayın Prof.Dr. İl Han Özyay’a ve Prof.Dr. Sait Güran’a öncelikle teşekkür ederim. Sayın Prof.Dr. Zehreddin Aslan’ın tez yazımına ilişkin deneyimlerini paylaşmasının yanı sıra, tezin yazımındaki motivasyonu sağlamamdaki yardımı nedeniyle ayrıca teşekkür ederim. Bununla beraber, aramızdan yakın zamanda ayrılan ve kendisinden çok şey öğrendiğim Sayın Prof.Dr. Pertev Bilgen ile tezin ortaya çıkmasında bilmeden sohbetleriyle yardımcı olan Anabilim Dalındaki diğer meslektaşlarıma, özellikle çalışmamda fazlasıyla yararlandığım ve temel aldığım kendisine ait yabancı kaynakları benimle paylaşan Kemal Berkarda’ya teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

İÇ KAPAK	i
TEZ ONAY SAYFASI	ii
ÖZ (ABSTRACT)	iii
ÖNSÖZ	iv
İÇİNDEKİLER	v
KISALTMALAR.....	x
GİRİŞ	1
1 . İDARİ İŞLEM	4
1.1.İdari İşlem ve Eylem Tanımı	4
1.2. İdari İşlemin Özellikleri	6
1.2.1 Tek Yanlılık	6
1.2.1.1.Basit İradeli İşlemler	15
1.2.1.2. Kollektif İşlemler	16
1.2.1.3. Birleşme İşlemler	19
1.2.2.Kanunilik ve İcrailik	22
1.2.2.1. İdarenin İç Düzen İşlemleri	29
1.2.2.2. Hazırlık İşlemleri	34
1.3.İdari İşlemlerin Organik ve Maddi Bakımdan Tasnifi	37
1.3.1. Organik Bakımdan Tasnifi	37
1.3.2. Maddi Bakımdan Tasnifi	50
1.4.Sözleşmeden Ayrılabilen İdari İşlemler	54

1.5.İdari Usulün Uygulanması Gereken İşlemler	58
---	----

2 . İDARİ USUL 60

2.1. İdari Usul Kavramı ve Tanımı	60
---	----

2.1.1. İdari Usulün A.B.D.'nde Ortaya Çıkış Nedenleri.....	67
--	----

2.2. İdari Usul Kurallarının Muhakeme Hukuku İle Karşılaştırılması	72
--	----

2.3. İdari Usulün Faydaları ve Amaçları	77
---	----

2.3.1. Demokrasiye İnanç	77
--------------------------------	----

2.3.2. Katılımın Demokrasi İle İşbirliği	79
--	----

2.3.3. Yargılama Aşamasına Yardım	84
---	----

2.3.4. Takdir Yetkisinin Denetimi	90
---	----

2.3.5. Hukuk Devletin Temini	92
------------------------------------	----

2.4. Ülkemizde İdari Usulün Düzenlenmesine Yönelik Çalışmalar	94
---	----

2.5. İdari Usulü Başlatacak İdare	98
---	----

2.5.1. Yetkili İdare	98
----------------------------	----

2.5.1.1. Yetki Devri – İmza Yetkisinin Devri	101
--	-----

2.5.1.2. Yetki ve Usulde Paralellik İlkesi	107
--	-----

2.5.2. Yetki Unsurunun Konusu	111
-------------------------------------	-----

2.5.2.1. Kişi Bakımından Yetki	111
--------------------------------------	-----

2.5.2.2. Konu Bakımından Yetki.....	115
-------------------------------------	-----

2.5.2.3. Zaman Bakımından Yetki	118
---------------------------------------	-----

2.5.2.4. Yer Bakımından Yetki	122
-------------------------------------	-----

2.6.1. İdari Usul Sürecine Katılabilecekler	124
---	-----

2.6.1.1. Hakkında İşlem Yapılan Kişi ve İlgililer	124
---	-----

3 . İDARİ USUL SÜRECİNİN BAŞLAMASI 137

3.1. İdare Tarafından Re'sen Başlatılması	137
---	-----

3.2. İlgilinin İstemiyle İdarenin Harekete Geçmesi	137
3.3. İdari Usul Sürecinin Temel İlkeleri	146
3.3.1. Temsil Edilebilme	146
3.3.2. Şekle Bağlılık	149
3.3.3. Yazıllık - Sözlülük – Açıklık	150
3.3.4. Tarafsızlık	153
3.3.5. Re’sen Araştırma İlkesi	159
3.3.6. Savunma Hakkı	164
3.4. Bilgi Edinme Hakkı, Kapsamı ve İşlevi	170
3.5. İdari Usul Süreci Sonunda Karar Aşaması, İdari İşlemin Tamamlanması.....	186
3.5.1. Yazıllık	186
3.5.2. İşlemi Tesis Eden Makamın Adı ve İmzası	188
3.5.3. Tarih	189
3.5.4. İşlemin Muhatabının Adının Yer Alması	190
3.5.5. Karara Karşı Başvuru Yolları, Süresi	191
3.5.6. Gerekçenin İşlem Metninde Yer Alması	193

4. İDARİ USUL SÜRECİ SONUNDA TESIS EDİLEN

İŞLEMİN YARGI AŞAMASI 205

4.1. İptal Davası, İşlevi ve Teminatı	205
4.1.1. İptal Davasının Objektif Niteliği	209
4.1.2. İptal Davası İdareye Yol Gösterir	213
4.1.3. İptal Davası Kolay Açılır	216
4.2. İptal Davasının Doğurduğu Hukuki Sonuç	216
4.3. Usul Sürecindeki Hukuka Aykırılıkların İşleme Etkisi	228
4.3.1. Esasa Etkili Usul Sakatlığı	228

4.4. İşlemi Usul ve Yetki Yönünden İptal Eden Hükmün Etkisi	243
4.5. Şekil ve Yetki Unsuru Bakımından İptal Edilen Hükmün Yürürlük Tarihi	247
4.6. Şekil ve Yetki Eksikliğinin Sonradan Düzeltilmesi	250
 SONUÇ	 255
KAYNAKÇA	258
ÖZGEÇMİŞ	279



KISALTMALAR

ABD.	: Amerika Birleşik Devletleri
a.e.	: Aynı eser
a.y.	: Aynı yerde
A.Y.İ.M.D.	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi
AİD	: Amme İdaresi Dergisi
AMKD.	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
APA	: Administrative Procedure Act
AYİM.	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AYM.	: Anayasa Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
bs.	: Baskı
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
D.	: Danıştay/ Daire
D.B.B.	: Danıştay Bilgi Bankası
DD.	: Danıştay Dergisi
DİDDGK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
DKD.	: Danıştay Kararları Dergisi
E.	: Esas

İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
MKEK	: Makine Kimya Enstitüsü Kurumu
p.	: Sayfa (page)
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TODAEİ	: Türkiye Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü
U.M.	: Uyuşmazlık Mahkemesi
Y.(...).HD.	: Yargıtay (...) Hukuk Dairesi
(v)	: karşı (Versus)

GİRİŞ

“*Hukuka bağlı*” Devlet, bireyler açısından önemli bir rol oynamaktadır. Çünkü, “idare edilenlerin uymak zorunda olduğu kurallar koymak ayrıcalığına sahip olan Devlet’in, bu kuralların kendisine karşı hüküm ifade etmesi ve hatta kamu gücünün kendisine karşı da harekete geçmesi durumunda”¹ buna katlanması “Hukuk Devletin” temel araçları sayesinde olmaktadır.

Hukuk Devleti, Polis Devlet kavramının karşıtı olarak ortaya çıkmıştır. Polis Devlet, “kamunun refahı ve selameti için her türlü önlemi alabilen, bu amaçla kişilerin hak ve özgürlüklerine alabildiğine müdahale eden, onlara külfetler yükleyebilen ve fakat tüm bunları yaparken hukuka bağlı olmayan”² idareyi ifade etmektedir. “Hukuka bağlı Devlet platonik, romantik ve sembolik bir kavram değildir. Hukuk Devletini sembolik olmaktan kurtarabilmek için gerekli olan yaptırım yargı denetimidir”³.

Hukuk Devleti ise, tüm eylem ve işlemleri ile hukuka bağlı olan, işlemleri bağımsız yargı denetimine açık devlet faaliyeti anlamına gelmektedir. Bu bağlamda, Hukuk Devleti kanuna uygunluk olarak değil, onun daha ilerisinde bir kavramdır. İdari usul ve yargılama ilkeleri Hukuk Devletin temininde önemli rol oynamaktadır. Hukuk Devleti “*idarenin faaliyetinin önceden bilinebilir olmasını*”, ilgilinin idarenin ve kendisinin hak ve yetkilerini işlem öncesi ve sonrası bilmesine, sonuç olarak da idarenin işlemlerine olan inancın arttırmasına imkan tanımaktadır.

¹ Celal Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi**, Kavram Yayınları, İstanbul, 1996, s. 15.

² Metin Günday, **İdare Hukuku**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 36.

³ Ragıp Sarıca, “Açılış Konuşmaları”, Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması, Türk Hukuk Kurumu Yayınları, No 24, s. 113; nakleden Celal Erkut, **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı**, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2004, s. 19.

İdare, kamu gücü kullandığı faaliyetlerinde faaliyetten etkilenenlerin görüşünü almak zorunda değildir. İdare, tek yanlı olarak hareket eder ve genelde ilgililer işleminden “*doğmuş hukuksal sonuç*” ile birlikte haberdar olurlar. İdari usul süreci, idarenin faaliyetlerinde ilgililerin görüş açıklamalarına olanak sağlamaktadır. İlgililerin, idarenin iradesinin oluşumuna katkısı ortaya çıkacak işlemin kamu gücünden yoksunluğu anlamına gelmemektedir. İdare, katılım ile gerçekleşen iradeye yine kamu gücü yüklemekte, ilgililer üzerinde doğrudan etki doğurmaktadır. Katılım ile amaçlanan idarenin “*şeffaflığı*”nın temin edilmesidir. Yani, idare kapalı kapılar ardında işlem tesis etmek yerine “*neden*”, “*nasıl*” ve “*niçin*” sorularını şüpheyi yer vermeyecek şekilde cevaplayarak iradesini oluşturacaktır.

İlgililer idarenin irade oluşumuna katılarak yukarıda anılan soruların cevaplarını ayrıntıları ile “*yargı aşamasından*” önce öğrenecek, işleme karşı yargı manzumesini kullanıp kullanmamaya karar vereceklerdir. İlgililerin, irade oluşma sürecinde öğrendikleri hususlar “sonuca” katlanma konusunda belirleyici olacaktır. Bu durum, her türlü işlemin yargı yoluna gitmesini engelleyecek, yargının yükünü doğrudan hafifletecektir.

Katılım, idarenin gerçekten “*temas edemediği hususları*” göz önünde bulundurmasını sağlayabilir. Böylelikle idarenin iradesinin oluşumuna pozitif ve yönlendirici etki yapılabilecektir. Bunun yanında, idare katılım sürecinde ortaya konulan verileri nasıl değerlendirdiğini açık bir şekilde ortaya koyacak, ikna edici gerekçe yazmak zorunda kalacaktır. Yani, ilgilinin hukukunu korumak amacıyla getirilen usul kuralları iradenin sebep, konu ve maksat unsurunun belirginleşmesine olanak sağlayacaktır. İlgililerin işlem karşısında ikna “olması”, “edilmesi”, hukuklarına saygı gösterilmesini temin ederek, Hukuk Devletini somut olarak gerçekleştirecektir.

Ülkemizde, idarenin işlemlerinin usulünü düzenleyen bir kanun henüz yürürlüğe konulmamıştır. Bu konuda değişik çalışmalar yapılmış, fakat hiçbir kanunlaşma şansına sahip olmamıştır. Değişik metinlerde yetersiz idari usul hükümleri bulunmakta, kimi idari usul ilkeleri de yargı kararları ile kural haline

getirilmiştir. Özellikle Avrupa ile bütünleşme süreci içinde bulunan Ülkemizin bilgi edinme hakkı ve idari usul sürecini bütünleştirici düzenleme yapması zorunludur. Genel İdari Usul Kanununun yürürlüğe konulması uygulamada yaşanan bir çok sorunu ortadan kaldıracaktır. Türk bürokrasisinde herkes tarafından bilinen hususları içeren yazışmaların bile üzerlerine “gizli” damgası vurularak yapıldığı dikkate alınırsa, idari usul süreci ortada gözükmeyen “**gizli perdenin**” aralanmasını sağlayacaktır. Bu durum aslında gizli hareket etme alışkanlığına sahip bürokrasinin de lehinedir. Çünkü, gizlilik perdesi kalkınca kamu görevlilerinin sorumluluk esası da günışığına çıkacaktır.

İdari Yargılama Usulü Kanununda idari usule ilişkin değişik hükümler bulunmaktadır. Çalışmamız İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerinde yer alan, idari başvuru, idari itiraz, tam yargı davalarında idareye başvuru usulü, resen araştırma ve yargı kararlarının yerine getirilmesi gibi konuların idari usul ile değerlendirilerek ortaya konulmasını sağlayacaktır.

Öte yandan, bilgi edinme hakkının idari usul sürecinin “**ayrılmaz bir parçası**” olduğunu düşünmekteyiz. İdari usule ilişkin bilinen çalışmalarda bilgi edinme hakkı ve idari usul birlikte düşünülmüş; buna karşın, Ülkemizde, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu tek başına yasalaşmıştır. Çalışmamızda, bilgi edinme hakkının içeriği ile niye idari usul süreci ile bütünlük arz ettiği üzerinde ayrıntılı bir şekilde durulacaktır.

Çalışmamızın planını yaparken, öncelikle idari usul sürecinin konusunu oluşturan “işlemin” tanımı, daha sonra usul sürecinin ne olduğu, beklenen fayda ve ilkeleri ile bilgi edinme kavramı açıklanacaktır. Son bölümde ise, usul sürecinin yargısal denetimi ve bunun sonuçları üzerinde durulacaktır.

İDARİ YARGI İLE BÜTÜNLEŞTİRİLMİŞ İDARİ USUL SÜRECİ

1. İDARİ İŞLEM

1.1. İDARİ İŞLEM VE İDARİ EYLEM TANIMI

İdare, kendisine görev olarak yüklenen faaliyetlerini yerine getirmek için eylem ve işlemlerde bulunur. İdari eylem, dar anlamıyla idarenin kamu hukuku alanındaki “*maddi fiil*” ve “*hareketlerini*” anlatır⁴. İdarenin işlemleri hukuksal sonuçlarını çoğu kez eylemler ile doğurmaktadır. “İdare tarafından girişilen ya da gerçekleştirilen eylemler genelde alınan bir karar, yapılan bir işlemin uygulanması yönünde olmakla beraber, bunlardan bağımsız olarak yaratılan bazı durumlarla ilgili ‘salt’ veya ‘yalın’ olarak nitelenen ‘*idari eylemler*’ de söz konusu olabilmektedir”⁵.

İdari eylem, idari faaliyet esnasında bir tutumu ifade eder. Başka bir deyişle, idari eylem, idari faaliyet esnasında görülen iş, hareket, ameliye ve çalışmalar olup kökeninde maddi bir tasarruf vardır⁶. İdari eylemler yapıldıkları anda hukuksal sonuç doğururlar, yapılmaları ile tükenirler ve maddi yaşamda değişiklik yapmaya yönelmiştir⁷. Aslında “idari işlemler hukuk alanında değişiklik, yenilik doğuran irade açıklamalarını yansıttığı halde hukuk alanında yenilik ve değişiklik yapmayan

⁴ Yüksel Esin, *Danıştay’da Açılacak Tam Yargı Davaları*, II. Kitap, Esas, y.y., Ankara, 1973, s. 25.

⁵ İl Han Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, Alfa Yayınevi, İstanbul, 2002, s. 11.

⁶ D.10.D., 09.03.1998, E. 1998/1620, K. 1998/1038 (DBB).

⁷ Serdar Özgüldür, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 54.

idari eylemler, sadece ilgililerin hak ve yetkilerini kullanmaları koşuluyla hukuki etki ve sonuçlar doğurabilir⁸.

İdari işlemler de hukuksal düzende değişiklik yapmak için tesis edilmektedir. İdari işlemler yalnızca kağıt üzerinde kalması istenilen hukuki durumu yaratmayabilir. Bunun için ayrıca işlemin içeriğinden sonuç olarak idari bir eylemin yapılması gerekliliği ortaya çıkabilir. “**Yürütülmesi kendi içinde saklı**” işlem olarak nitelendirilen işlemler bünyelerinde idari eylem yapılmasını da gerektirmektedir. Örneğin, yıkım kararı idari işlemdir ve ilgilinin bu işleme direnmesi karşısında re’sen yıkımın gerçekleştirilmesi zorunludur.

Diğer taraftan, idarenin araç gereçleri ve ajanlarınca idari işleme dayanmayan fakat, idari faaliyete ilişkin eylemler yapılabilir. Tezimizin konusunu usul, yani iradenin oluşumunda izlenecek yol oluşturmaktadır. Herhangi bir işleme dayanmayan “**salt idari eylemler**” için usul prosedürünün izlenmesi gerekli ve aynı zamanda mümkün değildir. Çünkü, bu tip eylemler çoğu zaman ‘ani’ olarak alınmakta ve hukuksal sonuçlarının bir an önce doğması amaçlanmaktadır.

İdari usul süreci “**idari işlemler**” hakkında uygulanacaktır. İdari işlemlerin tanımının yapılması aynı zamanda idari usul sürecinin uygulanma alanını da belirleyecektir. Bu bağlamda, öncelikle idari işlemlerin özellikleri ve çeşitlerinin ne olduğu belirlenmelidir.

İdari işlem, *kamu gücü kullanılarak, tek yanlı ve icrai niteliğe sahip hukuki tasarruflardır*. Bu tanımdan çıkan sonuç, idari işlemlerin tek yanlılık, kendiliğinden sonuç doğurma ve tesis edildikleri anda kanuna uygun kabul edilme özellikleri bulunmaktadır.

⁸ D.10.D., 22.05.1996, E. 1996/756, K. 1996/2771. Ethem Atay, Hasan Odabaşı, Tahsin Gökcan, **İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 537.

1.2. İDARİ İŞLEMİN ÖZELLİKLERİ

1.2.1. TEK YANLILIK

Hukuksal işlem, idare adına hareket eden bir ya da birden çok kişinin hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde, hukuksal sonuçlar meydana getirmeye yönelmiş olan “**iradenin açığa**” vurulması ile tesis edilmektedir. Hukuksal sonuç meydana getirme amacı güden iradelerden bazıları kendilerine yüklenilen özellik gereği açıklandıkları anda tek yanlı olarak sonuç doğurmaktadır. İdari işlemlerin özelliklerinden biri de “**tek yanlı**” olarak hukuksal sonuç meydana getirmedir. Bu bağlamda, tek yanlılık, doğması istenilen hukuksal sonucun bir başka iradenin, muhatabın, oluruna tabi kılınmadan etkisini göstermesidir. Başka bir deyişle, salt bir yanın iradesini açığa vurması, hukuksal bir sonuç meydana getirmeye yetiyorsa, *hukuksal işlem* tek yanlıdır.

Kamu Hukuku ilke ve kriterleri ile tesis edilen idari işlemlerin daha iyi irdelenebilmesi için “eşit” iki yanın bulunduğu “Özel Hukuk” ilke ve kriterlerinin geçerli olduğu tasarrufların kısa biçimde açıklanması doğru ve yerinde olacaktır. Özel Hukuka tabi işlem yapma iradesini taşıyan yanlar, bunu genellikle sözleşmeler aracılığıyla gerçekleştirmektedirler. Sözleşmeler de, belirli bir borç ilişkisini meydana getirmek üzere, iki kişinin karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurulan hukuksal işlemler olarak tanımlanmaktadır. Borçlar Kanununun 1. maddesinde de, “*iki taraf karşılıklı ve birbirine uygun şekilde rızalarını beyan ettikleri taktirde akit(tin) tamam ola(cağı)*” belirtilerek, sistemimizin esas olarak irade uyuşmasını kabul ettiği anlaşılmaktadır.

Özel Hukuk alanında etki doğuran sözleşmeler, asıl olarak eşit hak, çıkar ve iradelerin uyuşması esasına dayanmaktadır. Bu nedenle, “Özel Hukuk bir sözleşmeler alanı olup, açıklanan her irade kendisiyle hukuksal olarak eşit kabul edilen bir başkasıyla birleştiği anda sonuç doğurur”⁹ ve bunların içeriklerinin

⁹ Özay, *Günüşğinde Yönetim*, s. 326.

değiştirilmesi yine tarafların irade uyuşması ile mümkün olmaktadır. Taraflar arasında oluşan sözleşmelerin kamu gücüne dayalı olarak tesis edilmiş işlemler aracılığıyla değiştirilmesi mümkün değildir. Yüksek Mahkeme, hukuksal olarak sonuçlanmış kredi sözleşmelerinin idari işlem ile değiştirilmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir¹⁰. Bir başka olayda da, “**özel hukuk hükümlerine göre belediye ile imzalanmış bulunan kira sözleşmesinin idarenin gücüne dayanarak tek taraflı sona erdirilemeyeceği**” belirtilmiş, tahliyenin ancak 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun hükümlerince gerçekleştirilebileceği ifade edilmiştir¹¹.

Bunun yanında, Kamu Hukuku ve Özel Hukuk işlemlerinin hedefi farklıdır. Kamu Hukukunda, idare kendisine tanınan ayrıcalık “**kamu yararını**” gerçekleştirmeyi amaçlar. Bu bağlamda, yukarıda verilen örneklere benzer şekilde idarenin her iki hukuk kaidesini ve sonuçlarını birbirine karıştırmaması gerekir. Yüksek Mahkeme, önüne gelen uyuşmazlıkta, “.... Belediye Başkanlığı ile ... Komut Yapı Koooperatifi arasında düzenlenen **protokol** gereğince, kooperatife ait 155 sayılı parselin tamamı ile 156 sayılı parselin 120 Metrekarelik kısmının tevhit edileceği, yeni oluşturulan bu parsel üzerine kooperatif tarafından **kreş** binası yapılacağı ve bedelsiz olarak belediyeye devredileceği, buna karşılık olarak da kooperatifin istediği şekilde **imar planı değişikliğinin Belediye Meclisince onanacağına** kararlaştırıldığı, ancak kreş binası tamamlanıp teslim edilmesine karşın Belediye Meclisince imar planı değişikliğinin yapılmadığı, re’sen yapılan imar planı değişikliğinin Büyükşehir belediye meclisince de onaylanarak kesinleşmesi üzerine kooperatif vekilinin **protokol hükümlerine uyulmadığı gerekçesiyle** (davanın açıldığı anlaşılmıştır)... Bu durumda, plan yapma, onama ve değiştirme yetkisi ilgili belediyelere ait olduğundan, **taraflar arasında yapılan sözleşmelerin imar planı yapılmasında ve değişikliklerinde dikkate alınmasının mümkün olmadığına**” karar vermiştir¹². Bu bağlamda, idarenin kamu yararını gerçekleştirmede kendisini kamu yararı dışında herhangi bir şekilde bağlaması mümkün görülmemektedir.

¹⁰ D.10.D., 10.10.1996, E. 1995/926, K. 1996/5932, DD. S. 93, s. 494.

¹¹ D.8.D., 30.09.1998, E. 1997/598, K. 1998/2846.

¹² D.1.D., 06.10.1997, E. 1997/118, K. 1997/125. **Kazancı Mevzuat Bankası**, Sayfa 1/5 –7 –11-2001.

Özel Hukuk alanında, işlemlerin genelini sözleşmeler oluşturmakla birlikte, bunlardan farklı içeriğe sahip bir takım tasarruflar da bulunmaktadır. Nitekim, bazıları, özellikle aile hukuku ve kamusal düzenin gereklerinden kaynaklananlar¹³, özel hukuka tabi olmalarına karşın tek yanlı olarak hüküm ifade etmektedir. Sözleşmenin feshi, seçimlik hakkın kullanılması, işgal ve terk, gayri meşru çocuğun tanınması, şufa, vefa ve iştirak hakkının kullanılması ve herhangi bir haktan feragat¹⁴, hukuk alanında etkilerini tek yanlı olarak doğurmaktadır.

Kamu Hukuku ile Özel Hukuka tabi işlemlerin farkı, kamu hukukuna tabi işlemlerin tek yanlı, kanuna uygun ve icralilik nitelik taşımasındadır. Nitekim, “klasik İdare Hukuku anlayışı, tek yanlılığı sadece işlemin hukuki etkilerini göstermede ilgilinin rızasına bağlı olmama anlamında değil fakat, işlem sürecine ya da yönetime egemen temel durum olarak ele almakta ve ilgililerin katılmasını söz konusu etmeksizin onları mutlak itaat durumunda pasif özneler olarak kabul etmektedir”¹⁵. Kendi içinde bir zorunluluk, mecburilik niteliği taşıyan¹⁶ idari işlem, istisnalar haricinde araya başka bir iradenin girmesine gerek olmadan etkilerini gösterebilmektedir¹⁷.

Özel Hukuk alanındaki işlemlerin “kişiler üzerinde etki yaratabilmeleri için – kurucu olmayan- bir başka iradenin mutlaka devreye girmesi gerekir, bu da genellikle resmi makamların kurucu iradeyi etkili kılma yönündeki işlemleriyle

¹³ Celal Erkut, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990, s. 18.

¹⁴ Yargıtay, “(a)çılmış bir terekedeki miras payının temlik için yazılı bir irade beyanı yeterlidir. Sözleşmede feragattan bahsedilmemiş ise de, burada amaçlanan miras payının devridir. **Miras payını devir edenin yazılı sözleşmede imzası yeterlidir. Alacaklının sözleşmeye katılmaması(nın) hukuki geçerliliği etkileme(yeceğini)**” belirterek, Özel Hukuk alanında tek yanlı olarak hüküm doğuran işlemlerin bulunduğunu ifade etmiştir. Y.2.H.D., 14.04.1998, E. 1998/1981, K. 1998/4282.

¹⁵ Tekin Akıllıoğlu, *Yönetim Önünde Savunma Hakları*, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları No 26, Ankara, 1983, s. 50. Çalışmamızın konusunu oluşturan “**idari usul**” işlemin tek yanlılığını etkilemeden, ondan etkilenen subjelerin pasif olmaktan çıkartılıp katılımını sağlayarak **aktif** hale gelmelerini temin etmektedir.

¹⁶ Ragıp Sarıca, *İdare Hukuku Ders Notları*, (Çoğaltma), y.y., İstanbul, 1970, s. 128.

¹⁷ İdari işlemin içinde barındırdığı zorunluluk sadece idare dışındaki muhatabı değil, aynı zamanda bizzat idareyi de bağlamaktadır. Nitekim, yok hükmünde bulunan işlemler dışında – bu durum bir tespit ile belirlenmedikçe- idare, kendisi veya başka bir idare tarafından tesis edilen işlemin gereklerini de yerine getirmek zorundadır.

gerçekleşir”¹⁸. Örneğin, mirasın reddinin hükümlerini doğurabilmesi, bu iradenin hakime yönelik yapılmasına bağlı kılınmıştır veya açıklanan iradenin yerine getirilmesi için Adli Yargı içinde bulunan icra dairelerinin araya girerek zor kullanması icap etmektedir.

Tek yanlılık, “**tarafllara**” ilişkin bir ilke olup, işlemin tesis aşamasında idare dışında veya birden fazla kişi veya kurum ve kuruluşun katılmasını ifade etmemektedir. “Tek yanlılık, kavram olarak **tek bir irade açıklaması**” anlamına gelmektedir¹⁹. Ancak, tek bir irade açıklaması, işlemin tek bir kişi veya makam tarafından yapılmasını değil, işlemin muhatabının iradesinin önemli olmadığını, asıl olarak İdare veya onun adına hareket edenlerin iradesinin doğrudan hüküm doğurmasını ifade etmektedir. Özel Hukuk alanında tarafların irade uyumu aranmakta, idari işlemler ise yetkilisinin imzası ile tamamlandığı anda ilgisinin iradesine ihtiyaç duyulmadan hukuksal sonuç doğurabilecek niteliğe kavuşmaktadır.

Özel Hukukta işlemler, eşitler arasındaki hak ve yükümlülükleri düzenlediği için bir tarafın iradesinin diğerine üstünlüğü kabul edilmemiştir. Halbuki, idare adına irade açıklayanların sübjektif hakları ve menfaatleri mevzu edilmemektedir. İdari işlemler ile, kollektif bir ihtiyacı karşılamak, kamu yararını temin etmek amaçlanmaktadır²⁰. “İdarenin hiçbir davranışı, hiçbir zaman ve hiçbir koşulla “**kamu yararı**”nın dışında bir ereğe yönelik olamayacağından”²¹, bunu gerçekleştirmek için örgütlenmiş İdareye, “**kamu gücü**” içeren üstün bir yetki tanınmıştır. Böylelikle, İdare, işlemin muhatapları ile girdiği ilişkilerde kamu gücünden doğan yetkisini kullanmakta, bu üstün irade sayesinde tesis etmiş olduğu işlemler “*tek yanlı olarak hukuksal etkilerini*” gösterebilmektedir²².

¹⁸ Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, s. 19.

¹⁹ a.e., s. 13.

²⁰ S. Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, C. I, s. 278.

²¹ Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 323.

²² İdarenin, kamu gücünü kullanmadan bir özel hukuk kişisi gibi davranarak hareket etmesi de mümkündür. Bunlara, İdarenin Özel Hukuka tabi işlemleri adı verilmektedir. Bununla beraber, ileride ayrıntılı bir biçimde inceleyeceğimiz üzere, İdarenin tek yanlı olarak sözleşmenin içeriğini değiştirebileceği idari sözleşmeleri de bulunmaktadır.

Devletin oluşum sürecinde, eşit etki ve güce sahip vatandaşların, kendi nam ve hesaplarına hareket etmek üzere iradelerini üstün bir makama, onun tasarruflarına uymak kaydıyla devrettikleri görülmektedir. Kamu gücünün dayanağı olan bu yetki devri ile donatılan devlet makamlarının iradelerine, kamu yararına hareket ettikleri varsayımıyla ve mevcut düzeni korumak amacıyla üstünlük tanımış bulunmaktadır. Kamu gücü, idarenin kendi içinden, kimliğinden, başka bir deyişle idare olmasından doğan bir yetki değildir ve kamu yararı adına hizmet etme aracı olarak “kanun”, “hukuk” tarafından tanınmaktadır²³. Bu bağlamda, İdarenin veya onun adına hareket eden özel hukuk kişilerinin, ilgililere bir hak tanınması veya yükümlülük getirmesi kamu gücüne dayanılarak yapılmaktadır. Bu anlamda, kamu gücü, tek taraflılık ile paralellik oluşturmaktadır²⁴. “Başka bir deyişle, hukuk düzeninde tek yanlı irade açıklamalarına atfedilen emredici etki ve güç irade açıklamasının tek yanlılığından değil, iradeye bağlı kudretten kaynaklanmaktadır”²⁵.

İdare, kamu düzenini temin amacıyla pozitif olarak eylem ve işlemlerde bulunabilir. Bunun yanında idarenin hareketsizliği de “irade beyanı” olarak kabul edilmiştir. İdarenin işlem tesis etmede yetkili olduğu konularda, hak sahibinin talebini herhangi bir eylem ile cevaplandırmaması, “zımni bir işlem” olarak değerlendirilmiştir. İdari Yargılama Usulü Kanununun 10. maddesi, “ilgililer(in), haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabil(eceklerini) (ve) altmış gün içinde bir <<cevap verilmezse>> iste(ğın) reddedilmiş sayılaca(ğın)”nı düzenlemiştir.

Burada, ilgili, usuli bir haktan yararlanarak idarenin iradesinin oluşmasını – zımni veya açık- sağlamakta; ona fikir vererek harekete geçmesini temin etmektedir. İlgilinin idareden idari davaya konu olabilecek talepte bulunması, idarenin zımni iradesinin oluşumunda sadece başlangıç noktasını oluşturmaktadır. Bu nedenle, zımni red işlemleri de tek yanlı olarak tesis edilmektedir.

²³ Sarıca, *İdare Hukuku*, s.104.

²⁴ Bahtiyar Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Yetkin Kitapevi, Ankara, 2000, s. 43.

²⁵ Erkut, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı*, s. 57.

Anayasanın 74. maddesinde, “(v)atandaşların ... kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara²⁶ ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahip” oldukları belirtilmiş bulunmaktadır. Yine, aynı maddenin devamında, “kendileriyle ilgili başvurularının sonucu, **geciktiksizin** dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirileceği” ifade edilmiştir. Anayasanın 40. maddesinde de, “Devletin, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğu” dile getirilmiştir.

Anayasanın her iki maddesinin birlikte değerlendirilmesinden, yetkili idari makamlar, vatandaşların ve hatta karşılıklılık esasına göre yabancıların “kendileriyle ilgili²⁷” konulardaki başvurularını geciktirmeden ve gerekçeli olarak, işlemlere karşı başvuru yolları ve sürelerini göstererek cevaplandırma zorunluluğu bulunmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Anayasa, cevaplandırılması gereken başvurularda ikili bir ayrıma gitmiş ve başvuranların “**kamu ile ilgili istemlerinde**” cevap verme konusunda ilgili makamlara bir seçimlik hak tanımıştır. Bununla beraber, başvuru konusunun “**bireysel**” nitelik taşıması halinde İdareye cevaplandırma zorunluluğu getirilmiştir.

²⁶ Başvurunun cevaplandırılması zorunluluğu yetkili idareye ait bulunmaktadır. Bu nedenle de, istemin başvuranın talebi hakkında karar yetkisini haiz olan makam veya mercie karşı yapılması gerekmektedir. Nitekim, Yüksek Mahkemenin bir kararında, “... 10. maddenin aradığı anlamda ilgililerin başvurusu üzerine tesis edilmiş bir işlemin varlığından söz edebilmek için de başvuru dilekçesinin yetkili idareye ulaşmış olması; bir başka ifadeyle, ilgilinin başvurusunun idarenin ıttılama girdiğinin kabulü(nün) gerekmede” olduğu ifade edilmiştir. D.10.D., 21.04.1999, E. 1998/2266, K. 1999/1789, DD. S. 102, s. 674.

²⁷ Yazar, 1961 Anayasasında dilekçe hakkını irdelediği eserinde, “kendileriyle” ilgili terimini geniş yorumladığı anlaşılmakta ve anılan tabir yerine “şahısları ile ilgili” ifadesini önermektedir. (Servet Armağan, **Dilekçe Hakkı ve 1961 Anayasası**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972, s. 73). Kanımızca, bu tabirin, İdari Yargıda menfaat terimiyle karşılanması doğru ve yerinde olacaktır. Nitekim, bir kişinin kendisiyle ilgili bir konuda yaptığı başvurunun reddi halinde, bunu dava konusu edebilmesi karşısında Anayasadaki terimin menfaat kapsamında ele alınarak cevaplandırılması gereken başvuruların da doğru değerlendirilmesini sağlayacaktır. Keza, Yüksek Mahkeme de aynı eğilimi taşımakta ve bir kararında, “... diplomanın tanzim tarihinden önce ölen kişi, bu öğrenim değişikliğinin getireceği haklardan yararlanmak için gerekli olan diplomanın, hemen düzenlenmemesi nedeniyle idareye başvuruda bulunamamıştır. Mezuniyetten sonra, Devlet Memurları Kanununa göre yapılacak intibakın hukuksal sonuçları mirasçılara intikal edecek nitelikte olduğundan mirasçıların 2547 sayılı Kanunun 10. maddesi kapsamında olmak üzere idareye başvurabilmeleri ve bunun sonuçlarından başvuru tarihinden itibaren yararlanmaları(nın) mümkün” olacağı belirtilmiş bulunmaktadır. D.5.D., 03.03.1999, E. 1996/426, K. 1999/534, DD. S. 101, s. 382.

Anayasanın 74. maddesinde 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile, cevaplandırmanın “**gecikmeksizin**” yapılması düzenlenmiştir. Cevap verme zamanı açısından İdareye konulan sınırlamanın belirsiz olduğu görölmektedir. “Makul süre”, cevap verme niyetinde olan idarenin kendi içinde hukuka uygun karar verilebilmesi için izlenecek usul ve esasların sonunda açıklanan iradenin aldığı zaman dilimidir. İdari Yargılama Usulü ve Anayasanın birlikte yorumlanmasından, bu sürecin zımni red işleminden önce tamamlanması gerekmektedir. Bununla beraber, zımni red işleminin tesis edildiği varsayılan 60 günden sonra da İdarenin “**gerekçeli**” kararını ilgiliye tebliğ etmesi, ilgiliyi ve hatta red iradesi dava konusu yapılmış ise Mahkemeyi işlemin sebebi hakkında cevap lahiyasından önce bilgilendirmesi yerinde olacaktır.

İdari Yargılama Usulü Kanununun 10. maddesinde İdarenin ilgilinin talebini her zaman olumlu bir davranış ile sonuçlandırmak zorunda bulunmadığı zikredilmiştir. Nitekim, idareye müracaat ilgililerin iradesine bağlı olmakla birlikte, başvurularına cevap almak kendi ellerinde değildir. Bu itibarla da, fertlerin müracaat hakkını mücerret tanımakla kalmayarak, onu bazı müeyyideler ile fert lehine teminat altına almak gerekmektedir²⁸.

Hatta, mevzuatımızda zımni red işleminin düzenlenmediği 1937 yılında ortaya çıkan uyuşmazlıkta Yüksek Mahkeme²⁹, “idarenin bir cevap vermek zorunda” olduğunu belirtmiş, “*bununla beraber, ilgilinin mükerrer müracaatları üzerine idarenin bir cevap vermeyerek uzun müddet susmasının redde eşdeğer*” bir işlem olarak değerlendirilmesi gerektiğinin altını çizerek, ilgilisi lehine dava edilip yargısal denetimden geçirilecek bir kararı içtihatla yaratmıştır.

Aynı zamanda, ilgililerin taleplerinin herhangi bir sebep gösterilerek ertelenmesi de caiz görölmemelidir. Bağımsız denetlemeye yetkili kuruluşlar listesine alınmak için yapılan başvurunun “mevzuatın yenilenmek üzere olduğu

²⁸ Lütü Duran, “İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sukutu Meselesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. XII, S. 1, s. 177.

²⁹ Danıştay Dava Daireleri Umumi Heyeti, 23.11.1937, E. 1937/286, K. 1937/256, Danıştay Kararları Dergisi, Sayı 3, s. 56.

gerekçesiyle belirsiz bir tarihe ertelenmesi” kanuna aykırı bulunarak iptal edilmiştir³⁰.

Altmış günlük bekleme süresi sonunda, idare yeterli ve gerekli olan düşünme süresini elde etmekte, işlemi olumlu veya olumsuz olarak açık biçimde ilgiliye bildirmediğinde, hukuksal boşluk yaratılmaması için dava edilebilecek zımni bir red işleminin varlığı kabul edilmektedir. Bu bağlamda, zımni red bir idari işlem olarak kabul edilmekte, onun tüm etki ve özelliklerine sahip bulunmaktadır. Ancak, idari işlem niteliğinde bulunmayan idarenin yol göstermesi veya görüş açıklaması talepli başvuruların zımnen reddi bir işlem olarak değerlendirilmemektedir. Nitekim, İYUK ilgililerin ileride iptal davasının konusunu oluşturabilecek başvurularının idare tarafından cevaplandırılmamasını bir idari işlem olarak nitelendirmiştir. Bu gerekçe ile, zımni red işleminin başlangıcını oluşturan başvuru konusunun ileride dava edilebilecek nitelikte bulunan istemlere ilişkin bulunması zorunludur.

Kimi zaman idarenin hareketsizliği, ilgilinin talebinin zımni olarak “kabul” edilmesi ile sonuçlanır. İdareye acil bir karar alma yükümlülüğünün getirildiği ve kanunda açıkça belirtilen bazı hallerde, idarenin irade açıklamadan imtina etmesi üzerine ilgilinin başvurusunun kabul edildiği varsayılır³¹. ***İdari karar alma sürecinde, zımni kabul müessesinin kabul edilmesi ile, idari usul süreci kısaltmış olacak, ajanlar şahsi sorumluluklarının doğmaması için idare adına açıkça işlem tesis etme zorunluluğunu hissedecekler, böylelikle saydam idare anlayışının yerleşmesine neden olacaktır***³². Mevzuatımızda, İmar Kanunun 30. maddesinde, “belediyeler ve valilikler mal sahiplerinin müracaatlarını en geç otuz gün içinde neticelendirmek mecburiyetindedir. Aksi halde bu müddetin sonunda yapının tamamının veya biten kısmının kullanılmasına izin verilmiş sayılacağı” düzenlenmiş bulunmaktadır³³.

³⁰ D.10.D., 16.02.1999, E. 1996/8343, K. 1998/509, DD. S. 101, s. 753.

³¹ Günday, **İdare Hukuku**, s. 105.

³² Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, s. 35.

³³ Benzer içerikli işlemler için bkz. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun madde 10; İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik madde 9; İl Özel İdaresi Kanunu madde 86; Belediye Kanunu madde 123.

Zımni kabul işlemleri tek yanlılık ilkesini etkilememektedir. Sadece, ilgilinin talebi kabul edildiğinden işlemi doğrudan kendisinin dava etmekte menfaati bulunmamakta ve ancak hukuki durumları etkilenen başkalarının işlemin iptalini talep etmesi mümkün olabilmektedir.

İdarenin “yükümlülük” getiren işlemlerinde tek yanlılık açık biçimde ortaya çıkmaktadır. Nitekim, tesis edilen işlemin konusunu oluşturan mükellefiyet³⁴ muhatabın iradesi olmadan hukuki sonuç doğurabilecek etkiye sahip bulunmaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere, ilgilinin, İdareden yararlandırıcı³⁵ bir işlem tesis edilmesini istemesi durumunda farklı bir sonucun ortaya çıktığı zannedilebilir.

İlgilinin idareye yönelttiği talebi “icap”, idarenin işlemi tesis iradesi ise “kabul” olarak değerlendirilebilecek nitelikte olsa da, asıl olarak bunlarda da işlem yine tek yanlı olarak hukuki sonuç doğurmaktadır. Daha önceki açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere, tek yanlılık, işlemin hukuki sonuçlarını ilgisinin iradesi dışında doğurması, idare ajanının imzalaması ile sonuçlandırılmasını ifade etmektedir.

İdare ilgilinin talebini tam olarak karşılamakla yükümlü değildir; yine işlemin tamamlandığı aşamaya kadar herhangi bir başka irade sürece etki edememektedir. Tüm usuli aşamalardan geçerek sonuçlandırılmış bir idari işlemin hukuksal bir değere sahip olması, ondan yararlanacak kişi veya kişilerin kabulüne bağlı bulunmamaktadır.

Dokrinde, talep üzerine tesis edilen işlemlerin muhatapları tarafından kabul edilmemesi halinde, “biçimsel olarak var, hukuki yönden yok hükmünde işlemler” olarak değerlendirebileceği ifade edilmektedir³⁶. Bu kapsamda değerlendirilecek

³⁴ “Bir hakka müdahale edilmek ya da korunmasını engellemek suretiyle, yurttaşların hukuki durumlarını sınırlayan, onlara yapmak, katlanmak, kaçınmak yükümlülüğü yükleyen işlemlere yükümlendirici işlem denir”. Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s. 56.

³⁵ İdarenin belli bir taahhüdü içeren, idari makamın bir hizmeti yerine getirme yükümlülüğü gösteren işlemler, garanti edici tasarruflar yararlandırıcı işlem olarak değerlendirilmektedir. Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s. 56.

³⁶ Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 399. Yazar eserinin daha sonraki satırlarında, işlemin tesis edilip ilgiliye tebliğ edilmesi aşamasından sonra gerek muhatap gerekse idare tarafından herhangi bir

işlemlerden özellikle, üçüncü kişiler üzerinde de etki doğuranların ayrı tutularak kapsamın belirlenmesi doğru ve yerinde olacaktır. Keza, talep üzerine verilen bir inşaat ruhsatı, ilgisinin inşaatla filli olarak başlaması ile sonuç doğurmamaktadır. Ruhsatın işlemde etkilenen üçüncü kişiler tarafından dava konusu edilebilmesi, hukuki etkisini bizatihi ilgisinin iradesi dışında kazanması **“işlemin hukuksal sonuç doğurmasını idari makamlar dışındaki iradelerden bağımsız”** hale getirmektedir.

İdari başvuru sonucu tesis edilen işlemlerde ilgililerin idareye yönelik taleplerini mutabakat³⁷ olarak nitelendirmek doğru olmayacaktır. İlgilinin idareye yaptığı başvuruyu **“idari usul”** kapsamı içinde mütalaa etmek ve idarenin iradesinden bağımsız olarak onu harekete geçirici bir **“formalite”** olarak adlandırmak gerekecektir³⁸.

Tek yanlılık kavramı içinde incelenmesi gereken bir başka konu da, idari işlemi oluşturan “idare mekanizması” içindeki kişi veya makamların çokluğudur.

1.2.1.1. BASİT İRADELİ İŞLEMLER

Tek iradeli(=basit) işlemler, bir kamu ajanının iradesi ile hüküm doğurmaktadır. Bunların, basit iradeli işlem olarak da nitelendirilmelerinin sebebi bir başka makamın veya kollektif bir iradenin ürünü olmadan, doğrudan doğruya **idari makamı temsile yetkili görevlinin idare adına** yaptığı beyan ile hukuki sonuçlarını doğurmaya başlamasıdır. Bu gerekçe ile de, tek iradeli işlemin hukuki etkisinin olabilmesi için, adına açıklama yapılan idarenin **“tek bir görevli tarafından temsil edilmesi”**³⁹ ve onun iradesinin yetkilendirilmesi, “idari makam adına hukuki

değişiklik yapılamayacağını belirtmiş ve yukarıda ifade edilen işlemlerin de “tek yanlı” olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

³⁷ Murat Sezginer, **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Yetkin Kitapevi, Ankara, 2000, s. 39.

³⁸ İdarenin mükellefiyet yükleyeceği nesne veya kişileri işin doğası gereği kendisi belirleyebilmektedir. Halbuki, idareden bir hak talep edenlerin ise, toplum içinde diğerlerinden ayırt edici bir hal alması, kendilerini idare nezdinde göstermeleri yani, idareye başvurmaları gerekir.

³⁹ Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, s. 21.

sonuçlar doğurabilmeye yeterli olması hallerinin gerçekleşmesi ile mümkün olabilmektedir”⁴⁰.

Tek iradeli işlemin yanı sıra, idare adına açıklanan iradelerin değişik zamanlarda birleşmesinden oluşan “birleşme” ve aynı zamanda birden çok kişinin aynı hukuksal sonucu doğurmaya yönelik “kollektif” işlemler bulunmaktadır.

1.2.1.2. KOLLEKTİF İŞLEMLER

Kollektif işlemler, birden fazla kişinin kurul olarak bir araya gelerek tesis ettikleri tasarruflara denilmektedir⁴¹. Bunlarda, idari iradenin ortaya konmasında birden çok kişi varsa da, mevzu ve maksattaki birlik nedeniyle ortaya konulan hukuki durumda birlik bulunmakta, sonuçta hukuk alemine “*tek bir netice*” çıkmaktadır⁴². Bu nedenle tek iradeli işlemlere “karar” denilmekle birlikte, kollektif işlemlere “*mukarrerat*” adı verilmiştir. Bu ifade, tesis aşamasında kurulda bulunan birden fazla irade ile onların yapacakları müzakere vurgulanmış olmaktadır⁴³. Mukarrerat, Arapça kökenli bir kelime olup, “kararlaştırılmış”, “kararı verilmiş” anlamına gelmektedir⁴⁴.

Kurulun iradesini açıklamasından önce kuruldaki ajanların iradeleri bir bütün halini almakta, anonimleşmekte ve bir makam veya mercii temsilen hukuk alanında yerini almaktadır. Bir işlemin oluşturulma yetkisinin kurula verilmesinin amacı, o kurulu oluşturan “üyelerin”⁴⁵ her türlü maddi veriyi “*objektif olarak*” değerlendirerek hukuka uygun bir karar vermelerinin teminidir.

⁴⁰ a.y.

⁴¹ Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 398.

⁴² Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. I., s. 352.

⁴³ Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 398.

⁴⁴ Mustafa Nihat Özön, *Osmanlıca – Türkçe Sözlük*, (8. Basım), İnkılap Kitapevi, İstanbul, 1997, s. 559.

⁴⁵ Kollektif iradenin oluşturulmasındaki amacın daha etkin kılınması idari usul kurallarının uygulanarak kurul önünde aynı zamanda ilgiliye de görüş açıklama hakkının tanınmasıdır ile gerçekleştirilecektir.

Yüksek Mahkeme, öğrencinin disiplin soruşturmasını yürüten soruşturmacı öğretim üyesinin disiplin kuruluna katılarak oy kullanmasını hukuka aykırı bulmuştur. Kararda⁴⁶, “*disiplin kurulu kararlarının sağlıklı ve objektif olması, kararı veren kurul üyelerinin, olayı objektif değerlendirebilmeleriyle mümkündür. Bu itibarla, disiplin soruşturması ile görevlendirilen kişinin, delilleri toplayıp, ilgilinin savunmasını alıp, kendi kanaatini de bildirir şekilde hazırladığı soruşturma raporunun disiplin kuruluna intikalinden sonra, kurula katılarak oy kullanılması(nın) disiplin hukukunda kabul edilemeyeceği*” vurgulanmıştır. Anılan ilam, karşıt görüşler ile oluşan , kurul kararlarının tesis aşamasında amaçlanan müzakere ve objektifliği açık biçimde dile getirmiş bulunmaktadır.

Aynı şekilde, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de benzer bir olayda “*öneride bulunan ve davacının disiplinsizliğini saptayan kurulda da üye ve başkan olarak bulunması başka bir deyimle öneride bulunan kurul üyeleri ile karar verecek kurul üyelerinin aynı kişilerden oluşması hukuka uyarlı değildir... K.K. Uçuş Değerlendirme Kurulunun hukuka uygun olarak oluşturulmamasının, işlemi biçimsel yönden sakatladığına*” karar vermiştir⁴⁷.

Karşılıklı müzakerenin yapılabilmesi ise, üyelerin “*zaman*” ve “*mekan*” birliği içinde bulunmasına bağlıdır. Bu nedenle, bu kurala uyulmaması işlemin şekil-usul unsurunun ağır bir biçimde sakatlanmasına ve hatta işlemin yok hükmünde sayılmasına sebep olacaktır.

Kurullarca karara bağlanması gereken hususlarda yetki münferiden kişilere değil, bunların usulüne göre teşkil edecekleri heyete verilmiştir. Bu nedenle, kurul üyeleri usulü dairesinde bir araya gelmedikçe ve müzakere açılmadıkça, ferden irade beyanına yetkili değildirler ve oturum dışı beyan edilen bu iradeler bir karar mahiyetine sahip olamazlar⁴⁸. Örneğin, kurul toplantı yapmadan elden imza toplayarak en azından yazılı şekil şartını yerine getirerek yazılı irade oluşturmuş

⁴⁶ D.8.D., 17.06.1999, E. 1997/3109, K. 1999/4030, DD. S. 102, s. 503.

⁴⁷ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (2). Daire, 10.12.2001, E. 2000/233, K. 2001/866, A.Y.İ.M.D., S. 17, Kitap II, s. 989.

⁴⁸ D.5.D., 01.04.1970, E. 1969/4127, K. 1970/1162, DD. S. 1, s. 205.

olabilir. Fakat, kurul halinde toplanmanın gerekçesini “üyelerin müzakere” yapması, farklı görüşlerin birbirini etkileyerek kamu yararına yönelik sonucun ortaya çıkması oluşturmaktadır. Bu durumda, esasa etkili şekil şartı sakatlığı ortaya çıkmıştır ve işlemin iptal edilmesi zorunluluğu doğmuştur.

Benzer bir uyuşmazlıkta, “4792 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununda öngörülen başkan vekili başkanlığında toplanmayan yönetim kurulunca tesis edilen işlemde yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmadığına” karar verilmiştir⁴⁹.

Önemli olan iradenin açıklanmasında Kanun Koyucunun oluşmasını istediği ortamdır. Örneğin, maaştan kesme yetkisi münhasıran dekana tanınmıştır. Dekan yerine, dekanın da bulunduğu fakülte yönetim kurulunun maaştan kesme cezası verme işlemi yetki bakımından hukuka aykırı bulunmuştur⁵⁰. Bu durumda, Kanun Koyucu iradenin tek bir kişi tarafından tesis edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yetkili olan tek kişinin yetkisiz olan kişiler ile aynı heyet içinde müzakereye katılarak ortak irade beyanı işlemin “yetki” unsuru açısından hukuka aykırı hale getirmektedir.

Kollektif işlemler, bir idari organ ya da kurulda yetkili olan kişilerin “belirli” bir hukuki sonucu yaratmak, ilgililerin hukuki statülerini etkilemek amacıyla, temsil edilen idare adına iradenin açıklanmasıdır. Görüleceği üzere, kollektif işlemler de tek yanlı olarak tesis edilmektedir. Zira, kişilerin çokluğu⁵¹, sözleşmelerdeki gibi karşılıklı iki taraf anlamına gelmemekte, idarenin iç işleyişine yönelik bulunmaktadır.

⁴⁹ D.5.D., 02.12.1997, E. 1997/2132, K. 1997/2847, DD. S. 96, s. 197.

⁵⁰ D.10.D., 08.04.1991, E. 1988/1701, K. 1991/1291, DD. S. 82-83, s. 998.

⁵¹ Üyelerin tamamı idare ajanı olmakta ve karardan etkilenenin iradenin oluşumunda rey hakkı bulunmamaktadır. Bu nedenle Onar’ın yukarıda sayılanları “çok taraflı” tasarruf başlığı altında incelemesi ve ayırma akit ve mukaveleleri katması sadece şekil açısından yanlışlık taşımaktadır.

1.2.1.3. BİRLEŞME İŞLEMLER

Birleşme işlemler ise, “*birden fazla idari makam ya da organın aynı konuda ve aynı amaçla bir araya gelerek yaptıkları irade açıklamaları*” olarak tanımlanmaktadır⁵². Birleşme işlemlerde idarelerin iradelerini, kanunda ifadesini bulan belli bir sıra ve usul içinde tek bir işlem oluşturmak amacıyla ve idarenin içinde ilgilinin bilgisi dışında açıklanmasını ifade etmektedir. Bu bakımdan da, bu tür, yukarıda açıklanan tek iradeli ve kollektif işlemlerden ayrılmaktadır⁵³.

Doktrinde, birleşme işlemler “**gerçek**” ve “**geniş**” anlamda birleşenler olarak ikiye ayrılarak tanımlanmaktadır⁵⁴. “Gerçek anlamda birleşmede” her biri ayrı hukuki etkiye sahip, kesinleşmiş ve aynı zamanda bağımsız olarak dava konusu edilebilecek işlemlerin bir araya gelmesi anlatılmaktadır. “Süreç işlem olarak da tanımlanan bu işlem türünde, birbirini izleyen ve aynı zamanda tamamlayan, ayrılabilen iradelerden ve bu iradelerin bütününden oluşmakta; ancak, her bir iradenin sürecin bir halkasını teşkil etmekten ayrı olarak, süreç bütününden bağımsız varlığı ve etkisi bulunmamaktadır”⁵⁵.

İlgiler “*ayrılabilir işlem*” kuramını uygulayarak, muameleler sonucu alınacak nihai kararı beklemeden, kendilerinin menfaatini etkileyen “sürecin halkalarında” hukuka aykırılık ileri sürebilecektir⁵⁶. İşletme hakkının devri konusunda ilgili şirketle sözleşme yapılması sonucunu doğuracak işlemler zincirinin bir aşamasını oluşturan Enerji Bakanlığı düzenlemesinin⁵⁷, hukuk müşavirliği görüşünün ön işlem niteliğinde olmasına karşın, bu görüşler üzerine idarece verilen özel hastane işletme belgesinin devri sonucu doğuracak işlemler zincirinin bir aşamasını oluşturan, belirtilen

⁵² Erkut, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, s. 26.

⁵³ Hatta, birleşen işlemlerden bazılarının “kollektif nitelikte” bulunması mümkündür.

⁵⁴ Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 399.

⁵⁵ Sait Güran, “İdari İşlem”, Prof.Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C. II., Beta Yayınları, İstanbul, 2001, s. 1279.

⁵⁶ Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 399.

⁵⁷ D.10.D., 29.09.1999, E 1997/2594, K. 1999/4354. Yakup Bal, Mustafa Karabulut, Yahya Şahin, *İdari Yargılama Usulü İle İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 676.

niteliğiyle davacının hukukunu etkileyen⁵⁸, işlemlerin nihai işlemten ayrılarak bağımsız olarak iptal davasının konusunu oluşturacağı ifade edilmiştir.

Yüksek Mahkeme, “6830 sayılı Kamulaştırma Yasasının 6. maddesinin 1 numaralı bendinde; Köy İhtiyar Meclislerinin kamu yararı kararlarının ilçede kaymakam tarafından onaylanacağı belirtilmiştir. Vesayet makamının onayı olmaksızın bu kararın uygulanması ve kamulaştırma yapılması olanaksızdır. ...Onay ile tekemmül edip icrai nitelik kazanmış bir işlem, ya bu işleme karşı açılan dava sonucunda yargı mercii tarafından iptal edilmek suretiyle kaldırılabilir veya işlemi tesis eden idare tarafından işlemin uygulanmasından vazgeçilebilir. Kaymakamın, onay ile tamamlanıp tekemmül etmiş işlemi, onayı geri almak suretiyle ortadan kaldırma yetkisi bulunmamaktadır. Çünkü, **onayın hukuk alanında başlı başına bir işlem olmayıp tamamlayan bir unsur**” olduğunu belirtmiştir⁵⁹. Örnek olayda, iki iradenin birleşmesi ile işlemin olduğu izah edilmiş, işlemin son halkasının hukuk düzeninden tek başına kaldırılmasının mümkün olmadığı açıklanmıştır.

“Geniş” anlamda birleşme işlemleri ise, yukarıda açıklanan birleşme işlemlerin tanımı ile bire bir örtüşmektedir ve örnek olarak da “müşterek kararname” verilmektedir. Müşterek kararnamede, birbirinden ayrı, idarenin içindeki bağımsız üç makamın değişik zamanlarda aynı amaca yönelik açıklamaları bir işlem olarak hukuki etkilerini doğurmaktadır. Her üç irade birbirinden bağımsız olarak etki doğurabilecek nitelikte değildir, şekil itibarıyla ortada bir işlem bulunmakta ve mefhumu muhalifinden çıkarılacağı üzere iradelerin birinin eksik olması işlemin hukuksal etkisini önlemektedir. Başka bir ifadeyle, birden çok idari makam ve kuruluş tarafından ortaya konulan iradelerin her biri nihai işlemin ortaya çıkışında belirleyici bir etkiye sahip olmaktadır⁶⁰. Bu nedenle de, bu tip işlemlerde iradelerin tam olarak nihai işlemten ayrılarak dava konusu edilebilmesi mümkün görülmemektedir⁶¹. Çünkü, bu iradeler idarenin iç işleyişinde hüküm ifade etmekte, üçüncü kişi konumundakiler üzerinde dışsal bir etkiye sahip olmamaktadırlar.

⁵⁸ D.10.D., 09.12.1999, E. 1997/106, K. 1999/6697. Bal, Karabulut, Şahin, **İdari Yargılama Usulü İle İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları**, s. 673.

⁵⁹ D.6.D., 27.12.1987, E. 1982/11, K. 1982/4377, DD. S. 50-51, s. 274.

⁶⁰ Akyılmaz, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, s. 42.

⁶¹ Günday, müşterek kararnameyi, “karma işlem” olarak değerlendirmektedir. Yazara göre, müşterek kararname birden fazla iradenin açıklanması ile meydana gelmekte ve bu iradeler belli bir sıra izlenerek aynı yön, konu ve amaca yönelik olarak açıklanmaktadır. Günday, **İdare Hukuku**, s. 119.

Bu nedenle, birleşme işlem kuramı, tek yanlı idari işlemin açıklanış usulleri bakımından ele alınması gereken bir kriterdir ve işlemin oluşma usulünden farklı olarak, yalnızca iradenin tek yanlılığı ve açıklanması usulü temellerine dayanmaktadır⁶². Erkut, dar anlamda birleşmenin, zincir işlem kuramı içinde ele alınması gerektiğini belirtmiş ve bunun birleşme işlem kavramı içinde yer almaması gerektiğinin altını çizmiştir⁶³.

Yukarıda yaptığımız açıklamaların ışığı altında, geniş anlamda birleşme işlemlerde sonuç olarak ortada tek bir idari işlem ilgiliye yönelik yapılmakta olduğundan tek yanlılık ilkesi bunlarda da bulunmaktadır. Öte yandan, geniş anlamda olarak tanımlananlar ayrı ayrı idari işlemler olduğundan bunlar da tek yanlı olarak tesis edilmektedir.

Tek iradeli işlemlerde ilgilinin idari usul sürecine katılıp katılmaması konusunda bir tartışma bulunmamakta, genel kurala göre ilgili usul sürecine dahil edilmektedir. Aynı ilke kurul olarak verilen kararlarda da söz konusudur. Sonuç itibariyle, iradelerin çokluğunun tek bir idare içinde olması, ilgilinin muhatabının tek olması aynı kuralın uygulanmasını sağlamaktadır.

Bununla beraber, birleşme işlemlerin hangi aşamasında ilgiye idari usul kurallarının uygulanacağı önem taşımaktadır. “Gerçek anlamda birleşme” işlemlerde her biri birbirinden bağımsız işlem dizini bulunmaktadır. Fakat, *her bir irade birbirinden bağımsız olmakla birlikte ilgili hakkında tek bir sonuç doğurmayı amaçlamaktadır*. İlgili birbirinden bağımsız olan işlemlerden haberdar da değildir. Bu ayırım, dava konusu edilecek işlemlerin belirlenmesi için **sunı** olarak yapılmaktadır. O halde, ilgilinin **sonuç iradeye etki edecek işlem** halkasına katılımının sağlanması gerekmektedir. Bunu izleyen iradeye ise ilgilinin katılması gerekmeyebilir. Çünkü,

⁶² Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, s. 25.

⁶³ a.y. Vesayet makamlarının işlemlerinde, onaya sunulan işlem ile onayan işlem iki ayrı tasarruf olarak hukuki etkilerini doğurmaktadır. Bu nedenle de, tek bir işlem oluşturmaya yönelik tek bir irade değil, birbirinden bağımsız iki ayrı işlem bulunmaktadır. Vesayet denetimi yapan makam denetlenenin işlemini onaylamadığında işlemler ayrılmakta, değiştirerek onaylamada da, değiştirme iradesi bulunduğundan denetime tabi tutulan idarenin bu işleme karşı dava açabilmesi mümkün olmakta ve ayrılma otomatikman gerçekleşmektedir.

her işlem halkasına katılım idarenin yavaş işlemesine ilgilinin de ileri süreceklerini tüketmesine, her aşamada aynı verileri ileri sürmesine neden olacaktır. Fakat, ikinci veya üçüncü işlem halkasında **ihtiyaç duyulduğunda** irade beyan edecek idare “idari usul sürecini” işletmeden işlem dosyasında eksik gördüğü hususlar hakkında ilgili veya diğer idareden açıklama isteyebilir. Tamamlayıcı irade açıklayacak idarenin önünde işlem dosyasının ayrıntılı bir şekilde bulunduğu varsayılmaktadır. Bu nedenle eksikliği tespit ve giderme yine bu idarenin görevine girmektedir. Eksikliğin tespiti ve bunun giderilmesi yine bu idarenin takdirindedir.

Geniş anlamda birleşmede her irade bağımsız niteliğe sahip değildir. Kanımızca, sonuç iradenin oluşumunda ilgilinin açıklamasına ihtiyaç duyulan, herhalde başlangıç iradesinde idari usul sürecinin işletilmesi, burada tüm bilgi ve belgelerin toplanması diğer iradelerin “**değerlendirme**” yapmalarının temini sağlanmalıdır. Az önce verilen örnekte olduğu gibi, müşterek kararnamede Bakanlık aşamasında her türlü bilginin toplanması, idari usul sürecinin işletilmesi takip eden aşamalarda sadece değerlendirmenin yapılması yerinde olacaktır. Kanımızca, bu örnekte dikkat çekici bir başka nokta daha bulunmaktadır. Cumhurbaşkanlığının dosyayı eksik bulması halinde kendisinin yürütme organı gibi idari usul sürecini işletmesi veya benzer usuller uygulaması Anayasada belirlenen yetkilerinin zorlanması anlamına gelecektir. Bu nedenle, böyle bir eksikliğin tespiti halinde Cumhurbaşkanlığı dosyayı Bakanlığa gönderecek ve istenilen bilginin usul süreci işletilerek giderilmesi sağlanacaktır. Ama, altının çizilmesi gereken başka nokta dosyada sadece basit bir bilgi eksikliğinin yazışma yoluyla Cumhurbaşkanlığınca giderilmesi “usul ekonomisi” açısından önem taşımaktadır.

1.2.2. KANUNİLİK VE İCRAİLİK

Kamu gücü, idareye Özel Hukukta rastlamadığımız bir takım üstünlükler tanımaktadır. Bu da, Özel Hukuk kişilerinin veya İdarenin, Özel Hukuk işlemi yapma iradesi taşıdığı zamanlar dışında, “**üstünlüğü**”nün işlemlerine yansiyarak doğrudan sonuç doğurmasıdır. İdarenin işlemleri tesis edildikleri anda hukuka uygun

yasal dayanağının bulunduğu, buna dayalı olarak da ilgililerin bu tasarruflara riayet etmeleri sağlanmaktadır⁶⁴.

Kanuna uygunluk veya başka bir deyişle kanunilik karinesi bir takım sonuçlar doğurmaktadır. Bunlardan ilki, işlem, hukuki sonuçlarını hakim müdahalesine gerek duymadan ilgilileri üzerinde göstermekte, bu da işleme icrailik özelliğini katmaktadır. Bu nedenle, işlemin kanuniliği ile icrailiği içiçe girmiş ve birlikte incelenmesi gereken kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Özel Hukuka dayalı tesis edilen işlemlerin etkilerinin ilgililerinin itirazı ile karşılaşılması üzerine yerine getirilmesi bir başka makamın, örneğin yargının⁶⁵, araya girmesini gerektirdiği daha önce açıklanmıştı. Yüksek Mahkeme de, işlemin icrailiğini tanımlarken, benzer ifadeyi kullanmış ve *“başka bir makamın onayına ihtiyaç göstermeksizin hukuk düzeninde değişiklikler meydana getirebilme, başka bir anlatımla idare edilenlerin hukukunu şu ya da bu yönde etkileyebilmesine bağlı”* olacağını belirtmiştir⁶⁶.

İkinci sonuç, işleme karşı İdari Yargıda dava açılması onun etkilerini önlemez. Bu husus, İdari Yargılama Usulü Kanununun(İYUK) 27. maddesinde “Danıştay veya idari mahkemelerde dava açılması dava edilen idari işlemin yürütülmesini durdurmaz” ifadesi ile açıklanmıştır. Kanun Koyucu, ilgililerin kamu hizmetini görme işlevi ile yükümlendirilmiş üstün iradeli İdarenin işlemlerine karşı yargı yoluna gittiklerinde kamu yararına yönelik yapıldığı varsayılan işlemin etkileri sadece başvuru sonucu askıya alınması yine, davacı tarafından kötüye kullanılabilecek ve açıklanan faydanın yerine gelmesine engel nitelikte olduğunu düşünerek anılan ilkeyi yürürlüğe koymuştur.

⁶⁴ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 395. Anayasa Mahkemesi, “idari işlemler yasallık karinesinden yararlanır ve bu karine gereği idari işlemlerin yerinde ve hukuka uygun olduğunun” varsayılacağını ifade etmiştir. AYM, 21.09.1995, E. 1995/27, K. 1995/47, AMKD. S. 32, C. I, s. 397.

⁶⁵ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.III, s. 1458.

⁶⁶ D.3.D., 04.06.1986, E. 1986/1733, K. 1986/1500, DD. S. 64-65, s. 104.

Bu ilkenin istisnaları, yine İYUK'nun 27. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Mahkeme, işlemin açık biçimde hukuka aykırı olduğuna ve uygulanması halinde telafisi imkansız zararlar doğuracağı kanaatine sahip olursa işlemin etkilerini, kanunilik ve icrailiğini dava sonuna kadar askıya alabilir. Bununla beraber, vergi mahkemelerinde vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların açılması, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümlerinin tahsil işlemini durdurur. Burada ise, Kanun Koyucu, belli uyuşmazlıklarda işlemin icrailiğinin dava açılması ile birlikte duracağını açık biçimde dile getirmiştir.

Özel kanunlarda da, idari işlem aleyhine yargı yoluna başvurulması yukarıda belirtilen vergi uyuşmazlıklarında olduğu gibi doğrudan yürütmenin durdurulmasına neden olabilmektedir. Örneğin, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 18. maddesinde süreli para cezalarına karşı yargı yoluna başvurulması, bunların icrailiğini dava sonuna kadar askıya almaktadır. Kural olarak idari işlemler mahkemelerce hukuka aykırılıklarına karar verilinceye kadar hukuka uygun kabul edilirler⁶⁷.

İYUK, icrailik kavramını “*Dilekçeler Üzerine İlk İnceleme*” kenarbaşlıklı 14. maddesinde “*yürütülebilirlik*” olarak tanımlamaktadır. Bu tanımlama, aslında, işlemin kimliğine ve iptal davasının objektif koşuluna yönelik bulunmaktadır⁶⁸. İcrailik kavramını re’sen icradan(doğrudan yerine getirme) ayırmak gerekmektedir⁶⁹. İdari işlem kesinlik kazanma ile “hukuk alanında” etkilerini doğurur ve ilgililerinin statülerinde amaçlanan değişikliği gerçekleştirebilir⁷⁰.

⁶⁷ Veya İdarenin tesis etmiş olduğu işlemini geri alması da aslında önceki iradesinin hukuka aykırılığını tespit eder nitelik taşımaktadır.

⁶⁸ Celal Erkut, “İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi**, Birinci Kitap, Danıştay Yayınları No 53, Danıştay Matbaası, Ankara, 1991, s. 111.

⁶⁹ Günday, **İdare Hukuku**, s. 113.

⁷⁰ Erkut, “İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı”, s. 111; Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1982, s. 155; Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 413; Günday, **İdare Hukuku**, s. 113; İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2001, s. 821.

Bazen, işlemin doğrudan hukuk alanında etkisini göstermesi yeterli olmayabilir. Bu takdirde de, maddi düzende İdarenin, ilgilinin direnmesi karşısında işlemin sonuçlarını elde edebilmek için bir takım eylemlerde bulunması zorunluluğu ortaya çıkabilmektedir. Her ne kadar, yürütülmesi kendi içinde saklı işlem⁷¹ olarak değerlendirilip icrailiğin doğal sonucu olarak işlemin bütünü içinde fiilen icranın potansiyel olarak bulunduğu ileri sürülse de⁷², işlemin muhataplarının hukukunun da korunabilmesi amacıyla İdarenin re'sen hareket yetkisinin esas ve usullerinin kanunda açık biçimde düzenlenmiş olmasını gerektirmektedir. Bununla beraber, olağanüstü ve acil durumlarda alınan tedbirin niteliğine göre kanunla öngörülme bile bu yetki kullanılabilir. Bunun dışında, idari işlemlerin re'sen icrasının mahkeme kararıyla yerine getirilebileceği de dile getirilmektedir⁷³.

Yukarıda açıkladığımız üzere, icrai işlem ile kastedilen, işlemin ilgisinden bağımsız olarak doğurduğu “hukuki” sonuçtur. Bu nedenle, işlemin yürürlüğe girmesi⁷⁴ veya kesin olması işlemin icrailiğinden ayrı onun dava konusu edilebilme niteliğine bağlanan özellikleridir. Bu gerekçe ile, idari işlemler tesis edildikleri andan itibaren icrailik özelliklerini bünyelerinde barındırırlar. Yani, işlem, henüz yürürlüğe sokulmadan önce icrailik özelliğini kazanmış durumdadır. Diğer bir ifadeyle, *“işlemin dava konusu yapılamaması, işlemin icrai olmasından değil, aksine ya henüz yürürlüğe girmediği için ya da menfaat ihlali koşulunun gerçekleşmemesinden ötürüdür”*⁷⁵.

Bununla beraber, iki idarenin iradesinin birleşmesi sonucu hukuki etkisini gösteren işlem tipleri açıklananların istisnasını oluşturmaktadır. Örneğin, koruma ıslah imar planı kapsamında bulunan bir yerde Bayındırlık Bakanlığı tarafından yapılan imar planının icrailik kazanabilmesi, onun aynı zamanda Koruma Kurulunca

⁷¹ Sarıca, **İdare Hukuku**, s. 134. Yazar, eserinin ilerleyen sayfalarında, “(idarenin re'sen harekete geçebileceğini), ama bu hareket, aksiyonun ve zor kullanmanın kanun ile öngörülmüş ve saptanmış” olması gerektiğinin altını çizmektedir. Sarıca, **İdare Hukuku**, s. 137.

⁷² Sarıca, **İdare Hukuku**, s. 134; Güran, “İdari İşlem”, s. 1279; Zehreddin Aslan, **İdari Yargı’da Yürütmenin Durdurulması**, Alfa, İstanbul, 2001, s. 20.

⁷³ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 417.

⁷⁴ Tekin Akıllıoğlu, “Yönetmelik İşlemlerde Yürürlüğe Giriş Sorunu”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. XII, S. 2, Ankara, 1979, s. 33-44.

⁷⁵ Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, s. 119.

onaylanmasına bağlanmıştır. Bu nedenle, plan Bakanlık tarafından Kurula gönderildiği anda Bakanlık açısından kesinleşmiştir. Bakanlığın, işlem üzerindeki tasarruf hakkı Kurula gönderme ile ortadan kalkmıştır. Bununla beraber, Kurulun onayı olmadan işlem üçüncü kişiler açısından kesinlik ve icrailik kazanamamaktadır. Yüksek Mahkeme, “kurul tarafından onaylanmayan imar planının kesinlik ve icrailik vasfına sahip olmaması nedeniyle iptal davasının konusunu oluşturamayacağına” karar vermiştir⁷⁶. Benzer bir örnek olayda da, ilçe belediye meclisi tarafından kabul edilen nazım imar planına dayalı olarak tesis edilen tatbikat planının büyükşehir belediyesince onaylanmadan kesinleşmeyerek icrailik sıfatını kazanamayacağı belirtilmiştir⁷⁷.

İcrailik kavramı, işlemin kesinliğini de kapsamaktadır. Kesinlik, “işlemin uygulanmaya hazır, tamam bir işlem niteliğinde olduğunu göstermektedir”⁷⁸. Bu bakımdan, kesinlik kavramı “idarenin iç işleyişine yönelik”, zincir ve hazırlık niteliğindeki işlemler belirlenmesine yardımcı olmakta ve bunların tasnifinde de önemli rol oynamaktadır. Kanımızca, kesinlik dışı etki ettiği anda hukuksal etki doğurma, icrailik kavramı başlamaktadır. Kesinliğin bir başka sonucu, birleşme işlemlerde idarelerin işlemler üzerindeki tasarruf edebilme hakkını da belirlemektedir.

Yüksek Mahkeme, kesin işlemi “hukuk düzeninde varlık kazanabilmesi için gerekli prosedürün son aşamasını geçirmiş bulun(an), başka bir idari makamın onayına ihtiyaç göstermeksizin hukuk düzeninde değişiklikler meydana getirebilmesine ... bağlı” olan irade beyanları olarak tanımlamaktadır⁷⁹.

Birleşme işlemlerde, işlemin aşamasını oluşturan irade beyanları başlı başına bir hukuki etkiye sahip olabilmektedir. Ayrılabilir işlem teorisi gereği, “hukuki durumu belirlenip saf dışı bırakılan ilgililer, muamelelerin sonucunda alınacak kararı

⁷⁶ D.6.D., 25.10.1993, E. 1992/3552, K. 1993/4465(DBB).

⁷⁷ D.6.D., 01.05.1991, E. 1994/3027, K. 1995/1838, DD. S. 91, s. 608.

⁷⁸ Turgut Tan, “İdarenin Kesin İşlemleri ve 5917 Sayılı Kanunun Uygulanması”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. II, S. 2, Ankara, Aralık 1969, s. 109.

⁷⁹ D.3.D., 13.10.1988, E. 1988/2893, K. 1988/2353, DD. S. 74-75, s. 187.

beklemeden, kendilerine ilişkin ara işlemin aykırılığını iddia edip iptalini” talep edebilirler⁸⁰. Bu nedenle, sonuç iradenin kesinlik kazandığı ve icrai niteliğe sahip olduğunu söylemek eksik olacaktır. Birleşme işlemlerde, birleşen iradelerden bazıları sonuç işleminden ayrı bağımsız bir karaktere sahip olarak ilgiler üzerinde kesinlik arz edebilir.

Daha önce açıklamış olduğumuz “zincir işlemler”de kural olarak her bir halka işlem dava konusu yapılamamaktadır. İşlemin oluşmasına katılan tüm iradelerin belirleyici olduğu zincir işlemlerde, aşamalar iç düzene ilişkin kabul edilmektedir. Bu nedenle, ilgilinin doğrudan hukuki durumunu belirlemeyen, eksik dışsal etkiye sahip işlemler idari usul kapsamında kabul edilmemektedirler⁸¹. Ancak, yukarıda açıklandığı üzere, iradelerden biri, ilgilisi üzerinde hukuki sonuçlar doğuruyorsa, o takdirde bunun dava konusu edilebilmesi gerekmektedir.

Bununla beraber, çalışmamızın konusunu oluşturan idari usul, işlemin tesis aşamasında geçireceği prosedürü belirlemektedir. İşlemin tamamlanmasında rol oynayan usul işlemleri ise, kural olarak işleminden ayrı hukuki sonuç doğurmazlar ve bu nedenle de tek başlarına dava konusu edilemezler⁸². İleride değineceğimiz üzere, bu tür hukuka aykırılıklar, nihai işleminden bağımsız olarak ihtilaf konusu edilemez ve ancak işlemi sakatlayan bir eksiklik olarak tespit edilebilir. Yüksek Mahkeme de, *“idari işlemlerin ilgililerine duyurulması amacıyla yapılan tebligat işlemleri usulü işlemler olduğundan bu işlemlerdeki noksanlıklar ancak idari işleme karşı yargı yoluna başvurulması hallerinde ve idari işlemi kusurlandırmak için ileri sürülebilir. Bu nedenle tebligat işlemlerinin ilgililerine duyurulmalarına aracılık ettikleri asıl idari işlemlerden ayrılarak tek başlarına idari davaya konu edilmeleri söz konusu olamaz. Zira hukuki sakatlıklar taşıyan tebligat işlemlerinin ilgilileri açısından*

⁸⁰ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 399.

⁸¹ Akyılmaz, **İdari İşlemin Yapılış Usulü**, s. 47.

⁸² Yakın zamana kadar, Amerikan İdari Usul Kanunun (APA) bizzat kendisinin yargılama konusu yapıp yapılamayacağı sorulmakta idi. APA’nın 704 bölümü, sonuç(=nihai) işlem herhangi bir kurula itiraz edilemiyorsa o zaman yargı yoluna başvurulabilir ve 702. bölümde, herhangi bir ayırım yapmadan idari işleminden etkilenen kişinin yargı yoluna başvurabileceğini belirtmektedir. Ernest Gelhorn, Barry B. Boyer, **Administrative Law and Process**, West Publishing Company, Minnesota, 1982, p. 288.

hukuki sonuçlar doğurabilmesi olanağının bulunma(yacağını)” açık biçimde dile getirmiştir⁸³. Usul sürecinde yer alan usuli işlemler idari iradenin kesinlik kazanmasına yardımcı olmakta, başlı başına icrailik niteliği taşımamaktadır.

Usul adı altında bir takım gerçek kararlar da gizlenebilir. “Bir usulün basit evreleri söz konusu olduğunda iptal davası kabul edilemez; ancak, gerçek bir karar usul içinde yer alıyorsa, usulden ayrılarak iptal davasına konu olur”⁸⁴.

İdari usul kapsamına girecek işlemlerin belirlenmesi için hukuki etkiye sahip olmayan, başka bir deyişle, icrai ve kesin olmayan idare tasarruflarının da açıklanması gerekmektedir. Bazı işlemler veya iradeler idare tarafından açıklansa bile, ilgilileri tarafından dava konusu edilemezler. Çünkü, bunlar bir işlem için aranan kesinlik ve yürütülebilirlik özelliğine sahip bulunmamaktadırlar.

Zımni kabul veya red dışında kalan idari işlemler bir takım usuli prosedürden geçerek hukuk alanında yerini almaktadırlar. Usul süreci ilgililerin hukukunu korumak amacıyla getirilmiş bu nedenle de, kesin ve icrai işlemler için geçerli olduğunu belirtmiş idik. Bunların dışında, yine idarenin tasarrufu olan fakat, üçüncü kişileri doğrudan etkilemeyen bir takım irade beyanları da bulunmaktadır.

İşlemin bir parçası olmadan, sadece idarenin iç işleyişine yönelik, idare dışındakiler üzerinde bir etkisi olmayan “**kural işlemler**” de bulunmaktadır. Uygulamada, değişik isimler altında yapılmış olsalar bile⁸⁵, doğurdukları hukuki sonuçlar dikkate alınarak bir incelemenin yapılması ve bu çerçevede idari usulün kapsamının değerlendirilmesi gerekmektedir.

⁸³ D.4.D., 07.10.1999, E. 1998, K. 1999/3374, DD. S. 103, s. 385. Aynı görüş için bkz. Ragıp Sarıca, **İdari Kaza, İdari Davalar**, Kenan Matbaası, İstanbul, 1949, C. I, s. 19.

⁸⁴ Sezginer, **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, s. 69.

⁸⁵ Tamim, genelge, emirname, tenbihname, açıklama, sirküler, direktif, gibi değişik isimlerde yapılmaktadırlar. Ne var ki, söz konusu isimler sınırlı sayıda olmadıkları gibi, bu isimler altında yapılan her işlemin hukuki etkiye sahip olmayacağını söylemek de mümkün görülmemektedir.

1.2.2.1 İDARENİN İÇ DÜZEN İŞLEMLERİ

İdarenin, iç düzen işlemleri kendi işleyişine yönelik, personelini aydınlatıcı direktif veya tavsiyeleridir. Bunlar, hiyerarşi yetkisi içinde amirlere idarenin iç işleyişini düzenlemeye ilişkin tanınan takdir yetkisine dayanmaktadır ve sadece açıklayıcı nitelikte olanlar ile daha önce getirilmiş bir kurala açıklama getirenler şeklinde ikiye ayrılmaktadır⁸⁶.

İdarenin, kendi çalışanlarına yönelik düzenlemeleri, hiçbir hak yaratmamaları, yeni bir kural getirmemeleri nedeniyle icrai nitelikte sayılmamakta ve iptal davasının konusunu oluşturmamaktadır. Şayet, iç düzen işlemleri, işlemin esasına veya yapılış usulüne bir etki yapmakta ise, bu takdirde, uygulama işlemi ile birlikte dava konusu edilebilmeleri gerekmektedir⁸⁷. Bunlar içlerinde “yaptırım içermektedir”. Örneğin, bir borcun ödenmesi, ödenmediğinde yaptırım uygulanacağı gibi⁸⁸. Bununla beraber, yaptırım içermeyen, istem belirten idari iradeler işlem olarak kabul görmemelidir. Yönetim Kurulu Başkanı olan ilgili hakkında şahsi iflas işlemlerinin tesis edilmesinin Maliye Bakanlığında istenilmesine ilişkin Hazine Müsteşarlığı işleminde⁸⁹ az önce aranan nitelik bulunmaktadır. Hazine Müsteşarlığı, Bakanlıktan kesin iradenin oluşması için istemde bulunmaktadır.

Bazı iç düzen işlemleri getirilmiş bulunan düzenlemeleri açıklayıcı, yorumlayıcı ve bunların uygulanmasına yönelik yol gösterici nitelik taşımaktadır. Yüksek Mahkeme, “Gelir Vergisi Genel Tebliğinde, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununa eklenen ve anılan Kanunun mükerrer 116. maddesinde yer alan Hayat

⁸⁶ Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, s. 134.

⁸⁷ “Genel olarak idarenin teşkilata, mevcut mevzuat anlayışını bildiren, onlara hareket tarzlarını gösteren üçüncü şahısların hak ve menfaatlerini ihlal etmeyen, keza birer düzenleyici tasarruf mahiyetinde olmayan sadece bir iç düzenleme olarak kabul edilen ve tamim, genelge, tebliğ, protokol gibi isimler alan tasarrufların kanun ve nizama bazı şeyler ilave eder, subjektif hakları ilgilendirip ihlal eder ve tanzimi bir mahiyeti haiz olursa dava mevzuu teşkil etmesi tabidir”. D.12.D., 24.10.1968, E. 1967/2587, K. 1968/1941, Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku, C. II, İdari Yargılama Hukuku**, Turhan Kitapevi, Ankara, 1999, s. 325.

⁸⁸ “Toplu Konut fonu borcunun ödenmesi, aksi halde 6183 sayılı Yasa uyarınca işlem yapılacağı bildirilmesi” gibi. D.10.D., 26.01.1998, E. 1996/3820, K. 1998/180. Bal, Karabulut, Şahin, **İdari Yargılama Usulü Kanunu İle İlgili Danıştay Onuncu Dairesinin Seçilmiş Kararları**, s. 680.

⁸⁹ D.10.D., 09.11.1998, E. 1996/6729, K. 1998/5535. Bal, Karabulut, Şahin, **İdari Yargılama Usulü Kanunu İle İlgili Danıştay Onuncu Dairesinin Seçilmiş Kararları**, s. 682.

Standardı Esasına yönelik yeni bir takım düzenlemeleri kapsayan Geçici 32. maddesinin uygulanması ile ilgili usul ve esaslar açıklayan” düzenlemenin, genel ve objektif kurallar getirmemesi ve içeriğinin sadece yasal düzenlemelerin açıklanmasını ihtiva etmekte olduğu kanaatine varmış⁹⁰ ve söz konusu “Tebliğ’in” dava konusu edilemeyeceğini belirtmiştir. Hazine arazilerinin eski kiracılarına kiralanacağını belirten yazı, kadastro çalışmalarında mülkiyet tespitine ilişkin görüş mahiyetindeki açıklamanın⁹¹, gelirin vakıf amaçlarına harcanması konusunda gerekli hassasiyetin gösterilmesini isteyen yazının⁹², fiyat ayarlaması yapılması halinde toptan satıcının ödeyeceğini taahhüt ettiği fiyat farkının toptan satıcıdan nasıl tahsil edileceğine ilişkin usulü belirleyen düzenlemenin⁹³, Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve Bağlı Ortaklıkların 1997 Yılına ait Genel Yatırım ve Finansman Programının Tespitine İlişkin Bakanlar Kurulu kararının⁹⁴, adli yargı yerince verilen kararın duyurulması ve gereğinin yapılması yolundaki bildirimin⁹⁵ iç işleyişe yönelik açıklayıcı işlemler olduğuna karar verilmiştir.

Kimi düzenlemelerde de, üst normun açıklanması veya ihtilaflı bir konuya ilişkin icrai bir işlem tesis edilmeden önce idarenin iradesini açıklaması yasal bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim, 213 Sayılı Vergi Usul Kanunun 413. maddesinde, mükelleflerin Maliye Bakanlığının veya onun yetkili kıldığı makamların

⁹⁰ D.4.D., 13.06.1990, E. 1989/1807, K. 1990/2101, DD. S. 81, s. 141. Yüksek Mahkeme, avukatların yanlarında bir başka avukat çalıştırdıklarında Gelir Vergisinin nasıl tahakkuk ettirileceğini belirleyen, uygulamada bütünlük sağlamaya yönelik Bakanlık düzenlemesinin ileride verginin tarh ve tahakkuk aşamasında dava edilebileceğinin altını çizmiş fakat, bu aşamada ilgililerin hukukun doğrudan etkileyen kesin ve icrai bir işlem olarak algılamamıştır. D.4.D., 05.12.1997, E.1996/2376, K. 1997/4606, DD. S. 96, s. 159. ayrıca bkz. AYİM, 22.06.1994, E. 1993/321, K. 1994/1248, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, Sayı 9, s. 107.

⁹¹ D.10.D., 09.11.2000, E. 1998/49, K. 2000/5587, Bal, Karabulut, Şahin, **İdari Yargılama Usulü İle İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları**, s. 666.

⁹² D.10.D., 14.12.2000, E. 1998/6460, K. 2000/6523, Bal, Karabulut, Şahin, **İdari Yargılama Usulü İle İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları**, s. 664.

⁹³ D.10.D., 25.04.2001, E. 1997/3329, K. 2001/1982. Bal, Karabulut, Şahin, **İdari Yargılama Usulü İle İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları**, s. 655.

⁹⁴ D.10.D., 02.04.1997, E. 1996/10144, K. 1997/1088. Bal, Karabulut, Şahin, **İdari Yargılama Usulü İle İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları**, s. 695.

⁹⁵ D.10.D., 17.06.1996, E. 1996/3895, K. 1996/3611. Bal, Karabulut, Şahin, **İdari Yargılama Usulü Kanunu İle İlgili Danıştay Onuncu Dairesinin Seçilmiş Kararları**, s. 702.

vergi durumları ve vergi uygulaması bakımından müphem ve tereddüde mucip gördükleri hususlar hakkında izahat vereceklerini belirtmiş bulunmaktadır⁹⁶.

Daha önce getirilmiş bir kuralı yorumlayan iç düzen işlemleri ise, kimi zaman elinde olmadan üst normu hukuka aykırı olarak genişletme veya daraltmaktadır⁹⁷. “Mevzuat hükümlerini yorumlamak ve açıklamakla yetinmeyerek, tüzük, yönetmelik gibi ayrıntılı hükümler getiren iç işlemler – Resmi Gazetede yayınlanmak koşulu ile-üçüncü kişileri bağlayıcı ve adsız kural işlem niteliğinde sayılmak”⁹⁸ ve bunların da yargı denetimine tabi tutulması gerekmektedir. Bu tip iç düzen işlemleri hem idarenin işleyişini düzenlemekte hem de ilgililerin hukukunu etkilemekte ve böylelikle iki yönlü etkiye sahip olmaktadır.

Yüksek Mahkeme, Büyükşehir Belediyesinin, bürokrasiyi azaltmak, işlemlerin tesisini kolaylaştırmak ve dağınık idari birimler arasında koordinasyonu sağlamak amacıyla 1/25.000 ve 1/5000 ölçekli planlarda gerekli görülen bölgelerin gecekondü önleme bölgesi ilan edilmesi için plan teklifi hazırlama, ayrıca 1/1000 ölçekli uygulama imar planı hazırlama ve bunları onay makamına verme yetkisinin “mesken ve gecekondü işleri müdürlüğüne” verilmesini, idarenin bir iç işlemi olarak değerlendirmiş ve söz konusu yetki devrinin yargı denetimi dışında bulunduğunu ifade etmiştir⁹⁹. Yargı önüne götürülen uygulama, ilgili yasal düzenlemelere aykırılık taşımadığı gibi, ilçe belediyelerinin hukuksal durumunu da doğrudan etkilememektedir.

⁹⁶ Yüksek Mahkeme, “vergi uygulaması bakımından tereddüde düşülen hususlarla ilgili olarak yapılan başvurular üzerine verilen <<açıklama>> kararlarına” karşı iptal davası açılmayacağını belirtmiştir. D.7.D., 26.05.1998, E. 1997/2574, K. 1998/2036, DD. S. 98, s. 424.

⁹⁷ Yüksek Mahkeme, Yeminli mali müşavirlerin tasdik raporlarının “bir kısmının” vergi dairesince Maliye Bakanlığına gönderilmesine ilişkin tasarrufu iç düzen işlemi olarak değerlendirmiş ve Katma Değer Vergisi beyannamesi Bakanlığa gönderilen bir mükellefin iptal talebini reddetmiştir. D.8.D., 03.03.1998, E. 1996/3742, K. 1998/776(DBB). Bu düzenleme, yine, Bakanlığın daha önce çıkardığı bir başka Genelgeye aykırılık oluşturmakta, Katma Değer Vergisinin beyannamesinin Vergi Dairesine tesliminden itibaren 7 gün içinde geri ödenmesine ilişkin ilkeyi genişletmesi nedeniyle “icrai” nitelikte bir iç düzen işlemi olarak kabul edilmesi gerekmekte idi.

⁹⁸ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 472-473.

⁹⁹ D.6.D., 14.01.1999, E. 1998/338, K. 1999/320(DBB).

İdare sadece kanunları veya kendi tasarruflarını açıklamaz, yargı kararlarının yerine getirilmesi hakkında da “bilgi verici” düzenlemelerde bulunabilir. Bu kategori içinde değerlendireceğimiz bilgi verici notlar veya açıklamalar genelde ilgililer üzerinde etki doğurmayarak iptal davasının konusunu oluşturmazlar. Hatta, İdari Yargı yerlerince verilen kararların niteliği gereği bunların uygulanmasında aksaklıkların yaşanması veya hukuki boşluk doğurması sonucu, personelin ilamın yerine getirilmesi için üstlerinden bir açıklama bekleme ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.

Öte yandan, bazen bir mahkeme kararının açıklanması amacıyla yapılan düzenleme aynı zamanda muhatapların hukukunu da etkileyip iptal davasının konusunu oluşturabilir. Nitekim, bir belediyenin tesis etmiş olduğu 1/5000 ölçekli Nazım ve buna dayalı olarak düzenlenen 1/1000 ölçekli Uygulama planları Danıştay tarafından iptal edilmiştir. Bu karar ile bölge plansız konuma gelmiş ve yürürlükten kaldırılan planlar yerleşik içtihatlar nedeniyle tekrar icrailik kazanamamıştır. Belediyenin imar uygulamasının nasıl yapılacağına ilişkin sorusuna, plan tesisinde yetkili Turizm Bakanlığının vermiş olduğu açıklayıcı yanıtın aslında, taşınmazlar ile ilgili davacı tarafından da dikkate alınması gereken bağlayıcı hukuki açıklamalar getirmesi nedeniyle “idari işlem” olarak nitelendirilmiştir¹⁰⁰.

Belirlenen üçüncü kişileri etkileme veya mahkeme kararının uygulanmasından ziyade yeni hükümler getirme kriteri bir başka olayda uygulanmış ve “İYUK.nun 28/5. maddesine göre, vergi uyuşmazlıklarına ilişkin kararların tebliğinden itibaren düzenlenecek ihbarnamelerin yeni hukuki durumlar yaratmadığı gerekçesiyle iptal davasına konu olamayacağına” karar verilmiştir¹⁰¹. Yukarıda belirtilen Mahkeme kararının açıklanmasına yönelik irade, 3. kişilerin hukukunu etkilemesi nedeniyle “idari işlem” olarak kabul edilmiştir.

APA § 553(a)’da, İdari Usul prosedürünün uygulanmayacağı durumlar sayılmış bulunmaktadır. Bunların içinde, “idarenin iç düzen ile yorumlayıcı işlemlerin” kapsam dışında bulunduğu görülmektedir. “APA’nın anlaşılabilmesi için

¹⁰⁰ D.6.D., 04.04.2000, E. 1999/4802, K. 2000/2470(DBB).

¹⁰¹ D.4.D., 07.05.1998, E. 1997/4143, K. 1998/1870, DD. S. 98, s. 300.

bu maddeden okunmaya başlanması gerekmektedir. Aslında bu maddede sayılanlar tüm kontrol mekanizmalarından bağımsızdırlar. Veya, yine bu madde de sayılanlardan olan sözleşmeler veya tahsis kararları, kendi düzenlemelerinde APA'da belirtilen usul kurallarından daha sıkı kurallara tabidirler. Bu maddenin anlamı, burada sayılan istisnalara APA'da öngörülen usullerin uygulanamayacak olmasıdır¹⁰². Bununla beraber, § 553(a)'da öngörülen istisnalara giren bir düzenlemeyi, ilgili idarenin yine APA'da düzenlendiği şekliyle “Resmi Gazetede”(Federal Register) yayınlaması gerekebilir.

İlgilinin ileride hukukunu etkileyecek, fakat mevcut durumda sadece bir uyarı niteliği taşıyan işlemler de idari usulün konusunu oluşturmalıdır. Keza, bunlar gelecekte verilecek bir cezanın veya yaptırımın ağırlaştırıcı sebebi olabileceği gibi, doğrudan sonraki işlemin sebep unsuru da olabilmektedir. Amerikan Supreme Court'u, *Community Nutrition Inst v. Young* davasında, Besin ve İlaç İdaresince(Food and Drug Administration), mısır üreticilerine ürünlerine mısır artıklarını bulaştırmaması için “uyarıcı” nitelikte yapılan bildirimin bağlayıcı nitelikte bulunduğunu belirterek APA'ya tabi olması gerektiğine karar vermiştir¹⁰³.

Yüksek Mahkeme de bir kararında¹⁰⁴, “1618 sayılı Seyahat Acenteleri ve Seyahat Acenteleri Birliği Kanunu'nun 27/d maddesinde; müşterilerini aldatıcı, kamu güvenini sarsıcı ve Türk turizmini baltalayıcı davranışlarda bulundukları Bakanlıkça belirlenen seyahat acentelerine bu davranışlarının tekrarı halinde işletme belgelerinin iptal olunacağını yazılı olarak bildirileceği hükmüne yer verilmiştir. Bu durumda, iptal davasına konu edilen ihtar işleminin kesinleşmesi, ihtar sebep olan davranışın tekrarlanması halinde seyahat acentesi belgesinin Bakanlıkça iptal edilmesi sonucuna neden olacağından, dava konusu işlemin idari yargı denetimine tabi kesin ve yürütülmesi zorunlu, hukuksal sonuç doğuran bir idari işlem olduğunun kabulü gerekmekte” olduğu belirtilmiştir. Söz konusu karar, ihtarın da bazı durumlarda icrai ve kesin bir nitelik taşıyabileceğinin altını çizmektedir.

¹⁰² F. Fox William, **Understanding Administrative Law**, (Third Edition), Matthew Bender & Company, San Fransisco, 1997, p. 197.

¹⁰³ Ernest Gellhorn, M. Ronald Levin, **Administrative Law And Process**, (Third Edition), St. Paul, Minnesota, , p. 319.

¹⁰⁴ D.10.D., 30.09.1998, E. 1996/3286, K. 1998/4670, DD. S. 99, s. 543.

Supreme Court bir başka kararında, Besin ve İlaç İdaresince, ilaç üreticilerinin ilaç kutu veya şişeleri üzerine yapıştırdıkları etiketlerde, tüketiciye yardımcı olması amacıyla bir başka ilacın da(=belki ucuz olanı) aynı etkiye sahip olabileceğini yazmasını istemiştir. İdare, bu tip bir düzenlemenin APA kapsamı dışında kalması gerektiğini, böylelikle istenilen sonuca APA'nın yavaşlatıcı etkisinden kurtularak gidileceğini ifade etmiştir. Mahkeme, APA'nın amacı doğrultusunda yorumlanarak bu tip düzenlemelerin de ilgilileri üzerinde etki doğurucu nitelikte olduğunu ve bunların yargı denetimi dışında bırakılması ile mahkemelerin kendi denetim yetkilerini sınırlandıracağını belirterek hazırlık işlemi mahiyetindeki düzenlemenin bazılarının yargı denetimine tabi olması gerektiğinin altını çizmiştir¹⁰⁵.

Tüm bunların yanı sıra, ilgililer tarafından, bir işlemin tesisine yönelik olarak yapılan başvurulara idarenin, konunun inceleneceğini belirtmesi de kesin bir işlem olarak algılanmamalıdır¹⁰⁶. Nitekim, idare, işlemin tesisinden önce yeterli ve gerekli incelemeleri yapacağını ilgisine duyurmakta ve işlem hakkında kesin iradesini ortaya koymamakta, başka bir deyişle, işlem üzerinde halen tasarruf yetkisi bulunması nedeniyle işlem dava konusu edilememektedir.

1.2.2.2. HAZIRLIK İŞLEMLERİ

Hazırlık işlemleri, idarenin nihai kararına ulaşmadan önce, bu iradenin oluşmasına yönelik yapmış olduğu eylem ve işlemleri ifade etmektedir. Hazırlık işlemleri, genellikle bir idari işlemin oluşturulması usulünün belirli bir parçasını meydana getirirler¹⁰⁷, ve esas itibarıyla işlemdeki nihai iradeyi teşkil etmezler¹⁰⁸.

Hazırlık evresi, işlemin oluşmasına yönelik olarak yapıldığı için, istisnalar dışında ancak nihai işlem ile birlikte dava konusu edilebilir. Hazırlık işlemleri, sonuç

¹⁰⁵ Abbot Laboratories v. Gardner , 387 U.S. 136 1967. Ayrıntılı bilgi için bkz. Peter L. Strauss, **An Introduction to Administrative Justice In The United States**, Carolina Academic Press, North Carolina, 1989, p. 218.

¹⁰⁶ İmar ruhsatı için yapılan başvuruya, konunun incelendiğini bildiren yazının hukuki niteliği için bkz. D.6.D., 31.10.1989, E. 1989/2075, K. 1988/2050.

¹⁰⁷ Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, s. 139.

¹⁰⁸ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 390.

işlemden bağımsız olarak bir irade açıklamamakta, hukuki etki doğurmaya yönelik tesis edilmemekte, kimi zamanda yetkili idarenin sahip olduğu takdir yetkisine müdahale etmemek için belirsizlik taşımaktadır. İşlemin tesisi aşamasında, idarenin neden, nasıl veya niye öyle davrandığı ancak iradesinin nihai bir hal alması ile açık biçimde anlaşılabilir olacaktır¹⁰⁹. İmar planının temelini oluşturan “hali hazır haritalar”¹¹⁰, vergi incelemesi sonucu düzenlenen inceleme raporları¹¹¹, taşınmazın haczen satışına esas olmak üzere alınan kıymet takdiri kararının¹¹² hazırlık işlemleri olarak değerlendirildiği görülmektedir.

Aynı zamanda hazırlık aşaması işlemin sebep unsurunun belirginleşmesini sağlayacaktır. İdarenin, hazırlık aşaması sonucunda ortaya çıkan veriler ve değerlendirmeler çerçevesi içinde kalmak zorunda olduğu da meydandadır¹¹³. Bu nedenle, hazırlık işlemleri ortaya koyduğu sonuçlar itibarıyla idarenin “takdir yetkisini” kısıtlamaktadır.

Bunun yanında, usuli aşamalar şeklinde giden idari işlemlerde, “ayrılabilir işlem kuramı” gereği, hazırlık işlemlerinin birisi ilgililer üzerinde etki doğurabilir ise, bu takdirde iptal davasının konusunu oluşturabilir. Yüksek Mahkeme, örnek bir kararında¹¹⁴, Üniversitelerde rektör seçimine yönelik oylamanın ve bunun takiben Yükseköğretim Kurumuna bildirilen (6) adayın Cumhurbaşkanına sunulmak üzere anılan Kurul tarafından aday sayının (3)’e indirilmesinin, nihai olarak Rektörü atayan

¹⁰⁹ Ernest, Gelhorn, **Administrative Law And Process**, p. 57.

¹¹⁰ D.6.D., 19.03.1991, E. 1990/1991, K. 1991/467 (DBB).

¹¹¹ D.4.D., 30.01.1995, E. 1993/4430, K. 1995/372, DD. S. 91, s. 414; D.3.D., 19.06.1996, E. 1995/2378, K. 1996/2468 (DBB). Bununla beraber, bir zabıt katibinin yükselme sınavlarını başarmasına karşın 5 yıl önce düzenlenen “gizli” sicil raporunun iptal talebi yerinde bulunmuş ve bu işlemin atanmama işleminin hazırlık aşamasını oluşturmadığı ve ilgilinin hukuksal statüsünü etkileyecek niteliğe büründüğünü belirtilmiştir. D.12.D., 09.06.1997, E. 1996/217, K. 1997/1297, DD. S. 96, s. 679. Benzer karar için bkz., D.4.D., 30.11.1999, E. 1999/1819, K. 1999/4300, DD. S. 103, s. 332. Öte yandan, Yüksek Mahkeme, müteahhitler için düzenlenen kıymetlendirmeye ilişkin müfettiş raporlarının dava konusu edilebileceğini, keza, bunların müteahhitlerin sicil notlarına etki ederek ihalelere girmelerini doğrudan engelleyici nitelikte bulunduğunu belirtmiştir. D.10.D., 19.12.1990, E. 1989/2303, K. 1990/3068, DD. S. 82-83, s. 966.

¹¹² D.3.D., 21.05.1998, E. 1997/2422, K. 1998/1795, DD. S. 97, s. 242.

¹¹³ Yıldızhan Yayla, **Şehir Planlamasının Başlıca Hukuki Meseleleri ve İstanbul Örneği**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975, s. 52.

¹¹⁴ D.5.D., 16.09.1993, E. 1992/4035, K. 1993/3177, DD. S. 89, s. 277; D.5.D., 16.09.1993, E. 1992/3747, K. 1993/3178 (DBB).

Cumhurbaşkanı iradesinden ayrılabilir nitelikte olduğunu ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme, işlem dizininin birbiri ile sıkı bir ilişki içinde olduğu belirtmiş ve aynı zamanda her bir aşamanın bağımsız birer idari işlem oluşturduğunu gerekçe göstererek bunların yargı denetimi kapsamında olduğunu tespit etmiştir¹¹⁵.

Yukarıda yaptığımız açıklamalar ile, bazı hazırlık işlemlerinin yargı denetimi kapsamında olabileceği belirtilmiştir. Kurum içi veya bir başka makamdan alınan tavsiyeler veya danışma işlemleri de dava konusu edilememektedir. Tavsiyeler genellikle, işlemi tesis edecek makamın istemi olmadan, kendiliğinden veya hiyerarşi yetkisi içinde açıklanan yön gösterici, telkin edici açıklamalardır¹¹⁶.

Öte yandan, danışma işlemleri, sonuç işlemin tesisinde idarenin aydınlatılmasına veya bilgilendirilmesine yönelik irade beyanlarıdır. Yetkili idare, ihtiyari olarak bir makamdan görüş sorduğunda, istenilen bilginin verilmesi üzerine idarenin başta sahip olduğu takdir yetkisi daralmaktadır. Söz konusu “görüşün” aksine işlem tesis edebilmesi için “gerekçe”nin ayrıntılı bir şekilde, ilgisini de tatmin edici mahiyette ortaya konmasını icap ettirir.

Bazen de, idarenin bir makama danışması yasal düzenlemeler gereği olmaktadır¹¹⁷. Bu halde ise, danışma yapılmadan nihai işlem tesis edilmesi onu hukuka aykırı hale getirmektedir. Örneğin, tarımsal alanların imara açılmasında plan yapmaya yetkili makamların ilgili kuruluşlardan görüş alması gerekmektedir. İmara

¹¹⁵ Aslında, buradaki, çaba, Cumhurbaşkanının kararlarının hangilerinin dava konusu edilebileceği noktasına dayanmaktadır. Bir ayırım yapılması gerekir ise, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı atama işlemleri yargı denetimi bağımsızlığına sahip olmaktadır. Öte yandan, Cumhurbaşkanının nihai iradesinin ortaya çıkmasından önce başkaca kurumların hazırlık aşaması olarak sunduğu tercihler arasından yaptığı atamalarda, ayrılabilir işlem kuramı gereği dava konusu edilebilmektedir. Lütfi Duran, “Anayasa Mahkemesine Bir Öğretim Üyesi”, **Mali Hukuk**, Sayı 44, İstanbul, Mart – Nisan 1993, s. 4; Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 419.

¹¹⁶ Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, s. 140.

¹¹⁷ Hazırlık aşamasında, alınan görüşlerin üçüncü kişiler üzerinde etki doğurmadığının kanıtı, görüşü veren makama iradesini değiştirmesi yönünde yapılan başvurunun etkili bir işlem olarak değerlendirilmesidir. Yüksek Mahkeme önüne gelen uyuşmazlıkta, belediye, Milli Eğitim Bakanlığının görüşünü dikkate alarak yaptığı imar planında bir özel mülkü ilkokul olarak öngörmüştür. Malikin, hazırlık aşamasında görüşü alınan Milli Eğitim Bakanlığına başvurarak, ilkokul yapımından vazgeçildiğine dair bir irade açıklaması istemesini ve bu istemin reddedilmesi bir idari işlem olarak değerlendirilmemiştir. D.6.D., 18.01.1995, E. 1994/3638, K. 1995/298, DD. S. 91, s. 605.

açma işleminin tesisi aşamasında, bir “ön koşul” olarak değerlendirilecek bu araştırma ile hedeflenen, kamu yararının etkin biçimde sağlanmasıdır¹¹⁸.

Bununla beraber, bir de alınması ve uyulması zorunlu danışma işlemleri bulunmaktadır. Bu tür danışma işlemleri bile, ilgilileri üzerinde doğrudan hukuksal bir etki doğurmamakta ancak, nihai işlemin tesisi ile dışsal bir etkiye sahip olabilmektedir. Danışma işlemleri sonucunda idarenin nihai iradeyi oluşturmada takdir yetkisi bulunmaktadır. Yani, idare son kararı verme hususunda önüne gelen verileri değerlendirmede serbesttir. İstisnai durumlarda danışma işlemi nihai iradeyi bağlayıcı, yönlendirici nitelik taşıyabilir.

1.3. İDARİ İŞLEMLERİN ORGANİK VE MADDİ BAKIMDAN TASNİFİ

1.3.1. ORGANİK BAKIMDAN TASNİF

1982 Anayasasının Birinci Kısmı, “Genel Esaslar” başlığı altında bulunan 6. maddesinde “Egemenlik” kenarbaşlığı, egemenliğin sahibini ve kullanılış ilkesini belirlerken; 7, 8, 9. maddeleriyle de egemenliğin kullanılış şekilleri olan “*yasama*”, “*yürütme*”, ve “*yargı*” kuvvetlerini düzenlemiştir¹¹⁹. Anayasa, Devletin temel organları arasında fonksiyonel manada kuvvetler ayrılığı ilkesini kabul etmiş¹²⁰ ve parlamenter rejimi benimsemiştir. Bu bağlamda, kuvvetler ayrılığı Devlet iktidarı içindeki organlar arasında bir yetki ve görev paylaşımıdır¹²¹ ve işlemlerin hangi organlarca yapılabileceklerini tespit etmektedir¹²². İdari işlemlerin “*organik*” olarak sınıflandırılması, onları tesis eden makam gözetilerek değerlendirilmesi anlamına gelmektedir.

¹¹⁸ D.6.D., 07.05.1998, E. 1997/6255, K. 1998/2345 (DBB). Milli Savunma Bakanlığına tahsisli veya tahsisli olmayan arazilere ilişkin imar planı değişikliği yapılırken, söz konusu Bakanlığın görüşünün alınması gerekmektedir. D.6.D., 15.11.1994, E. 1994/2035, K. 1994/4217 (DBB). Benzer karar için ayrıca bkz. D.1.D., 31.03.1987, E. 1987/113, K. 1987/114 (DBB).

¹¹⁹ Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2001, s. 258.

¹²⁰ Metin Kıratlı, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi*, y.y., Ankara, 1966, s. 135.

¹²¹ Turan Güneş, *Parlamenter Rejimin Bugünkü Manası ve İşleyişi*, y.y., İstanbul, 1956, s. 14.

¹²² Erdoğan Teziç, *Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972, s. 9.

Organik tasnifin yanı sıra, işlemlerin, değerlendirilmesinde bir başka metot da, bunların özellik ve etkileri bakımından bir sınıflandırılmanın yapılmasıdır. İşlemlerin “*içerik*” bakımından değerlendirilmesi aşamasında, Devletin hukuki fonksiyonlarının tasnifinde işlemin kimin tarafından tesis edildiğine bakılmaksızın işlemin “*konusu*” ve “*doğurduğu*” etki kriter olarak alınmaktadır. Salt organik kritere göre yapılmış değerlendirmeye göre, yargı ve yasamanın hiçbir şekilde idari işlem tesis etmesi mümkün olamayacaktır. Fakat, yasama ve yargı organınca tesis edilen işlemlerin de kimi zaman idari işlem niteliğine büründüğü görülmektedir.

Yasama asıl olarak, idarenin düzenleyici işlemlerinden daha soyut, genel nitelikte, objektif ilkel, aslî düzenleme yapabilme fonksiyonudur¹²³. Yargı organı da ortaya çıkan ihtilafların çözümünde “diğer organlardan etkilenmeden” “*hüküm tesis*” etme yetki ve görevi ile donatılmıştır. Yürütme ise, yargı ve yasama dışında kalan faaliyet olarak tanımlanmaktadır¹²⁴. Yine, organik kriterin uygulanması ile tüm yürütme işlemlerinin “*idari*” nitelikte olduğu sonucuna varılabilecektir. Halbuki, yürütmenin de bazı tasarruflarının içerik bakımından değerlendirilmesi, askeri ve Devletin dış politikası ile siyasi kararlar gibi, idari işlemin özelliklerine sahip olmadıklarını ortaya çıkaracaktır.

İdare işlevi sonucu ortaya çıkan iradeye idari usul ilkelerinin uygulanması gerekmektedir. Yasama, Yürütme ve Yargı erkinin “*idare işlevine*” yönelik iradeleri bulunmaktadır. İdare işlevi de, “*idare etmek*”, “*ihtiyaçların belirlenmesi ve sonra da giderilmesi ya da kişi, mal ve değerlerin korunmasına yönelik sürekli olarak yapılması gereken*”¹²⁵ eylem ve işlemlerin bütünüdür. Bu kriter dikkate alındığında idare işlevinin gözetilmesi ile de, Yasama ve Yargı organlarınca da idari işlemlerin tesis edilebileceği anlaşılmaktadır. Ortaya çıkan sonuca göre, yargı ve yasamanın da idare işlevine yönelik işlemlerinde “*idari usul*” ilkeleri uygulanacaktır.

¹²³ Bu kuralın yanı sıra, istisna olarak sadece kişileri konu alan “tasarruflar” da yapmaktadır.

¹²⁴ Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 337.

¹²⁵ a.e., s. 338.

Yüksek Mahkeme, Türkiye Büyük Millet Meclisi Milli Saraylar Daire Başkanlığı bünyesindeki saray, köşk ve kasırlar ile bunların içinde bulunan taşınır kültür varlıkları tarihi bahçeleri ve çevrelerinin koruma ve değerlendirme hizmetlerinin bilimsel esaslara göre yürütülmesini sağlamak üzere kurulan “Koruma ve Değerlendirme Kurulunun” oluşumu, görevleri ile çalışma usul ve esaslarını belirlemek amacıyla yürürlüğe konulan Yönetmeliğin iptali talebiyle açılan davayı, “görev noktasından reddetmemiş”, TBMM tarafından tesis edilen işlemin hukuka uygunluğunu incelemiştir¹²⁶.

Bu değerlendirilmelerin ışığı altında, “idari işlev” yasama, yürütme asli fonksiyonu ile, yürütme organının **hükümet tasarrufu tesis etme iradesi dışındaki tüm faaliyet alanı olarak değerlendirilebilir**. Bu nedenle, idari işlemin tespitinde “işlev”in etkin olması ileride açıklayacağımız gibi özel hukuk kişilerinin kimi tasarruflarının da idari nitelik kazandığının tespitinde yardımcı olacak ve böylelikle idari usulün uygulanma alanı genişleyecektir.

Yasama faaliyetinin tamamlayıcısı, yürütülmesine katkıda bulunan bir takım faaliyetler de bu kapsam içinde kabul edilmektedir. Bunlar, Genel Kurul ve komisyonların yasamaya yardımcı veya bunu düzenleyen faaliyetleridir¹²⁷. Örnek bir olayda, Yargı yerleri farklı bir tavır izleyerek, değişik bir kategori de yaratmıştır. 832 sayılı Sayıştay Kanununa 3612 sayılı Kanunla eklenen 3. madde uyarınca, Türkiye Büyük Millet Meclisi Plan ve Bütçe Komisyonunca Sayıştay’a bir defaya mahsus olarak üye seçilmesi ve bunun Genel Kurulun onayına sunulması önce Anayasa Mahkemesi ve daha sonra da Danıştay’ın önüne götürülmüştür. Anayasa Mahkemesi, bu “kararın” kendi denetim alanına girenlerden olmadığını belirterek istemi reddetmiştir¹²⁸. Öte yandan, Danıştay da, organik kriteri belirtmiş ve daha

¹²⁶ D.6.D., 28.02.1996, E. 1996/91, K. 1996/929, DD. S. 92, s. 471.

¹²⁷ Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, s. 72. Örnek olarak İçtüzük ve Meclis Kararları gelmektedir.

¹²⁸ AYM, 20.01.1986, E. 1986/2, K. 1986/1, R.G. 16.04.1986, S. 19080, s. 17-18.

sonra söz konusu işlemin Meclisin asli fonksiyonu dışında kendini özgü bir faaliyet olduğunu ifade ederek talebi görevsizlik gerekçesiyle reddetmiştir¹²⁹.

Söz konusu seçim, yasama fonksiyonu ve onun yardımcısı veya tamamlayıcısı konumunda bir işlem değildir. Halbuki, bir idarenin çalışma organını belirlemeye yönelik tamamıyla idare etme amacı ile tesis edilmiş bulunan işlemin idari nitelikte kabul edilmesi gerekmektedir. Devlet faaliyetlerinin rejimi açıkça belli edilmemiş ise bu faaliyete dayalı işlemler İdare Hukukuna tabi olmalı¹³⁰ ve böylelikle yukarıdaki işlemin idari nitelikte olduğunun kabul edilmesi gerekir. Örneğin, Yasama fonksiyonunun tamamen dışında, idare etmeye yönelik, Meclis Genel Kurulunun Radyo Televizyon Üst Kurulu üyelerini seçmesi de aynı şekilde idare işlevi kapsamına girmektedir.

“TBMM Hayali İhracatları Araştırma Komisyonu” tarafından tanzim edilen bir rapora dayanılarak yapılan açıklamadan kaynaklanan zararın tazmini isteminde, Yüksek Mahkeme Komisyona raporun düzeltilmesi amacıyla yapılan başvurunun zımni reddini bir işlem olarak değerlendirmiş ve tam yargı davasının İYUK 12. maddesi uyarınca açılması gerektiğini belirtmiştir¹³¹. Konumuz itibarıyla, davanın açılış usulünün değil fakat, Komisyonun iradesinin işlem olarak kabulü önemli bir değerlendirmedir. Komisyon, belli konularda Genel Kurula bilgi vermek amacıyla çalışma usul ve esasları İçtüzükte düzenlenerek milletvekillerinden kurulmuştur. Komisyonun inceleme sonunda tanzim edeceği rapor, bir yaptırımı içermemekte, sadece kamuoyunu ve Genel Kurulu bilgilendirme amacını taşımaktadır. Başka bir deyişle, “işlevi” gereği icrai nitelik taşımamaktadır. Fakat, raporun sonucunun ikiye ayrılarak incelenmesi doğru olacaktır. Nitekim, kamuoyuna açıklanması onun ilgilisi üzerinde etkili olmasına, sonuç doğurmasına neden olur. Öte yandan, rapor asli Yasama fonksiyonu dışında kalmakta ve kimi durumlarda gensoru önergesinin hazırlayıcısı konumunda bulunmaktadır. Bu gerekçe ile,

¹²⁹ D.5.D., 16.12.1987, E. 1987/2380, K. 1987/1783, DD. S. 70 – 71, s. 271.

¹³⁰ Tekin Akıllıoğlu, “Karar İncelemesi”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 21, S. 1, Ankara, Mart 1988, s. 187.

¹³¹ D.10.D., 25.03.1996, E. 1994/4651, K. 1996/1631, Bal, Karabulut, Şahin, *İdari Yargılama Usulü İle İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları*, s. 1081.

Komisyon tarafından hazırlanan rapor istisnai durumlarda idari işlem olarak kabul edilmektedir.

Özetle, yasama organının özellikle onun işleyişini düzenleyen idari makamların malvarlığının korunması, personele yönelik işlemleri ve hatta fonksiyonun güvenliği için getirilen kolluk tedbirleri idari işlem olarak kabul edilmelidir.

Yargı erki ise, içinde barındırdığı teminatlı bağımsız mahkemeler eliyle hukuki uyuşmazlıkları ve hukuka aykırılık iddialarını kesin olarak çözme ve karara bağlama¹³² işlevini görmektedir. Yargı fonksiyonunun görülmesi esnasında da, aynı Yasama'da olduğu gibi, bu organın faaliyetinin organizesi esnasında bir takım idari işlemler tesis edilmektedir. Yargının idaresinde, yargılama dışında alınan bu kararlar teminatlı hakimlerce tesis edilse bile bu husus onların iradesinin idari işlem olarak tanımlanmasına engel olmamaktadır.

Yargıtay Başkanlar Kurulunun Yargıtay Daireleri arasında iş yükünü düzenleyen kararı iptal istemi ile Danıştay'ın önüne götürülmüştür. Danıştay da, Yargıtay Başkanlar Kurulunun yargıçlardan kurulu olmasının tesis etmiş olduğu işlemin idari niteliğini değiştirmeyeceğini belirtmiş, işlemin özünün yargı hizmetinin düzenlenmesi olduğunu ifade ederek ihtilafı esastan incelemiştir¹³³.

Bir başka uyuşmazlıkta ise¹³⁴, Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu, (8). *Ceza Dairesinde görevli bir üyenin yerini değiştirmiş ve kendisini (11). Ceza Dairesinde görevlendirmiştir.* Üye de, Kurulun bu kararını Ankara İdare Mahkemesi önünde davası konusu yapmış, söz konusu Mahkeme talebi menfaat yönünden reddetmiştir. Danıştay ise, ihtilaf konusu işlemin ayrıntılı bir tahlilini yaparak, işlemin dava konusu olup olmayacağı noktasında, yukarıda açıklanan organik unsura değinmiş ve bununla beraber idare işlevinin de uygulanması gerektiğinin altını çizmiştir.

¹³² Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Kitapevi, Bursa, 2000, s. 269.

¹³³ D.12.D., 19.03.1979, E. 1978/7347, K. 1979/893, DD. S. 36-37, s. 627.

¹³⁴ D.5.D., 17.05.1996, E. 1995/4416, K. 1996/1911, DD. S. 92, s. 451.

Karar da, “idareyi ve idare alanını belirleyen önemli öge olan idare işlevi kavramı, oldukça önemli bir yere sahip olup, idare içinde yer alan birimlerin tüm işlemleri idare işlevine ilişkin olmayabileceği gibi idare dışında yer alan yasama ve yargı organlarının idare işlevine ilişkin işlemleri de bulunabilmektedir. Bu bağlamda olmak üzere, yargı fonksiyonu ile ilgili olmayan işlemlerin, yargıçlardan kurulu organlar ya da mahkemeler hatta sadece yargıçlar tarafından yapılması, bunların yargısal işlem olarak nitelendirilmesine dayanak oluşturmaz. İdare işlevine ilişkin olarak yapılan işlemler, hangi makam tarafından yapılırsa yapılsın, idari işlem sayılarak, idari yargının denetimine tabi olması gerekir. Nitekim, yargı mercilerinin, sırf mahkeme olmalarından dolayı ve bu sıfatla yaptıklarından ayrılabilen faaliyet ve işlemleri, idari faaliyet ve idari işlem ede(ceği)” belirtilmiş ve davacının menfaatinin de bulunduğu belirtilerek ilk derece mahkemesinin kararı doğru ve yerinde olarak bozulmuştur.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de, Askeri Yargıtay’a üye seçimi işleminin dava konusu edilmesinde farklı iki karar vermiştir. 1994 tarihli olanda, Cumhurbaşkanına gönderilecek üyeler arasında olabilme yeteneğine sahip bir askeri hakim, Genel Kurul tarafından 24 aday gösterilmesi gerekirken 9 aday gösterilmesinin hukuka aykırılığını ileri sürmüştür. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, “*Askeri Yargıtay tarafından üye belirlenmesi iradesinin idari işlem niteliğinde bulunmadığı*” belirterek talebi reddetmiştir¹³⁵.

Benzer bir uyuşmazlık, yine yaşanmış ve bu kez Askeri Yüksek İdare Mahkemesi eski içtihadından dönerek, “*Askeri Yargıtay Genel Kurulunca Cumhurbaşkanı tarafından seçilecek adayların belirlenmesini idari işlem*” olarak nitelendirmiştir¹³⁶. Yargı yeri, son kararında, Genel Kurul tarafından üye seçiminin tek yanlı, icrai bir işlem konumunda olduğu, yargılamanın personel açısından devamı bakımından bu iradenin gerekli bulunduğu kanaatine varmıştır.

Bununla beraber, yargı işlevinin devamı veya başlangıcı niteliğinde olan işlemler idari nitelikte olmamaktadır. Örneğin, otobüsünde bulunan motorun kaçak olduğu ihbarı üzerine açılan kamu davasında, araca el konulmasına karar verilmiş, 7 ay süren yargılama sonucunda otobüs sahibi beraat etmiştir. Otobüsüne el konulan şahıs da, aracını çalıştıramamadan kaynaklanan zararını Adalet Bakanlığında talep etmiş, yargı yeri de, araca el koymanın “*idari bir işlem ve eyleme dayanmadığını*,

¹³⁵ AYİM, 10.02.1994, E. 1994/21, K. 1994/4.

¹³⁶ AYİM, 15.03.2001, E. 2000/59, K. 2001/48.

yargılamanın mahiyetinden kaynaklanan bir yetkinin kullanıldığını” belirterek tazminat istemini reddetmiştir¹³⁷. Görüleceği üzere, ilgilinin aracını 7 ay süreyle çalıştıramaması sonucu maddi ve manevi zarar doğmuştur. Zarar, idarenin işlevine yönelik bir eylem ve işlemten kaynaklanmamış, tamamıyla yargılama aşamasında verilen yargı fonksiyonu içerikli bir karardan doğmuştur.

Yargı örgütü kararlarının gereğini Adalet Bakanlığı teşkilatı eliyle yürütmektedir. Bu durumda, yargı kararı ile teşkilat tarafından verilen zararın ayrılarak idari eylem ve işlemin belirlenmesi gerekmektedir. Nitekim, örnek bir olayda, meskun mahalde atış yapılması üzerine kişinin silahına “ön soruşturma” aşamasında el konulmuş, tedbir olarak silah yargılamanın yapıldığı Cumhuriyet Başsavcılığı Emanet Memurluğuna tevdi edilmiştir. Yargılamanın devamı sırasında Savcılık, silahın “Ağır Bakım Tamir Fabrikasına” gönderilmesini istemiştir. Yargılama sonucunda silahın maliki olan sanık beraat etmiş ve silahın iadesi için Savcılığa başvurmuştur. Savcılık ise silahın Ağır Bakım Tamir Fabrikasında zayi edildiğini, bu nedenle teslim edilemeyeceğini belirten bir yazı göndermiştir. Silahın maliki, zararının karşılanması için açtığı tam yargı davasında Yüksek Mahkeme talebi haklı bulmuş, Savcılığın iradesini işlem olarak değerlendirmiştir¹³⁸.

Öncelikle, silaha el konulması ön soruşturma aşamasında savcılık makamı tarafından gerçekleştirilmesi tasarrufun adli niteliğini yitirmesine neden olmamaktadır. Ne var ki, yukarıda açıkladığımız üzere yargı, kararlarının gereğini Adalet Bakanlığı personeli eliyle yürütmektedir. Savcı aynı zamanda bu personelin hiyerarşik üstü konumundadır. Savcının el konulmuş silahı fabrikaya gönderme tasarrufu ise yargılama faaliyetinden ayrı tek taraflı doğrudan uygulanabilir ve ilgilisi üzerinde hukuksal etki doğuran bir iradedir. Bu bağlamda, tazminat sorumlusu da Adalet Bakanlığı olmaktadır.

Avukatlık Kanununun 58. maddesi gereği avukatlar hakkında Adalet Bakanlığınca soruşturma açılmasına izin verilmesi idari işlem olarak kabul

¹³⁷ D.10.D., 10.03.1998, E. 1986/766, K. 1988/401, DD. S. 72-73, s. 666.

¹³⁸ D.10.D., 28.11.1996, E. 1995/6770, K. 1996/7965 (DBB).

edilmiştir¹³⁹. Yargı yerinin kararında, avukatlar hakkında ceza soruşturmasının başlamasına veya başlamamasına neden olabilecek bir iradenin öncelikle takdir yetkisine sahip olduğu ve bu nitelikte bir işlemin yargı denetimi dışında bırakılamayacağı ifade edilmiştir. Kanımızca, yargı yeri işlemin denetim dışı bırakılması sonucundan hareketle ona idari bir nitelik tanımıştır. Halbuki, Bakanlık yargı işlevinden bağımsız, ilgilisi hakkında sonuç doğuran işlem tesis etmektedir¹⁴⁰.

Yukarıda ifade edilen kararlardan da anlaşılacağı üzere, idari işlem tesis etmek sadece idarenin tekelinde değildir. “Türk İdare Teşkilatı” içinde **idare fonksiyonu yerine getiren** makamın hukuksal sonuç doğurmaya yönelik iradesi idari işlem olarak değerlendirilebilir. Başka bir deyişle, “Devlet Teşkilatına dahil makamların, idare fonksiyonunu yerine getirme görev ve yetkileri uyarınca hareket ederken, idare hukuku bağlamında yaptıkları, hukuksal sonuç doğuran irade açıklamaları¹⁴¹” idari işlem olarak kabul edilmektedir.

Bu tespit idari işlemin tanımının eksik olmasına neden olmaktadır. İdare cihazı içinde de bir takım ayrımların yapılması gerekmektedir. Anayasanın 165. maddesinde kamu iktisadi teşebbüsü, sermayesinin yarısından fazlası Devlete ait olan kurum ve ortaklar olarak tasnif edilmektedir. Bununla beraber, Devletin veya diğer kamu tüzelkişilerinin sermayesinin yarısından azına sahip oldukları tüzelkişilerin hukuksal durumu hakkında bir açıklık bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu kategoride bulunanların faaliyetinin ve tesis ettikleri iradelerin hukuksal etki ve sonuçlarına göre bir ayırım yapılması gerekmektedir.

Kamu tüzelkişileri idare hukuku çerçevesinde hareket edecektir; bununla beraber işlevleri gereği de “özel hukuk kişilerinin kullandığı hak ve yetkiler” içinde davranabilecektir. Kamu tüzelkişileri kuruluş usul ve esasları bakımından farklılık arz etmektedirler. Bu farklılık, kendilerine tanınan yetkilerin kullanımında değişik usul ve esasların oluşmasına neden olmuştur.

¹³⁹ D.8.D., 15.06.1999, E. 1997/1763, K. 1999/3899, DD. S. 102, s. 529.

¹⁴⁰ Aksine görüş için bkz. Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, s. 86.

¹⁴¹ Güran, “İdari İşlem”, s. 1277.

Kamu tüzelkişiliği içinde kamu iktisadi teşebbüslerinin yeri de önem kazanmaktadır. Kamu iktisadi teşebbüsleri kamu tüzelkişiliği olarak kurulmakta ve kuruluş amacı nedeniyle “*üçüncü kişiler*” ile olan ilişkilerinde **özel hukuk kuralları** dahilinde hareket etmektedirler. İktisadi Devlet Teşekkülleri, “iktisadi” bir faaliyetin kamu hizmeti niteliğinin ağır basması sonucu özel hukuk ve ticari esaslara göre faaliyette bulunmak üzere ihdas edilmiştir. Bu gerekçe ile, kamu tüzelkişilerinin tabi olduğu ve işleyişi ağırlaştırıcı , örneğin ihale usulleri gibi, bir takım usullerden muaf tutulmuşlardır¹⁴². “Kuruluş kanunlarında belirlenen çerçeve içinde özel hukuka tabi işlemler tesis etmeleri onların kamu tüzelkişisi olması sonucunu ortadan kaldırmamaktadır. Çünkü, kamu kurum ve kuruluşları da gerektiğinde özel hukuk hükümlerine tabi işlemler tesis edebilmektedir”¹⁴³. Sonuç olarak, kamu iktisadi teşebbüslerinin kamu hukuk kuralları çerçevesinde tesis ettikleri işlemler de tipik birer idari işlem olarak karşımıza çıkmaktadır.

İktisadi devlet teşekkülleri de, yoğun olarak özel hukuka tabi işlemler yapmakla birlikte bazen idare hukuku kurallarını uygulayarak irade beyan etmektedir. Örneğin, Ziraat Bankası iktisadi devlet teşekkülü olmakla birlikte kimi durumlarda idari işlem tesis ederek idari yargıda davalı konumunda bulunmaktadır.

Uyuşmazlık Mahkemesi, MKEK’e bağlı ortaklık olarak kurulan Mühimmatsan A.Ş.¹⁴⁴, Tedaş¹⁴⁵, Tüгдаş Genel Müdürlüğünü¹⁴⁶ ve Tüstaş’a¹⁴⁷ kamu kurumu, Taksan A.Ş.’yi kamu kuruluşu, Gerkonsan’ı “*kamu kurumu niteliği ağır basan anonim şirket*” olarak değerlendirmiştir. Bununla beraber, anonim şirket olarak örgütlenen Türkiye Emlak Kredi Bankasının Devlet bütçesinden ayrılan özel

¹⁴² Turan Yıldırım, **Türkiye’nin İdari Teşkilatı**, 2. bası, Alkım Kitapevi, İstanbul, 1997, s. 151.

¹⁴³ AYM, 22.12.1994, E. 1994/70, K. 1994/65-2, R.G., 28.1.1995, S. 22185.

¹⁴⁴ UM, E. 1998/76, K. 1998/72, R.G. 05.02.1999, S. 23602.

¹⁴⁵ UM, E. 1996/2, K. 1996/49, R.G. 10.04.1996, S. 22607.

¹⁴⁶ UM, E. 1999/20, K. 1999/28, R.G. 09.03.2000, S. 23998.

¹⁴⁷ UM, 1999/32, K. 1999/28, R.G., 09.03.2000, S. 23998.

ödenek ile kurulduğu belirtilerek kamu tüzelkişisi olduğuna¹⁴⁸, Vakıflar Bankası Türk Anonim Ortaklığının ise idare olmadığına karar verilmiştir¹⁴⁹.

İdarenin gelişen teknolojiye uyum sağlayabilmesi, rekabet edebilmesi için şirket olarak faaliyette bulunması mümkündür. İktisadi devlet teşekküllerinin istisnai olarak kamusal yetkileri kullanarak hareket etmeleri onlara **kamu tüzelkişiliği vasfını kazandırmasa da**, ileride değinileceği üzere **idari işlem tesis edebilen özel hukuk kişileri arasında** kabul edilmelerini gerektirmektedir.

Kuruluş kanunlarında özel hukuka tabi olduğu zikredilen tüzelkişilikler yine kamusal niteliklerinden arındırılmamaktadır. Özel hukuka tabi olma kavramı, asıl olarak özel hukuka tabi işlem yapma, diğer özel hukuk kişileri ile rekabet edecek şekil ve kalitede hizmet sunma olarak değerlendirilmeli, bu kapsamın dışında da bunların da birer kamu tüzelkişiliği olduğu unutulmamalıdır. Bu işletmelerin halen kamu ile olan bağı organik olarak sürmekte, diğer bir deyişle kamu kesiminde yer almakta, kamusal yetkiler ile donatılmış iradeler beyan edebilmektedirler. Bu gerekçe ile de, “özel hukuka tabi olma kuruluşun türünü kendiliğinden değiştirip onu idare”¹⁵⁰ teşkilatı dışına çıkarmamaktadır.

İstanbul Elektrik, Tramvay ve Tünel İşletmeleri Umum Müdürlüğü, Sosyal Sigortalar Kurumu, Türk Standartları Enstitüsü, Ordu Yardımlaşma Kurumu, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası, Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü, Türkiye Futbol Federasyonu, Türkiye İş Kurumu, kanunlarında özel hukuka tabi oldukları belirtilen kamu tüzelkişilerinden bazılarıdır.

Bununla beraber, dernek, vakıf, birlik olarak kurulan kimi kuruluşların da kamusal yetkileri kullandıkları ve idare teşkilatı dahilinde olmamakla birlikte idari

¹⁴⁸ AYM, 08.10.1974, E. 1974/17, K. 1974/41, AMKD C. 12, s. 357.

¹⁴⁹ D.12.D., 04.11.1969, E. 1968/2465, K. 1969/1722, Kazım Yenice, Yüksel Esin, **Açıklamalı İçtihatlı Notlu İdari Yargılama Usulü**, Arısan Matbaası, Ankara, 1983, s. 382.

¹⁵⁰ İl Han Özay, “Futbolda Özelleştirme”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Yıl 1, Sayı 1-3, İstanbul, 1990, s. 33.

işlem tesis ettikleri görülmektedir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi¹⁵¹, İlkokul Öğretmenleri Sağlık ve İhtimai Yardım Sandığının kamusal niteliğini vurgulamış, öte yandan, Kanun Koyucunun bir kuruluşun kamu tüzelkişiliğini belirlemede takdir yetkisinden bahsederek kurumun kamu tüzelkişiliğine sahip olması zorunluluğu bulunmadığını ifade etmiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesi de, Sandığın asli ve sürekli hizmetlerini kamu personeli eliyle yürüttüğünü ve Sandığa kamusal bir takım yetki ve ayrıcalıklar tanınması nedeniyle kamu kurumu olarak değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁵². Keza, Tarım Satış Kooperatifleri ve Birlikleri, İhracatçı Birlikleri de kamu kurumu olarak değerlendirilmektedir.

Öte yandan, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı, “adalet kamu hizmetine yardımcı ve ona bitişik olarak kamu hizmeti yerine getiren ve ağırlıklı olarak kamusal bir nitelik taşıması nedeniyle”¹⁵³ kamu tüzelkişiliğine yaklaşan “*yeni bir müessese*” olarak nitelendirilmektedir. Kanımızca, Vakfın kamu hukukundan yoğun bir şekilde etkilenmesi ve adeta kamu hizmetini doğrudan yerine getiren makam olması, İdare ile üçüncü kişiler ile ilişkilerin belirlenmesindeki işbirliği onu “*kamu hukukundan etkilenen tüzelkişi*”¹⁵⁴ konumuna getirmektedir.

Yüksek Mahkeme de, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı tarafından tesis edilen ve Vakıf Yönetim Kurulunun **kamu lojmanı tahsis işleminin** iptalinin İdari Yargıda talep edilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁵⁵. Mahkeme, hakim olan kamu görevlisine lojman tahsisinin kamu hukuku kurallarına tabi olduğu, Kamu Konutları Yönetmeliği, vakfın kurucu ve çalışanlarının kamu görevlisi olduğu, bütçesinin büyük bir çoğunluğunun kamu gelirlerinden oluştuğu, ve asıl olarak bir kamu hizmetinin asli unsuru olduğu gerekçesiyle İdari Yargının görevli olduğu kanaatine varmıştır. Bununla beraber, her ne kadar idari işlemin Vakıf tarafından tesis edildiği

¹⁵¹ AYM, 28.11.1985, E. 1985/7, K. 1985/22, R.G., 21.01.1986, S. 18995.

¹⁵² UM, 16.04.2001, E. 2001/5, K. 2001/12, R.G., 18.06.2001, S. 24436.

¹⁵³ UM., 03.05.1999, E. 1999/1, K. 1999/11, R.G., 1999/23719.

¹⁵⁴ Özay, “Futbolda Özelleştirme”, s. 33.

¹⁵⁵ D.5.D., 17.05.2000, E. 2000/476, K. 2000/1516, DD. S. 105, s. 298.

belirtirse de, dava konusu lojman tahsis edilmeme işlemi Bakanlıkça tebliğle çıkartılmıştır. Bakanlığın, Vakfın iradesini tebliğ etme iradesi zımni bir Bakanlık işlemi olarak değerlendirip, husumetin de anılan Bakanlığa yöneltilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır. Yüksek Mahkeme, anılan karardan sonra verdiği bir başka kararda, benzer konuda faaliyette bulunan Türkiye Diyanet Vakfı'nın, bir din görevlisine tahsis ettiği konuttan tahsisi kaldırarak, tahliye istemli işlemin kamu hizmetinin asıl sahibince zımnen ve açık olarak onaylamasını aramamış ve doğrudan idari işlem olarak nitelendirmiştir¹⁵⁶.

Görüleceği üzere, Medeni Kanun hükümleri uyarınca kurulmuş bulunan bir özel hukuk kişinin idari usul ve esaslara göre idari işlem tesis edebileceği anlaşılmaktadır. Yalnızca, Mahkeme vakfın iradesinin idare eliyle tebliğ edilmesini zımni bir idari işlem olarak algılamıştır. Kanımızca, tebliğ işlemin ayrılmaz bir parçasıdır ve tek başına iptal davasının konusunu oluşturmamaktadır. Bakanlık Vakıf iradesini değiştirmemektedir. Böylelikle, şayet bir zımni işlem var ise bunun hazırlığı özel hukuk kişisince yapılmakta nihai işlemlerin Bakanlık tarafından tesis edilmektedir.

Mahkeme kararının zımni işlem tespitine kadar olan kısmı doğrudur ve artık özel hukuk kişilerinin de kimi durumlarda kamu gücü etkisinden faydalanan iradeler tesis edebilmelerine olanak tanındığının kabulü gerekmektedir. Kamu yararı, işlemin tesisi noktasında yetkilinin özel hukuk kişisi olmasını gerektirmiştir.

*“Kamu hizmeti niteliği taşıyan faaliyetlerin yerine getirilmesinin, kamu tüzel kişilerinden, girişimci özel hukuk tüzelkişilerine geçirilmesi halinde, hizmetin yeni sunumcularının yapacağı, idare hukukuna özgü yetki kullanımlarına ilişkin işlemleri de idari işlem sayılacaktır”*¹⁵⁷. Türkiye Futbol Federasyonunun¹⁵⁸ tesis ettiği kimi işlemler ile Türkiye Jokey Klübünün¹⁵⁹ Dernekler Kanunu hükümlerince kurulmuş

¹⁵⁶ D.5.D., 01.04.2003, 2000/624, K. 2003/1085, DKD S. 2, s. 208.

¹⁵⁷ Güran, “İdari İşlem”, s. 1278. Aynı görüş için bkz : Gözübüyük , Tan, **İdare Hukuku**, C. I, s. 317; Sezginer, **Ayrılabilir İşlem Kuramı**, s. 94.

¹⁵⁸ D.10.D., 20.02.1991, E. 1991/1149, K. 1991/547, DD. S. 82-83, s. 695.

¹⁵⁹ UM, 13.02.1995, E. 1995/2, K. 1995/1, R.G., 20.03.1995, S. 22333, s. 39.

olmasına karşın müşterek bahis tertip etmek hak ve salahiyeti idari faaliyet olarak tanımlanmıştır. Çünkü, bu işlemler kamu hizmeti çerçevesinde değerlendirilmiş ve diğer özel hukuk kişilerinden farklı kamu gücü kullanarak hukukilik kazanmıştır¹⁶⁰. Bu bağlamda, idare “adına” hareket eden özel hukuk kişileri “kanunda açık biçimde” yetkilendirildiklerinde kamu gücü kullanmalarına olanak tanınmakta, böylelikle idari işlem tesis edebildikleri görülmektedir¹⁶¹.

Özel hukuk kişilerinin idari işlem tesis edebilmeleri, bu işlemlerin tesisi aşamasında **idari usul kurallarının** uygulanmasını zorunlu kılmıştır. Nitekim, bu faaliyetler idare tarafından yerine getirilse idari usul kuralları uygulanacak ve ilgili bu korumadan yararlanacak idi. Bu halde, kamu hizmetinden yararlanan kişiyi hizmetin kimin tarafından yerine getirildiği ilgilendirmemekte ve fakat asıl olarak hizmetin karşısında tanınan hakkın kapsamı bağlamaktadır.

Sonuç olarak, idare işlevi ilgiliye tanınan idari usul koruma şemsiyesi altında yer alma imkanı tanımaktadır. İşlemlerin organik olarak değerlendirilmesi idari usul uygulama alanını amacı dışında daraltacaktır. İdari işlem niteliği taşıyan tasarrufların makam ayrımı gözetilmeden idari usul kuralları uygulanarak tesisi zorunludur. Fakat, idari işlem tesis eden özel hukuk kurumlarının yetkili organlarının taşıdığı sıfatın önemi bulunmaktadır. Çünkü, bu kurumların yetkilileri kamu görevlisi sayılmamaktadır. Yürürlüğe konulacak idari usul düzenlemesinde özel hukuk kişilerinin idare işlevine yönelik faaliyetler bulunurken belirlenen kurallara riayet etmemesinin kamu görevlisi kavramından bağımsız olarak ayrıca düzenlenmesi yerinde olacaktır. Özel hukuk kişilerinin, idari

¹⁶⁰ Özel hukuk kişilerinin idare adına hareket edebilmesinin uç sınırını da sadece kamu görevlileri eliyle yürütülecek kolluk faaliyetleri oluşturmaktadır. Nitekim, asli ve sürekli idari faaliyetler ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yerine getirileceğinden bu noktada bir yetki devrinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Örnek olarak, yeminli bürolara imar kolluğuna ilişkin bir takım yetkilerin kullanımının tanınması Anayasaya aykırı bulunmuştur. Öte yandan, gönüllü köy korucularının faaliyetleri ise süreklilik taşımadığı için Anayasal düzene aykırı kabul edilememiştir. Bu nedenle, yukarıda belirtilen ve özel hukuk kişilerinin idari işlem tesis edebilme yetkisinin sınırını asli ve sürekli kolluk faaliyetlerinin oluşturduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

¹⁶¹ Alman Anayasa Mahkemesi, idari makam kavramını geniş yorumlamış ve kamu otoritesi altında devletin amaçları ya da devletçe desteklenen amaçlar doğrultusunda faaliyette bulunan kişi ya da mal topluluklarını bu küme içinde belirlemiştir. Akyılmaz, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, s. 36.

usul kurallarını veya buna benzer kolaylaştırılmış usulü uygulaması zorunludur. Bunun yanında, idari usul kayıtlarının mutlaka hizmeti görme konusunda yetkili olan asıl idare tarafından tutulması ve kayıt altına alınması gerekir.

1.3.2. MADDİ BAKIMDAN TASNİF

İdari işlemlerin organik açıdan değerlendirilmesinin yanı sıra, onları tesis eden makamlar dikkate alınmadan içerikleri gözetilerek inceleme konusu yapılması, bir tasnife tutulması mümkün olduğu yukarıda açıklandı. Bu ayrımda kullanılan, maddi kriter işlem ile işlemin konusunu oluşturan hak ve mükellefiyet sujesi¹⁶² arasındaki ilişkidir. Bu ilişkinin sonucu, ilgilisi üzerinde meydana getirdiği etki idari işlemin maddi olarak tasnifidir.

İdari işlemlerin “genel” ve “birel” işlemler olarak iki başlık altında maddi sınıflandırılmaya tabi tutulmaktadır. Genel düzenleyici işlem olarak tanımlanan ilk kategoride iki ifade bulunmaktadır; genellik ve düzenleme fonksiyonu. Bilindiği üzere, idare hukuku statüler hukukudur. Statü ise, genel hukuksal durumlardır. İdari işlemlerdeki genellik, statünün kapsamında bulunan ve fakat henüz somutlaşmamış, soyut kümenin hukukunu belirlemekte, onlar hakkında mükellefiyet yüklemekte veya hak tanımaktadır.

Genel idari işlemler, belli bir gruba hitap ederek düzenlemede bulunmaları nedeniyle, fertler hakkında sürekli olarak hukuki etkiler doğururlar. Bu süreklilik, aynı zamanda genel düzenleyici işlemin doğurgan olmasına, uygulanmak ile sona ermemelerine neden olmaktadır. Tüm bu özelliklerin bir arada değerlendirilmesi ile genellik, gayri şahsiliği ve sürekliliği ifade etmektedir. Genel olan bir işlemin “öznesi” henüz belli edilmiş değildir. Bu bağlamda, genellik işlemin ilgililerinin sayısı ile değil ismen belirlenmiş olup olmadıklarına göre tespit edilmektedir. Özetle,

¹⁶² Turan Güneş, **Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No : 191, Sevinç Matbaası, Ankara, 1965, s. 20.

genellik kavramı sujesine yönelik olarak ve bu kümenin içinde yer alan herkes için ortak kurallar bütünüdür¹⁶³.

Bununla beraber, genelliğin yanında bir de işlemin düzenleyici niteliği bulunmaktadır. Düzenleme, kural koyma, tanzim ve tertip etmek olarak tanımlanmakta¹⁶⁴, asli ve tali düzenleyici olma niteliğine göre de hukuksal ilişkilerin kurala bağlanması olarak anlaşılmalıdır. Hukuksal ilişkilerin kurala bağlanması öncelikle ilgilisinin bir hürriyetini kısıtlamakta diğer taraftan da idarenin hareket alanını çizmektedir.

Düzenleme, ister “birel” ister “genel” nitelikte olsun esas olarak hukuki sonuç yaratmaya yönelik olarak tesis edilmektedir. Bu bağlamda, düzenleme, hukuki bağlayıcılığı olan bir tespit, sürekli, genel ve kişilik dışı emir¹⁶⁵ ve buna dayanılarak tesis edilen belli kişiye hitap eden hukuki sonuç doğurmaya yönelik ya da birbirini tamamlayan irade beyanıdır¹⁶⁶.

Kişilerin hürriyetlerini sınırlama ve İdarenin bu alandaki yetkilerini belirleme asıl olarak Yasamanın işi olmakla birlikte, kanunun izin verdiği hallerde veya normlar hiyerarşisi gereği idare de genel hukuk kuralları çerçevesinde düzenlemede bulunabilir. Yasama kural koyma işini kanunlar vasıtasıyla gerçekleştirmekle birlikte idare kendisine verilen görevi tüzük, yönetmelik ve anayasada zikredilmeyen diğer genel işlemler ile yerine getirmektedir.

Bu bakımdan, işlemin içeriğine bakılarak genel düzenleyici olup olmadığının belirlenerek bir sonuca varılması gerekmektedir. Keza, Bakanlar Kurulu tarafından tesis edilen tüzük ile ismi yönetmelik olan işlemlerin genel düzenleyici yönünün tespiti kolay olmaktadır. Ne var ki, bu niteliğe sahip olan ve yönetmelik benzeri olarak tanımlanan “tenbihname”, “statü”, “tebliğ”, “ilke kararı”, genel emir”, “ilan”,

¹⁶³ Alfred C. Aman, William T. Mayton, *Administrative Law*, West Publishing Group, St. Paul, 1998, p. 70.

¹⁶⁴ Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 347.

¹⁶⁵ Mukbil Özyörük, *İdare Hukuku Dersleri*, yy., 1972/1973, s. 8-10.

¹⁶⁶ Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri İşığı Altında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s. 37.

“plan”, “duyuru” ve “izahname” gibi yönetmelik dışında isimleri olan geneli düzenleyen işlemler de bulunmaktadır. Sayılanların yönetmelik benzeri olması, bunların aynı zamanda normlar hiyerarşisindeki yerinin de belirlenmesini gerektirmektedir. Yönetmelik benzeri işlemlerin çoğunluğu yönetmeliklere dayanılarak çıkarılmakta, başka bir deyişle yönetmeliklerin alt normu haline gelmektedir. Bu bakımdan, üst hukuk kurallarını tekrarlama zorunluluğunda olmayan yönetmelik benzeri düzenleyici işlemler üst hukuk normunun ruhuna, amacına, kapsamına, konusuna, genel hukuk kuralları ve sınırlarını aşmayacak biçimde yeni hükümler getirebilir.

Öte yandan, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda olduğu gibi, Kanun Koyucu idarenin düzenleme yetkisini yönetmelik tesis etmeden doğrudan tebliğ ile gerçekleştirilmesini uygun görmüştür. 4054 sayılı Kanunda idarenin düzenleme yetkisine yönelik olarak anılan Kanun ve bunun altında tebliğlerin yer almasını öngörülmüştür. Bu nedenle de, maddi açıdan değerlendirildiğinde “tebliğ” yönetmelik etki ve tesirine sahip olmuştur.

Bunun yanı sıra, genele yönelik olmakla birlikte, sürekli olmayan bir takım işlemler de bulunmaktadır¹⁶⁷. Genel karar olarak isimlendirilen bu işlemler genelin hukukunu düzenlemekte ve fakat uygulanmak ile tükenmekte veya yürürlük süresi sonunda ortadan kalkmaktadır. Görüldüğü üzere genel karar birel ve genel düzenleyici işlemin arasında bir işlem tipidir. “Genel kararın belirleyici özelliği genel unsurlar içeren düzenlemesinin yanı sıra, belirli veya belirlenebilir sayıda birden fazla kişi ya da nesneye yönelmiş olmasıdır”¹⁶⁸.

Genel kararın genel düzenleyici işlemten ayrıldığı nokta, kapsadığı kişi veya nesnelerin belirli veya belirlenebilir olmasıdır. Birden çok “şeye” yönelik olmakla birlikte birel işlemin özelliklerinden olan tesis edilmek ile tükenilme unsuruna da

¹⁶⁷ Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 353.

¹⁶⁸ Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s. 49; Gözler ise, anılan işlemleri genel veya birel olarak değerlendirmemiş ve Chapus’dan yaptığı alıntı ile “ara işlemler” olarak nitelendirmiştir. Kemal Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2002, s. 213.

sahip bulunmaktadır. Genel kararın, “geçici bireysel işlem”¹⁶⁹, “geçici düzenleme”¹⁷⁰ ve “genel etkili geçici karar”¹⁷¹ olarak tanımlanmasının nedeni, yukarıda açıklandığı üzere, kavramın ortada yer alması ve atipik özellik göstermesidir. Bu nedenle, özellikle idari usulün kapsamının belirlenmesinden genel kararın önemli bir yeri bulunmaktadır.

Genel düzenleyici işlemler, ilgilileri üzerinde uygulama işlemleri ile etki doğurmaktadır. Başka bir deyişle, soyut olan kuralların somutlaştırılması “birel” idari işlemler eliyle olmaktadır. Birel idari¹⁷² işlemlerin konusu, öznesi belli edilmiş isim olarak zikredilmiştir. Bu nedenle, işlemin kimin veya neyin hakkında yapıldığı açık biçimde belirtilmiştir. Birel tasarruflar, sadece doğurdıkları durum belli bir şahsa veya hadiseye ait olmakla kalmaz, aynı zamanda bu durumun bünyesi de tamamen subjektif, şahsa münhasır bir konu ihtiva eder ve hukuk alanında evvelce mevcut olmayan bir durum meydana getirir¹⁷³. Bu bağlamda, birel işlemlerde öznenin belirli olmasının yanı sıra hukuk alanında ortaya çıkan neticede subjektiftir.

Birel işlemler özneye yönelik belirlenmekte aynı zamanda işlemin öznesinin hukukunu da somut biçimde değiştirmektedir. Bu gerekçe ile üst normlara dayalı olarak tesis edilen birel işlemler, ferdi veya nesneyi önceden kuralları belirlenmiş, düzenlenmiş bir statünün içine sokma, orada bulundurma veya oradan çıkma sonucu doğuran işlemlerdir. Genel bir düzenleme kapsamında bulunan ilgiliye soyut olarak bir takım yükümlülükler yüklemekte veya haklar, yetkiler tanımaktadır. Bu “haklardan yararlanma, yükümlülükler altına girme ve yetkileri kullanabilme gibi durumların koşulunu bu işlemler oluşturduğundan, genel hukuksal durumlara girme ya da onlardan çıkma sonucunu doğuran birel işlemlere koşul işlem adı verilmektedir”¹⁷⁴.

¹⁶⁹ Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku*, s. 521.

¹⁷⁰ Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, s. 266.

¹⁷¹ Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 332.

¹⁷² Duran, birel işlemleri “idari kararlar” olarak nitelendirmiştir. Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, s. 392.

¹⁷³ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. I, s. 340.

¹⁷⁴ Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 361.

Birel koşul işlem, ilgisini daha önceden belirlenmiş statüyle ilişkilendirmektedir. Yine, öznesi belli olmakla birlikte kişisel verilerin yoğun biçimde işlemin konusunu belirlemede kullanıldığı “özel” işlem tipi de bulunmaktadır. Özel işlem koşula göre bir adım daha ileri giderek konu bakımından özne ile daha kişiselleşmiş bir bağ taşımaktadır. Özel işlem, kişinin özelliklerine göre hukuksal sonuç doğurmaktadır¹⁷⁵.

Öte yandan, bir takım işlemler içinde hem genel hem de birel nitelikte işlemler barındırmaktadır. Karma işlem olarak nitelendireceğimiz bu tiplere de bütçe kanunu ve imar planları örnek teşkil etmektedir. Gerçekten de imar planları bir yörenin geleceğe yönelik olarak taşınmaz hukukunu belirlemekte genel bir takım düzenlemeler yapmakta, öte yandan, parsel bazında birel işlemler de tesis etmektedir. Fakat, bunların genele yönelme ve düzenleme fonksiyonu ağır bastığından genel düzenleyici işlem olarak kabul edilmektedir.

1.4. SÖZLEŞMEDEN AYRILABİLEN İDARİ İŞLEMLER

İdare kuruluş amacını yerine getirmek için giriştiği faaliyetleri çoğunlukla tek yanlı işlemler ile gerçekleştirmektedir. Bununla beraber, kimi durumlarda özel hukuk kişileri gibi sözleşmeler akdetmektedir. Sözleşme, eşit iki iradenin uyuşması sonucu iki tarafa da borç yükleyen hukuksal bir ilişkidir. İdarenin taraf olduğu sözleşmeler içeriklerine göre farklı hukuki rejime tabi olmaktadır. İdarenin kamu hizmetini yerine getirirken imzaladığı sözleşmelerin içeriğinde eşit iki taraf ilkesine aykırı, idare lehine, tek yanlı olarak sözleşmeyi değiştirebilme yetkilerinin tanınması sözleşmenin kamu hukukuna tabi olmasına, idareye üstün yetkiler tanınmasına ve bunların “*idari sözleşmeler*” olarak nitelendirilmesine neden olmaktadır. İdari sözleşmeler, eşit olmayan iki taraf arasındaki sözleşme olarak nitelendirilmiştir. Bu eşitsizlik, özel hukuk ilişkisini aşan veya özel hukuk sözleşmelerinde tarafların serbest iradeleri ile kabul etmeyecekleri şartlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu

¹⁷⁵ Günday, *İdare Hukuku*, s. 117.

nedenle yargı yerleri sözleşmenin ne kadar tek taraflı olduğunu ayrıntılı bir şekilde incelemekte¹⁷⁶, ona göre sözleşmenin idari olup olmadığına karar vermektedir.

İdare, aynı zamanda ehliyetini kullanarak özel hukuk kişileri gibi her iki tarafın eşit olduğu ve özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmeler akdedebilmektedir¹⁷⁷. Bu noktada, idare tarafından imzalanan her iki sözleşmeden idari olanın denetimi idari yargı yerlerince kamu hukuku kurallarına; diğerinin ise denetimi adli yargı yerlerince özel hukuk hükümlerine göre halledilmektedir.

İdare, sözleşme yöntemini kullanmak istediğinde sözleşme özgürlüğü iki kişi arasında yapılan sözleşmelerde olduğu gibi değildir. Akidin seçimi, sözleşme şekilleri gibi bir takım sınırlamalara tabi tutulmuştur¹⁷⁸. İdare, sözleşmenin oluşum sürecinde veya uygulanması aşamasında “izin”, “ihale”, “ihaleye girişin reddi” veya “sözleşmenin onayı” gibi bir takım kamusal yetkiler kullanmaktadır. Önceleri, sözleşmenin oluşumunu sağlayan işlemler de sözleşme ile bir bütün kabul edilmiş ve bunların ayrı olarak dava konusu edilemeyeceği “ilhak teorisi” başlığı altında ifade edilmiştir¹⁷⁹. Bununla beraber, sözleşmenin esasından ayrı ve fakat onun oluşumuna ve uygulanmasına katkıda bulunan tek yanlı işlemlerin sözleşmeden ayrılarak iptal davasının konusunu oluşturması gerektiği yargısal içtihat haline gelmiştir¹⁸⁰.

İdari sözleşmelerin hazırlık aşaması ve sözleşme bir bütün olarak algılanmalı ve Kamu Hukuku uygulanmalıdır. Özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmelerin de imza öncesi ve sonrasında sözleşmenin uygulanmasından ayrı, bir takım tek yanlı işlemlerin idari yargı önünde dava konusu edilebilmesi gerekmektedir. Bunlar sözleşmenin oluşumundan önce, hazırlık aşamasına ilişkin olabileceği gibi, sözleşmenin uygulanmasının yönlendirilmesine yönelik idari işlemleri

¹⁷⁶ L. Neville Brown, John S. Bell, **French Administrative Law**, (Fourth Edition), Clarendon Press, 1993, p. 193.

¹⁷⁷ Bu ifadenin idarenin özel hukuka tabi sözleşme imzalayabilmesi hususunda takdir yetkisi bulunduğu anlaşılmamalı, kamu hizmetine yönelik bazı sözleşmelerin münhasıran idari nitelikte olması gerekmektedir.

¹⁷⁸ Meltem Kutlu, **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No : 75, İzmir, 1997, s. 39.

¹⁷⁹ Sezginer, **Ayrılabilir İşlem Kuramı**, s. 137.

¹⁸⁰ Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, s. 39.

kapsamaktadır. Bu noktada, sözleşmeden doğan yetkilerin kullanılması halinde, örneğin fesih ihbarı, iş sahibine yapılan ihbarlar, yaptırımlar, idarenin ifasını yerine getirmemesi¹⁸¹ gibi tasarruflar idari yargı yerleri önünde dava konusu edilemezler.

Uyuşmazlık Mahkemesi de, ihale sonucunda imzalanan inşaat eser sözleşmesiyle ilgili olarak taraflar arasında düzenlenen protokolün uygulanması hakkında idarenin “yorumunu” içeren encümen kararını özel hukuk işlemi niteliğinde görmüş ve sözleşmeden ayırlamayacağını ifade etmiştir¹⁸².

Öte yandan, kimi durumlarda özel hukuk sözleşmesini imzaya davet¹⁸³, abonman sözleşmesinde kamu hizmetinden yararlananın ödeyeceği bedelin tespiti¹⁸⁴ gibi sözleşme ile iç içe ama ondan bağımsız bir takım tasarruflar idari bir işlem olarak kabul edilmiş ve ihtilafın çözümünün idari yargı yeri kapsamında olduğu belirtilmiştir. Yüksek Mahkeme, “*dava konusu uyuşmazlığın davacı müessese müdürlüklerinde kurulu hususi santrallardan mülk dışına tesis edilen dahili postaların hususi hat işlem ve ücretine tabi tutulup tutulamayacağı noktasında toplanmakta olup, bu konuda sözleşme imzalanmadan önceki aşamada idarenin idare işleviyle ilgili, tek taraflı olarak tesis ettiği, doğrudan uygulanabilir nitelikteki işleminin iptalinin*” idari yargıda istenmesi gerektiğini belirterek, sözleşmeden ayrılabilir işlemleri belirtmiştir¹⁸⁵. Başka bir olayda, kaldırım üzerinde kurulan büfe kira sözleşmesine dayalı olarak kullanılmakta iken, sözleşme fesih edilmeden büfe tahsis kararının geri alınması iradesinin idari işlem niteliğinde olduğu belirtilmiştir¹⁸⁶.

Yüksek Mahkeme, “*işletme hakkının devri konusunda ilgili şirketle sözleşme yapılması sonucunu doğuracak işlemler zincirinin bir aşamasını oluşturan dava*

¹⁸¹ D.8.D., 16.01.1985, E. 1984/495, K. 1985/46(DBB).

¹⁸² UM, 18.12.2000, E. 2000/50, K: 2000/62, R.G., 04.04.2001, S. 24363.

¹⁸³ D.10.D., 16.02.1995, E. 1994/3667, K. 1995/664 (DBB).

¹⁸⁴ D.8.D., 13.11.1994, E. 1992/3333, K. 1994/79, DD. S. 90, s. 913.

¹⁸⁵ D.10.D., 16.02.1995, E. 1994/3567, K. 1995/664.

¹⁸⁶ D.8.D., 21.10.1996, E. 1995/1127, K. 1996/2737, DD. S. 93, s. 398.

konusu Tunçbilek Termik Santralinin işletme hakkının devrine yönelik” işlemin devir sözleşmesinden ayrı olarak İdari Yargıda dava konusu edilebileceği belirtilmiştir¹⁸⁷.

Sözleşmeden ayrılabilen işlemlerin tasnifi ile yargılaması kamu hukukuna tabi işlemlere idari usul kuralları uygulanmalıdır. Yani, Özel Hukuk sözleşmelerinin temelini oluşturan idari işlem ve idari sözleşmelerin tesisi ve tadilinde idari usul kuralları uygulanmalıdır. İdari usulün uygulanmasında kamu hukukunun kriter olması, önceki bölümde kamu gücü karşısında ilgilinin korunması esasına dayanmaktadır. Önemli olan husus, özel hukuk sözleşmesi imzalanmadan önce uyulsa gereken usul kurallarına riayet edilmemesi halinde sözleşmenin geçerli olup olmayacağıdır.

Sözleşme imzalanmadan önce, hazırlık işlemlerinin iptali ve yürütülmesinin durdurulması sözleşmenin imzalanmasına kesin olarak engel olacaktır. Keza, İdarenin sözleşme imzalama yönündeki iradesini veya buna yönelik usuli işlemlerinin hukuka aykırılığı tespit edilmiş, sözleşme oluşmadan önce dayanaksız hale gelmiştir.

Bununla beraber, asıl olarak sözleşmenin imzalanmasından sonra ayrılabilir işlemlerin iptali halinde bunların sözleşmeye olan etkisi önem taşımaktadır. Şayet, idari işlem sözleşmenin yapılmasına dayanak oluşturuyor ise aralarındaki yoğun ilişki nedeniyle dayanak işlemin iptali sözleşmeyi de etkileyecektir¹⁸⁸. İdari işlemin iptal edilmiş olması, özel hukuk sözleşmesini de doğrudan hukuka aykırı hale getirmemekte, sözleşmenin normal yasal prosedür izlenerek feshi cihetine gidilmesi gerekmektedir. Yüksek Mahkeme, belediye tarafından kiralanan taşınmazların imar planı ile kullanım şeklinin değiştirilmesi ve bunun üzerine idari işlem eliyle

¹⁸⁷ D.10.D., 29.09.1999, E. 1997/2594, K. 1999/4354, Bal, Karabulut, Şahin, **İdari Yargılama Usulü Kanunu İle İlgili Danıştay Onuncu Dairesinin Seçilmiş Kararları**, s. 676-677.

¹⁸⁸ Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku, C. I, Genel Esaslar**, Turhan Kitapevi, Ankara, 1998, s. 415. Yüksek Mahkeme, 3096 ve 3996 sayılı Kanunlar uyarınca akdedilen imtiyaz ve özel hukuk sözleşmelerin dayanağı olan Bakanlar Kurulu kararlarının Danıştay’ca yürütülmesinin durdurulması veya iptali durumunda, bu sözleşmelerin, ilgililerin lisans başvurularında mevcut sözleşme kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. D.1.D., 27.02.2003, E. 2003/4, K. 2003/25 (DBB)

taşınmazlardan tahliyenin sağlanamayacağını, idarenin Adli Yargıda dava açarak ihtiyacın samimi olduğunu belirterek sözleşmenin feshini istemesi gerektiğini belirtmiştir¹⁸⁹.

1.5. İDARİ USULÜN UYGULANMASI GEREKEN İŞLEMLER

İdari usulün konusunu yukarıda yapılan açıklamalar ışığı altında “idari işlem niteliğine” sahip tasarruflar oluşturmaktadır. Bunların tespitinde organik kriterden ziyade maddi kriterin uygulanarak idare işlevinin ön plana çıkartılması yerinde olacaktır. Bilindiği üzere, idarenin idari işlem niteliğinde olmayan irade açıklamaları hakkında idari usul kurallarının uygulanması gerekmez. Bununla beraber, doktrinde genel düzenleyici ve birel işlemlerin idari usule tabi olması hususunda tartışma ve farklı ülkesel uygulamalar bulunmaktadır.

İdari usulün Alman idare hukuku teorisinden etkilenererek sadece “ferdi”(birel) işlemler için uygulanacağı ileri sürülmüştür¹⁹⁰. İdari usulün, birel işlemler ile sınırlı tutulmasının nedeni, genel düzenleyici işlemlerin yöneldiği kişilerin, “**menfaati ihlal edileceklerin**” henüz belirlenemeyecek olmasına dayanır. Böylelikle, belirsiz, soyut bir ilişki nedeniyle katılımın gerçekleşmesi mümkün görülmemektedir.

APA’nın 551. maddesinde “genel veya birel nitelik taşıyan, geleceğe yönelik etkiler doğuran; kuralları veya bunların uygulanış şartlarını belirleyen, açıklayan ya da tespit eden; bir idari organı. Onun işleyişini tanımlayan; mali oranlar ve ücretlerin gelecekteki durumları, bunlardaki değişiklikler, bu birimlerdeki fiyatlar, imkanlar, araçlar, hizmetler, indirimler ve sayılanların tümüne ilişkin uygulamalar hakkındaki onay kural içeren idari düzenlemelerin tamamı veya bir kısmı” olarak belirlenmiştir. Aynı maddede, “karar, yapılan tanım ile birel işlem olarak” açıklanmıştır. Bu

¹⁸⁹ D.8.D., 06.06.2000, E. 1998/1426, K. 2000/4362.

¹⁹⁰ A. Ülkü Azrak, *Umumi İdari Usulün Esasları ve Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Gelişimi*, Yayınlanmamış Doktora Çalışması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1964, s. 11; Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s. 85.

tanımlar dahilinde APA'nın genel düzenleyici ve birel işlemler için uygulanacağı anlaşılmaktadır.

Tarafımızca da savunulan görüşe göre ilgililerin katılımını birel işlemin tesisine kadar bekletmek “idari usulün” etki ve amacında gecikmeye neden olacaktır. Genel düzenleyici işlemlerde katılımın “*katılacakların belirsiz*” olduğu gerekçesiyle engellenmesi doğru değildir. Çünkü, genel düzenleyici işlemler hakkında dava açacakların kümesi belirlenebilir nitelikte olduğu zaman katılım hakkını kullanacakların da tespit edilmesi mümkündür. Ayrıca, birel işlemler genel düzenleyici işlemlerin somutlaşmış, kişisel nitelik almış halidir. İYUK’unda yer alan ifadeyle “**uygulama**” işlemleridir. Alman sisteminin kabulü halinde uygulama işlemine yönelik olarak idari usul hükümleri geçerli olacak ama, uygulamanın temelinde yatan düzenleme için idari usul süreci uygulanmayacaktır. Bu halde, idari işlev ile belirlenen kritere önemli aykırılık oluşturacağı kanaatini taşımaktayız. Kaldı ki, “bu tür işlemler de müşterek ihtiyaçlar ve kamu yararının gerekleri, somut olay ve durumlara göre yönetimin takdiri çerçevesinde belirlendiği için kamu yararının ne olduğu, bir başka ifade ile halk için yönetimin ne şekilde gerçekleşeceği yine halkın (ilgililerin) mümkün olduğunca katılımı ile gerçekleşecektir”¹⁹¹.

Genel karar ve karma işlemlerin tesisi aşamasında idari usulün uygulanması zorunludur. Fakat, genel kararın bazı örneklerinde “aciliyet” bulunmaktadır. Bunlar, idari usul kuralları içinde acele tesis edilmesi gereken işlemler olarak değerlendirilecek ve ona uygun kurallara riayet edilecektir.

Sonuç olarak, ilgililer genel düzenleyici işlemin tesisi öncesinde idareyi yönlendirmeleri ile hukuka aykırı işleminin doğuşunu engellemiş olacaklardır. Bu gerekçe ile, genel düzenleyici işlemlerin tesisi aşamasında farklı usulle de olsa idari usul kurallarının uygulanması gerekmektedir.

¹⁹¹ Cihan Kanlıgöz, “Katılımcı Demokrasi ya da İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Üzerine”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 45, S. 1-4, Ankara, 1996, s. 181.



2. İDARİ USUL

2.1. İDARİ USUL KAVRAMI VE TANIMI

İdarenin kamu hukukuna ait yetkilerini kullanırken kamu gücünden yararlandığı ve tek yanlı, icrai, aynı zamanda hukuka uygun olduğu varsayılan işlemler tesis edebildiğini daha önce açıklamıştık. İdare nihai iradesini açıklamadan önce ilgisinin görüşüne, mütalaasına başvurmak zorunda değildir. Bu nedenle, işlemin konusunu oluşturan ilgililer üzerlerinde doğrudan etki doğuran hukuksal sonucu “tebliğ” öğrenmektedir. Hukuk Devleti, idarenin kamu gücünü kullanırken izleyeceği usulü, buna karşı korunma yolları ile itiraz usul ve kurumlarını öngörmüştür¹. Bu bağlamda, ilgililer üzerinde olumsuz etkiler doğuran işlemlere ilişkin olarak haklarını önceden bilmeleri Hukuk Devletinin gereğidir.

İdari usul işlemin tesisinden önceki süreçle ilgili olup kamu gücünün demokratik yöntemler ile kullanılmasını sağlamayı, hukuk devletinin gerçekleşmesini amaçlamaktadır². İdare işlemin tesisi aşamasında işlem ile ilgili arasında hakemden ziyade kamu yararını sağlayacak bir “taraf olarak” olarak düşünülmüştür³.

İdari usul kamu menfaatinin süratli, rasyonel bir şekilde gerçekleştirilmesi için gerekli hukuki şartların sağlanmasını hedefler. Yani sıra, kamu yararı adına taraf olma gerçek anlamda taraflık değil, objektif ve tüm verilerin eksiksiz toplanarak kamu adına en yararlı sonucun ortaya çıkması anlamına gelmektedir. Öte yandan, idarenin, kendi iç işleyişinde oto kontrol mekanizması ile denetlenmesi, her kademedede veya ilerleyişte kendi kendine ve aynı zamanda ilgiliye bilgi vermesi,

¹ Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s. 63.

² Nuri Alan, “İdari Usul ve İdari Yargı”, *Danıştay Dergisi*, Yıl 2000, S. 102, s. 3.

³ Richard J. Pierce, Sidney A. Shapiro, Paul V. Verkuil, *Administrative Law and Process*, New York Foundation Press, New York, 1999, p. 3.

aydınlatılması imkanının doğması, böylelikle yönlendirilerek denetlenmesi işlemin hukuka uygun olarak tesisine yardımcı olmaktadır.

İdari usul sürecinde katılım sonucu alınmış kararların uygulanmasında, katılan güçlerin ters yönlü etkileri geniş ölçüde önlenmektedir. Katılım bu bağlamda, çatışmalı bir sorunun en etkili çözüm yollarından biridir⁴.

İdari usul, iki yararın dengelenmesini temin etmeye yönelmiştir. İlki, az önce açıklandığı üzere ilginin haklarını korumak, diğeri ise bu korumaya yönelik getirilen usuli işlemler ile idarenin “esnekliğini” sağlamaktır. Bu nedenle, idari usul sistemi bürokratik keyfiyet riskini minimize ederken, idarenin etkili hareket etme ihtiyacı duyduğu alanlarda hareket kabiliyetini artıracaktır⁵.

Usul, “Arapça” kökenli olup “aslın” çoğulu anlamına gelmektedir⁶. Usul kelimesi Türkçe’de, metot, yol, yordam, yöntem, bir amaca ulaşmak için izlenen yol anlamındadır⁷. Hukuki olarak usul, maddi hukuk gözetilerek verilecek kararda izlenecek yoldur⁸. İdari usul, idari faaliyetin yerine getirilmesi esnasında ilgililerin hukukunu korumak amacıyla önceden belirlenmiş merasim kurallarına riayet etme olarak tanımlayabiliriz.

Şekil – usul işlemin hukuka uygunluğunun temin aracı olmakta, idarenin yetkilerine sınır oluşturmaktadır. Şekil – usul maddi hukuk ile sıkı bir ilişki içindedir. Maddi hukuk esas itibariyle usule bağlıdır. “Başka bir ifadeyle, maddi hukukun soyut kalıplardan çıkarılarak somutlaştırılması; somut vakıalara uygulanarak güncelleştirilmesi için usulün ve usulde yer alan çeşitli somut safhaların geçirilmiş

⁴ Cem Eroğlu, **Devlet Yönetimine Katılma Hakkı**, İmge Kitapevi, İstanbul, 1999, s. 149.

⁵ Gelhorn, Boyer, **Administrative Law and Process**, p. 3. Danıştay, İYUK’ta 2. maddede düzenlenen subjektif dava açma şartlarından olan menfaatin Anayasa Mahkemesi önüne götürülmesini isteyen kararında, usul kurallarını maddi hukukun uygulanmasını sağlayan araçlar olduğunu, yargılamanın işlerliği ve etkisi usul kuralları ile geçerlik kazacağını belirtmiştir. D.5.D., 26.01.1995, E. 1994/2507, DD. S. 90, S. 596.

⁶ **Türk Hukuk Lugatı**, Ankara, 1991, s. 348.

⁷ **Türkçe Sözlük**, Türk Dil Kurumu, C.II, 1992, s. 1518.

⁸ Remzi Fındıklı, “Yönetimde Açıklık – Açık Yönetim”, **Türk İdare Dergisi**, Yıl 68, Eylül 1996, s. 412.

olması” gerekmektedir⁹. Özel veya Kamu Hukuk kuralları, hukuki korumanın temelini (kaynağını) ve haklılığını (gerekçesini) oluştur; Usul Hukuku ise, bu hakla tanınan hukuki korumanın neden caiz olduğunu, yani onun kaynağını (temelini) ifade eder.¹⁰

Maddi hukuk açısından verilecek kararın belli merhaleler geçilerek verilmesi halinde, usul kesinlikle ihmal edilmemesi gereken bir araç konumundadır. Bu nedenle, maddi hukuk ile usul hukuku birbirinin tamamlayıcısı olup, birinin diğerine üstün tutulması sağlıklı karar alınmasına engel olacaktır. Keza, idari usul kuralları aynı zamanda birer maddi idare hukuku düzenlemesi yapması¹¹, usul ile esasın arasındaki bağı ortaya koymakta, aynı zamanda maddi anlamda hukuka uygun karar tesis etmenin usuli güvence ile mümkün olduğu anlaşılmaktadır¹².

Amerika Birleşik Devletlerinde de, ilgililere usuli bir güvence getiren due process, ilerleyen zamanda usuli değil aynı zamanda “maddi” olarak hukuka uygun olması için usuli anayasal ilkeler getirilmiştir. Bu bağlamda, hukuk devleti yerine geçen **due process of law** kavramı, hem usuli hem de maddi anlamda hukuka uygun işlem tesisini anlatmaktadır¹³. Hukuka uygun işlem tesis edilebilmesi sadece usuli ilkelere uymak ile mümkün olmamakta, bunun doğrudan etkilediği maddi hukuk kurallarının da gözönünde bulundurulmasını sağlamaktadır. İdare hukukunun özü, kamu gücünü kullanan idarenin hukuksal sınırlar içinde kontrol edilmesidir¹⁴.

İdare hukuku, pozitif ve negatif yükümlülükleri aynı anda içinde barındırmaktadır. Bu nedenle, sadece hukuka aykırı işlem ve eylemler değil, yerine getirilmesi ihmal edilen bir takım görevlere ilişkin davranış modellerini de kapsamaktadır. Maddi idari usul, idarenin “ne” yapabileceği ile ilgilenmektedir. İdari

⁹ Akyılmaz, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, s. 64.

¹⁰ Ramazan Arslan, **Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, Genel Dağıtım, Ankara, 1989, s. 42.

¹¹ a.y., s. 69.

¹² Gürsel Özkan, **Demokratik Yönetime Geçiş**, Tutibay Yayınları, Ankara, 2001, s. 247.

¹³ Sait Güran, **İfade Hürriyeti Üzerinde İdare’nin Yetkileri**, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1969, s. 34-35.

¹⁴ D.C.M. Yardley, **Principles Of Administrative Law**, (Second Edition), Butterworths, London, 1986, p. 15.

usul kuralları ise, “idarenin hangi yol” ve “mekanizmayı” kullanarak hareket edeceğini düzenlemektedir¹⁵.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinde idari işlemlerin unsurları sayılmış ve bunlardan bir tanesinin “şekil” olduğu belirtilmiştir. Usulün ise bu kavram içinde veya ondan ayrı bir anlam ifade etmesi işlevinin de belirlenmesinde önemli rol oynayacaktır. Usul ve şekil kimi zaman aynı kimi zaman da farklı ifadeler ile ve fakat birlikte kullanılmıştır¹⁶. Yargı yerleri ise, usul sakatlığını genelde şekil unsuru içinde değerlendirmişlerdir¹⁷. Mahkemelerin bu yönde tespiti, kanunda idari işlemin unsurları arasında usulün sayılmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim, Yüksek Mahkeme kararının azlık oyunda, “*idari işlemlerin unsurları arasında usul*”ün olmadığı belirtilmiştir¹⁸.

Sarıca¹⁹ ve Onar²⁰, usulü şekil unsuru içinde değerlendirmiş ve özetle “şekli, bir idari işlemin tabi olduğu usul, merasim ve formalite” olarak tanımlamışlardır²¹. Balta ise usulü, bir idari işlemin hangi merci tarafından ne şekilde yapılacağını gösteren²² kaideler olarak tanımlamıştır²³. Bu tanım ile, şekil ve usulün farklı olduğu, bununla beraber usulün “yetki” unsuruna da etki ettiğini belirtmiştir.

¹⁵ Jerome A. Barron, C. Thomas Dienes, **Constitutional Law**, West Publishing Company, St. Paul, 1987, p. 144.

¹⁶ Günümüzde bir çok düzenlemede idari usulün ayrıca belirlenmesi, öneminin artması sonucu kararlarda usulün şekilden bağımsız bir şekilde ele alındığı görülmekte ve bu konu mahkeme kararlarına yansımaktadır.

¹⁷ Murat Sezginer, “Usul Kanunlarında İdari İşlemin Dış Görünüşü”, **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyum**, Ankara, 17-18 Ocak 1998, s. 201.

¹⁸ D.12.D., 03.05.1971, E. 1970/5388, K. 1971/1152, DD. S. 5, s. 331.

¹⁹ Sarıca, **İdari Kaza, İdari Davalar**, s.85.

²⁰ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. I., s. 308.

²¹ Gözübüyük de, usulü şekil unsuru içinde mütalaa etmektedir. Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, Turhan Kitapevi, Ankara, 1997, s. 167. Gözübüyük / Tan, eserinde şekil ve usulü ayrı başlık yapmış ve devamında şeklin usulü de kapsayan bir terim olduğunu belirtmişlerdir. Gözübüyük, Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, C. I., s. 337. Benzer tanım, Şeref Gözübüyük, Dinçer Güven, **İdari Yargılama Usulü**, Turhan Kitapevi, Ankara, 1999, s.131.

²² Tahsin Bekir Balta, **İdare Hukuku Ders Notları**, y.y., Ankara, 1968/1970, s. 107.

²³ İdari Usul düzenlemeleri yetkili idareyi de belirlemektedir. Bu nedenle, iki kavram ilişki olup, yetkinin usul kuralları araç edilerek saptırılması hali de işlemi sakatlayan hatta yok hükmünde olması sonucunu doğuran sakatlık olarak karşımıza çıkmaktadır.

Özay ise, usul ve şeklin bir bütünün iki esaslı ögesi olduğunu ifade etmiştir²⁴. Şekil, işlemin dış görüntüsünü arz etmektedir²⁵. Usul, işlemin dış dünyada etki doğurmadan önce, idarenin henüz içindeyken takip edilmesi gereken prosedürdür²⁶. Bu nedenle, işlemin hukuksal etkisini doğurması için tarih sırası ile izlendiğinde şekil unsurunun oluşabilmesi için usuli merasimin icra edilmesi gerekmektedir.

Usul kavramı şekil unsuru içinde eritilmemelidir. Çünkü, her ikisinin ayrı hukuksal sonuç doğuracakları gerçeğinin gözardı edilmesine neden olacaktır. İşlemin yapılış kronolojisi incelendiğinde usul ve şeklin ayrılmaz bir bütün olduğu da görülmektedir. Bununla beraber, İdari Usulün ayrı bir kanunla düzenlendiği metinlerde şekil unsuru da bu kapsamda mütalaa edildiği görülmektedir. İdari usulün ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği kanunda birkaç madde ile şekil unsurunun düzenlenmesi yukarıda yaptığımız incelemenin sonucunu ortadan kaldırmamaktadır. Bu bağlamda, her iki kavramın birbirini kapsayacak şekilde kullanılmasından ziyade ayrı ayrı ele alınması doğru ve yerinde olacaktır.

İdari usul, idarenin kamu gücü kullanarak bireylerin hak ve menfaatlerini etkilemeden önce ilgilileri bir takım hak ve yetkiler ile donatarak, “idare önünde” menfaatlerini tam olarak korumalarını²⁷, düşüncelerini ifade, delillerini ikame etme sözlü veya yazılı olarak bizzat veya temsilci eliyle sunma fırsatını yargılama benzeri usuller²⁸ ile vermek, ilgililer ile işbirliği yaparak onlara yapılan ve yapılacak muameleler bilgi aktarmasını sağlamak²⁹ ve “kendi iç işleyişini” de denetleme ve “düzenleme” anlamına gelmektedir. Bu nedenle, idari usul hem ilgiliye hem de idareye yönelik düzenlemede bulunmaktadır.

²⁴ Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 412; Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, s. 410.

²⁵ İlhan Özay, *İdari Yaptırımlar*, Özdem Kardeşler Matbaası, İstanbul, 1985, s. 130.

²⁶ Pertev Bilgen, *1961 Anayasası'na Göre Sıkıyönetim*, y.y., İstanbul, 1976, s. 52

²⁷ D.10.D., 25.09.2002, E. 2001/2814, K. 2002/3262, D.K.D. S. 1 s. 425.

²⁸ Bernard Schwartz, *Administrative Law*, Little, Brown And Company, Boston, 1983, p. 171. Yargılama benzeri ifadesi, idari usul kurallarının yargılama usulünde yer alan kurallara benzerlik göstermesine karşın doğurdıkları sonuç ve ortaya çıkış nedenleri farklılık arz etmektedir. Keza, bunlar maddi hukuk ilke ve kurallarını da düzenlemektedirler.

²⁹ Ali Ülkü Azrak, “İdari Usul ve Yasalaştırılması”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İkinci Kitap, Kamu Yönetimi*, Ankara, Mayıs 1990, s. 821.

İdari usulün düzenleme amacının belirlenmesi yukarıda belirtilen iki yönlü fonksiyonun tespitinde önemli rol oynayacaktır. İlk önce, usul kuralları işlemin tesisini güvence sağlaması nedeniyle kişiye güvence oluşturmaktadır³⁰. Keza, tesis edeceği işlemin usulünü belirleme yetkisinin münhasıran idareye tanınması, takdir yetkisinin genişlemesine, aynı işlem karşısında ilgililere farklı muamele edilmesine neden olacaktır. İdarenin, eşit olmayan şekilde davranması aynı zamanda mevcut hukuksal boşlukları doldurarak acele, iyi tetkik edilmemiş hukuka aykırı kararların oluşumuna olanak sağlayacaktır³¹.

Günümüzde genel eğilim olarak usuli kuralların daha iyi karar alınmasını temin ettiği görülmektedir. Gerçekte, daha çok usuli muamele, daha fazla savunma, sonuç olarak daha az karar anlamına gelmektedir. Amerika’da muhafazakarlar idari usulü her iki tarafın hareketsiz kaldığı durum olarak değerlendirmişlerdir³². Asıl olarak usul kurallarını “*idareye giydirilmiş korse*”³³ olarak tanımlamak doğrudur. Kuralların fazlalılığı, korsenin daralmasına, sağlığa zararlı olmasındaki gibi olumsuz sonuçlar doğurmasına neden olacaktır. Usul kurallarının azlığı ise korsenin bol olmasındaki gibi hiçbir fayda sağlamayacaktır. Bu nedenle, asıl amacın, “*her işlem için belirli usul kurallarının*” tespiti yanı sıra, kimi işlemler için idareye denetlenebilir takdir yetkisi dahilinde farklı usul kurallarına tabi olması gereklidir. İdari usul, “bazılarınca 20. yüzyılın Magna Carta’sı olarak alkışlanırken, başkaları yönetimin iğneli fiçisi olarak”³⁴ değerlendirmiştir.

Bu noktada idari usulün tanımı ile birlikte, terimin genelliği ve kapsadığı alanın belirlenmesi de gerekmektedir. İdari usul, idarenin sadece dışa yönelik, üçüncü kişileri ilgilendiren işlemlerini kapsamaz. İdarenin çalışmasını düzenleyen usul kuralları mevcuttur ve usul 3. kişileri ilgilendirdiği yönüyle iç işleyişi de

³⁰ Pierce, Shapiro, Verkuil, **Administrative Law And Process**, p. 68.

³¹ Ali Ülkü Azrak, “Umumi İdari Usul ve Kodifikasyonu Meselesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXXIII, S. 1-2, s. 70.

³² Philip K. Howard, “Keynote Adress : Administrative Procedure And The Decline Of Responsibility”, **Administrative Law Review**, Volume 48, No 3, Summer 1996, p. 315.

³³ A. Ülkü Azrak, “İdari Usulün Kodifikasyonuna İlişkin Sorunlar”, **İdari Usul Kanunu Hazırlığı, Uluslararası Sempozyum**, Ankara, 17-18 Ocak 1998, s. 88.

³⁴ İl Han Özay, “Komisyonlar Saltanatı Ülkesinin İdare Hukuku”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Yıl 4, Sayı 1-3, İstanbul, 1983, s. 96.

düzenlemektedir. “Dar anlamda idari usul” ile genel(=umumi) idari usul terimleri karşıt olmakla birlikte, uygulandığı faaliyet alanları için genel, bağlayıcı ve objektif usul kuralları tespit etmesi nedeniyle genel teriminin kullanılması önerilmektedir³⁵.

Genel İdari Usul terimi, özel olarak düzenlenen usul kurallarından daha geniş bir alanı kapsamaktadır. İdare işlevine yönelik ayırım yapmadan düzenlemede bulunan idari usul, özel düzenlemeler dışında “*devletin temel işlevlerini düzenleyen yöntem bütünlerinin ortak genel ilkelere sahip bulunduğu*”nu³⁶ ifade etmektedir. İdare hukuku ve idari usul ile idari yargı diğer hukuk dallarında maddi hukuku düzenleyen kurallar ve bunların yargısal denetimi olarak, ceza hukuku – ceza usul hukuku gibi karşımıza çıkmaktadır.

Bu nedenle, idari usulün idari yargı usulleri içinde veya karşısında değerlendirilmesi yanlıştır. İdari usul, maddi anlamda idare hukuku ile içiçe geçmesi nedeniyle idari yargıya ilişkin usul kurallarından farklılık arz etmektedir. Azrak’ın da belirttiği gibi, işlemin tesisi aşamasında ilgililerin dinlenilmesi ve diğer haklar bakımından muhakemenin yapılması nedeniyle doğru terim “**idari muhakeme**”³⁷ hukukudur. Ama, bu terim az önce belirttiğimiz üzere idari yargı ile karışıklık oluşturacağından ve usulün maddi idare hukuku ile olan yakın ilişkisi nedeniyle genel idari usul olarak isimlendirilmesi doğru ve yerinde olacaktır.

Öte yandan bu terim sadece işlemlerin genelliğini değil aynı zamanda usule uymakla yükümlü makamları da ifade etmektedir. Bu tespite göre de, idare teşkilatı içinde yer alan tüm idari makamlar işlem tesis ederken usul kurallarını uygulamak zorunda kalacaktır. Netice itibarıyla, genel idari usul yetki, usul ve şekil kurallarından oluşan bir disiplindir. Genel idari usul hükümleri, özel kanunlarda düzenlenen usul ilkelerinden farklılıklar taşımaktadır.

³⁵ Azrak, **Umumi İdari Usulün Teorik Esasları**, s. 11.

³⁶ Tekin Akıllıoğlu, **Yönetim Önünde Savunma Hakları**, s. 37. Onar, amme hizmetlerinin tek bir usulü olamayacağını, idare kuvveti ve idari usuller, amme hizmetinin nevi mahiyetine, bünyesine ve tatbik alanına göre çeşitli şekil ve derecelerde görüleceğini belirtmektedir. Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. II., s. 1101.

³⁷ Azrak, **Umumi İdari Usulün Teorik Esasları**, s. 15.

2.1.1. İDARİ USULÜN ABD'NDE ORTAYA ÇIKIŞ NEDENLERİ

Yukarıda belirtilen APA, yaklaşık yarım asırlık bir maddi vakıa birikimi, bunu izleyen yaklaşık 10 yıllık bir çalışma, tartışma sonucu ortaya çıkmıştır³⁸. İdari Usule ilişkin ilk önemli düzenleme 1925 yılında Avusturya'da yapılmıştır. Fakat, APA'nın ortaya çıkış nedenleri geçirdiği değişim günümüz ülkelerine örnek olmaktadır. Bu nedenle, büyük bir birikim sonucu hazırlanmış APA'nın ortaya çıkış öyküsü idari usulün altında yatan nedenin bulunmasına da faydalı olacaktır.

ABD'nde, 19. yüzyılın son çeyreğine kadar idarelerin düzenlenmesine ilişkin önemli bir konu olmamıştır. Federal Hükümet, bu periyottan evvel kamu mallarının alımı ve ticarete ilişkin birkaç düzenleme yapmış idi. Hükümetin ticarete müdahale etmeme politikası sonucu ekonomik suistimaller ve yolsuzluklar meydana gelmiş ve bunların ortadan kaldırılması, engellenmesi düzenleme ihtiyacının ortaya çıkmasında önemli sebep olmuştur³⁹.

19. yüzyılın son çeyreğinde “ilerleme devrinde”(progressive era) ekonomik olarak tren yolları ve diğer tekeller tarafından sömürüldüğünü düşünen tarımsal kesim, dini ve sosyal liderlerin önderliğinde yeni bir düzenleme isteğinde bulundu. Hükümet, ekonominin düzenlenmesi isteğine olumlu cevap vererek gerekli tedbirleri almasına karşın, Supreme Court federal devletlerin içinde cereyan eden ticari faaliyetlerin düzenlenmesinin Anayasaya aykırı olduğunu belirtti. Bunun üzerine Kongre, 1887 yılında tren yolları endüstrisinde rekabeti hukuka uygun düzenlemesi için Devletlerarası Ticaret Komisyonunu (Interstate Commerce Commission)(ICC) kurdu. Daha sonra, 1906 yılında Besin ve İlaç İdaresine (Food And Drug Administration'a) temel olacak Pure Food and Drug Act, 1907 yılında Meat Inspection Act(Et İnceleme Kanunu) ve 1914 yılında adil olmayan ticareti önlemek amacıyla Federal Trade Commission Act(Federal Ticaret Komisyonu Kanunu) yürürlüğe kondu⁴⁰.

³⁸ Strauss, *An Introduction To Administrative Justice In The United States*, p. 136.

³⁹ Pierce, Shapiro, Verkuil, *Administrative Law And Process*, p. 20.

⁴⁰ a.e., s. 31.

Devletlerarası Ticaret Komisyonuna(ICC), kamu yararı ve ihtiyaç olduğunda düzenleme yapma esnekliği tanınarak, Kongrenin tekelinde olması gereken ilk elden düzenleme yetkisinin devir edildiği iddiasıyla bir takım tartışmalar ortaya çıktı. Devletlerarası Ticaret Komisyonu, *tren yollarında fiyatlarını idari usule benzer bir metot ile belirledi*. Devletlerarası Ticaret Komisyonunun karar mekanizmasında görev alanlar Başkan tarafından atanmakla birlikte, ancak görevin kötüye kullanılması ve sağlık sebepleri ile bu görevden alınabiliyorlardı. Bu görevlendirme usulü komisyonlarda çalışanların yargıçlar kadar bağımsız olmalarını, aynı zamanda Kongre ve Hükümetten bağımsız bir teşkilat yapısına sahip olmaları nedeniyle “**dördüncü güç(branch)**” olarak tanımlanan bağımsız idari otoritelerin doğmasına neden oldu⁴¹.

Yeni normlar, daha önce tartışılmamış uzmanlık alanlarına ilişkin olduğundan karar vereceklerin de uzman olmasını zorunlu kılmıştır. Sonuç itibariyle, kararlarında ve görevlerinde teminatlı bağımsız makamlar ortaya çıkmıştır. Bağımsız idari makamlara görev alanları ile ilgili düzenleme(=kural koyma), bu kuralların yerine getirilmesini temin(=yürütme), düzene aykırı eylem ve işlem halinde yaptırım uygulama ve en önemlisi kimi durumlarda yargı yetkisi verilmiş idi. Böylesine bir yetkinin “devri”, özellikle özgürlüklere müdahale imkanının tanınması ve daha önce araştırılmamış sektörlere müdahaleyi zorunlu kılmaktadır. Yeni normlar yaratılması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu kararların doğruluğu büyük ölçüde o kararları verecek kişilerin uzmanlıklarına bağlı olup, kararlarında bağımsız makamların ortaya çıkmasına neden olmuştur⁴².

⁴¹ Glen O. Robinson, Ernest Gellhorn, Harold H. Bruff, *The Administrative Process*, West Publishing Company, St. Paul, 1979, p. 34.

⁴² Robson W. A., *Justice And Administrative Law*, (Third Edition), London, 1953, p. 625’ten nakleden A. Ü. Azrak, “Dünyada ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar”, *Yayınlanmamış Bildiri*, s. 1; Pierre Landron, *Fransız Devlet İdaresinde Kurulların Rolü*, Çev : A. Ülkü Azrak, *Ayrı Bası, Garanti Matbaası*, İstanbul 1970, s. 20.

Böylelikle, takdir ve düzenleme yetkisi belirli uzman bir grup tarafından kullanılacak, bağımsız kurulların dışında bulunan yetersiz bürokratların⁴³ karşılaştıkları sorunlardan kaçmaları engellenmiş olacak, sorumlulukta bu belirli grup üzerinde olacaktır⁴⁴. Bu nedenle, ilgililer açısından bürokrasinin etkisizliği önlenecek onun önemine rağmen yeniden yapılandırılması sağlanarak etkinleşmesi temin edilecektir.

Supreme Court, bir çok kararında anılan idarelerin düzenlemelerinin ilgililere dinlenme imkanı verildiği takdirde, başka bir deyişle idari usul uygulandığında, hukuka aykırı olmayacaklarını ifade etti⁴⁵. Böylelikle, dördüncü gücünde yetkilerini kullanması aşamasında denge unsuru belirlenmiş oldu⁴⁶. Yetkilerin tekrar düzenlendiği ve anlamı itibariyle bu yılları en iyi şekilde anlatacak olan pokerde kağıtların tekrardan dağıtılmasını anlamına gelen “**New Deal**” 1930’larda başlamış oldu. 1930’larda Amerika’da ekonomik ve sosyal patlamalar yaşanıyor, buna bağlı olarak büyük işsizlik bulunuyordu. Bununla beraber Common Law işçi, fakir ve toplumun geniş bölümünü koruyamıyordu.

Bu noktada, idari usule ilişkin düzenlemelerin bir tepki sonucu ortaya çıktığının tespit edilmesi gerekmektedir. Bu tespit ile, New Deal’ın amacı bağımsız idari otoriteler, bunların düzenlediği alanda faaliyette bulunan aktörler, Federal Devlet(=idare) ve diğer ilgililer arasında yetki ve etkileşim paylaşımının yeniden yapılmasıdır. Bir başka bakış açısıyla, idari usul ile sadece bireylerin hakkını korumak hedef olmamış, *“bürokrasinin karar almaya ilişkin tüm araçlara sahip olduğu ve aynı zamanda bu kararların keyfi olarak alınmadığını, yani rasyonel*

⁴³ Thomas O. Sargentich, “The Future of Amerikan Administrative Process”, *Administrative Law Review*, Volume 49 No 1 Winter 1997, p. 151.

⁴⁴ Charles H. Koch, “James Landis : The Administrative Process”, *Administrative Law Review*, Volume 48, No 3 Summer 1996, p. 423.

⁴⁵ Pierce, Shapiro, Verkuil, *Administrative Law And Process*, p. 32. Jones&Laughlin, Steel Corp, 301. U.S. 1 (1937). Özellikle 1937 yılında yayınlanan The Brownlow Report ile muhalifler bağımsız idari otoritelerin başsız, koordine edilemeyen ve sorumsuz dördüncü güç olduğunun altını çizmekte ve bunun dengesinin usuli düzenlemeler ile gerçekleştirilebileceğini ileri sürmekte idiler.

⁴⁶ Bu tespitler ile, Amerikan İdare Hukukunda “ilerleme çağının” bitişi, New Deal’in başladığı kabul edilmektedir.

olduğunu” göstermek için araç olarak da kullanılmıştır⁴⁷. İdari usul sürecinde titizlik ile hazırlanmış kararlar, etkin ve daha sonra ilgilileri tarafından kabul edilebilir bir hal almaktadır.

1937 yılında yayınlanan “Başkan Roosevelt tarafından oluşturulan İdari Yönetim Komitesi” (Roosevelt’s Committee On Administrative Management) raporunda, bağımsız idari otoritelerin sorumsuz ve koordine edilemeyen 4. güç olduğu ve bunun önüne ancak idari usul ile geçilebileceği açıklanmış idi⁴⁸. Başkan Roosevelt de bu raporu esas alarak 1939 yılında kurduğu (Attorney’s General’s Committee On Administrative Procedure) Komite çalışmalarına başlamıştır. Ne var ki, Kongre üyelerinden iki kişinin hazırladığı tasarı 1940 yılında Temsilciler Meclisinde kabul edilmiş, kendi kurduğu komisyon henüz çalışmalarını tamamlamadığı için Başkan Roosevelt de kanuna karşı veto hakkını kullanmıştır. Vetounun Temsilciler Meclisinde de kabulü üzerine, Komisyon çalışmalarına devam etmiş ve ancak 1941 yılında ayrıntılı bir rapor hazırlamış ve fakat II. Dünya Savaşı nedeniyle çalışmaya ara verilmiştir. Savaşın bitmesi üzerine tasarı yeniden canlanmış ve 1946 yılında kanunlaşmıştır.

Bu bağlamda, çalışmanın temelini ve gerekçesinin 1937 yılında düzenlenen rapor olduğu anlaşılmaktadır. Bu çalışmaya o günlerde ve herhalde, günümüzde de en çarpıcı yapıcı ve tenkit edici eleştiri 1938 yılında James M. Landis⁴⁹ tarafından yapılmıştır. Landis, idari usul ile idarenin nasıl çalıştırılacağına belirleneceği ve bunun sosyal sorunlara Amerikan tarzı bir yaklaşım olduğunu ve idari yapılanmanın ötesine geçmenin amaçlandığını belirtmişti⁵⁰. İdari usul, öncelikle kuvvetler ayrılığı teorisini güçlendirecek, yargısal denetimin yoğunlaşmasını sağlayacak, böylelikle

⁴⁷ John Hardin Young, “Administrative Procedure Act Of U.S.A.”, **İdari Usul Kanunu Hazırlığı, Uluslararası Sempozyum**, Ankara, 17-18 Ocak 1998, s. 24.

⁴⁸ Aynı düşüncenin devam ettiğine dair raporlara ilişkin bkz. Kemal Berkarda, “Amerika’da İdare Hukuku Var mı?”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, İstanbul, Yıl 2000, C. 13, s. 95, 38 nolu dpn.

⁴⁹ Landis, Securities and Exchange Commission üyeliğinden Harvard Dekanlığına uzanan ilginç, övgü dolu bir hayat hikayesi bulunmaktadır. Bu nedenle, anılan kişinin portresi, her iki tarafta aldığı görevler en son olarak da akademisyen kimliği 1938 yılında The Administrative Process isimli çalışmasına yansımıştır.

⁵⁰ Charles H. Koch, “James Landis : The Administrative Process”, p. 421.

idare hukukunun gelişime katkı sağlayacaktır⁵¹. Landis, bağımsız kurulların 4. güç iddiasına ilişkin olarak modern problemler karşısında yetersiz kalan Devletin içinde bir parça olduğunu belirtmiştir. “**Hareket serbestisine sahip idarede**”, uzmanların görev yapması ile “objektifliğin” sağlanacağı ileri sürülmüştür⁵². Yani, idarenin daha önce yaşananlar ile hareket serbestisini yanlış olarak kullanmasının önüne idareden bağımsız ve objektif kimliği öne çıkanların idare adına irade açıklaması amaçlanmıştır.

Çalışmasının sonucunda, idari usulün idarede esnekliği sağlayacağı, yargısal denetimin yoğunlaşacağı, idare tarafında karar alma aşamasında bağımsız uzman kişilerin bulunmasının hukuka uygun işlem tesisine neden olacağını ifade etmiş; asıl olarak “idari usul ile kararın kimin tarafından alındığını bilinecek, bu nedenle şeffaflığın gerçekleşeceği, idare içinde sorumluluğunda artacağının altını çizmiş, sorumlu olanın motivasyonunun artarak hukuka uygun davranmaya zorlanacağı iddiasında bulunmuştur⁵³. Bu da, karar alma aşamasında doğru ve titiz davranış modelinin oluşmasına neden olacaktır⁵⁴.

Uzun tartışmalar ve bir çok çalışma sonucunda kanunlaşan APA’nın gerekçesi daha önce ortaya koyduğumuz görüşlerin yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır :

1 - Kamuoyunu, idari makamların organizasyonları, usul ve kuralları hakkında sürekli bilgilendirmek,

2 – Düzenleme yapma aşamasında kamuoyunun katılımını sağlamak,

3- Düzenleme yapma aşamasında, yargısal benzeri usullerin kullanıldığı durumlarda herkes için uygulanacak standart usuli kurallar getirmek,

⁵¹ a.y.

⁵² a.y.

⁵³ a.y.

⁵⁴ Gelhorn, Boyer, **Administrative Law And Process**, p. 5.

4 – Yargısal denetime ilişkin kanunu tekrardan belirlemektir⁵⁵.

Amerika’da idari usul kavramının ortaya atılması ile çelişik bir çok kavram tartışılmıştır. Sonuç itibariyle, idari usul idarenin işlemlerinin etkinleştirilmesi, demokrasi, katılım, hareketsiz idare, yargısal denetimin yoğunlaşması, takdir yetkisinin kısıtlanması, ajanın sorumluluğu gibi konu başlıklarının tartışılmasına neden olmuştur.

2.2. İDARİ USUL KURALLARININ MUHAKEME HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Muhakeme, çekişmeli, ihtilaflı hale gelmiş bir uyuşmazlığın Devletin yargı fonksiyonunu yerine getiren mahkemeler önünde bağımsız ve tarafsız yargıçlarınca varılacak karara ulaşmada izlenecek yoldur. Görüleceği üzere, yargı eliyle çözümlenecek meselelerde genelde iki taraf ve bunların dışında konuyu kesin olarak nihayete erdirecek mahkemeler bulunmaktadır. Muhakeme aşamasında uygulanacak kurallar uzun yüzyıllar boyunca bu alanda işlenerek teknik bakımdan geliştirilmiştir⁵⁶. Halbuki, idarenin işlemlerini tesis ederken gözetmesi gereken usul kuralları ihmal edilmiştir. 19. Yüzyıla kadar idarenin hukuka uygunluğu için garanti olarak idarenin hukuka uygun davranması yeterli görülmekte idi.

İdari usul kuralları idarenin iç işleyişine yönelik kabul ediliyorlardı. Bununla beraber, günümüzde Hukuk Devletinın gerçekleşmesi için ek garantilere ihtiyaç duyulmuş, idari usul kuralları idarenin bir standart içinde herkese eşit davranması için takdir yetkisinin kısıtlanmasında araç olmuşlardır. Azrak, bu kriteri “*uygunluk ilkesi*” olarak tanımlamakta ve “karara bağlanacak olan meselenin özellikle kamu menfaati açısından önemi, süratle karar verme zorunluluğu, kararın kolay veya güç verilmesi veya kısaltılmasını, duruşma yapılmasını veya yapılmamasını

⁵⁵ Attorney General’s Manuel On The Administrative Procudure Act, (Çevremiçi) <http://www.law.fsu.edu/library/admin/1947i.html>.(20.04.2003)

⁵⁶ Azrak, *Umumi İdari Usulün Teorik Esasları*, s. 25.

gerektirebilecek” dinamik ve etkin idarenin temini için en uygun kuralların belirlenmesi olduğunu ifade etmektedir.

Kıta Avrupası’nda usul kurallarının ihmal edilmesinin bir sebebi de, hukuka aykırı işlemlerin vatandaşa değil Krala yönelik yapıldıklarının kabul edilmesidir. Bu nedenle, hukuka aykırı kararlar yargının değil Kraliyetin gözetimi altındadır. Bu sistem içinde, idari usul kurallarının muhakemedekiler kadar gelişmesi mümkün olmamıştır. 20. yüzyılda idari usul kurallarına ihtiyaç duyulması üzerine kimi muhakeme kurallarından yararlanılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Ne var ki, her iki grubun gerek başlangıç noktası gerekse vardıkları sonuç itibariyle farklılık arz etmesi, muhakeme kurallarının birebir idari usulde uygulanamayacağını ortaya çıkarmıştır.

Muhakeme kurallarından idari usul ile bağdaşabilenlerin uygulanması gerekmektedir. Bu bağlamda, idareye hukuk kuralları içinde kalarak hareket serbestisi sağlayacak usul kurallarının uygulanması doğru ve yerinde olacaktır⁵⁷. İdari usul ilkelerinin tespitinde muhakeme kurallarından yararlanma “idarenin yargısallaşması”⁵⁸ anlamına gelmemektedir. Nitekim, böyle bir tanımlama idare tarafından verilen kararın yargı ilamı ile eşdeğer olmasına, tarafların hak ve yükümlülükleri ile idarenin karar aşamasında gözetmesi gereken ilkelerin farklılaşmasına neden olacaktır.

İdare makamları idari usul kurallarını uygularken, üçüncü kişi konumunda değildir. Özellikle, kimi idari işlemler ilgisine hak tanıdığı gibi bir başkasına mükellefiyet getirmektedir. İdare, her iki tarafın “*önünde*” veya “*karşısında*” “bağımsız” üçüncü kişi olarak faaliyet göstermemektedir. Bu bağlamda, tarafsız yargıçlar gibi uyuşmazlık ile aralarına doğru bir mesafe koyamamaları eleştiri konusu yapılmıştır⁵⁹. Ne var ki, İdare kendisine yüklenilen kamu yararını üstün kamu gücü kullanarak yerine getirme işlevini görmektedir. Bu amaç nedeniyle idare

⁵⁷ Azrak, *Umumi İdari Usulün Teorik Esasları*, s. 171 – 172.

⁵⁸ Akıllıoğlu, *Yönetim Önünde Savunma Hakları*, s. 43

⁵⁹ Ali Ulusoy, “Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara, Yıl 2000, Sayı 2, s. 54.

“tarafsız” da değildir⁶⁰. Muhakeme de ise, eşit iki iradeden biri veya her ikisi hakkının korunması için devletten bağımsız olarak karar vermesini, bu ilamını gerekirse zorla yerine getirmesini istemektedir⁶¹. İdari usulde, özellikle görüşünü beyan eden ilgilinin bu iradesi idareyi bağlamamaktadır. İdare, kamu görüşü ötesinde kamu yararını tespit edecektir. Sonuç itibarıyla, ilgililerin ortak iradesi kamunun görüşü olmasına karşın kamunun “yararı”nı tespit edecek olan idaredir.

Muhakeme konusu yapılan ihtilaf belli aşamadan sonra esas bakımından kesin hüküm oluşturmakta, tarafları bağlamaktadır. Mahkeme kararı da ancak sınırlı hallerin gerçekleşmesi halinde daha önceden halledilmiş bulunan uyuşmazlığın tekrar irdelenmesi istenebilmektedir. Bu nedenle, muhakeme sonucunda verilen kararlar kesin hükmün etki ve sonuçlarını doğurmaktadırlar. İdari işlemler ise, hiçbir zaman kesin hükmün “kesinliğine”, katiliğine sahip değildirler⁶². İdari işlemler dava açma süresi geçtikten sonra “idare” ve “ilgilisi” açısından kesinlik kazanır. Yalnızca, bu kesinliğin ayırt edilerek ilgisinin dava açma hakkını ortadan kaldırdığını, işlemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmadığını, kamu gücü, işlemde istikrar nedeniyle katlanılmak zorunda kalındığını ifade etmektedir.

Öte yandan, idare hukukunda kazanılmış hakkın müesses durum olarak nitelendirilmesi sonucu istisnai durumlarda ilgilinin hakkının korunduğu bilinmektedir. “Baskın kamu yararı”nın gerçekleşmesi halinde kesinleşmiş işlem, ilgisinin başvurusu veya idarenin resen hareket etmesi sonucu kaldırılabilir. İçeriği değiştirilecektir. Böylelikle, idari işleme katlanılması ile sonuçlanan dava açamama süreci, işlemi kesin hüküm etkisi ile donatmamaktadır.

Diğer bir kriter ise, Devlet fonksiyonlarının faaliyetlerine ilişkin olup, İdare ve Yargı arasında görev paylaşımıdır. Buna göre, öncelikle idare ajanları mahkeme

⁶⁰ Aksine görüş için bkz., Azrak, *Umumi İdari Usulün Teorik Esasları*, s. 71.

⁶¹ Aksine görüş için bkz., Azrak, *Umumi İdari Usulün Teorik Esasları*, s. 70. Azrak, mahkeme kararının objektif olması ile, idarenin ilgililere aynı mesafede olması sonucu oluşacak eşitliği birlikte algılamaktadır. İdarenin sonuç itibarıyla objektifliğini kararlarına da yansıtması umulmakta ise de, bu bir zorunluluk değildir.

⁶² Aksine görüş için bkz., Azrak, *Umumi İdari Usulün Teorik Esasları*, s. 59.

üyeleri gibi bağımsız karar vermemektedir⁶³. Bu nedenle, idare ile mahkeme kararları her şeyden önce fonksiyon açısından farklılık arz etmektedir. Mahkeme ile idari kararların sosyal hayata yansması ile kamu yararının gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır. Devleti oluşturan organların ortak noktası “kamu yararıdır”. Bu gerekçe ile, mahkeme kararı ile idari işlemin ortak paydasının “kamu yararı” olmaması gerekmektedir.

Yargı kural olarak, yasaların uygulanmasını sağlar. Oysa, idari yargının istisnailiği sadece uygulayıcı yürütücü organın değil, aynı zamanda karar alan, kural koyan bir organın bu niteliğinin denetlenmesinde yatmaktadır⁶⁴. İdari yargının misyonu onu Adli yargıdan farklı hale getirmektedir. İdari işlemlerin, çekirdeğinde bir takım hususlar takdir yetkisinin nüvesi kabul edilmekte ve yargı denetimi dışında bırakılmaktadır⁶⁵. Yargıç ise, önceden konulmuş kurallara sıkı sıkıya bağlıdır. Bu nedenle, yargıç ile idare ajanının karar verme aşamasında hareket tarzları ile amaçları farklılık göstermektedir⁶⁶.

Mahkemeler tespit ilamları dışında önce ihtilafı belirler ve daha sonra kurucu bir hükme varır. İdare de önce uygulayacağı karara ilişkin hukuksal veya maddi durum tespiti yapar, daha sonra da nihai kararını açıklar. Mahkeme kararlarında tespit açık biçimde görülmekle birlikte, idari işlemlerde tespitin yer almasına ilişkin bir zorunluluk yoktur. Bununla beraber, daha sonra açıklayacağımız üzere işlemin gerekçesinin işlem metninde yer alması zorunluluğu bu eksikliği giderecek, işlemi mahkeme ilamına benzer bir hale getirecektir. Muhakeme hukuku maddi gerçeğin

⁶³ AİHM, Tabipler Odasının meslek mensubunu meslekten çıkarma konusunda “oturum” yaparken aleniyeti sağlamamasını, adil ve bağımsız yargıçlar tarafından yerine getirilmediği bu nedenle adil yargılanma hakkının “henüz ihlal” edilmediğine karar vermiştir.(Le Compte, Van Leuven ve De Meyere (v) Belçika, 23.06.1981, 6778/75). Karar, hakimlerin bağımsızlığını ortaya koyarak Oda mensuplarından farkını belirlemiştir. Osman Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, Beta, , İstanbul, 2002, C. I, s. 528.

⁶⁴ Nuri Yaşar, **İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç ve Yargısal Emir**, Filiz Kitapevi, İstanbul, , 2002, s. 16.

⁶⁵ Bu ifade idarenin “keyfi” olarak hareket edebileceği anlamını taşımamaktadır.

⁶⁶ Aksine görüş için bkz., Azrak, **Umumi İdari Usulün Teorik Esasları**, s. 51.

şekliyle⁶⁷ ilgilenmekle beraber idari usul şeklinin yanı sıra maddi gerçeği de kapsamaktadır.

Doktrinde, bağımsız idari makam kararlarının mahkeme ilamı olarak nitelendirilmesi ve aynı anlamda yargı organı olarak kabul edilmesi gerektiği iddia edilmiştir⁶⁸. İdari usul sonucu oluşan iradeye mahkeme kararı veya yarı yargısal bir işlev verilmesi amaç dışı bir durum yaratmaktadır. İdarelerin yarı yargısal metot izleyerek kazai benzeri, yani mahkemelerde uygulanan yargılama usulüne benzer bir usul uygulaması idari tasarrufları kazai hale getirmez. “Bazı tasarrufların tesisi aşamasında tam yargısal dereceye ulaşan bu “kazai – benzeri usul”, ihtilafli durumda ihtilafı ortadan kaldırmak değil, henüz ortada ihtilaf yokken, alındıktan sonra bir uyuşmazlığa yol açmayacak sıhhatli bir kararın verilmesini ve idari işlem sürecinde demokratlaşmayı sağlamak için uygulanıyor, yararlanılıyor; tabi yapılmış bir idari işleme, gene idare makamları nezdinde itiraz edilince, bir ihtilaf doğmuş oluyor. Fakat, idarenin bu tür usullerle aldığı kararları kazai tasarruf ve mercileri yargı yeri ve bunların aleyhine mahkemelere yapılan müracaatları da temyiz saydığımız takdirde, idari merci öz niteliğini kaybedecektir”⁶⁹.

İdari usul, daha öncede açıklandığı üzere, kimi acil karar alınması gereken durumlarda istisnai olsa da uygulanmayı gerektirmeyecek, bununla beraber diğer konularda da içerik olarak idarenin hareket serbestisini tam olarak kısıtlamayacak, idarenin “iç işleyişini” yavaşlatmayacak, kararın tesisini geciktirmeyecek ilkeleri barındırmasını zorunlu hale getirmektedir. Bu bağlamda, muhakeme hukukunun ilkelerinin idari usulde yer almasına bir engel bulunmamakla beraber, az önce ifade edilen kamu yararının temini için “elverişli” olan kuralların seçilerek uygulanması doğru ve yerinde olacaktır. Keza, bu noktada iki faktörün, kamu ve özel yararın dengelenmesi gerekmektedir. İlgilisine gerekenden fazla usuli hakların tanınması, işlemin tesisini geciktirmekte, bu da o oranda ilk bakışta ilgilinin yararına bir durum

⁶⁷ Nurullah Kunter, **Muhakeme Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Kazancı Yayıncılık, İstanbul, 1981, s. 5.

⁶⁸ Ejder Yılmaz, “Rekabet Kurumu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları”, **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları**, Rekabet Kurumu Yayınları No 40, Ankara, Kasım 1999, s. 112-113.

⁶⁹ Sait Güran, **Bölge idare Mahkemeleri ve Danıştay Üzerine Yapısal Bir Deneme**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, , 1977, s. 79-80.

yaratsa da sonuçta gecikmeden doğan olumsuzluk söz konusu olmaktadır. Bu nedenle, idari usul düzenlemeleri “*minimal fayda- zarar dengesi*” gözetilerek belirlenmelidir⁷⁰.

2.3. İDARİ USULÜN FAYDALARI VE AMAÇLARI :

İdari işlemlerin tek yanlı olarak hukuksal sonuçlar doğurduğunu daha önceki bölümde açıklamış idik. İdari usulün uygulanması ile idarenin tek yanlı işlem tesis etme hak ve yetkisi ortadan kalkmamaktadır. İşlem ile ilgisi olanların idari usulün tanıdığı haklardan yararlanarak idarenin önünde açıklamada bulunmaları, maddi gerçeğin ortaya çıkmasına yönelik çabaları, idarenin tek taraflı karar verme olanağını ortadan kaldırmamaktadır. Keza, idari usul sürecine katılanların iradesine uyulması zorunlu değildir. O halde, usul süreci maddi gerçeğin bulunmasına yardımcı olmanın yanı sıra, işleme olan inancı, güveni arttırmaktadır. Günümüzde idari usul kuralları maddi hukuka anlam kazandırmakta, bu haliyle sadece idareye usuli sınırlama getiren hükümler olarak algılanmamaktadır⁷¹. Bu bağlamda, idari usul sürecinin genel anlamda maddi ve usul hukukan hizmet eden yararları bulunmaktadır.

2.3.1. DEMOKRASİYE İNANÇ

Bir yönetimin “demokratik” olabilmesi için görevlilerin asıl olarak seçim ile iş başına gelmesi gerektiği belirtilmiştir. Ne kadar çok kamu görevlisi seçim ile görev alırsa yönetimin o kadar demokratik olacağı ifade edilmiştir⁷². ABD’nde kamu görevlilerinin çoğunluğu seçimle iş başına gelmektedir. Buna karşın, demokrasinin gerçekleşmesi için “seçimle göreve” gelme tek başına yeterli olmamış, seçimin yanında idari usul hükümleri “demokrasinin teminatı” olarak düşünülmüştür.

⁷⁰ Gelhorn, Boyer, **Administrative Law And Process**, p. 155-156.

⁷¹ Micheal Asimov, “The Fourth Reform : Introduction To The Administrative Law Review Symposium On State Administrative Law”, **Administrative Law Review**, Volume 53, Number 2, Spring 2001, p. 397.

⁷² İl Han Özay, “Demokratik Yönetim ve Demokrasi”, **İdari Usul Kanunu Hazırlığı, Uluslararası Sempozyum**, Ankara, 17 – 18 Ocak 1998, s. 275

Demokrasi, vatandaşların kendi kendini yönetmesi, kendilerini yönetimin birimlerinde temsil ettirmesi, “halkın, halk tarafından ve halk için yönetimi”⁷³ anlamına gelmektedir. Halkın kendi kendisini yönetmesi fiilen mümkün olmadığından, temsilciler aracılığıyla yönetim gerçekleştirilmektedir. Seçilmişler üzerindeki denetimin aracı yine seçim olabilmektedir. Bununla beraber, araştırmaların ortaya koyduğu sonuçlara göre, denetimin sadece seçimler eliyle yapılması halkın politikaya ilgisizleşmesini, bilgisiz kalmasını, dolayısıyla İdareye yabancılaşmaya neden olmaktadır⁷⁴. Demokrasinin sonunu getirecek uzaklaşmanın önüne halkın yönetime katılımı ile geçilebilecektir. Bireyin idarenin işleyişine katılımı sorumluluk duygusunu arttıracak, demokrasi bilinci gelişecektir.

Önemli kamusal düzenlemelerin yapılmasında halkın katılımı sağlanmamakta, böylelikle kamu görevlilerinin ilgililere karşı doğrudan sorumluluğu da bulunmamaktadır. İdarenin karar alma sürecine “meşru” yollardan katılma hakkı tanınan vatandaşların, süreç boyunca yaptığı katkı ile “*demokrasiye*” olan inancı artacaktır. Böylelikle, işlemin tesisi “açık”, şeffaf” bir şekilde gerçekleştiği için herhangi bir tereddüt yaşanmayacak, idare ikna edici olacak ve kamu hizmeti etkinliği artacaktır. “İdari kararlara konu olan vatandaşların, dernek ve kuruluşlar veya bizzat kendilerinin katılımları demokrasiye karşı kavramlar olarak kabul edilmemektedir”⁷⁵. Bu nedenle, çağdaş uygulamalarda kollektif ve bağlayıcı kararlar almanın benzersiz bir yöntemi esas itibarıyla ilgililerin katılımının gerçekleştiği katılım modeli ile mümkün olabilmektedir⁷⁶. Katılım yoğun bir şekilde gerçekleşir ise bu takdirde özyönetimin ortaya çıkacağını belirtmekte fayda bulunmaktadır. Bu gerekçe ile gerçek katılımın sağlanması için katılanların üstünde bir yönetim aygıtının bulunması zorunludur⁷⁷.

⁷³ Giovanni Sartori, “**Demokrasi Kuramı**”, Çev : Deniz Baykal, **Siyasi İlimler Türk Derneği**, Yayın No 23, Ankara s. 23

⁷⁴ Kanlıgöz, “Katılımcı Demokrasi ya da İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Üzerine”, s. 172.

⁷⁵ E. Malaret Garcia, “Demokratik Kontrol ve Katılım”, yayınlanmamış bildiri, **Anayasa Hukuku Uluslararası Kongresi**, Ankara 9- 13 Ocak 2001.

⁷⁶ A. Dahl Robert, **Demokrasi ve Eleştirileri**, Çev : Levent Köker, Yetkin Basımevi, Ankara, 1993, s. 6.

⁷⁷ Cem Eroğlu, **Devlet Yönetimine Katılma Hakkı**, s. 176.

Nitekim, yönetimin etkinliğinde vatandaşların rolü, “eş” ve “değişik” yönlü davranışları önemli rol oynamaktadır⁷⁸. Eş yönlü davranış ile, hizmetten yararlananların etkisi kamusal yönetimin faaliyet alanı ile aynı doğrultuda olmakta, “onu güçlendirmektedir”⁷⁹. Değişik yönlü davranış modelinde, idarenin rehabilite edilme amacı yoktur, idareye karşıtlık söz konusudur. “Katılmada temel hareket noktası, yönetimle vatandaş arasındaki karşıtlığı giderme veya azaltmanın yanı sıra, otoritenin karar ve denetim sistemleri üzerinde bireyin etkin olmasının teminidir”⁸⁰. Bu halde katılım bireyin, vatandaş hassasiyetinden veya kişisel ıslahtan “aktif vatandaş” olmasını sağlamaktadır⁸¹.

2.3.2. KATILIMIN DEMOKRASİ İLE İŞBİRLİĞİ

Bireyin, seçimlerde oy kullanma dışında, kendisini birebir ilgilendiren konularda görüş ikame etmesi yönetimde demokrasinin teminine yöneliktir. “Katılma, ortaya atılan çözüm önerisine evet veya hayır demek olmayıp, idarenin herhangi bir konuda yapmak istediği çalışma ile ilgili verdiği bilgilerin halk tarafından değerlendirilmesi sonucunda oluşan görüşlerin yönetime iletilmesidir. Böylece, siyasi demokrasinin yanında idari demokrasinin de gerçekleştirilmesi ile devletin bürokratik mantığı kırılacaktır”⁸². Vatandaşların idari işlem sürecine katılımı demokrasiye olan inancı artırmanın yanı sıra, idarenin denetimini, açıklığını (=aleniyet) da sağlamış olmaktadır. Açıklık, “samimiyet”, “hukuki güvence”, “içtenlik” ve idarenin sorumluları ve ilgililer arasında oluşacak denge anlamına gelmektedir⁸³.

İdarenin tek yanlı karar alma sürecinde kapalılığın aralanması ve çeşitli ölçülerde açıklığa gidilerek işlemin “oluşumu” genişliğine çıkacak, bu suretle kamu

⁷⁸ Mümtaz Soysal, **Halkın Yönetime Etkisi**, TODİE Yayınları, Ankara, 1968, s. 1.

⁷⁹ Şerif Öner, “Belediye Meclis Üyelerinin Yerel Katılım Algılaması”, **Türk İdare Dergisi**, Yıl 72, S. 428, Eylül 2000, s. 134.

⁸⁰ a.y.

⁸¹ Pierce, Shapiro, Verkuil, **Administrative Law And Process**, p. 29.

⁸² Gürsel Özkan, “İdari Usul”, **Danıştay Dergisi**, Sayı 101 Yıl 30, 2000, s. 31.

⁸³ Lütfi Duran, “İdari Usul İlkeleri ve Kapsadığı Konular”, **İdari Usul Kanunu Taslağı, Uluslararası Sempozyum**, Ankara, 17- 18 Ocak 1998, s. 28

gücü mukabil ağırlık ile dengelenecek, kamu makamları daha sağlıklı karar alacaktır⁸⁴. Bu dengede, açıklığın gerçekleştirilmesinin sınırını “kamu düzeni” oluşturmakta⁸⁵, kimi durumda açıklık sınırlanabilmektedir. Örneğin, imar planlarının yapılış sürecinde “*önce karar verilir, daha sonra itiraz sahipleri dinlenir*” usulü geçerlidir⁸⁶. Açıklığın sınırlanmasında kamu düzeni gibi geniş ve her yöne çekilebilecek bir ifadenin kullanılması, doğasında her şeyi saklama içgüdüğü olan idarenin açıklığın aleyhine davranacağına kuşku bulunmamaktadır. Öyleyse, her iki menfaatin denge unsurlarının tespit edilerek, kanunda nelerin gizli kalacağına belirlenmesi ilgilinin, aynı zamanda idarenin yararınadır.

Açıklık, gizliliğin karşıtıdır. Yönetimde gizlilik ise her türlü bilgi ve belgenin gizli olması gibi, işlemin tesis aşamasının da kapalı kapılar arkasında yapılması anlamındadır⁸⁷. Yönetimler, sadece bünyesinde bulunan görevliler ile uzmanlarının bildiği konuların dışarıdan müdahale edilmeden sonuçlandırılmasını arzu etmektedir. Böylelikle, idarenin kamuoyu baskısından uzak bir şekilde kamu yararını daha etkin gerçekleştirebileceği zannedilmektedir. Bununla beraber, gizlilik aynı zamanda idarenin içindeki yetersizliği örtme aracı olarak da kullanılmaktadır. Toplumda bazı önemli bilgilerin sadece belli kesimlerce bilinmesi “iktidar”, “güç” simgesi olarak algılanmış⁸⁸ bu husus Devletin yüceliği ile bağdaştırılmıştır.

Açıklık, az önce ifade edilen kamu düzeni sınırlaması dışında ilgililerin bilgi ve belgelere ulaşımını temin etmektedir. Öte yandan, idarenin karar alma süreci içinde yapılan bütün müzakereler, kurul toplantıları, ilgilere açık hale gelmektedir⁸⁹. Açıklık, kuşkusuz sadece bilgilenme değil, idari makamların faaliyetlerine ilişkin

⁸⁴ Sait Güran, “Yönetimde Açıklık”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Yıl 3, S. 1-3, 1982, s. 102.

⁸⁵ Tekin Akıllıoğlu, “Yönetimde Açıklık – Gizlilik Bilgi Alma Hakkı”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, II. Kitap, Kamu Yönetimi, 1990, s. 806.

⁸⁶ Tekin Akıllıoğlu, “İmar Kanunu ve Yönetim Hukuku”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 19, S. 2, Haziran 1986, s. 94.

⁸⁷ Hakim Brandies, “*günışığı mikropları temizlemenin en iyi yoludur. Elektrik ise, mikroplara karşı en iyi koruyucudur*” ifadesini kullanarak açıklığı tanımlamıştır. Öte yandan, Amerikalılar, açıklığın sağlıklı etki ve sonuçlarına kesin olarak inanmakla beraber, idarenin tabiatında olan “gizlilik” için güçlü bir antipati yarattığını farkındadırlar. Schwartz, *Administrative Law*, s. 129.

⁸⁸ Musa Eken, “Kamu Yönetiminde Gizlilik Geleneği”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 27, S. 2, Haziran 1994, s. 31-37

⁸⁹ Zehra Odyakmaz, “İdari Usulden Beklentilerimiz”, *İdari Usul Kanunu Taslağı, Uluslararası Sempozyum*, Ankara, 17 – 18 Ocak 1998, s. 2.

dosyaların açık tutulması, isteyene gösterilmesi, tanıklık edilmesi, izlenmesi ve dosyadan örnek alınması anlamına gelmektedir⁹⁰. Böylelikle, açıklık, yargısal denetime etkinlik kazandırmanın yanı sıra, hukuka aykırı davranma isteminde olan veya yeterince aydınlatılmadığı için bilmeden hukuka aykırı davranacak kamu görevlileri üzerinde önleyici etki gösterecektir. Bununla beraber, idarenin amacıyla, idarenin varlık sebebi olan hizmetten yararlanan arasında araç - amaç uyumunun temin edilmesi gerekmektedir. İdare ile hizmetten yararlanan arasında idarenin amaçlarının tartışmasız bir şekilde açık olarak gerçekleştirilmesi, şekillendirilmesi örgütsel başarının vazgeçilmez ön şartıdır⁹¹.

5176 Sayılı “**Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması**” ve Bazı Kanunlarda Değişiklik yapılması Hakkında Kanun 08.06.2004 tarih ve 25486 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanunun 1. maddesinde “kamu görevlilerinin uymaları gereken saydamlık, tarafsızlık, dürüstlük, hesap verilebilirlik, kamu yararının gözetme gibi etik davranış ilkeleri belirlemek ve uygulamayı gözetmek” üzere anılan Kurulun kurulduğu belirtilmiştir. Kanun, yukarıda sayılan ilkelerin kamu personeline yönelik uygulanmasını sağlamak ve metninden anlaşıldığı üzere daha ziyade denetlemek üzere çıkarılmıştır.

Katılımın bir diğer sonucu da, “eğitseldir”⁹². Katılım süreci ile bireylerin gelişimi, kollektif karar alma, bireysel çıkar ile kamunun genel çıkarlarının örtüşmesi, uzlaşması, sonuç olarak da bireysel değil toplumsal olarak hareket etmenin önü açılmış olacaktır⁹³. **Katılım, idari kararların doğrudan uygulanması ile oluşacak olumsuz tavırları ve sürüşmeleri önler**⁹⁴. Aldığı kararlar toplumda önemli tepkiler oluştuğunda idarenin bunları geri aldığı da görülmektedir. İdarenin bireylere danışarak onların görüşünü alması, yönetimin güç duruma düşmesini önleyici yöntemler arasında sayılmaktadır⁹⁵. Bu bağlamda, idarenin karar alma

⁹⁰ Akıllıoğlu, “Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı”, s. 805

⁹¹ Kurthan Fişek, **Yönetime Katılma**, TODEİ Yayınları, Ankara 1977, s. 33; Yazar, çalışmasını işveren ve işçi boyutunda gerçekleştirmiş, ifade tarafımızdan değiştirilerek uyarlanmıştır.

⁹² Öner, “Belediye Meclis Üyelerinin Yerel Katılım Algılaması”, s. 135.

⁹³ a.y.

⁹⁴ Eroğlu, **Devlet Yönetimine Katılma Hakkı**, s. 175.

⁹⁵ Özkan, “İdari Usul”, s. 31.

sürecine katılan ilgili işlem hakkında her türlü bilgi ve belgeye sahip olacak, işlemin tesis edilmesi hususunda tezahür eden sebep ve yöneldiği kamu yararına olan inancı artacak, onu her aşamada savunacak⁹⁶ böylelikle işleme karşı dava açmasının önüne geçilmiş olacaktır.

Başbakanlık İdareyi Geliştirme Başkanlığının 1997 yılında daire başkanı, genel müdürler, kurum ve kurul başkanları, müsteşar yardımcıları, müsteşar, rektör ve validen oluşan 750 denek ile gerçekleştirdiği ankette, “idari usulün yasa ile düzenlenmesinin” hukuka aykırı eylem ve işlemlerin tamamen önüne geçileceğini böylece yargının yükünün azalacağı sorusunu %64’ü, idari karar almadan önce ilgilinin bilgi sahibi olmasını da %92’si olumlu yanıtlamıştır⁹⁷.

ABD.’nde yarım asırdır uygulanan idari usul kurallarının yeterince etkili olmadığı ve istenilen açıklığı sağlamadığı eleştirisi getirilmiştir. İdari usulün bir adım ileri götürülmesi için de, koordine edilmiş planlama mekanizması ve düzenleyici işlemlerin daha açık bir şekilde ilanı ve geniş katılımın sağlanması önerilmiştir. Bununla beraber, katılımda kullanılacak bilgilerin temini için de “sergilenebilecek bilginin” kullanımının özendirilmesi, katılım ve şeffaflığın artırılması gerektiğinin altı çizilmiştir⁹⁸.

Karar alma sürecinin yargısal usule benzer bir biçimde düzenlenmesi, alt idare makamının ürettiği kararda bir hukuka aykırılık varsa bunun hiyerarşi içinde giderilmesi sağlanır. Bu bakımdan, idari usul uyuşmazlıklar konusunda filtre görevi görür ve uyuşmazlıkların mümkün olduğu kadar yargı organı önüne götürülmeden, bizzat idarenin içinde çözümlenmesini sağlar⁹⁹. Aksinin kabulünde, idarenin, kendi

⁹⁶ Senihi Kitapçı, “Katılım Üzerine”, **Planlamaya Katılım**, Türkiye’de 14. Dünya Şehircilik Günü Kolokyum, İstanbul Teknik Üniversitesi, İstanbul, 6-8 Kasım 1990, s. 27.

⁹⁷ Gürol Banger, Türk “Kamu Yönetiminin İdari Usul Hakkında Düşünceleri Araştırma Anketi Sonuçları”, **İdari Usul Kanunu Hazırlığı, Uluslararası Sempozyum**, Ankara, 17-18 Ocak 1998, s. 105.

⁹⁸ “Twenty – First Century Governance : Improving The Federal Administrative Process A Report For Tha President – Elect Of The United States”, **Administrative Law Review**, Volume 52, Number 4, Fall 2000, p. 1104-1006.

⁹⁹ Ali Ülkü Azrak, “İdarenin Yargısal Denetimine İlişkin Sorunlar”, yayımlanmamış bildiri, s. 26. Alan aynı görüşü, “*idari usul yasasının amacı, bir yandan hukuka uygun işlemler yapmaya zorlamak;*

içinde çözebileceği ihtilaflar için bile yargı organları önüne gidilmesi, sonuç olarak işlemlerinin iptal edilmesi idareye olan inancı azaltmaktadır¹⁰⁰. Nitekim, bu husus “Merkezi Hükümet Teşkilatı Araştırma Projesi Yönetim Kurulu Raporu”nda, **“Devletin büyük, küçük bir sürü ihtilafla yargılama mercileri önüne gitmesi doğru ve hiç değilse hoş değildir”** ifadeleriyle belirtilmiştir¹⁰¹.

Bu durum, özellikle eylemden kaynaklanan zararların tazmini için idareye yapılan zorunlu başvuruda görülmektedir. Zararı doğuran eylemde kusurlu olan idarenin bunu idari yollarla tazmin usulünden kaçınması ve yargı kararını beklemesi “idare edileni idareden soğutur ve bu sebeple başkaca zararlar hasıl olur”¹⁰². Keza, Yüksek Mahkeme bir kararında *“hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümü mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemeyeceği kuralına rağmen, hakimin kendisinin çözebileceği bir hususu bilirkişiye göndermesi yalnız pahalı yargı olgusunu gerçekleştirmekle kalmaz; hakime ve yargıya karşı duyulması gereken saygı ve güveni de tartışmalı yapa(cağını)”* açık biçimde dile getirmiştir¹⁰³.

Yukarıda anılan hükümde, yargıdan beklenen doğru, yerinde kararı hızlı bir şekilde vermesidir. Bunun yanında, hakim tarafından engelleyici davranışın yargıya olan inancı azaltacağıının altı çizilmiştir. Mevcut idari usul kuralları arasında bu inançsızlığı körükleyecek olanlar bulunmaktadır. Faydasız usuli hükümler, idari eylemden kaynaklanan zararların tazmini için öngörülen zorunlu idari usul kuralları önce bütçede ödeneğin olması, sonra da zararın tazmininde miktarı belirleyecek

bir yandan da menfaati ihlal edilenleri yargıya başvurmadan önce idari itiraz yollarına yönelterek uyumsuzluğu idare içinde çözmek” olacağı şeklinde ifade etmektedir. Nuri Alan, “İdari Yargının Dünü, Bugünü, Sorunlar ve Çözümü”, **Yeni Türkiye Dergisi, Yargı Reformu Özel Sayısı**, Yıl 2, Sayı 10 Temmuz – Ağustos 1996, s. 729.

¹⁰⁰ Bunun ötesinde, iptal davası ucuz bir dava türü olarak öngörülmüş olmakla birlikte günümüzde bu amacından sapmıştır. İptal davasının açılması aşaması ucuz olmakla birlikte devamında yapılan yargılama giderleri anılan amacın ortadan kalkmasına hakimin ya davayı reddine ya da mevcut yetersiz bilgi ile karar vermesine neden olmaktadır. Bu yönüyle, ilgililer hukuka aykırı işlemlere “maddiyattan kaynaklanan” gerekçe ile katlanmak zorunda bırakılmaktadır.

¹⁰¹ **Merkezi Hükümet Teşkilatı Araştırma Projesi Yönetim Kurulu Raporu**(Mehtap), TODEİ Yayını, Ankara, , 1963, s. 226.

¹⁰² Kemal Galip Balkar, “İdare ve Halk Arasındaki Münasebetler”, **Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt XVIII, Ankara, Mart 1963, s. 431.

¹⁰³ Y.4.HD., 13.10.1986, E. 1986/6304, K. 1986/7006 (Mevzuat Bilgi Bankası).

ajanın sorumluluk taşımak istememesi nedeniyle hemen hemen her olayda reddedilmiş ve idari usul sürecine inancın azalmasına neden olmuştur.

Yöneticiler doğrudan yönetilenlere karşı sorumlu değildirler. Onlar, siyasi açıdan yönetilenlere karşı sorumlu olan siyasilere karşı sorumludurlar. Ajanların davranışlarının hukuka uygun hale getirilmesi ve sorumluluktan kaçmaları memurların yasalarda belirlenen davranışları sergilemelerinin temini ile olacaktır. Bu da, idarenin etkin bir şekilde iç denetimine tabi tutulması ile gerçekleşecektir¹⁰⁴. Devletin işlemlerini sürüncemede bırakması, ajanın işlemin gereğini yapmak için yargı kararını beklemesi “ajanın” sorumluluk duygusundan kaynaklanmaktadır¹⁰⁵. Ajanın tesis ettiği işlemlerden dolayı sorumsuz olma isteği, pek çok haklı talebin hukuka aykırı bir şekilde reddine neden olmaktadır. İdari usul hükümleri, işlemin tesisi aşamasında idari işlemin unsurlarının açık ve net bir şekilde ortaya konmasına, ajanın tercihini gerekçeli olarak belirtmesine neden olduğu için anılan psikolojik sorunun aşılmasında önemli bir rol oynayacaktır¹⁰⁶. İdari usul, idarenin çalışmasını basitleştirir ve idare ajanlarının görevlerini güvenli ve kuşkulardan arındırılmış bir temele dayalı olarak yürütmelerini¹⁰⁷ temin ederse az önce ifade ettiğimiz ajanın sorumsuzluk duygusundan kurtulmasını, karar aşamasında idare ajanının kendine olan güveninin gelişmesini sağlar¹⁰⁸.

2.3.3. YARGILAMA AŞAMASINA YARDIM

Öte yandan, idare işlemin tesisi aşamasında işlemin sebeplerini somut olarak ortaya koyacaktır. İlgili, usul sürecinde delil ikame etme, özellikle bilirkişi raporu sunma veya idarenin re’sen bilirkişi incelemesi yaptırması gibi önemli savunma

¹⁰⁴ Bilal Eryılmaz, “Kamu Bürokrasisinin Denetlenmesinde Yeni Gelişmeler”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. XXVI, S. 4, Ankara, Aralık 1993, s. 81-82.

¹⁰⁵ Arif T. Payaslıoğlu, “Yönetimde Davaları Azaltma Yolları”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. II, S. 3, Ankara, Eylül 1963, s. 12.

¹⁰⁶ İdari Yargı Yargıçlarından Hondu, idari usulün yasal sürece konulması ile idari dava sayısında %25-50 oranında azalma olacağını ifade etmiştir. Selçuk Hondu, “İdari Yargılama Usulü Kanununda Yer Alan İdari Usuller ve Uygulaması”, *İdari Usul Kanunu Hazırlığı, Uluslararası Sempozyumu*, Ankara, 17-18 Ocak 1998, s. 262.

¹⁰⁷ A. Ülkü Azrak, “İdari Usulün Kodifikasyonuna İlişkin Sorunlar” s. 91.

¹⁰⁸ Peter Cane, *An Introduction To Administrative Law*, (Second Edition), Oxford University Press, New York, 1993, p. 160.

enstrümanlarına sahip olmaktadır. Bu yetki, idareye yol gösterici, aydınlatıcı nitelikte bulunmakta¹⁰⁹, aynı zamanda idari usulde karar aşamasında üstün iradeye sahip olan idarenin hazırlık evresinde silahlarda eşitlik ilkesinden¹¹⁰ yararlanarak her türlü delili bizzat veya karşıt delil olarak sunma hakkını tanımaktadır. İdari işlemin hazırlık evresinde yeterli bilgi ve verinin bulunması, yargı yoluna gidildiğinde “işlem dosyasının” tatminkar olmasına neden olacaktır. Bu durum iki doğrudan sonucu ortaya çıkarmaktadır.

Öncelikle, işlem hakkında yürütmenin durdurulması talebi bulunduğunda, mahkeme ilk aşamada yerinde bir karar verebilecek malzemeye sahip olacaktır. İdari yargı kendinden beklenen şekilde bireylerin hakkını zamanında koruyacaktır. İdari yargının anlamında zamanında karar alma bulunmaktadır. Zamanında alınmayan idari yargı kararının pratikte faydası da olmamaktadır. Çünkü, işlem hukuksal sonuçlarını doğurup tükenmiş olabilir. Bu nedenle **“işlem dosyasının eksiksiz olması yargının karar vermesini hızlandıracaktır.”**

Anayasanın 141. maddesinde *“davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması(nın), yargının görevi”* olduğu açık biçimde belirtilmiştir. Uygulamada ise, özellikle Adli Yargıda hakimlerin hukuksal sorunlar için bile bilirkişi müessesinden yararlandığı bilinmektedir. İdari yargı hakimleri ise, yerleşik içtihatlar ışığı altında teknik ve özel bilgi gerektiren hususlarda ihtilaf hakkında bilirkişi incelemesi yaptırdıkları görülmektedir. Bu bağlamda, idari yargı hakimi önünde yeterli bilgi olduğu takdirde bilirkişi incelemesi yaptırmaktan imtina edecektir¹¹¹. Bilirkişi incelemesine ihtiyaç duyulmaması halinde davanın esastan çok kısa bir süre içinde karara bağlanacağı da bir başka gerçek olarak karşımıza

¹⁰⁹ AİHM, Mantovanelli – Fransa davasında, işlemin hazırlık aşamasında 20 yaşında bir kızın geçirdiği ameliyat sırasında ölmesi sonucunda doktorların tıbbi sorumluluğunu belirleyen bilirkişi raporunun hazırlanması esnasında davacının dinlenmemesini adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmüştür.(AİHM, 18.03.1997, 21497/93). Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, s. 984.

¹¹⁰ “AİHM, bu ifadeyi Bönisch (v) Avusturya kararında ceza yargılamasında sanık ve kamu tarafından dinlettirilen bilirkişi arasında Mahkeme nezdinde ortaya çıkan farklılığa dikkat çekmek için kullanmıştır. (Bönisch (v) Avusturya, 06.05.1985, 8658/79. Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, s. 853.

¹¹¹ “Hakim tahkikatın ve yargılamanın çabukluk, ucuzluk ve düzen içinde yapılması yolundaki ilkeye uymalıdır” Y.4.HD., 27.05.1991, E. 1991/3742, K. 1991/5457 (Mevzuat Bilgi Bankası).

çıkılmaktadır. Kaldı ki, bilirkişi incelemesine ihtiyaç duyulduğunda ise bilirkişiye sorulacak sorular ve aydınlatılması gereken hususlar daha dar olacak, hakimnin davanın esasına yönelik kanaati mevcut duruma göre daha erken ortaya çıkacaktır.

İdari usul süreci ile birlikte idarenin üzerindeki “yargısal denetim” artacaktır. İdare işlemlerinde somut sebep göstermek zorunda kalacak ve önce ilgiliyi daha sonra da mahkemeyi bu hususta ikna edecektir. Yüksek Mahkeme, idarenin bir çok işlemini “somut gerekçe”(sebeb) gösterilmediğini belirterek iptal etmektedir. Yüksek Mahkeme “tarım yapılan alanın konut sanayi kullanımına ayrılması sırasında toprak ve arazi etüdünün, su analizinin, iklim araştırmasının ve topografik incelemenin yapılmadan tesis edilen imar planını”¹¹², “satın alınan gayrimenkulün tekrar elden çıkarılması halinde değer artışı kazancından söz edebilmek için satış fiyatının alış fiyatından fazla olduğuna ilişkin somut bir tespitin olmaması nedeniyle tarhiyatı”¹¹³, “davacının aracı kurumun şubesinin adı kullanılarak yürütüldüğü belirtilen izinsiz aracılık faaliyetini bildiğini kanıtlayacak geçerli bilgi ve belge olmaksızın kurumu kapatan işlemi”¹¹⁴, “aday memur olarak görev yapan davacının müfettiş raporuna dayalı olarak başvuru formu kendisi tarafından doldurulmadığı ve sınav kağıdında tahrifat yapılarak doğru cevap sayısının değiştirilerek yükseltildiği gerekçesiyle görevine son verilmesine ilişkin işlemde kesin bir saptama bulunmaması ve sınav kağıdında iddia edilen tahrifatın olup olmadığı veya kimler tarafından yapıldığının kanıtlanamaması karşısında işlemi”¹¹⁵ ve “genel güvenliği bozucu faaliyete katıldığına ilişkin somut bir belirleme olmadan tahdit fişi düzenlenerek pasaport alma istemini reddeden işlemi”¹¹⁶ iptal etmiştir.

Yüksek Mahkeme, işlemin sebep unsurunun tespitinde kanun ile belirlenmiş usule uyulmasının zorunlu olduğunu ifade etmiştir. Gemi ve Deniz Araçlarına Verilecek Cezalarda Suçun Tespiti ve Cezanın Kesilmesi Usulleri İle Kullanılacak Makbuzlara Dair Yönetmeliğin 24. maddesi çevreyi kirleten bir geminin olay anında

¹¹² D.6.D., 07.05.1998, E. 1997/6255, K. 1998/2345, DD. S. 100, s. 330.

¹¹³ D.4.D., 15.10.1998, E. 1997/3546, K. 1998/3711, DD. S. 99, s. 167.

¹¹⁴ D.10.D., 25.11.1998, E. 1996/9887, K. 1998/6105, DD. S. 100, s. 467.

¹¹⁵ D.İ.D.D.G.K., 15.10.1999, E. 1998/419, K. 1999/887, DD. S. 103, s. 92.

¹¹⁶ D.10.D., 17.05.1993, E. 1991/2401, K. 1993/1941, DD. S. 88, s. 501.

fotoğraf, video, film çekimi ile tespit edilmesi, ayrıca yeteri kadar numune alınmasını aramaktadır. İhtilaf konusu olayda ise, yeteri kadar numune alınmamıştır. Yüksek Mahkeme, “usulüne uygun şekilde tespit yapıp kirlenen mahalden ve kirleticiden yeteri kadar numune alınmadığından para cezası verilmesi işlemini” hukuka aykırı bulmuştur¹¹⁷.

Yukarıda belirtilen Mahkeme kararlarında işlemin ortaya çıkmasına neden olan sebebin gerçek olup olmadığı araştırılmıştır. Usul süreci ile idarenin iradesinden önce yeterli incelemesi yapılması işin doğası gereğidir. Bu durumda, işlem ortaya çıkış sebepleri bakımından ikna, tatmin edici olmaktadır. “Maddi hukuk kurallarının unsurlarını karşılayacak maddi vakıaları tespit ve uygun olan normu olaya uygulama şeklindeki yargılama faaliyetine dayanan her usul sisteminde, bu maddi vakıaların gerçekten vuku bulup bulmadıklarını tespit ve böylece doğru”¹¹⁸ sonuca varabilme vardır. Nitekim, hukuki barışın korunduğu ve aynı zamanda sosyal dengenin sağlandığı bir toplum için “gerçeğin” bulunarak ona göre bir davranış modelinin sergilenmesi gerekmektedir.

Yüksek Mahkeme, bir taşınmazı içine alan 1/5000 ölçekli nazım imar planında son (8) ay içinde 5 kez değişiklik yapıldığını ve her defasında taşınmazın fonksiyonunun farklı olduğunu belirlemiş, bunun malikin tasarruf hakkında kararsızlığa neden olduğunu ayrıca, idare tarafından tatminkar bir araştırmaya dayanılmadan işlem tesis edildiğine karine oluşturduğunu ifade etmiştir¹¹⁹.

Öte yandan, bir başka kararda, imar planı değişikliği ile taşınmazın 21.06.1986 tarihinde önce yeşil alan olarak ayrıldığını ve daha sonra 24.12.1993 tarihinde uluslararası kongre merkezi ve kütüphane olarak düzenlendiği belirlenmiş, bunun imar planı değişikliğini gerektirecek bir zaman dilimi geçmeden yapılmasını,

¹¹⁷ D.6.D., 11.03.2003, E. 2001/2332, K. 1003/1487, DKD. S. 1, s. 230.

¹¹⁸ Yavuz Alangoya, **Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, s. 86.

¹¹⁹ D.6.D., 22.02.1988, E. 1987/752, K. 1988/244(DBB).

ayrıca somut ihtiyacın ortaya konulmaması nedeniyle değişiklik getiren işlemin iptaline karar verilmiştir¹²⁰.

İlk derece mahkemelerinde yeterince delil toplanmaması, temyiz makamının delil toplama konusunda yetkili olmaması nedeniyle, aynı süreç içinde temyiz incelemesinin de yapılamamasına neden olacaktır¹²¹. İşlemin tesisi aşamasında ilgiliye delil sunma hakkı ve idareye delil gösterme “zorunluluğu” getirilmesi bilginin işlem ile olan etkileşiminin yorumuna ışık tutacak, hukuka aykırılığın tespitine yardımcı olacaktır.

Davanın kısa sürede ve doğru karar ile sonuçlandırılması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde belirtilen “*adil yargılamanın*” gerçekleşmesini temin edecektir. Sözleşmede belirtilen adil yargılanma hakkı kapsamı içinde, etkin bir yargısal korumanın önemi büyüktür ve mahkeme kararı yargılamaya başladıktan uzun bir süre sonra verildiği takdirde dava lehe sonuçlanmış olsa da, davacı için hiçbir hukuki değer taşımaz ve “*hukuki korumadan yararlanmama*”¹²² anlamına gelir. Az önce değindiğimiz üzere mahkemelerin iş yükünün azalması, yargının gerçek işlevini ortaya çıkaracak, ihtilafların tatminkar bir şekilde halline neden olacaktır.

İdari makamlar ile idare edilenler arasındaki ilişkiler bir muhakeme disiplini içinde yürütüldüğünde idarenin faaliyeti karşısında fertlerin hak ve menfaatleri daha iyi korunmuş olur ve mahkemeye başvurmaktansa, idare ile idari yollardan anlaşma yolu sağlanarak, mahkemelerin iş yükünün azalması sağlanır¹²³. İş yükü altında “ezilen” yargıçlar, kendilerine incelenmek üzere havale edilen dosyaları yeterince inceleyememekte ve hukuka aykırı kararlar tesis edilebilmektedir. Kararların temyiz edilmesi ve iş yükünün bu makama da yansımaları ister istemez yargılamanın istenilen sürede sonuçlanmasına engel olmaktadır.

¹²⁰ D.6.D., 23.11.1998, E. 1998/1394, K. 1998/5780(DBB).

¹²¹ Cane, *An Introduction To Administrative Law*, p. 127

¹²² Durmuş Tezcan, M. Ruhan Erdem, Oğuz Sancaktar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 249.

¹²³ Azrak, *Umumi İdari Usulün Teorik Esasları*, s. 81.

Yargı kararlarında değişiklik olması, örneğin yürütmenin durdurulması kararı üzerine daha sonra iptal talebinin reddi ve Danıştay tarafından verilen kararın yürütülmesinin durdurulması kararları bu çelişkiyi ortaya koymakta ve idari yargının önemini belirlemektedir¹²⁴. Anılan karar trafiği içinde uygulanmak ile tükenen bir işlem söz konusu ise, işlemin icrası davacının korunması gereken menfaatini ortadan kaldırmakta, onu şartları gerçekleşmiş ise tam yargı davası açmaya zorlamaktadır. İşte, idari usul işlemin unsurlarının doyurucu bir şekilde ortaya konması ile aynı zamanda hakime de dolaylı katkıda bulunmaktadır. İş yükü azalan hakim yeterli inceleme olanağı bulduğu dava dosyasında yerinde karar verme imkanına sahip olacak, karar trafiği arasındaki zaman dilimleri de kısılacaktır¹²⁵.

Bununla beraber, idari usul hükümlerinin yargısal denetim açısından önem kazanması, usul hükümlerine riayet edilmediği gerekçesi ile iptal edilen işlemlerin sayısını arttıracaktır. Hatta, ilk bakışta idari usul hükümlerinin dava sayısını azaltacağı sanılmakta ise de daha önce usule aykırılık sebebiyle yargı konusu yapılmayanların da artık yargı önüne götürüleceği ileri sürülebilir. Bu bakımdan, idari yargı yükünün aynı kalacağı, yargı denetiminin usul kuralları nedeniyle yoğunlaşacağı ve istenilen faydanın sağlanamayacağı az önceki tespite dayanılarak söylenebilir.

İdari Yargı yükünün artacağını düşünmek ülkemizde uygulamanın yapılması ile ortaya çıkacak bir husustur. A.B.D.'nde idari usul hükümlerinin uygulanmaya başlamasından yaklaşık 18 yıl sonra kaleme alınan bir eserde yargı yükünün ve

¹²⁴ "Yargı pahalı ve doğası gereği geç işleyen bir kurumdur. Özellikle, çoğu bireyin ve birbirleriyle ve idare ile olan uyumsuzluk içinde olduğu ülkemizde kesin kararların elde edilebilmesi zaman aralığını daha da arttırmaktadır. Belli süre geçtikten sonra verilen yargı kararları, özellikle idari yargı kararları, bazı durumlarda, örneğin görev yeri değişikliklerinde ilgisine olumlu bir etki sağlamamakta, onun için hemen hemen hiçbir anlam taşımamaktadır. Seneler sonra aldığı iptal kararının uygulanması için idareye yapılan başvurular bu görüşün kanıtlarıdır. Çünkü, seneler önce iptalini istediği kararla ortaya çıkan durum davacı tarafından benimsenmiş ve artık kabul edilmiştir." Nuri Alan, "İdari Usul ve İdari Yargı", s. 11.

¹²⁵ AİHM, İsviçre'de doktorluk mesleğinden çıkarılan bir kişinin temyiz başvurusu sırasında vekilinin hazırladığı 73 sayfalık dilekçenin 5 hakimden oluşan kurul üyelerinden birinin duruşma sırasında yeterince inceleyemediğini beyan etmesini adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmemiştir. AİHM, 19.04.1993, 13942/88, Krraska (v) İsviçre. Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, s. 946.

işlemler üzerinde usul hükümleri nedeniyle iptallerin artmadığı belirtilmiştir. İdarenin iç işleyişinde şekle bağlı olması ile korunan hukuki menfaatin önemi yukarıda yapılan tespitin geçerli olmayacağını ortaya koymaktadır.

İdarenin usul kuralları ile iş yükünün artacağına, daha “titiz” ve “düzenli” olmak zorunda kalacağı kuşkusuzdur. İdarenin şekle bağlılığı içsel ve dışsal denetimi de sağlayacaktır. Denetim ile, toplum, topluluk, kurum veya örgütün içinde yer aldığı sistem veya çevre ile uyum veya bütünleşmesini amaç edinir. Denetim içeriden yapıldığında, kurumun sürekliliği amaçlanmaktadır¹²⁶. Bu bakımdan idarenin işlem ve eylemlerinde “adil olması” hedeflenir. Adil davranma, doğal hakim ilkesi ile yakın ilişki içindedir. Bu nedenle, idarenin yargısal veya yarı yargısal yetkiler kullandığı durumlarda öncelikle adil karar alma ilkesine uyması gerekmektedir¹²⁷.

Geniş bir anlam ifade eden adil davranma, aslında usulün uygulanma alanını genişletmektedir. Nitekim, idareye adil ve uyumlu(eşit) davranma yükümü getirmektedir¹²⁸. Adil olma, idari usul ile yakından ilişkilidir ve idarenin taraf olmadan dürüst davranmasını temin etmektedir. Bu davranış şekli içinde, idarenin sunduğu delillere ait görüş sunma, karşı delil getirme, avukat veya temsilci ile temsil edilebilme, oturma isteme hakkı, oturumun yazılı olarak kayda geçmesi ve işlemin gerekçesinin temeli ile birlikte açıklanması adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilebilir¹²⁹.

2.3.4. TAKDİR YETKİSİNİN DENETİMİ

İdarenin değişen ve gelişen şartlar dahilinde hareket alanına sahip olması icap etmektedir¹³⁰. İdarenin, hukuk kuralları ile sınırları çizilmiş hareket serbestisine

¹²⁶ Cevdet Atay, **Devlet Yönetimi ve Denetimi**, Alfa Kitapevi, İstanbul, 1999, s. 33.

¹²⁷ H. W. Wade, C. F. Forsyth, **Administrative Law**, (Seventh Edition), Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 515.

¹²⁸ a.e., s. 516.

¹²⁹ Pierce, Shapiro, Verkuil, **Administrative Law Process**, p. 255.

¹³⁰ Değişen ve gelişen şartlara ilişkin önemli örnek yargı kararlarının yerine getirilmesinde yaşanmıştır. İptal kararı ile işlemde önceki hukuksal duruma dönülmesi gerekirken, yargı kararının gereği yeni bir işlem ile yerine getirileceğinden bu işleminde kamu yararı ve hizmetin gereklerine göre değerlendirilerek tesisi zorunludur. Yüksek Mahkeme de, görev yeri değişen memurun, bu işlemi iptal

“takdir yetkisi” denilmektedir. Başka bir deyişle, “idareye, şu ya da bu kararı alabilirsiniz ve hangi kararı alacağınızı; bir kararı niçin öbürlerine yeğlediğinizi siz takdir edin” demektir¹³¹.

Takdir yetkisinin karşıt kavramı “bağlı yetki”dir. Bağlı yetki, işlemin tüm unsurlarının belirlenmiş ve idareye herhangi bir tercih imkanı bırakılmamış ise söz konusudur¹³². İdare Kanun Koyucu tarafından belirlenen sebebin ortaya çıkması ile yasal düzenlemede yer alan sonucu hayata geçirmek zorundadır. Bağlı yetkide önemli olan husus önceden belirlenen sebebin gerçekten bulunup bulunmadığının tespit edilmesidir. Zira, bağlı yetki halinde bir yönetsel kararın sebep ve konu unsurları arasında zorunlu bir bağ tesis edilmekte ve yönetsel kararın yasada öngörülen sebebi somut olayda gerçekleştiğinden idare belli konulu kararı almak zorunda kalmaktadır. Dolayısıyla, bağlı yetki halinde idari işlemin maksat unsuru önemini yitirmekte, yasada belirtilen sebebin gerçekleşmesi üzerine alınan kararın kamu yararına ve hizmet gereklerine uygunluğu kabul edilmektedir¹³³

Takdir yetkisi, olayın oluş tarzına göre genişleyip daralmaz. “O ya vardır, ya yoktur. Takdir yetkisinde sınır yoktur, çünkü, onun artmaya veya onun eksilme niteliği yoktur”¹³⁴. Takdir yetkisi, maddi vakıaların değerlendirilmesi ve nitelendirilmesi, muayyen bir yönde hareket edip etmemek imkanı ve harekete geçme zamanı hususunda bulunmaktadır¹³⁵. Özetle, takdir yetkisi hukuk kuralları dahilinde idarenin günlük, teknik ve değerlendirmeyi gerektiren konularda tercih etme alanındaki hareket serbestesidir. Bu durum, aksine işlemlerin tesisinde belirginleşmektedir. İdare, kamu görevlisini bir makama atamak için kadro ilan ederken “kamu hizmetinin ihtiyacını” dolaylı veya açık şekilde belirtmektedir.

ettirdikten sonra idarenin memuru eski görevine atamayabileceğini bu konuda takdir yetkisinin olduğunu belirtmiştir. D.5.D., 13.03.2003, E. 2001/3394, K. 2003/814, DDK. S. 2, s. 205.

¹³¹ Giritli, Bilgen, Akgüner, **İdare Hukuku**, s. 61.

¹³² Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 376.

¹³³ Erol Alpar, **Yönetimin Hareket Serbestisi Alanının Yargısal Denetimi ve Sınırları**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990, s. 6.

¹³⁴ Rogger Bonnard, **İdarenin Kazai Murakebesi**, Çev : Ahmed Reşid Turnagil, İstanbul Devlet Basımevi, İstanbul, 1939, s. 66.

¹³⁵ Yıldızhan Yayla, “İdarenin Takdir Yetkisi”, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. XXX, S. 1-2, s. 208.

Aksine işlemin tesisinde ise, idari niye kamu görevlisine ihtiyaç olmadığını ve değiştirmesinin gerekçesini açıkça belirtmek zorundadır.

İşlem dosyasında yukarıda anılan bilgi yoğunluğunun olması takdir yetkisi ve yerindelik denetim sınırı idare aleyhine genişletecektir. İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinde “İdari Yargı yetkisi(nin) idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı” olduğu ve “ idari mahkemeler(in) yerindelik denetimi yapamayacakları” ayrıca “idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde karar veremeye(cekleri)” belirtilmiştir. İdari usul hükümleri meriyet kazandıktan sonra da yine anılan yasal geçerliliğini koruyacaktır. Fakat, işlem dosyasındaki bilginin mahkemenin denetim yetkisini arttıracığında kuşku bulunmamaktadır¹³⁶.

İdari usul, genel ilkelerinin titizlikle uygulanarak “idarenin takdir yetkisi” içinde yaptığı işlemleri kapsamamaktadır. Çünkü, burada idarenin takdir yetkisini bireyin hak ve menfaatlerini ihlal etmeden veya zorunlu ise minimum şekilde ihlal ederek kamu yararına uygun biçimde kullanması söz konusudur. Bu bağlamda, idari usul ve bireysel hak ve menfaatler arasında denge unsuru olacak, kamunun yararını bu noktada tespit edecektir¹³⁷. Öte yandan, idarenin adil davranması için kimi durumlarda kendisine esneklik tanınması zorunludur¹³⁸. İdarenin gelişen olaylar karşısında hukuk kuralları içinde hareket serbestisine sahip olmaması ilgilinin hukukuna ve sahip olduğu haklara tecavüz anlamına gelmektedir.

2.3.5. HUKUK DEVLETİNİN TEMİNİ

İdari usul, aynı zamanda işlevi gereği ilgilinin hak sahibi olması, kendisini toplumun bir parçası hissetmesi nedeniyle “insanlık onuruna”¹³⁹ hizmet etmektedir.

¹³⁶ ABD.’nde mahkemelerin yoğun denetiminin idarenin takdir yetkisini kısıtlayacağı, bununla beraber özellikle bağımsız idari makamlar ile kurulların geniş yetkilerinin dengeleyicisi olacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda, Ronald Reagan idari usulün “Devlet, sırtımıza yük olmaktan çıkaracağı”, kamu menfaati ile bireysel çıkarların dengesini temin edeceğini belirtmiştir. Thomas O. Sargentich, “The Future Of The American Administrative Process” *Administrative Law Review*, Volume 49 No 1, Winter 1997, p. 152-153.

¹³⁷ Nuri Alan, “İdari Usul ve İdari Yargı” s. 5.

¹³⁸ Wade, Forsyth, *Administrative Law*, p. 519.

¹³⁹ Akyılmaz, *İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s. 72.

Tüm bunların yanı sıra, usul kuralları geniş anlamda “Hukuk Devleti” amacını gerçekleştirmektedir. Hukuk Devleti, “Devlet hayatının her alanda hukukileşmesi”ni¹⁴⁰, karar alma sürecine katılımın gerçekleştirilmesi ile şeffaflığın teminini amaçlamaktadır¹⁴¹. Bununla beraber, Hukuk Devleti asıl olarak az önce anılan Devletin tüm faaliyetlerinde¹⁴² hukukun egemen olması, adalet, hukukun üstün kuralları ve hukukun evrensel kuralları gibi soyut ilkelerin¹⁴³ yanı sıra “etkin yargı” denetimini kapsar şekilde yorumlanmıştır¹⁴⁴. Kanımca, Anayasa Mahkemesinin Hukuk Devletine ilişkin yaptığı bu tanımın ikiye ayrılarak incelenmesi gerekmektedir. Buna göre, Hukuk Devleti Yürütme ve Yargı Organları kapsamında, idari işlemlerin tesisi aşamasında hukuki güvenliğin¹⁴⁵ temini, işlemin hukuksal etkilerinin ortaya çıkmasından sonra da etkin, hızlı ve tatmin edici yargı denetimi anlamını taşımaktadır. Hukuk Devletine bu yönüyle bakıldığında, idari usul kurallarının, özellikle savunma hakkının kullanılması¹⁴⁶, yargı denetimine etkisi ve bireyin katılımı başlıklarıyla temel amacı ile örtüşmekte olduğu tespit edilmektedir.

Hukuk Devleti içinde idari usul, idari kararların hukuka uygun olma eğilimini arttırması, idareye karar öncesinde her türlü araştırma inceleme “yükümlülüğü getirmesi”, nedeniyle “garanti”¹⁴⁷ işlevi görmektedir. Öte yandan, idari usul kurallarına uyulması ve bunların herkese uygulanması ile kanun önünde “*eşitlik*” de temin edilmiş olacaktır. Eşitlik, Hukuk Devletine paralel bir kavram olup¹⁴⁸, idarenin

¹⁴⁰ Azrak, *Umumi İdari Usulün Teorik Esasları*, s. 2.

¹⁴¹ Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, s. 105. Özay, Amerika’da Hukuk Devleti diye bir kavramın olmadığını, bunun yerine “due process”in kullanıldığını ifade etmektedir. İl Han Özay, “Demokratik Yönetim ve Yönetimde Demokrasi”, *İdari Usul Kanunu Hazırlığı, Uluslararası Sempozyum*, Ankara, 17-18 Ocak 1998, s. 275.

¹⁴² Devletin üç temel fonksiyonunu olan Yasama, Yürütme ve Yargıdan konumuz itibarıyla sadece Yürütme ve Yargıya ilişkin ilkelerden bahsedilmiştir. Yasama organının da genel nitelikli, herkes için geçerli ve objektif kurallar koyması Hukuk Devleti ilkesi gereğidir.

¹⁴³ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 152.

¹⁴⁴ Ahmet Necdet Sezer, “Anayasa Mahkemesinin 38. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Yaptığı Açılış Konuşması”, *Anayasa Yargısı*, Sayı 17, 2000, s. 5.

¹⁴⁵ Erkut, *Hukuka Uygunluk Bloku*, s. 74.

¹⁴⁶ Ali Ülkü Azrak, “Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Kararlarında Beliren Hukukun Genel İlkeleri”, *Avrupa Topluluğu Hukuku Sempozyumu*, Danıştay Matbaası, Ankara, 1989, s. 112.

¹⁴⁷ Schwartz, *Administrative Law*, p. 125. Pierce, Shapiro, Verkuil, *Administrative Law Process*, p. 68.

¹⁴⁸ Amerikan Yüksek Mahkemesi, *Bolling v. Sharpe* kararında Anayasanın Ek 14. maddesinde hem idari usulden hem de eşitlik ilkesinden bahsedilmesi nedeniyle iki kavramın aynı anlama gelmediğini

ayrıcalık yaratmadan davranmasıdır¹⁴⁹. İdari usul sürecinin ilgiliye tanıdığı “dinlenme”, görüş sunma hakkı eşitlik ilkesinin gerçekleşmesine yardımcı olacak öğelerdir¹⁵⁰.

Anayasa Mahkemesi de, “güvence niteliğinde bulunan usul kurallarının yargı denetimine göre idarenin iyi işleyişini, yansızlığını ve güvenceden yararlanan ilgiliye doğrudan doğruya ve etkin himayeyi” temin ettiğini ifade etmiştir¹⁵¹.

2.4. ÜLKEMİZDE İDARİ USULÜN DÜZENLENMESİNE YÖNELİK ÇALIŞMALAR

Ülkemizde idari usul kurallarının “genel” olarak düzenlendiği bir yasa metni bulunmamaktadır. Bununla beraber, değişik metinlerde, Kamu İhale Kanunu, Kamulaştırma Kanunu, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ve Vergi Usul Kanunu gibi bir çok düzenleme özel nitelikte idari usul kuralları bulunmaktadır. Değişik metinlerde yer almaları, bunların sadece belli konularda koruma sağlaması kısmen istenilen sonucun elde edilmesine neden olmaktadır. Olması gereken ise, genel bir idari usul düzenlemesinin getirilerek, gerekirse özel düzenleme içeren kanunların istisna tutulmasıdır.

Ülkemizde idari usule yönelik ilk Devlet araştırması, 13.02.1962 gün ve 6/209 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile oluşturulan Merkezi Hükümet Teşkilatı Araştırma Projesi (Mehtap) Kurulu tarafından yapılmıştır. Kurulun, 1963 yılında yayınladığı ve 1966¹⁵² yılında kitap haline getirilen raporunda, idarenin verimli ve etkin çalışması için “idari usul” kurallarının düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir.

özellikle vurgulamıştır. Kerem Altıparmak, “Due Process of Law Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme”, *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXXV, S. 1-4, 1995, s. 248.

¹⁴⁹ Doktrinde, özellikle birel işlemlerin tesisi aşamasında idarenin bilerek veya bilmeyerek farklı muamele yapabileceğinin altı çizilmiş ve bu nitelikteki işlemlerde meydana gelecek hukuka aykırılıkların usul kuralları ile giderilebileceği ifade edilmiştir. Azrak, “İdari Usul ve Yasalaştırılması”, s. 823.

¹⁵⁰ Brown, Bell, *French Administrative Law*, p. 217.

¹⁵¹ AYM, 20.04.1970, E. 1970/39, K. 1971/44, AMKD. S. 9, 1972, s. 472.

¹⁵² **Merkezi Hükümet Teşkilatı Kuruluş ve Görevleri, Merkezi Hükümet Teşkilatı Araştırma Projesi Yönetim Kurulu Raporu**, TODEİ Yayını, Ankara 1966, s. 55.

Kurul, “idarenin kanun ile düzenlenmeyen alanlarda usule ilişkin kurallar da geleneklere göre hareket ettiğini, bunun da idari hizmetlerin objektiflikten ve rasyonellikten uzaklaşmasına” neden olduğunu açıkça belirtmiştir. Kurulun yaptığı tespitler ve sonucunda, önerisine karşın idari usule ilişkin bir düzenlemeye gidilmemiştir.

1982 Anayasa Tasarısı ve Komisyon Raporunun Danışma Meclisinde görüşülmesi sırasında Cahit Tutum, “genel idari usule” ilişkin düzenleme yapılmasına yönelik zorlayıcı bir hükmün Anayasada yer almasını teklif etmiştir. Tutum’un teklifi, idari usul hükümlerinin zaten diğer maddelerin metninde ve ruhunda “*mevcut ve mündemiç olduğu*” olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir¹⁵³.

1984 yılında Meclis 02.02.1984 gün ve 2977 sayılı “*İdari Usul ve İşlemlerin Yeniden Düzenlenmesi ile İlgili Yetki Kanunu ile*” Bakanlar Kuruluna “kırtasiyeciliğin azaltılması ve ihtiyaç duyulan en kısa ve öz yolla idari işlemlerin tesisi amacıyla” 18 ay süre ile Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisi vermiştir.

Söz konusu düzenlemenin süresi, 30.05.1985 gün ve 3207 sayılı Kanun ile bir yıl, 03.06.1986 gün ve 3296 sayılı Kanunla iki yıl daha uzatılmıştır. 2977 sayılı Yetki Kanununun yürürlük süresi 08.08.1988 tarihinde dolmuş ve Meclisin tatile girmesi

¹⁵³ Cahit Tutum önerisini şu ifadeler ile açıklamaktadır : “...Önergem, Türkiye’de yıllardır eksikliği çekilen bir Genel İdari Usul Yasasının çıkarılmasını bir Anayasal **direktif** haline getirmek ve böylece yıllardır vatandaşla idare arasındaki ilişkilerdeki eksiklikleri ve keyfilikleri önlemeye yönelik bir öneridir. ... İdarenin faaliyetlerini objektif esaslara göre yürütmesi ve istikrar içinde, güvenilir bir sistem içerisinde faaliyetlerin yürütülmesi asıldır. ... Maalesef uygulamada, idare, belli ölçülerde sınırlama ve o ölçüler içerisinde istikrarlı bir takım işlemlerde bulunmak külfetinden sürekli bir şekilde kendisini azade kılmayı çalışır. Bu dünyanın her yerinde yönetime atfedilebilecek önemli kusurlardan biridir. Son yıllarda, özellikle Avrupa’da, İdarenin genel olarak faaliyetlerini yürütürken bağlı olacakları esasları, büyük ölçüde vatandaşların temel hak ve özgürlüklerin etkilemesi açısından, bir araya getirip, az çok ortak ilkeler üzerinde anlaşma sağlanması doğrultusunda büyük çabalar olmuştur... Önergem, aslında idarenin bugün az çok şu söylediğimiz genel esaslara uyduğu varsayılmakla birlikte, bunları derli toplu, formaliteleri basitleştirici, ama vatandaşa güven verici bir Genel İdari Usul Yasası çerçevesinde toplanmasının zorunlu olduğunu düşündüm ve bu nedenle önergeyi takdim ettim” Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, B. 145, 07.09.1982, O:1, s. 671, 672, nakleden Güran, “Yönetimde Açıklık”, s. 111.

nedeniyle uzatılamamıştır¹⁵⁴. Yetki Kanunu Tasarı Genel Gerekçesinde, özetle “*fertlerin Devlet ile olan ilişkilerinde bunlara götürülen hizmetlerde gerekli **sürati, düzenliliği ve verimliliği** sağlamak, devletin başlıca görevlerinden biridir. Vatandaşın Devlet kapısında işini yaptırabilmesi için gereksiz yere beklemesini önlemek maksadıyla (bu Tasarı hazırlanmıştır). Fertlerin Devletle olan münasebetlerinde, doğumdan başlayarak evlenme, ölüm, trafik, ehliyet, pasaport, plaka, tapu, imar ve en önemlilerinden vergi konularında karşılaştıkları **müşkülleri, teknolojik gelişmeler izlenerek azaltmanın asıl**” amaç olduğu vurgulanmıştır¹⁵⁵. Bu amaçla da, yetki Kanuna dayalı olarak, Tapu Kanunu, Nüfus Kanunu, Pasaport Kanunu, Karayolları Trafik Kanunu, Gecekondu Kanunu, İlköğretim ve Eğitim Kanunu, 65 Yaşını doldurmuş Muhtaç ve Gücsüz ve Kimsesiz Türk Yurttaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun gibi değişik metinlerde “bürokrasinin azaltılması” amacıyla değişiklik yapılmıştır¹⁵⁶.*

2977 sayılı Yetki Kanununun süresinin dolmasını takiben Meclisin yeniden çalışmaya başlaması üzerine 1987 yılında yayımlanan Hükümet Programı¹⁵⁷ da dikkate alınarak, 20.10.1988 gün ve 3481 sayılı “İdari Usul ve İşlemlerin Yeniden Düzenlenmesi ile İlgili “Yetki Kanununu yürürlüğe konmuştur¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Fikret Ar, “Bürokratik İşlemlerin Basitleştirilmesi ve İptal Edilen Yetki Kanunu”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. XXVI, S. 1, Ankara, Mart 1993, s. 188.

¹⁵⁵ Türkiye Büyük Millet Meclisi S. Sayısı 9, Mevzuatın Sadeleştirilmesi, Kırtasiyeciliğin Azaltılması, İdari Usul ve İşlemlerin Yeniden Düzenlenmesi ile İlgili Yetki Kanunu Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu (1/147), TBMM Tutanak Dergisi, C. 1, Yasama Yılı 1, 30. oturum (02.02.1984).

¹⁵⁶ 1984 – 1989 tarihleri arasında yapılan değişiklikler için bkz. Başbakanlık İdareyi Geliştirme Başkanlığı, **Kamu Yönetiminde Bürokratik İşlemlerin Azaltılması**, 1984-1989, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1989; 1984 – 1989 tarihleri arasında bürokrasiyi azaltmak için 400 civarında, 1989 – 1990 arasında da yaklaşık 470 dolayında yasal düzenlemelerde değişiklik yapılmıştır. Başbakanlık İdareyi Geliştirme Başkanlığı, **Kamu Yönetiminde Bürokratik İşlemlerin Azaltılması**, Yayın No II, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1991.

¹⁵⁷ Hükümet Programında, “Devletle vatandaş ilişkilerinde güven esastır, bunun için de beyana güvenilecek aksi görüldüğünde yaptırım uygulanacak, bürokratik işlemlerin en çok ve gereksiz olduğu alanlardan başlanarak mevzuatta gerekli değişikliklerin yapılacağı” belirtilmişti. Turgut Tan, “Kamu Hizmeti, Özelleştirme ve Bürokrasinin Azaltılması”, **Türk İdare Dergisi**, Yıl 60, Mart 1988, Sayı 378, s. 77.

¹⁵⁸ 3481 sayılı Yetki Kanunu, 2977 ile sadece isim değil aynı zamanda içerik olarak birebir aynı ifadeleri içermektedir. Nitekim, bu husus 3481 sayılı Yetki Kanununu iptal eden Anayasa Mahkemesi kararında da ifade edilmiştir. AYM, 06.02.1990, E. 1988/62, K. 1990/3, AMKD S. 26, s. 105.

3481 sayılı Yetki Kanunun iptali amacıyla Anayasa Mahkemesi önüne gidilmiş ve Kanun Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir¹⁵⁹. Anayasa Mahkemesi kararında, *“iptali talep edilen KHK’nin yürütme organına kapsamı belirsiz bir yetki tanıdığını, bunun da Anayasada yasaklanmış olan yetki devri anlamına geldiğini”, “bir yasama döneminden fazla yetki kanunu ile yetkilendirmenin Anayasaya aykırı olduğunu”* ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi, yetkinin genişliğini tartışırken daha önce çıkarılmış bulunan 2977 sayılı Yetki Kanununa değinerek onun amacına ulaşamadığını, bürokratik düzenlemelerin dağınıklığı ve mevzuatın yoğun olmasının Bakanlar Kuruluna sınırı belirsiz bir yetki tanınmaması gerektiğinin tespit etmiştir. Anayasa Mahkemesi, bürokrasinin basitleştirilmesi için dağınık olarak düzenlenmiş usul kurallarının tek bir metinde toplanması gerektiğini belirtmiştir¹⁶⁰.

Başbakanlık Müsteşarlığı’nın 23.10.1996 gün ve B.02.0.İGB/16-710-530 sayılı oluru ile İdari Usul Kanunu taslağı hazırlanmasına ilişkin bir komisyon kurulmuştur¹⁶¹. Söz konusu Komisyona, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyelerinden Sayın Özay dahil edilmiş, daha önce hazırlanan taslak bir çok kamu kurum ve kuruluşunun görüşleri de dikkate alınarak tamamen revize edilmiş ve Komisyon çalışmasından bağımsız olarak Taslak, Anabilim Dalına has bir çalışma haline getirilmiştir¹⁶². Sonuç itibariyle, çalışma “İdari Usul ve Bilgi Edinme Hakkı Kanun Tasarısı – İstanbul Metni” olarak isimlendirilmiştir. Bunun yanında Adalet Bakanlığı adına bir başka Kurul da İdari Usul Kanunu Taslağı hazırlamıştır¹⁶³.

Çalışmamızda, “İstanbul Metni” esas alınacak ve Kanun tasarısından “Taslak” olarak bahsedilecektir. Söz konusu Taslağın temel alınmasında en önemli

¹⁵⁹ AYM, 06.02.1990, E. 1988/62, K. 1990/3, AMKD S. 26, s. 94 vd.

¹⁶⁰ Anayasa Mahkemesi, kanımızca idari usul hükümlerinin yetki kanunu ile düzenlenmesinin önüne geçmiş, Kanun Koyucuya genel nitelikli bir “idari usul” kanunu çıkarması gerektiği “tavsiyesinde” bulunmuştur. Bununla beraber, doktrinde anılan Anayasa Mahkemesi kararı gerekçesine karşın yeni bir yetki kanunu çıkarılabileceğini ileri sürenler de bulunmaktadır. Fikret Ar, “Bürokratik İşlemlerin Basitleştirilmesi ve İptal Edilen Yetki Kanunu”, s. 191.

¹⁶¹ Özkan, **Demokratik Yönetime Geçiş**, s. 127.

¹⁶² Özay, **Günüşiğinde Yönetim**, s. 814.

¹⁶³ **Türk Hukuk Dergisi**, Genel İdari Usul Tasarısı Sempozyumu, Mayıs 2004, Özel Sayı.

neden, üzerinde yoğun bir çalışmanın yapılmış olması, diğer ülke metinlerinin birebir tercümesinden ziyade Ülkemiz şartlarının da dikkate alınmasıdır. Bununla beraber, çalışmamızda bu aşamaya kadar idari usulün genel ilkelerinden bahsedilerek, bu noktadan sonra da somut bir takım düzenlemeler ele alınarak çalışmanın bir zemine oturtulması sağlanacaktır.

2.5. İDARİ USULÜ BAŞLATACAK İDARE

2.5.1. YETKİLİ İDARE

İdari usul süreci yetkili idare tarafından başlatılacaktır. Sebebin ortaya çıkması ile yetkili idare usule bağlı kalarak hukuka uygun sonucu ortaya çıkaracaktır. Bu nedenle, idari usul süreci yetkili idarenin belirlenmesini de kapsamaktadır. Yetki başlığının iki temel konusu bulunmaktadır. Bunlardan ilki, idari işlemin tesis etme ehliyetine sahip olma diğeri de ehil işlemin yöneldiği kişilerin kimler olduğudur. Biz işlemin kronolojik sıralamasında önce idarenin ve daha sonra da idari işlemin yöneldiği ilgililerin yetkisini inceleyeceğiz.

Yetki, **“hukuki tasarrufun temelini teşkil eden iradenin ehil ve salahiyyətli bir makam veya merci”**¹⁶⁴ tarafından açıklanmasıdır. Başka bir deyişle, yetki, “idari makamları işgal eden kişi veya kişilerin kamu tüzel kişisi adına hukuki işlemler yapabilme ehliyetidir”¹⁶⁵. İdare Hukukunda yetki, Özel Hukukta yer alan ehil irade kavramının yerini almıştır¹⁶⁶. Kamu tüzel kişisi olan idare ve onun adına irade açıklayan yetkililer bulunduğundan ehillik iki boyut kazanmaktadır. Bu bakımdan, öncelikle idare adına irade açıklamaya yetkili kişinin “kendisinin” ehil iradeye sahip olması; temyiz kudretine sahip yetkilinin belirlenmesi ile idarenin yetkili olup olmadığının tespiti önemlidir.

¹⁶⁴ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. I, s. 300.

¹⁶⁵ Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 240.

¹⁶⁶ Yayla, *İdare Hukuku*, s. 75.

İrade açıklayan ilgilinin temyiz kudretine sahip olup olmadığı Özel Hukuk kuralları ile belirlenecektir. Bununla beraber, idarenin yetkisi Kamu Hukuku kuralları çerçevesinde değerlendirilecektir. Anayasanın 123. maddesinde, “*idare kuruluş ve görevleri ile bir bütündür ve kanunla düzenlenir... Kamu tüzelkişiliği ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurula(cağı)*” ifade edilmiştir. İdare kuruluş aracı olan kanunla yetkilendirilmediği sürece hukuka uygun olarak herhangi davranış içine girememektedir. Bu nedenle, idarenin tüm idari işlem ve eylemlerinde “önceden yayınlanmış bir hukuk kuralına”¹⁶⁷ dayanması, yasal temelinin olması zorunludur. “Kanuni İdare” olarak adlandıracağımız bu ilke, özellikle idarenin özgürlükler alanına ilişkin düzenlemede bulunduğu konularda önem kazanmaktadır.

Yasama organının kanun ile yaptığı düzenleme asli bir yetkinin kullanılmasıdır. Bu cümleden anlaşılacağı üzere asli yetkinin yanında tali nitelikte bir başka yetki daha bulunmaktadır. Tali yetkili makam asli yetkinin kendisi için belirlediği alanda düzenlemede bulunabilir. Asli düzenleme araçlarının da tali olanlara nazaran daha “genel ilke” ve “kuralları” içermesi gerekmektedir. İdarenin yetkileri kanun ile belirleneceğinden kanun metninde “yoruma yer vermeyecek şekilde” yetkinin ne olduğunun “anlaşılabilir” ve “açık” bir şekilde yer alması zorunludur. Bununla beraber, yetkinin tasnifine yönelik yapılan açıklık ve anlaşılabilirlik “kanunun metninden” veya “ruhundan” da tespit edilebilir nitelikte olabilir. Başka bir ifadeyle, Kanun Koyucunun düzenlemede açık bir şekilde verdiği yetkinin, yorum ile çıkarılan sonucunu İdareden esirgemesi veya ona bunu tanımaması mümkün görülmez ise idarenin aynı zamanda kanun metninde yer almayan konuda da yetkili olduğunun kabulü gerekmektedir.

Saklı yetki olarak tanımlanan bu niteleme¹⁶⁸, yetkinin kanun metninde üstü kapalı¹⁶⁹ olarak belirtilmesidir. Kanun Koyucunun, genel nitelikte düzenlemede

¹⁶⁷ Özay, *İdari Yaptırımlar*, s. 127.

¹⁶⁸ Tekin Akıllıoğlu, “Saklı Yetki Kavramı”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. II, S. 3, Ankara, Eylül 1978, s. 73.

bulunması, her olayı ayrıntısı ile “öngörememesi” nedeniyle somut bir olay karşısında idarenin, kanunda kullanabileceği bir yetki tanımı olmaması nedeniyle hareketsiz kalmasına neden olacaktır. Bu boşluk, bozulan kamu düzenini geri getiremeyecektir. Bu bakımdan, önceden öngörülemeyen özellikle kolluk önlemlerinde kanunda yeteri kadar açık olan ifadeden ve kanunun bütünündün çıkan sonuca göre yetkinin tanımının yapılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Sonuç olarak, idarede yetkisizlik kural olup, yetkili olma istisnai bir hal olarak kabul edilmekte, her olayda idarenin ehilliği kanuna ve ona dayanılarak hukuka uygun olarak tesis edilen işlemlere göre değerlendirilmektedir.

Yüksek Mahkeme önüne gelen uyuşmazlık, Bulgaristan’dan göçe zorlanarak Ülkemize gelen soydaşlar için 3194 sayılı İmar Kanununun 9. maddesine¹⁷⁰ dayanılarak Bayındırlık Bakanlığının 1/1000 ölçekli Uygulama İmar Planı tesis etmesi saklı yetkiye örnek oluşturabilecek niteliktedir. Keza, göçe zorlananlara ilişkin herhangi bir yetki Kanunda düzenlenmiş değildir. Öte yandan, Kanun metninde yer almamakla birlikte “insanların yaşadıkları yerlerden göçe zorlanmaları olağanüstü bir durum oluşturmakta” ve yorum ile anılan düzenleme yetkisinin varolduğu kabul edilmiştir¹⁷¹. Bunun yanı sıra, “köyün görevleri arasında dinlenme parkı yapımı bulunmamakla birlikte değişen ve gelişen koşullar karşısında köyün sosyal durumuna ve gereksinimine göre dinlenme parkı için kamulaştırma yapabileceği”¹⁷², “belediyelerce de kadın sosyal dayanışma merkezi kurulabileceği ve bu amaçla kamulaştırma yoluna gidilebileceği”¹⁷³, “442 sayılı Köy Kanununda

¹⁶⁹ Tahsin Bekir Balta, **İdare Hukuku I, Genel Konular**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No 326, Ankara, 1970/1972, s. 128.

¹⁷⁰ İmar Kanununun 9. madde şöyledir : Bakanlık gerekli görülen hallerde, kamu yapıları ile ilgili imar planı ve değişikliklerinin, umumi hayata müessir afetler dolayısıyla veya toplu konut uygulaması veya Gecekondu Kanununun uygulanması amacıyla yapılması gereken planların ve plan değişikliklerinin, birden fazla belediyeyi ilgilendiren metropoliten imar planlarının veya içerisinde veya civarından demiryolu veya karayolu geçen, hava meydanı bulunan veya havayolu veya denizyolu bağlantısı bulunan yerlerdeki imar ve yerleşme planlarının tamamını veya bir kısmını, ilgili belediyelere veya diğer idarelere bu yolda bilgi vererek ve gerektiğinde işbirliği sağlayarak yapmaya, yaptırmaya, değiştirmeye ve re’sen onaylamaya yetkilidir...” . Yüksek Mahkeme kararında istisnai olarak öngörülen somut durumda maddede yer alan umumi hayata müessir afet içinde değerlendirme çabası içine girmiştir. Halbuki, bu yetki yukarıda açıklandığı üzere kanun konuyu tarafından öngörülemeyen ve fakat metinden çıkarılan bir yetki olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹⁷¹ D.6.D., 21.04.1993, E. 1992/1347, K. 1993/1630 (DBB).

¹⁷² D.6.D., 12.05.1987, E. 1986/1326, K. 1987/534, DD. S. 68-69, s. 441.

¹⁷³ D.6.D., 24.04.1998, E. 1997/3697, K. 1998/2219, DD. S. 98, s. 334.

fırın yapımı köyün zorunlu ve isteğe bağlı işleri arasında sayılmamış ise de; insanların temel gıdasını teşkil eden ekmeğin düzenli ve sağlıklı bir biçimde üretilerek köylüye iletilmesinde kamu yararı bulunduğundan fırın yapmak amacıyla köy ihtiyar kurulunun kamulaştırma yapabileceği¹⁷⁴ ifade edilerek idarenin saklı yetkisinden bahsedilmiştir.

Yetki, idari işlem için kurucu nitelikte olması nedeniyle en önemli unsur olarak nitelendirilmiştir¹⁷⁵. Yetki unsurunun önemi ve doğurduğu sonuçlar kamu düzeni ile yakından ilgili olması nedeniyle yargılamanın her aşamasında hukuka aykırılık olarak ileri sürülebilir, mahkemelerce re'sen dikkate alınabilir¹⁷⁶.

Özel hukuk işlemlerinde ehil iradenin idare hukukunda yetki olarak karşımıza çıktığını belirtmiş idik. Bununla beraber, yetkisiz bir makamın işlemi özel hukuktan farklı olarak yetkili makamın “icazet”i ile sıhhat kazanamamaktadır¹⁷⁷. Bu bakımdan, yetki işlemin tesisi aşamasında bulunması zorunlu olan bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.

2.5.1.1. YETKİ DEVRİ – İMZA YETKİSİNİN DEVRİ

Bunun yanında, yetki unsurunun bir başka uzantısı ve yasal temele bağlanması onun ancak belirlenen makam tarafından kullanılması ve belli şartlar dahilinde “devrinin” mümkün olmasıdır. Yetki devri, yasal düzenlemeler yasaklamadığı veya yetkinin kanunda belirtilen makam tarafından kullanımının zorunlu olmadığı durumlarda, yetkinin bir başka makama “aktarılmasıdır”. Örneğin,

¹⁷⁴ D.6.D., 28.05.1986, E. 1986/310, K. 1986/602, DD. S. 64-65, s. 220.

¹⁷⁵ Özay, *Günüşğında Yönetim*, s. 405.

¹⁷⁶ Yüksek Mahkeme “yetkinin kamu düzenine ilişkin olduğunu belirterek **temyiz dilekçesinde** ileri sürülmesi dahi bu unsurun re'sen dikkate” alınması gerektiğini ifade etmiştir. D.5.D., 09.05.1985, E. 1985/21, K. 1985/1229, DD. S. 60-61, s. 230. İYUK 48 ve 49. maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden temyiz edilen karar “hukuka aykırılık” nedeniyle incelenebilecektir. Bununla beraber, 54. maddede karar düzeltilmesi aşamasında kararın “kanuna aykırılığı” tetkik edilecek ve ileri sürülen sebepler ile bağlı kalınacaktır. Bu yargılama aşamasında yargısal denetim daraltılmakla birlikte, ileri sürülmesi dahi “yetki unsurunun” uygunluğunun denetlenmesi gerekmektedir.

¹⁷⁷ “...Yetkili kişi ise işlemin tesis edildiği anda yetkili olandır. Yetkisiz kişinin yaptığı bir işleme yetkili kişiye sonradan verilen muvafakat geçerli olamaz”. D.5.D., 13.12.1989, E. 1989/2735, K. 1989/2286, DD. S. 78-79, s. 266.

Yüksek Mahkeme, parselasyon konusunda münhasıran ilçe belediyelerinin yetkili kılındığını, ilçe belediyesi meclisinin bu konuda yetkili olmayan büyükşehir belediyesine yetkisini devredemeyeceğini belirterek yetki devri işlemini az önce açıklanan gerekçeler ile iptal etmiştir¹⁷⁸. Aynı şekilde, “turizm alan ve merkezlerinde planlama yetkisinin Bayındırlık ve İskan Bakanlığına 3 yıl süre ile verilmesi konulu Başbakanlık işleminin” hukuka aykırı olduğu ifade edilmiştir¹⁷⁹.

İmza yetkisinin tanınması ile yetki devri asıl olarak bir yetkinin bir başka (=alt) makama kullanılmasıdır. Bununla beraber, aralarındaki nitelik farkı nedeniyle doğrudukları sonuçların tespit edilmesi ve birbirinden ayrılması gerekmektedir.

Yetki devrinde, yetkiyi devreden devrettiği makamı muhatap alarak onu yetkilendirmektedir. Bu durumda, yetkisini devreden veya devir alanın şahsında meydana gelen değişiklikler yetki devrini “**otomatik**” olarak sona erdirmemektedir¹⁸⁰. Yetkiyi devir alan işlemin asıl yapıcısı olmakta, sorumluluğu kendi üstüne almakta, işlem devralanın basamağında “*değer ve kuvvet kazanmaktadır*”¹⁸¹. Yetki devrine dayalı olarak tesis edilen işlemlere karşı yargı yoluna gidildiğinde, husumetin yetkiyi devralan makama yöneltilmesi yanlış olmayacaktır. Nitekim, işlemin tesisi öncesi tüm incelemeyi gerçekleştiren ve sorumluluk taşıyarak imzalayan makamın dava konusu işlemi en iyi şekilde savunabileceğini kabul etmek gerekecektir¹⁸². Bu bağlamda, yetki devrinin üçüncü

¹⁷⁸ D.6.D., 14.09.1999, E. 1998/4017, K. 1999/3968, DD. S. 103, s. 481.

¹⁷⁹ D.6.D., 28.05.1991, E. 1989/1286, K. 1991/1273(DBB).

¹⁸⁰ Yüksek Mahkeme aksi yönde karar vererek, “*yetki devrinde bulunan kamu yöneticisinin görevden ayrılmasının yetki devrini de sona erdireceği*” ni belirtmiştir. D.5.D., 13.12.1989, E. 1989/2735, K. 1989/2286, DD. S. 78-79, s. 266.

¹⁸¹ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 403. Kanımızca, bu tespit aynı zamanda “üst makama yapılacak itirazı da” kapsamaktadır. Böylelikle, yetkiyi devralan makamın yaptığı işlemi kendisinin olarak değerlendirecek itirazın da ona göre yapılması yerinde olacaktır.

¹⁸² Yüksek Mahkeme bir kararında, kaymakamın ilçede görevli bulunan personelin en üst disiplin amiri olduğunu, bu yetkisini sicil amirlerine devredebileceğini ve fakat sicil amirlerinin yetki devrine dayalı olarak tesis ettikleri işlemlere karşı davalı olamayacaklarını belirtmiştir. D.10.D., 07.11.1990, E. 1990/81, K. 1990/2484, DD. S. 82-83, s. 976. Kanımızca, anılan karar yukarıda ileri sürdüğümüz görüşe ters düşmemektedir. Keza, örnek olarak sunulan kararda sicil amirlerine karşı husumet yöneltilmeyeceğinden davalı olarak kaymakamlığın gösterilmesi gerekmektedir. Öte yandan, davanın bütününe bakıldığında Adilcevaz Sağlık Grup Başkanlığına devredilen yetkiye karşı Sağlık Bakanlığı

kişiler huzurunda hukuken geçerli olabilmesi için ilan edilmesi veya işlemde bu hususun “açık biçimde belirtilmesi” gerekmektedir¹⁸³. Sorumluluk, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça¹⁸⁴, devir alan makama ait olduğundan asıl yetkili yetkisini geri almadıkça işlem tesis edemeyecektir¹⁸⁵.

Adalet Bakanlığı Tasarısında, “devredilen yetkiler, devreden tarafından kullanılamaz. Yetkiyi devralan, bu yetkileri devredenden bağımsız kullanır”. Bu Tasarıda, bilinen kuralın aksine “yetkiyi devreden yetkilinin değişmesinin, yetki devrini sona erdireceğini” düzenlemektedir. Tasarı da aynı zamanda, yukarıda belirtilen ilke tekrar edilerek “devredilen yetkilere dayanarak yapılan işlemler nedeniyle doğacak sorumluluğun, yetkinin devredildiği makama ait olduğu” belirtilmiştir.

İmza yetkisinin devri ise, kişiselleştirilmiş bir ilişkidir. Bunun anlamı, imza devrinin yetki devrinden farklı olarak belli bir görevliye tevdi edilmesi, sorumluluğun yetkisini devredene ait olması, işlemi yetkisini devreden makamın tesis ettiğinin kabul edilmesidir. Adalet Bakanlığı Tasarısında, “devreden ve devralan makamın birlikte sorumlu olduğunu” düzenlenmiştir.

hasım gösterilerek dava açılmış ve Mahkeme husumet konusunda açıklamada bulunurken kaymakamlığın yetkili olduğunu belirtmiştir.

¹⁸³ Yüksek Mahkeme, işlemde yetki devrinin belirtilmemiş olmasını veya hangi makam adına yetkinin kullanıldığının belirtilmemesini esasa etkili olmayan sakatlık olarak tanımlamaktadır. Anılan kararda, “büyük şehir belediyelerinde genel sekreter yardımcısı tarafından tesis edilen işlemde başkan adına tesis edildiğinin belirtilmemiş olması anılan işlemin iptalini gerektirmeyeceği” belirtilmiştir. D.6.D., 12.02.1992, E. 1990/131, K. 1992/533, DD. S. 86, s. 309.

¹⁸⁴ 3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında 174 sayılı KHK ile 13.12.1993 gün ve 174 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında KHK’nin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanunun 38. maddesinde “Bakan, müsteşar ve her kademedeki bakanlık ve kuruluş yöneticileri, gerektiğinde sınırlarını yazılı olarak açıkça belirlemek şartıyla yetkilerinden bir kısmını astlarına devredebilir. Ancak, yetki devri, yetki devreden amirin sorumluluğunu ortadan kaldırma(ayacağı)” ifade edilmiştir.

¹⁸⁵ Yüksek Mahkeme bir kararında “yetki devri asıl yetkili makamların idari işlemleri ve iradeleri ile geçici nitelikte olarak yapılabilmektedir... Yetkili kılınan makamlar merkezdeki üstün emir ve direktifleri doğrultusunda işlem yapmak zorunda olduğundan, yetkili kılınan tarafından yapılan işlemler sonucunda doğacak sorumluluk asıl yetkili makamlara ait bulunmakta” olduğunu belirtmiştir. D.5.D., 07.10.1985, E. 1985/550, K. 1985/2274, DD. S. 62-63, s. 198. Mahkeme kararındaki ifadelerden imza yetkisi ve yetki devri kavramlarını karıştırarak bir sonuca varmıştır. Kaldı ki, yetki devrinde üstün asta hangi yönde hareket edeceğine dair bir emir vermesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Bununla beraber, emir verme yetkisi zaten hiyerarşi yetkisinin doğasında bulunmaktadır. Uygulamada imza yetkisi ve yetki devrinin birbirine karıştırıldığı görülmektedir. Bunun ayrılabilmesi için bir örnek vermek gerekir ise, rektör adına imza atan rektör yardımcılarının kendi adlarına imza atmaları halinde “yetki devri”, rektör adına imzaları ise imza yetkisinin devridir.

Her iki yetkinin karşılaştırılması ile, yetki devrinde yetkiyi devreden ile devir alan arasındaki ilişki soyuttur. Bu soyutluk, her iki makamda yer alan görevlilerin değişmesi ile yetki devrinin ortadan kalkmasına engel olmaktadır. Diğer taraftan, imza yetkisi kişiye özel olduğundan ve sorumluluk halen yetkiyi devredende kaldığından görevlilerin değişmesi yetkinin de düşmesine, ortadan kalkmasına neden olmaktadır.

Yüksek Mahkeme, yetki devrine ilişkin bir kararında¹⁸⁶, “...**İmza yetkisinin devri halinde devrin kişisel nitelikte olmasına ve dolayısıyla devreden veya devralanın şahsında değişiklik olduğu zaman imza yetkisi devrinin düşmesine karşılık yetki devrinde, devir gayri şahsi ve görevsel bir nitelikte olduğu için, yetki devreden veya devralanın şahıslarında meydana gelen değişikliklerin yetki devrine bir etkide bulunmayacağı hususu bu iki devir arasındaki en önemli farkı oluşturmaktadır.**Taşıdığı niteliklerin doğal sonucu olarak yetki devrinde bulunan otoritenin yani üst düzey kamu yöneticisinin değişmesi yetki devrinin de kendiliğinden sona ermesini gerektirmeyeceğini kabul etmek gerekir.Yeni atanan kamu yöneticisinin aksi yolda bir beyanı olmadıkça yani yetki devrinin geri alındığı yolunda açık bir bildirimi bulunmadıkça, yetki devralanın devraldığı konulardaki yetkisini devam etmesi hem bu müessesenin ortaya çıkmasını gerektiren nedenlerin hem de kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesinin doğal gereği olarak kabul edilmelidir. Bir bakanın görevden ayrılmasıyla, onun devrettiği yetkilerin devralanlarca, yeni bakan göreve başlayıp yeniden aynı konularda yetki devrinde bulunduğunu açıkça belirtmedikçe kullanılamayacağı gibi bir anlayışın bu çağda kamu yönetimi ilkeleri ile bağdaşmayacağı ve böyle bir değerlendirmeye kamu yararı ile hizmet gerekleri açısından haklı bir neden gösterilemeyeceği açıktır. Yetki devrinde bulunan yöneticinin görevden ayrılması halinde, yerine atanan yöneticinin yetki devrinin sona erdirildiği yolunda açık bir duyurusu olmadıkça, devredilen yetkilerin, devralan makamca kullanılmasına devam edilmesi bu tekniğin ortaya çıkmasına yol açan nedenler ile kamu hizmetlerinin istikrar içinde etkin ve verimli biçimde yürütülmesi gerekliliği açısından daha uygun gözükmemekte” olduğu ifade etmiştir.

Yargı yeri yetki devrini incelerken iki önemli hususa kısaca değinmiştir. Bunlardan ilki, yetki devri ile sağlanmak istenen amaç olan kamu hizmetinde verimlilik ikincisi de, bunun sonucu olarak kamu hizmetin de etkinlik ve sürekliliğinin teminidir. Hal böyle olunca yetki devri kamu hizmeti ile daha pekişmekte ve onu devreden makam adına yetki kullanan ajandan “bağımsız” hale getirmektedir.

¹⁸⁶ D.5.D., 20,05,1993, E. 1989/2727, K. 1989/2113. Celal Karavelioğlu, **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Üçüncü Baskı, Topkar Matbaacılık, Akçaabat, 1997, s. 55 vd.

Yetki ve imza yetkisinin devrinde göz önünde bulundurulması gereken önemli bir nokta devreden tüm yetkilerini astına devredemez. Başka bir deyişle, “*tam yetki devri*”, “üst makamın kendi yerine kanunda öngörülmeleyen bir şekilde başka bir makamı ikame etmesinin” mümkün olmaması nedeniyle hukuken geçerli sayılmamaktadır¹⁸⁷.

Öte yandan, yetki ve imza yetkisinin devrinde kanunen cevaz verilmiş olması gerekmektedir. Kanun koyucu yetkinin kullanımına ilişkin münhasır bir makam belirlemiş ise bu takdirde yetkinin “sadece” o makam tarafından kullanılması zorunluluğu bulunmaktadır. 2872 sayılı Çevre Kanununun “idari cezalarda yetki” kenarbaşlıklı 24/a maddesinde “büyükşehir belediye hudutları içinde kalan sahillerimiz, boğazlarımız ile liman ve körfezlerimizde; göl ve akarsularımızda cezaların *büyükşehir belediye başkanlıkları tarafından verileceği*” ifade edilmiştir. İstanbul Büyükşehir Belediyesi Başkanı, yetkisini Çevre Koruma ve Kontrol Müdürlüğüne devretmiş ve bu birim tarafından kesilen ceza yargı önüne götürülmüştür.

Yüksek Mahkeme¹⁸⁸, “büyükşehir belediye başkanlıkları ifadesinin bütün bir belediye teşkilatını içine alan tüzel kişiliği ifade ettiği, belediye başkanının ise bu tüzel kişiliği temsil etmeye yetkili olan kişi olduğu anlaşılmaktadır./ Kamu yöneticilerinin yetki ve görevleri yasalarla belirlenir. Bu husus kamu hizmetinin düzenli ve devamlı bir şekilde yürütülmesini sağlamak amacına yönelik olduğu kadar görev ve yetkinin kamu düzeniyle ilgili olmasından kaynaklanmaktadır. /Kanun Koyucu cezanın belediye başkanı tarafından verilmesini amaçlamış olsaydı, aynı maddede, yukarıda gösterilen cezalar doğrudan doğruya mahallin en büyük mülki amiri tarafından verilir hükmünde olduğu gibi cezanın büyükşehir belediye başkanı tarafından verileceği şeklinde açıkça bir düzenleme yapacağını” ifade etmiştir.

Yüksek Mahkeme, belirli bir “makam”¹⁸⁹ tarafından bir işlemin tesis edileceğinin kanunda belirlenmesi halinde yetkinin “münhasıran” o makama ait olacağını altını çizmiştir¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 246.

¹⁸⁸ D.6.D., 05.02.2003, E. 2002/1217, K. 2003/844, DKD. S. 1, s. 219.

¹⁸⁹ Makam ifadesi ile, özellikle kullanarak onun adına irade açıklayan ajanlardan soyutlama amaçlanmaktadır.

3030 sayılı Kanunda 2. ve 3. sınıf gayrisihhi müesseselere ilişkin ruhsat verme yetkisinin büyükşehir belediyelerine ait olduğu belirtilmesine karşın, aynı Kanunun uygulama yönetmeliğinde bu yetkinin kamu hizmetinde kolaylık ve sürat ile etkinliği sağlamak amacıyla ilçe belediyelerine devredilebileceğini öngörmüştür. Yüksek Mahkeme, Yönetmelik ile yapılan bu yetki devrini kamu hizmetinde etkinliği gerekçe göstererek hukuka uygun bulmasına karşın¹⁹¹, kanımızca yetkiye ilişkin bu noktaya kadar yaptığımız tüm açıklama ve ilkeleri göz ardı etmiştir. İdari vesayet yetkisinin kullanımında vesayet denetimine tutulan makama yetki devri hukuka uygun bulunmuştur¹⁹².

Konuya ilişkin diğer örnek olayda, ilçe sınırları içinde bulunan otelin mevzuata aykırı olarak faaliyette bulunduğu 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyat Kanunu hükümlerine göre oteli kapatma yetkisi mahallin en büyük mülki amirine ait olacağını düzenlemiştir. Mahallin en büyük mülki amiri sorunu özellikle illerde ortaya çıkmakta ve yetkinin kullanımı konusunda vali ile kaymakam arasında ihtilaf doğmaktadır. Mahallin en büyük mülki amiri ile kaymakam kastedildiğinden, oteli kapatma konusunda valiliğin tesis ettiği işlem hukuka aykırı olacaktır¹⁹³.

Yetki unsuruna ilişkin bir başka önemli nokta, işlemin yetki bakımından hukuka aykırı bulunması halinde yetkili idare aynı sebebe dayanarak yeni bir işlem tesis edebilecek ve ilgili kesin hükmün sonuçlarından faydalanamayacaktır. Yetkisiz idarenin ortaya koyduğu maddi veriler ve bunlara dayalı olarak tesis edilen işlemin hukuksal sonucu şayet, yetkili idare tarafından yapılmış olsaydı aynı sonucu doğuracak ise, bu takdirde yetki bakımından hukuka aykırı olan işlem

¹⁹⁰ Yüksek Mahkeme bir kararında, vekalet edildiği takdirde herhangi bir yetki devri bulunmadan vekilin asilin yapacağı tüm işleri yapabileceğini belirterek, kanunda münhasıran yetkili kılınan makama vekalet edenin bu yetkiyi kullanabileceğini ifade etmiştir. D.5.D., 15.04.2003, E. 2000/1711, K. 2003/1421, DKD. S. 2, s. 210.

¹⁹¹ D.8.D., 24.06.1997, E. 1997/1224, K. 1997/2255, DD. S. 95, s. 510.

¹⁹² “Belediye başkanları, meclis ve encümen üyeleriyle, atamaları bakanlık onayına tabi personelin yurt dışına izinli veya görevli gitmeleri durumunda, İçişleri Bakanlığına ait izin onama yetkisinin valilere devredilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığına karar verilmiştir”. D.8.D., 25.11.1996, E. 1995/860, K. 1996/3398, DD. S. 93, s. 407.

¹⁹³ D.10.D., 28.03.1996, E. 1994/6018, K. 1996/1699(DBB).

kaynaklanan bir zararın ortaya çıktığı iddia edilemeyecektir. Örneğin, içkili bir lokanta mevzuata aykırı davrandığı takdirde yer bakımından yetkisiz kaymakamca 90 gün süreyle kapatılması halinde, yetkili olan kaymakamın da aynı hukuksal sonucu doğurucu işlem tesis edeceğinden bu nedenle ortada bir zarar bulunmadığı ileri sürülmektedir¹⁹⁴.

Bununla beraber, vekalet imza ve yetki devrinden farklıdır. Vekalet etme, makamda bulunan kamu görevlisinin makamda herhangi bir sebeple olmadığı durumlarda vekalet edenin her türlü yetkiyi kullanabileceği anlamına gelmektedir.

2.5.1.2. YETKİ VE USULDE PARALELLİK İLKESİ

Yetkiye ilişkin genel kurallar ifade edilirken idarenin kanunen yetkili kılınması gerektiğinin altı çizilmişti. Bunun dışında, içtihat ile geliştirilmiş, yetkili makamın tespitine yarayan bir başka kural bulunmaktadır. Yetki ve usulde paralellik denilen ilke, yetkili idarenin, kanunda aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde tesis ettiği işlemin “**aksini**” yapma konusunda da yetkili olduğudur. Aksine işlemi tesis edecek makam açık bir şekilde kanunda gösterilmiş ise bu takdirde yetki ve usulde paralellik ilkesi uygulanmaz¹⁹⁵. Yüksek Mahkeme, “belediye memurlarının görevden alınma yönteminin 1580 sayılı Belediye kanununda açıkça gösterilmiş olması nedeniyle usulde paralellik ilkesinin bu durumda uygulanmasının mümkün olmadığına” karar vermiştir¹⁹⁶.

Kanun Koyucu genelde bir işlemin tesisi aşamasında kimin yetkili olduğunu belirtmekte, aynı konuda aksi işlemi yapma konusunda yetkili makamı göstermemektedir. Yetki ve usulde paralellik ilkesinin anlaşılabilmesi için ilk işlemin “**aksinin**” ne olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Aksi işlem, ilk işlemi değiştiren, kaldıran veya geri alan işlem olarak algılanmalıdır¹⁹⁷. Başka bir deyişle,

¹⁹⁴ D.10.D., 04.10.1996, E. 1995/964, K. 1996/5781(DBB).

¹⁹⁵ D.5.D., 07.12.1987, E. 1987/987, K. 1987/1694, DD. S. 70-71, s. 225.

¹⁹⁶ D.5.D., 07.12.1987, E. 1987/987, K. 1987/1894, DD. S. 70-71, s. 225-226.

¹⁹⁷ Yüksek Mahkeme, bir kararında “2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 31. maddesinde; sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunacak kurumların, kuruldan izin almalarının zorunlu olduğu

ilk işlemin hukuk alanında doğurduğu hukuksal sonuca “etki eden” işlemler aksine işlem olarak algılanacaktır¹⁹⁸. Bu bakımdan, ilk işlemin yapılış sebebi ve konusu aynı zamanda aksi işlemi de belirleyecektir. İlk işlemde bağımsız, değişik sebep ve konuya dayalı işlemler bağımsız olarak algılanacak, aksi işlem olarak değerlendirilmeyecektir.

Belediye tarafından kiraya verilen terminal yazıhanelerine bağlı olarak çalışan minibüslerin çalışma hatları, bağlı oldukları yazıhaneye göre belirlenmektedir. Yazıhanenin değiştirilmesi istemini de karara bağlama yetkisi ilk işlemi yapan belediyeye aittir. Bu uyuşmazlıkta ilk işlemin aksi değil fakat, değiştirilmesi yapılmakta ve yetki – usulde paralellik ilkesine değişik bir örnek oluşturmaktadır. İlk işlemin tesisi aşamasında yetkili olan makamın, kanunda yapılan değişiklik ile bir başka makamın yetkili kılınması halinde aksine işlem yapma yetkisi “sonradan” yetkili kılınan makama ait olacaktır. Ne var ki, Yüksek Mahkeme 1988 yılında Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca onaylanarak yürürlüğe giren 1/5000 ölçekli Nazım Planın 1997 yılında yine Bakanlık tarafından değiştirebileceğini belirtmiş ve Ankara Büyükşehir Belediyesince yapılan 1/5000’lik plan tadilatının “yetki ve usulde paralellik” ilkesine aykırılığı nedeniyle hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir¹⁹⁹. İlk Planın tesisi aşamasında yetkili olan Bakanlıktır. Bununla beraber, 3030 sayılı Büyükşehir Belediyelerine ilişkin Kanun ile 1/5000 ölçekli Plan

faaliyet ve aracılık türleri itibarıyla başvuru ve izin esaslarının Kurulca düzenleneceği, izin verilen kuruluşlara yürütecekleri sermaye piyasası faaliyetlerini gösteren ‘yetki belgesinin’ verileceği, ‘yetki belgesi’ olmayan veya belgesi iptal olunanların sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunamayacağı düzenlenmektedir./ Aynı Yasanın 34. maddesinin son fıkrasında ‘aracı kurumların faaliyet ve merkez dışı örgütleriyle ilgili ilkeler Kurulca belirlenir’ hükmü yer almakta, 22/f maddesinde ise sermaye piyasası kurumlarının faaliyetlerinin bu Kanuna, kurulun yönetmelik, tebliğ ve kararlarına ve sermaye piyasaları ile ilgili diğer mevzuata uygunluğunu, gereken her türlü bilgi ve belgeyi isteyerek izlemek ve denetlemek davalı idarenin görevleri arasında sayılmaktadır./ Aktarılan düzenleme uyarınca idareye tanınan yetki, şüphesiz, Yasanın ‘sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunması amacı’yla sınırlı bulunmaktadır. Dolayısıyla, sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunulmasına izin vermek yetkisi bulunan davalı idare, gerek bu iznin verilmesi için aranılan koşulların kaybedilmesi gerekse Yasanın amacına aykırı eylemlerin belirlenmesi halinde verdiği izni geri almak ya da izin verdiği kurumun faaliyetlerini durdurmak yetkisine de sahiptir. Bu idare hukukunun temel ilkelerinden birisi olan usulde paralellik ilkesinin doğal sonucu” olduğunu ifade etmiştir. D.10.D., 16.12.1998, E. 1996/4349, K. 1998/6771, DD. S. 100, s. 508.

¹⁹⁸ Örneğin, ilçe belediyesinin verdiği inşaat ruhsatına dayalı olarak inşa edilen yapının, büyük şehir belediyesince mühürlenemeyeceği, yine yapının ancak ilçe belediyesince mühürlenebileceği gibi. Örnek karar için bkz. D.6.D., 22.10.1991, E. 1990/2033, K. 1991/2083(DBB).

¹⁹⁹ D.6.D., 14.12.1999, E. 1999/161, K. 1999/6523, DD. S. 103, s. 565.

yapma yetkisi anılan belediyelere geçmiştir. Bu nedenle, artık Bakanlık tarafından kullanılacak bir yetkinin bulunmaması gerekmektedir. Başka bir deyişle, yetki ve usulde paralellik ilkesinin uygulanabilmesi için karşıt işlemin “**tesisi anında**” da yetkili bulunulması zorunludur.

Yetki devrinin yetki ve usulde paralellik ilkesine uzantısı, yetki devri aksine işlemin tesis edildiği tarihte “halen sürüyor ise” bu takdirde aksine işlemin yetki devrini kullanan makamın tesis etmesini gerektirmektedir. Nitekim, Yüksek Mahkeme 2. ve 3. sınıf gayri müessese izni verme yetkisini ilçe belediyesine devreden Büyükşehir Belediyesinin ilçe belediyeleri tarafından verilen izni geri alma konusunda yetki ve usulde paralellik ilkesi gereği yetkisiz olduğunu belirtmiştir²⁰⁰.

Şayet, yetki devri herhangi bir şekilde sona ermiş ise bu takdirde aksine işlem asıl yetkili makam tarafından kullanılmalıdır. Öte yandan, yetkili makam aksine işlemin tesis tarihinde yetkisini bir başka makama devretmiş ise bu takdirde aksine işlemin devredilen makam tarafından kullanılması gerektiğini düşünmekteyiz. Nitekim, bu örnekte yetki ve usulde paralellik ilkesi ile yetki devrine ilişkin ilkelerin bağdaştırılması gerekmektedir. Asıl yetkili makam, yetkisini devrettiğine göre aksine işlem konusunda da zaman bakımından yetkisiz sayılacaktır.

Yüksek Mahkeme özellikle kamu görevlilerinin atanması sırasında izlenen yetki ve usul silsilesinin görevden almada da takip edilmesi gerektiğine karar vermiştir²⁰¹. Buna ilişkin önemli örnek de, rektörlerin atanmasında izlenen prosedürün, yine rektörlerin görevden ayrılmasına(=alınmasına) ilişkin usulde de izlenmesi gerektiğidir²⁰². Bununla beraber, süreli görevlerde süre sonunda görevin sona ermesi halinde idarenin usulde paralellik ilkesine uyması gerekmez. Yüksek

²⁰⁰ D.8.D., 24.06.1997, E. 1997/1224, K. 1997/2255, DD. S. 95, s. 510.

²⁰¹ D.İ.D.D.G.K., 09.04.1999, E. 1997/536, K. 1999/457, DD. S. 102, s. 91.

²⁰² D.8.D., 13.10.1997, E. 1996/5256, K. 1997/2729, DD. S. 95, s. 523. Kararda “YÖK Genel Kurulunun bir rektörün görevden alınmasına karar verebileceği, ancak bu kararın rektörlerin T.C. Anayasasının 130. ve 2547 sayılı Kanununun 13. maddesi uyarınca kademeli seçimlerden sonra cumhurbaşkanınca seçilerek atandığı gözüne alındığında idare hukukunun usulde paralellik ilkesi gereği Cumhurbaşkanına sunulması ve rektörün görevden alınmasının cumhurbaşkanınca (kararname düzenlenmesi suretiyle) yapılabileceği sonucuna” ulaşılmıştır.

Mahkeme, “kısmi statüde görev yapanlardan görevlerinin devamında yarar görülenlerin, görev süresinin uzatımında üniversite yönetim kurulunun görüşünün alınmasının zorunlu olduğu, her defasında 2 yıl için atandıkları ve atama süresi sonunda görevin kendiliğinden sona ereceğinin belirtilmesi nedeniyle görevin sona ermesi sırasında üniversite yönetim kurulunun görüşünün alınması yolunda yasal bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu nedenle usulde paralellik ilkesi uygulanarak atama ve görev süresinin yenilenmesi sırasında getirilen usulün, görevin yasa gereği kendiliğinden sona ermesi sırasında da aranmasına hukuken olanak olmadığına” karar vermiştir²⁰³.

Özellikle aynı konuda farklı kollukların yarıştığı durumlarda yetki ve usulde paralellik ilkesinin uygulanması önem kazanmaktadır. Bu durumda, kolluk yetkisini kullanan idarenin “görev” alanının doğru tespit edilmelidir. Örneğin, il sağlık müdürlüğüne ruhsat talebi ile başvuran ilgilinin henüz gerekli izni almadan faaliyete başlaması üzerine belediyenin 1580 sayılı Belediye Kanununda yer alan ruhsatsız işyerlerini kapatma yetkisini kullanması hukuka uygundur²⁰⁴. Henüz idareden alınmış bir ruhsat bulunmamakta, yetki ve usulde paralellik ilkesi uygulanabilir hale gelmemektedir. Bu nedenle, belediyenin genel yetkisi il sağlık müdürlüğünün özel yetkisinin önüne geçmektedir.

Bir başka olayda, belediye sınırları içerisindeki tesislerin sıhhi koşulları taşıyıp taşımadığı konusundaki denetim yetkisinin belediyelere ait olduğu, valiliğin “yetki sınırını” aşarak belediyenin görevli olduğu konuda ruhsatın iptali cihetine gidemeyeceğine karar verilmiştir²⁰⁵. Anılan ilke tekrar edilerek, “Polis Vazife ve Selahiyet Yasası kapsamında bulunan işyerine emniyet amirliğince verilen ruhsat, yine emniyetçe yeterli delil toplandıktan sonra o yerin en büyük mülki amirinin emriyle polis tarafından kapatılabileceğinden, davalı belediye” tarafından işyerinde

²⁰³ D.8.D., 18.05.1999, E. 1998/7119, K. 1999/3067, DD. S. 102, s. 522.

²⁰⁴ D.8.D., 03.11.1999, E. 1997/4288, K. 1999/5770, DD. S. 103, s. 738.

²⁰⁵ D.10.D., 22.06.1995, E. 1994/4468, K. 1995/3362(DBB).

fuhuş yapıldığı gerekçesiyle kapatma işlemi tesis edilemeyeceğine karar verilmiştir²⁰⁶.

Yetki ve usulde paralellik ilkesinin bir başka uzantısı, ilk işlemde ağırlaştırılmış çoğunluk aranarak bir karar verilmesi öngörülmüş ise, aksine işlemin tesis aşamasında da aynı ağırlaştırılmış çoğunluğun aranması gerekecektir²⁰⁷.

2.5.2. YETKİ UNSURUNUN KONUSU

İdari işlemi yapmaya yetkili makam, yetki unsuru içinde işlemin ilgilisi (=kişi), konusu, yeri (=fiziki sınır) ve zamanı bakımından bir takım sınırlamalara tabi tutulmuştur. Bu sınırlamalar, esas itibariyle yetki başlığı altında incelemekte ve her biri başlı başına yetki unsuru sakatlığı yaratmaya yetmektedir.

2.5.2.1. KİŞİ BAKIMINDAN YETKİ

Genel anlamda, işlemi tesis etmeye yetkili idare içinde²⁰⁸ yetki kullanımına ilişkin paylaşımın değerlendirilmesi kişi yönünden yetkinin incelenmesi anlamına gelmektedir. Bu bakımdan, diğer eserlerde yapıldığı gibi kişi yönünden ifadesi yetersiz kalmakta, idare içinde organ veya makama göre yetkinin incelenmesi kavramı tam karşılamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, organ veya makam yönünden yetki kavramı ile, asıl olarak adına irade açıklanan idare yetkili bulunmakta, fakat onun adına hareket eden ajanın yetkisi tartışılmaktadır. “İdari tasarrufların muteber ve hatta mevcut olabilmesi için iradenin idare namına irade ızharına salâhiyet olan bir makam tarafından ızhar edilmiş olması lazımdır”²⁰⁹. İdare adına irade açıklayacak k amu görevlisinin öncelikle genel hukuk kuralları gereği “temyiz kudretine” sahip olması,

²⁰⁶ D.8.D., 12.04.1999, E. 1998/6984, K. 1999/1949, DD. S. 102, s. 518.

²⁰⁷ D.8.D., 23.10.1979, E. 1978/2969, K. 1989/3047, DD. S. 38-39, s. 267.

²⁰⁸ Bu nedenle, iki idare arasında yetki sorunu konusuna göre diğer başlıklar altında incelemeyi yerinde bulduk.

²⁰⁹ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. I., s. 301-302.

bu niteliğe sahip kamu görevlisi tarafından açıklanacak iradenin kanuni dayanağının bulunması gerektiği belirtilmişti.

Yüksek Mahkeme, disiplin cezasının Bakan tarafından verilmesi gerekirken müdür tarafından verilmesini²¹⁰, “mevzuata aykırı faaliyette bulunan otelin kaymakam yerine vali tarafından kapatılmasını”²¹¹, “3194 sayılı İmar Kanununun 32. maddesine göre yıkma kararının alınmasında belediye encümeni yerine başkanın yıkma kararı almasını”²¹², “teftiş kurulu yerine iş müfettişince olumsuz sicil düzenlemesi”²¹³, “gümrük mevzuatından kaynaklanan fazla alınan verginin iadesi konusunda Bakanlık yerine gümrük müdürlüğünün talebi reddetmesini”²¹⁴, “görevden uzaklaştırma işleminin rektörlük yerine dekanlıkça yapılmasını”²¹⁵, “3194 sayılı İmar Kanununun 40. maddesine göre ortaya çıkan mahzurun giderilmemesi halinde mahzurun giderilmesi ya da mahzurlu faaliyetin durdurulması için belediyenin yetkili organı olan belediye encümenince karar alınması gerektiğinden, belediye zabıta amirliğinin işlem tesisini”²¹⁶, “3194 sayılı İmar Kanunun 40. maddesine göre ortaya çıkan mahzurun giderilmemesi halinde mahzurun giderilmesi ya da mahzurlu faaliyetin durdurulması için belediyenin yetkili organı belediye encümenince karar alınması gerektiğinden, bu konuda zabıta amirliğince işlem yapılmasını”²¹⁷ yetki bakımından hukuka aykırı bulmuştur.

İdare adına irade açıklamaya yetkili olmayanlarca yapılan beyanların hukuki etkisi ve bunlara karşı yargı yollarına gidilmesi farklılık arz etmektedir. Şayet, idare içinde görevli bulunan bir ajanın tamamıyla konusu dışında, işlem ile hiçbir şekilde bağlantı kurulamayacak bir ilişkisi bulunması halinde “yetki gasbından” söz edilebilir. Bu durumda, irade “yok hükmünde” olup hukuki etkiden yoksun bulunması nedeniyle iptal davası açılmasına gerek yoktur. Fakat, yerleşik yargı

²¹⁰ D.5.D., 07.10.1975, E. 1975/5403, K. 1977/1610, DD. S. 28-29, s. 336.

²¹¹ D.10.D., 28.03.1996, E. 1994/6018, K. 1996/1699(DBB).

²¹² D.6.D., 08.10.1987, E. 1987/74, K. 1987/874(DBB).

²¹³ D.5.D., 01.07.1985, E. 1985/581, K. 1985/2019.

²¹⁴ D.7.D., 19.06.1996, E. 1994/4599, E. 1996/2577, DD. S. 92, s. 546.

²¹⁵ D.5.D., 05.05.1997, E. 1994/286, K. 1997/966, DD. S. 94, s. 339.

²¹⁶ D.6.D., 06.12.1989, E. 1989/2750, K. 1989/2403.

²¹⁷ D.6.D., 06.12.1989, E. 1989/2750, K. 1989/2403.(DBB).

içtihatları yok hükmünde işlemlerin iptal davası formatı içinde dava konusu edilebileceğini yönündedir. Bununla beraber, az önce anılan bağın kurulması mümkün olduğunda idarenin icrai işlemi olduğunun kabulü gerekecek ve yetkisiz makam tarafından tesis edilen irade iptal davasının konusunu oluşturacaktır.

İmar Kanununa aykırı bir şekilde ruhsatsız inşaat yapıldığının tespiti üzerine belediye başkan yardımcısının malike hitaben yazdığı yazıda yapının en geç yedi gün içinde yıkılması aksi halinde belediyece yıkılacağı ve masrafın %20 fazlasının alınacağı tebliğ edilmiştir. İlk derece mahkemesi başkan yardımcısının iradesini dava konusu edebilir nitelikte bulmamış ama, Yüksek Mahkeme iradenin yaptırım içerdiği ve yargılama konusu yapıp yetki bakımından iptal edilmesi gerektiğini belirtmiştir²¹⁸.

Kişi bakımından yetkinin bir diğer boyutu da, işlemde etkilenen ilgilinin durumudur. İlgili işlemin muhatabı konumunda olamayacak kişi konumundadır. Yani, işlemin konusunu oluşturmamaktadır. Yükseköğretim Kurumları Yönetici Öğretim Elemanları ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 7/g maddesi uyarınca **“yönetim görevinden ayırma”** cezasının ancak rektörlük, dekan, enstitü müdürlüğü, yüksekokul müdürlüğü, bölüm başkanlığı, anabilim dalı başkanlığı, bilim dalı başkanlığı veya sanat dalı başkanlığı görevinden ayırma olarak verileceği, sadece öğretim görevlisi olup herhangi bir idari görevi olmayan kişi hakkında yönetim görevinden ayırma cezası verilemeyeceği belirtilmiştir²¹⁹. Benzer uyuşmazlıkta, Yüksek Mahkeme, kamu görevlisi olan bir dış hekimi hakkında “Dış Hekimleri Odası Başkanlığınca” tesis edilen işlemin, Odanın görev alanının serbest dış hekimlerini kapsadığı, kamu görevlileri için disiplin cezası veremeyeceğine karar vermiştir²²⁰.

²¹⁸ D.6.D., 20.05.1993, E. 1992/3948, K. 1993/1959(DBB).

²¹⁹ D.8.D., 11.02.1999, E. 1996/940, K. 1999/416, DD. S. 101, s. 603.

²²⁰ D.8.D., 03.11.1999, E. 1999/1372, K. 1999/5771, DD. S. 103, s. 748; D.8.D., 25.09.2000, E. 2000/2537, K. 2000/5508, DD. S. 104, s. 413; D.8.D., 07.10.2002, E. 2001/4095, K. 2002/4554, DKD. S. 1, s. 332.

Kişi bakımından önemli bir diğer konu ilgilinin işlemi tesis eden kişiye olan inancıdır. Muhatap, işlemin tesisi aşamasında yetkinin dışsal görünümünü ile ilgilenmekte ve buna “güven” duymaktadır. Bu nedenle, özellikle idarenin üçüncü kişiler ile ilişkilerinde yetkili olduğu izlenimi veren veya verdirilen kişiler hal ve şarta göre yetkili kabul edilmektedir. Aslında yetkisiz olan ve hatta idareyle hiçbir organik bağı dahi olmayan ama, idare adına hareket eden fiili ajanların “*yetkisi*” ıslah edilmekte, üçüncü kişilerin hukukunun korunması amacıyla yetkili kabul edilmektedirler.

Bu bakımdan, idare adına hareket edenlerin idare içinde bir kadroyu işgal etmesi, sözleşme ile idareye bağlanması ve onun adına hareket etmesi gerekmektedir. Usulüne uygun olmayan şekilde atandığı yerde görev yapan, atama işlemi iptal edildiği halde halen çalışan ajanın, özellikle üçüncü kişiyi yarandırmaya yönelik işlemlerinde yetki sorunu bulunmamaktadır. Bunlar, hukuken “görünüşte memur”²²¹ olarak vasıflandırılmaktadırlar.

Yukarıdaki örnekte memurun bir şekilde idare ile hukuksal bağı bulunmaktadır. Bunun dışında, idareyle hiçbir şekilde hukuksal bağı olmayan, ancak idarenin görevini yerine getirmede aciz kaldığı “istisnai” durumlarda, idare “yerine” gönüllü olarak hareket eden idare dışı üçüncü kişilerin de görünüşte memur olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Özel hukuk kişilerinin kural olarak idari işlem tesis etme yetkisi bulunmamakla birlikte, savaş, büyük bir yangın ve patlama gibi olağanüstü durumlarda idarenin yerine hareket edenlerin işlem ve eylemleri idare “nam ve hesabına”²²² yapılmış varsayılır. “İdarenin gönüllü işbirlikçileri”²²³ olarak adlandırılan kamu ajanlarının teorisi asıl olarak 1895 yılında Fransa’da bir işçinin tersane inşaatında çalışırken idarenin ve işçinin hiçbir kusuru olmadan elinin zarar

²²¹ Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *İdare Hukuku, İdari Yargı*, Turhan Kitapevi, Ankara, 1999, C. II, s. 445; Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2003, C. I, s. 640.

²²² Bu terimi kullanmamızın nedeni, fiili memurlar tarafından kamu hizmetinden yararlananların, bu esnada bir zarar görmesi halinde olaydan bilgi ve haberi olmayan idarenin gerçek anlamda “*vekaletsiz iş gören*” gördüren olarak kabul edilmesine dayanmaktadır. Bir başkasının hukuk alanına “kamu yararının” temini amacıyla müdahale bulunulması, idarenin müdahale esnasında yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmetin niteliğine göre tazmin sorumluluğunu doğurmaktadır.

²²³ Gözler, *İdare Hukuku*, C. I., s. 643.

görmesi üzerine, açtığı tazminat davasının kabulü ve bundan 3 yıl sonra çıkarılan İşçilerin Tazminatı Hakkında düzenlemeye dayanmaktadır²²⁴. Bu ilke daha sonraları Conseil d'Etat tarafından genişletilmiş ve kamu hizmetinin işleyişinde gönüllü olarak çalışanların da gördüğü zararların da tazmini gerektiğine karar verilmiştir²²⁵.

2.5.2.2. KONU BAKIMINDAN YETKİ

Konu unsuru, işlemin mevzuunu doğurması lazım gelen netice, hükümdür²²⁶. İşlemin sebep unsuru ile birlikte esasına yönelik konu unsurunun “yetkiye” yansıdığı kısmı sadece işlemin konusunu oluşturan tasarrufu tesis hususunda ilgili idarenin yetkili olup olmadığı belirlenecektir. Başka bir deyişle, bu bölümde işlemin neticesinin “hukuka uygun” olup olmadığından önce, bu konuda idarenin yetkili olup olmadığıdır. Nitekim, idareye tanınan yetkilerin “kapsamı”nın belirlenmesi hukuk devletinin bir gereğidir²²⁷. Konu bakımından yetki, idareler arasında ve yetkili idare içindeki yetkiyi kullanacak makamlar arasındaki işbölümüne, görevine giren konulara yöneliktir.

İdarenin kendi görev alanına girdiği konuda kendisini yetkisiz sanması “olumsuz”, başka bir makam veya idarenin yerine kendisini yetkili sanarak karar alması “olumlu” yetki aşımı olarak nitelendirilmiştir²²⁸. Kanuni idare ilkesi gereği idarenin yetkisi kanun ile tanınmakta, alt normlarda kanuna uygun olarak tesis edilmektedir. Kanun metnine sıkı sıkıya bağlanması idarenin pek çok “konuda” yetkisiz olması sonucunu, aksinin kabulü ise hukuka aykırı idareci davranışlarını

²²⁴ Brown, Bell, *French Administrative Law*, p. 185.

²²⁵ a.y. Örneklere bakıldığında, bir köy karnavalı sırasında havai fişekleri yerleştiren bir köylünün fişeklerin önceden patlaması sonucu gördüğü zarar ve boğulan bir kişiyi kurtarmak amacıyla cankurtaran gibi davranan kişinin ölümünden doğan zarar ile kamu ait bir alanda bulunan çukura düşen yaşlı bir kadını kurtarmak için yardımcı olan kişinin aynı çukura düşmesi sonucu oluşan zararın tazmini olaylarıdır. Görüleceği üzere, aslında verilen örnekler kamu hizmetinin işleyişi karşısında gönüllü olarak davranan kişilerin gördüğü zararların “hakkaniyet ilkesi” gereği tazminine yöneliktir. Örnekler de, gönüllü kişilerin zararı arttırıcı davranışı olsa idi, bu takdirde artan miktar ile idarenin sorumlu olup olmadığının belirlenmesi tezimizi güçlendirecek idi.

²²⁶ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. I., s. 311.

²²⁷ Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s. 108.

²²⁸ A. Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 1996, s. 179.

arttıracaktır²²⁹. Bu nedenle, kanun metinde yetkinin açık bir şekilde yer alması zorunlu olmamakla birlikte bunun “yeteri derece” belirlenebilir olmasının zorunluluğu açıklanmıştır²³⁰. Başka bir deyişle, idarenin kanuna aykırı davranış içinde olmaması ve kanunda yer alan prensipler dahilinde faaliyet imkanı veren, idare ile kanunu uyumlaştıran, “bağdaştıran” bir prensibin kabulü idarenin işleyişi için zorunlu hale gelmiştir²³¹.

“Büyükşehir belediye başkanının ilçe belediyesince kabul edilen uygulama imar planlarını onaylayabileceği, ama, kanunda tadilen onama yetkisinin”²³², “Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulunun yapı kullanma izin belgesi verme yetkisinin”²³³, “büyükşehir belediyesinin mücavir alan belirleme yetkisinin ve bu alandaki yetkilerin büyükhşire ait olduğuna dair belirleme yetkisinin”²³⁴, “ilçe sınırları içerisinde mevzuata aykırı faaliyette bulunan oteli kapatma yetkisinin kaymakama ait olduğu, valinin bu konuda yetkisinin”²³⁵, “nazım imar planı ile parselasyon işlemi sonucu doğuracak plan notu yapma yetkisinin”²³⁶, “motorlu kara taşıtlarının egzoz gazı emisyon ölçümünün de dahil olduğu teknik muayenelerinin Karayolları Genel Müdürlüğünce yapılması veya yaptırılması, bu konuda Çevre Bakanlığının düzenleme yapma yetkisinin”²³⁷, “yurt dışından alınan diplomaların denkliğinin tespitinde öğretmen atamalarında geçerli değildir şeklinde şerh konulma yetkisinin”²³⁸, “TBMM’nin, Milli Saraylar Daire Başkanlığı bünyesinde, Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kurulu yetkilerine haiz, ‘Koruma ve Değerlendirme Kurulları’ oluşturma yetkisinin”²³⁹, “idari usul yolları tüketilerek kesinleşen disiplin cezasını kaldıran idarenin yetkisinin”²⁴⁰, “nazım imar planı ile ayrıntılı bir şekilde,

²²⁹ Akıllıoğlu, “Saklı Yetki Kavramı”, s. 73.

²³⁰ a.y.

²³¹ Turan Güneş, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, s. 141.

²³² D.6.D., 10.11.1999, E. 1998/6235, K. 1999/5470, DD. S. 103, s. 478.

²³³ D.6.D., 24.03.1999, E. 1998/614, K. 1999/1743, DD. S. 101, s. 454.

²³⁴ D.6.D., 09.06.1999, E. 1998/2911, K. 1999/3199, DD. S. 102, s. 344.

²³⁵ D.10.D., 28.03.1996, E. 1994/6018, K. 1996/1699. Yakup Bal, Mustafa Karabulut, Yahya Şahin, **Danıştay 10. Daire Kararları**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2003, s. 7.

²³⁶ D.6.D., 22.06.2000, E. 1999/2248, K. 2000/4203, DD. S. 105, s. 328.

²³⁷ D.6.D., 22.04.2003, E. 2002/468, K. 2003/2524, DKD. S. 1, s. 226.

²³⁸ D.8.D., 04.03.2003, E. 2002/4520, K. 2003/973, DKD. S. 2, s. 290.

²³⁹ D.6.D., 28.02.1996, E. 1996/91, K. 1996/929, DD. S. 92, s. 471.

²⁴⁰ D.8.D., 12.10.1998, E. 1998/4988, K. 1998/3015, DD. S. 99, s. 380.

uygulama imar planı gibi düzenleme yetkisinin”²⁴¹, “belediyenin Hazineye ait taşınmazı kiralama yetkisinin”²⁴², “profesörlüğe atanmak için yapılan başvurunun değerlendirilmesi için oluşturulan üç kişilik profesörler kurulunun inceleme alanının adayların bilimsel yeterliliği ile sınırlı olduğu, bunun dışında yetkilerinin”²⁴³, “binanın dış görünümünün İmar Kanununun 40. maddesine istinaden mühürlenmesinde isabet”²⁴⁴ bulunmadığına karar verilmiştir.

Bunun dışında, konu bakımından yetkisizliğe, İstanbul sınırları içindeki bir ilçe belediyesinin “mevcut ruhsatsız yapıların, gelecekte yapılacak olan planlarda korunmasına ilişkin” “imar planı değişikliği” değişik bir örnek oluşturmaktadır²⁴⁵. Bu olayda, belediye mülkiyetinde olan bir taşınmazı uzun süreli kiralamış, kiralayan kira sözleşmesine güvenerek yatırım yapmıştır. Belediye ise bu kira ilişkisinin devamını temin için yetkisini usulüne uygun kullanmamış, aynı zamanda işlemin “maksat unsurunun” hukuka aykırı hale gelmesine neden olmuştur.

Yetki ve usul saptırması da konu bakımından yetkisizliğe örnek teşkil edebilir. Yetki ve usul saptırmasında idarenin gerçekten yetkili olduğu bir konu bulunmaktadır. Fakat, yetkisinin doğduğu kanunun amacına aykırı usul izlemektedir. Örneğin, 3194 sayılı İmar Kanunun 18. maddesinde belirtilen parselasyon yetkisinin kamuya taşınmaz kazandırılması için kullanılmasında”²⁴⁶ idarenin parselasyon yetkisi bulunmaktadır. İdarenin bu yetkiyi kamuya mal edindirme için kullanması hukuka aykırıdır. Öte yandan, idarenin bilmeden yanlış usulü izlemesi halinde mahkeme sebep ikamesi yaparak yasal temeli değiştirebilir. Bu örnekte ise, idare bilmeden veya bilerek başka yasal temeli uygulamıştır. Yetkinin, daha geniş ifade ile kamu gücünün kullanma tehdidi de yetki ve usulün saptırılmasına örnek teşkil edebilir. Bu durumda, idare henüz elindeki yanlış aracı kullanmamakta fakat, kullanma tehdidinde bulunarak istediği hukuka aykırı sonucu elde etmektedir. Örneğin, re’sen emekliye sevk tehdidi ile emekliye ayrılma dilekçesi veren kamu

²⁴¹ D.6.D., 14.05.1998, E. 1997/2891, K. 1998/2542, DD. S. 98, s. 328.

²⁴² D.6.D., 17.02.1993, E. 1992/1211, K. 1993/553, DD. S. 88, s. 293.

²⁴³ D.5.D., 14.10.1989, E. 1988/3148, K. 1989/718, DD. S. 78-79, s. 273.

²⁴⁴ D.6.D., 27.01.1992, E. 1990/741, K. 1992/222(DBB).

²⁴⁵ D.6.D., 27.12.1995, E. 1995/2266, K. 1995/5407(DBB).

²⁴⁶ D.6.D., 21.01.1998, E. 1997/384, K. 1998/438(DBB).

görevlisinin “gerçek iradesinin” emekliye ayrılma olmaması nedeniyle işlem iptal edilmiştir²⁴⁷.

2.5.2.3. ZAMAN BAKIMINDAN YETKİ

Kamu görevlisinin yetkisini kullanması bazen süre ile sınırlandırılmıştır. Kamu görevlilerinin konu yönünden sahip oldukları yetkiyi kullanabilecekleri süre ifade edilmektedir²⁴⁸. Kamu görevlileri usulü dairesince göreve başladıkları andan itibaren yetkilerini kullanmaya başlarlar²⁴⁹. Aynı zamanda, kamu görevlisinin kamu gücünü kullandığı anda görevinin başında olması, görevi ile ilişkisinin bulunması gerekmektedir. Yüksek Mahkeme, işlemin tesis edildiği tarihte hastalık iznine ayrılmış(=raporlu olan) şube müdürünün, disiplin cezası verme yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir²⁵⁰. Bununla beraber, kamu görevlisinin görevi istifa, emeklilik, başka yere atama, azil, süre bitimi gibi sebepler ile son bulmamış olmalıdır. Görevi sona ermiş kamu görevlisi, görevine devamı konusunda kanuni bir mükellefiyet yüklenmemiş olmadığı sürece usulüne uygun idari işlem tesis edemeyecektir.

Süreli görevlerde, sürenin bitmesi ile kanuni bir düzenleme bulunmadığı takdirde kamu görevlisinin yetkisi herhangi bir işleme gerek olmaksızın ortadan kalkmaktadır. Yüksek Mahkeme, görev süresi biten müdür üyenin, yeni müdür üye seçilinceye kadar idarede devamlılık esasına göre görevine devam edebileceğine

²⁴⁷ D.10.D., 23.03.1994, E. 1993/4155, K. 1994/1176, DD. S. 90, s. 1050.

²⁴⁸ Günday, **İdare Hukuku**, s. 127.

²⁴⁹ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 405.

²⁵⁰ D.8.D., 13.05.1999, E. 1998/2038, K. 1999/2990, DD. S. 102, s. 491 : “...Dosyanın incelenmesinden, davacının disiplin amiri olan şube müdürü tarafından 25.09.1997 günü saat 15.30’da yapılan kontrolde mazeretsiz ve izinsiz olarak görev yerini terk ettiği gerekçesiyle anılan şube müdürü tarafından davacıya uyarma cezası verildiği anlaşılmaktadır. / Ancak dosyanın içeriğinde bulunan Gümrükler Kontrol Genel Müdürlüğü’nün 25.09.1997 gün ve 2248 sayılı yazısında, davacının disiplin amiri olan şube müdürünün 25.09.1997 gününden itibaren 10 gün süreyle raporlu bulunduğu, bu süre içinde başka bir şube müdürünün yerine bakmakla görevlendirildiği görülmektedir./ Bu durumda dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte hastalık iznine ayrılmış bulunan disiplin amirinin disiplin cezası verme yetkisi bulunmadığından, dava konusu edilen uyarma cezasında yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmamıştır.”

karar vermiştir²⁵¹. Kanımızca, yeni üye seçimine ilişkin ve acil bir karar verilmesini gerektirecek mücbir sebebin bulunmaması halinde, görev süresi bitmiş üyenin görevine devamı yönünde karar alınması, kurulun işlemlerini sakatlayacaktır. Öte yandan, göreve devama yönelik bir işlem bulunduğu takdirde, bu da seçim konusunda yetkili bulunan makamın yerine işlem tesis etme anlamına gelecek ve başlı başına yetki açısından hukuka aykırı olacaktır²⁵².

Aynı zamanda, idareye işlem tesis etme konusunda yetki veren kanuni düzenlemenin yürürlükte olması gerekmektedir. Yüksek Mahkeme bir kararında, Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğinin yürürlük tarihi olan 05.06.1974 tarihinden itibaren İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü Merkez İnzibat Komisyonlarının da kuruluş ve disiplin cezası verme yetkilerinin yasal dayanağı ortadan kalkmış olduğundan, bu tarihten sonra, adı geçen komisyonun verdiği kararların hukuksal dayanağı olmadığını ifade etmiştir²⁵³. Yüksek Mahkeme, Bakanlar Kurulu kararıyla kadro kullanımı ve kadro değişikliği konusunda bir düzenleme yapılmasının ve bu düzenlemenin sonuç doğurabilmesinin örgüt yapısını düzenleyen “bir yasa” ya da “kanun hükmünde kararnamenin” yürürlüğe konulmasına bağlı olduğunu, idarenin “henüz” yetkilendirilmediği için zamanından önce idari işlem tesis ettiğini vurgulamıştır²⁵⁴.

Bununla beraber, ölçülülük ilkesinin zaman bakımından yetkiye uyarlandığı şekliyle bir işlemin tesisinden önce uyarı gerektiren işlemlerde doğrudan sonuca yönelik işlemler de zaman bakımından yetkisizliğe örnek teşkil etmektedir. Örneğin, işyerinde giderilebilecek hukuka aykırılıkların tespiti üzerine bunların giderilmesi için uygun mehil verilmesi yerine doğrudan ruhsat iptaline gidilmesi, kapatma

²⁵¹ D.12.D., 29.01.1974, E. 1973/120, K. 1974/205, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 8., S. 1, s. 235, Gözübüyük, Dinçer, *İdari Yargılama Usulü*, s. 59’ dan naklen.

²⁵² Aksine görüş için bkz. Gözler, *İdare Hukuku*, C. I., s. 687. Yazar, görev süresi biten üyenin ancak cari işleri yapabileceğini belirtmektedir. Bu takdirde, kurulun her işleminin cari olup olmadığı gibi bir inceleme yapma ve işlemlerin hukuksallığını belirleme çabası içine girilecektir.

²⁵³ D.5.D., 06.10.1976, E. 1975/6022, K. 1976/7412, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 10, s. 174 .

²⁵⁴ D.5.D., 23.06.1999, E. 1998/126, K. 1999/2202, DD. S. 101, s. 385. “*Nazım imar planı olmadan uygulama imar planı yapılamaz*” D.6.D., 23.06.1999, E. 1998/2161, K. 1999/1788, DD. S. 101, s. 446.

işleminin şartlarının “henüz olgunlaşmaması” nedeniyle zaman bakımından yetkisiz olarak tesis edilmektedir²⁵⁵.

Kanuni düzenlemeler, idari işlemin tesisi bakımından idareye yönelik bir takım süreler belirlemiştir. İşlem tesis etme sürelerinin niteliği aynı zamanda idarenin yetkisinin devam edip etmediğini de belirlemektedir. Bu bakımdan, idarenin düzenine yönelik süreye ilişkin tahditler, sürenin geçmesine karşın idarenin yetkisini ortadan kaldırmamaktadır. Disiplin hukukunda yer alan ceza vermeye yönelik süreler, idarenin iç işleyişine ve bozulan iç düzenin bir an evvel tedarikine yöneliktir. Disiplin cezası verme süresinin geçirilmesi, disiplin amirinin görevini ihmal ettiğine karine oluşturmakta, onun için ayrı bir disiplin soruşturmasını gerektirmektedir. Bununla beraber, disiplin cezası verme yetkisini ortadan kaldırmamaktadır²⁵⁶.

Kanımızca, Mahkemenin de teyit ettiği bu görüş Hukuk Devleti ilkesini zedelemektedir. Nitekim, disiplin cezası verme süresi sadece idarenin iç işleyişine yönelik olmamakta, aynı zamanda kamu görevlisi üzerinde disiplin hukukunun uzun süre baskı kurmasına engel olmaktadır. Bu bakımdan, sürenin niteliğinin idareyi bir an önce karar almaya mı yönelttiği yoksa ilgiliyi korumayı mı amaçladığının ayırt edilmesi gerekmektedir.

İdarenin hızlı hareket etmesini temin edecek süreye ilişkin, kimi yasal düzenlemelerde idarenin alt normu yürürlüğe koyma konusunda belli bir süre ile sınırlı tutulduğu gösterilebilir. Düzenleme için öngörülen, sürenin geçirilmesi idarenin düzenleme yetkisini ortadan kaldırmamaktadır. Nitekim, sürenin yetkiyi kaldıracağının kabulü halinde Kanun Koyucunun amacından uzaklaşılacak, idarenin düzenleme yapmasının önüne geçilmiş olunacaktır.

²⁵⁵ İdarece tespit edilen eksiklikler giderilemeyecek nitelikte ise, idarenin mehil tanınması gerekmemekte ve ruhsat iptalinin zamanında yapıldığı varsayılmaktadır. D.6.D., 25.04.2003, E. 2002/319, K. 2003/2581, DKD. S. 2, s. 243. “Kafeterya için verilen işletme izninin konusu dışına çıkılması üzerine belli bir süre tanınarak yapılan değişikliğin düzeltilmesi veya bunun izne bağlanması imkanı verilmeden bu iznin iptalinde yasaya uyarlık bulunmamaktadır”. D.8.D., 20.02.1985, E. 1984/787, K. 1985/175, DD. S. 60-61, s. 346.

²⁵⁶ D.8.D., 11.01.1994, E. 1993/2433, K. 1994/56 (DBB); D.8.D., 19.10.1988, E. 1988/793, K. 1988/16, DD. S. 74-75, s. 496.

İl Özel İdaresi Kanunu ve Belediyelere ilişkin mevzuatta organlarının meclislerinin yılın belirli zamanlarında olağan olarak toplanacakları belirtilmiş bulunmaktadır. Bu zaman dilimi dışında, olağanüstü toplantılar hariç, toplanarak alınan kararlar kanunda belirtilen zaman haricinde toplanılması nedeniyle hukuka aykırılık taşımaktadır²⁵⁷.

Zaman bakımından yetkisizliğe bir başka örnek de, idarenin yetkisinden ziyade işlemin kapsadığı zaman diliminin belirlenmesidir. Bilindiği üzere, kural olarak idari işlemler “ileriye yönelik” etki doğurmak amacıyla tesis edilmekte, istisnalar dışında geçmişe yönelik hukuksal sonuçlar doğuramamaktadır. Bu bakımdan, idari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi idarenin yetkilerini kullanılmasını kısıtlayan bir zaman sınırıdır²⁵⁸.

Yüksek Mahkeme kararlarına yansımış bir başka yetki uyuşmazlığı istifa etmiş veya güvenoyu almamış Hükümet tarafından günlük işlerin dışında, hükümet etmeye yönelik veya kurulacak yeni hükümet adına takdir yetkisini kullanacak işlemlerin yetki unsuru bakımından hukuka aykırı olduğudur. Yüksek Mahkemenin iki dairesi güvenoyu alarak görevde bulunmayan Hükümetin yetkilerine ilişkin farklı iki hüküm ortaya koymuştur.

Bunlardan ilki, güvenoyu almamış bir hükümetin bir valiyi merkeze almasını, işlemin tesisi aşamasında yetkinin kullanılmasını gerektirecek olağanüstü sebeplerin dava dosyasına konulamamasını, sebebin somutlaşmamasını, bunun dışında işlemin “hemen karara bağlanması gerekli, geciktirilmesi halinde kamu zararı olacak, belli bir süre içinde tesisi zorunlu, yeni kurulacak Bakanlar Kurulunun programını uygulamasını geciktirici veya büsbütün zorlaştırıcı, engelleyici köklü kararlar” kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirterek işlemi iptal etmiştir²⁵⁹.

²⁵⁷ Onar, zamanı dışında toplanan İl veya Belediye meclisinin aldığı kararların yok hükmünde olduğunu belirtmiş ve bunların şekil unsuru bakımından sakat olduğunu ifade etmiştir. Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, s. 333.

²⁵⁸ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 406.

²⁵⁹ D.5.D., 30.11.1996, E. 1995/4052, K. 1996/3262, DD. S. 93, s. 255.

Aynı konuya ilişkin diğer kararda, istifa etmiş veya güvenoyu almamış Bakanlar Kurulunca “grev erteleme” kararının alınabileceği, Bakanlar Kurulunun bu zaman dilimi içinde yetkilerini kısıtlayacak anayasal bir ilkenin bulunmadığı ileri sürülmüştür²⁶⁰.

Her iki kararın birlikte değerlendirilmesi ile güvenoyu almamış hükümetin “**idarenin sürekliliğini**” sağlayacak işlemleri tesis edebilmesi, bunun dışında yeni Bakanlar Kurulunun takdir yetkisini kısıtlayacak işlemlerin tesisinden olağanüstü durumlar dışında imtina etmesi gerekmektedir. Nitekim, “grev erteleme” kararında zorunluluk, baskın kamu yararı bulunması önem kazanmaktadır.

İdarenin henüz kurulmamış, doğmamış hukuksal ilişkiden dolayı “**erken işlem tesis**” etmesi de mümkündür. “Belediyelerin telefon şebeke hattı yapılması nedeniyle tahrip edilen yolların eski hale getirilmesi için 3194 sayılı İmar Kanununun 40. maddesine göre bedel talep edebilecekleri, **henüz kazı çalışmaları yapılmaması halinde**” anılan Kanun hükmünün uygulanmayacağına karar verilmiştir²⁶¹.

2.5.2.4. YER BAKIMINDAN YETKİ

İdari yetkiyi kullanacak her makamın haklarında yetkisini kullanacağı kişi, olay, durum ve eşyanın bulunduğu veya geçtiği yer, yöre ve bölge gibi²⁶² çevre veya coğrafi, “yer bakımından idarenin yetkisi olarak” adlandırılan sınır bulunmaktadır.

Yer bakımından yetki de tek bir idarenin belli bir coğrafi alanda yetkili olması halinde ihtilaf ortaya çıkmamaktadır. Bunun dışında aynı alanda farklı idarelerin yetkili kılınması yer anlamında yetki sorununu ortaya çıkarmaktadır. Büyükşehir belediyelerinin yapım ve bakım sorumluluğunda bulunan meydan ve

²⁶⁰ D.10.D., 15.10.1997, E. 1995/6497, K. 1997/3777, DD. S. 95, s. 598.

²⁶¹ D.6.D., 15.12.1993, E. 1993/490, K. 1993/5447(DBB).

²⁶² Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 404.

yolların alt ve üstleri ile doğal uzantıları üzerinde her türlü tasarruf hakkını kullanacağı, bu nedenle buralara izin verme yetkisinin ilçe belediyelerine ait olmayıp, hizmeti götürmede sorumlu olan büyükşehir belediyelerine ait olması örneğinde yetki coğrafi alan ile sınırlandırılmıştır²⁶³.

Yüksek Mahkeme önüne gelen bir başka olayda, Ordu İli Emniyet kadrosunda çalışan bir emniyet mensubunun, “iznini geçirdiği Adana İlinde” katıldığı düğün töreninde resmi tabancası ile üç el ateş etmesi sonucu, Adana İl Polis Disiplin Kurulunca tanzim edilen disiplin cezasını, yetki bakımından hukuka aykırı bulmuştur²⁶⁴.

Yer bakımından yetki, ülkenin belli bir coğrafyasında yetki kullanan mahalli idareler ile daha belirginleşmiştir. Olağanüstü Hal Valisinin, olağanüstü hal mevzuatı ile kendisine tanınan yetkileri ancak, olağanüstü hal ilan edilmiş illerde kullanabilmesi mümkün olmaktadır²⁶⁵. Bunun dışında, belediyeler sadece belediye sınırlarını kapsayan işlemler ve düzenlemeler yapabilmektedir²⁶⁶. Örneğin, bir belediye diğer bir köy sınırı içinde bulunan taşınmazı su kanalı yapmak için kamulaştıramaz²⁶⁷.

Öte yandan, Yüksek Mahkeme bir başka kararında, belediye sınırları içinde çöp değerlendirme fabrikası kurmak için uygun taşınmazın “bulunmadığı” durumlarda, sağlık ve kamu düzeni gereği, belediyenin yetkisini kullanacağı coğrafi sınırın dışında uygun taşınmazı kamulaştırılabileceğini kabul etmiştir²⁶⁸. Mahkeme kararına yansıyan benzer uyuşmazlıklar da, kamu hizmetinin içeriği, zorunluluk, üstün kamu yararı ve günümüz kentleşme koşulları ile bunun getirdiği zorluklar

²⁶³ D.8.D., 16.02.1993, E. 1992/1861, K. 1993/907, DD. S. 88, s. 358.

²⁶⁴ D.10.D., 13.03.1985, E. 1985/50, K. 1985/526, DD. S. 60-61, s. 430. Olayda disiplin cezasının yetki unsuru bakımından hukuka uygun olarak verilmesi için, Adana’da gerçekleşen olaya ilişkin tutanağın, gereğinin yapılması için memurun kadrosunun bulunduğu Ordu İli Emniyet Müdürlüğüne iletilmesi ile gerekirdi.

²⁶⁵ D.5.D., 02.04.1996, E. 1994/7820, K. 1996/1370, DD. S. 92, s. 438.

²⁶⁶ D.11.D., 26.11.1981, E. 1980/3925, K. 1981/3549. Karavelioğlu, **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, s.43. Kararda, belediye sınırları dışında bulunan mezbahaya ilişkin belediyenin düzenleme yetkisinin bulunmadığı belirtilmiştir.

²⁶⁷ D.6.D., 09.12.1986, E. 1986/1101, K. 1986/1059, DD. S. 66-67, s. 278.

²⁶⁸ D.6.D., 14.04.1982, E. 1980/2500, K. 1982/1023, DD. S. 48-49, s. 190.

vurgulanarak belediyenin yetkisi sınırları dışına taşınmıştır²⁶⁹. Doktrinde, belediyenin yetkisini coğrafi sınır dışına taşıma gayreti “kamu yararı” ile açıklanmış, yargının “**bilanço**” ilkesini gözeterek, kararın getirecekleri ile götürecekleri, maliyet-fayda dengesinin inceleyerek bir kanaate vardığı belirtilmiştir²⁷⁰.

Bilindiği üzere, üniversiteler öğrencilerin “üniversite içindeki davranışlarını disipline” etmekle görevlendirilmiş olmalarına karşın, üniversite dışında “öğrencilik sıfatı” ile bağdaşmayan eylemler de Üniversite tarafından soruşturmaktadır. Görünüşte, eylem ile Üniversitenin yetki alanında disiplin doğrudan bozulmamış olsa da, idarenin yetkisi öğrencinin Üniversiteyi temsil etmesi nedeniyle yetki kuralı kampüs dışına genişlemektedir²⁷¹

Bununla beraber, yer itibarıyla yetkiye ilişkin ihtilafta, YAYLA, evlendirme memurunun kendi yetki sınırı dışında evlenme akdinin “şekil sakatlığı meydana getirdiğini” “şekil sakatlığının, buna güvenerek muameleye muhatap olan ilgililere karşı ileri sürülemeyeceğini, idare görevlisinin hukukten görevli olduğu görüntüsü varsa” işlemin ayakta kalması gerektiğini belirtmiştir²⁷². Bu olayda, işlemin dış unsurlarından yetki ve şekil birlikte değerlendirilmiş, evlendirme memurunun yetkisi ve evlendirme merasimi yetki – şekil olarak incelenmiştir. Bu noktada önemli olan idare hukuku kuralları yanında, Medeni Hukuk ilkeleri çerçevesinde evliliğin ayakta tutulması arzusu ön plana çıkmaktadır.

2.6.1. İDARİ USUL SÜRECİNE KATILABİLECEKLER

2.6.1.1. HAKKINDA İŞLEM YAPILAN KİŞİ VE İLGİLİLER

Önceki başlıkta idari işlemi tesis edecek yetkili idarenin tespitine çalışılmıştır. “İlgililer bakımından” başlığı ile de, idari işlem tesis sürecine katılacaklar kümesi

²⁶⁹ D.6.D., 14.05.1990, E. 1989/2128, K. 1990/904, DD. S. 81, s. 221; D.6.D., 06.06.1990, E. 1989/835, K. 1990/1216, DD. S. 81, s. 212.

²⁷⁰ Zuhal Bereket, **Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay**, Yetkin Kitapevi, Ankara 1996, s. 177-178.

²⁷¹ D.8.D., 11.11.1987, E. 1995/4710, K. 1997/3276, DD. S. 96, s. 429.

²⁷² Yıldızhan Yayla, “Yer İtibarıyla Yokluk”, **Hukuk Araştırmaları**, C. 1, S. 2, İstanbul, Mayıs Ağustos 1986, s. 55.

belirlenecektir. Kümenin genişliği, işlemin kapsadığı alan ile “birel”e veya “genel”e yönelik olmasına göre değişecektir. Bunun yanı sıra, işlem sürecine katılanların daha sonradan yargı yoluna gidebilmeleri, katılacakların aynı zamanda yargı kararları ile şekillenmiş menfaat kavramı ile bütünleştirilmesini gerektirecektir.

Öncelikle, ilgililerin idari usul sürecine katılması, idarenin işlem tesisi aşamasında “gerçeğe uygun esaslardan hareket etmesini ve hukuk normlarını, gerçekte bulunmayan yahut yanlış tespit edilmiş olan olaylara uygulanmasını ve bu suretle maddi vakıada yanılma sonucunda menfaatlerini haleldar olmasını”²⁷³ önler. Maddi gerçeğin ortaya çıkmasına yönelik her delilin, örneğin bilirkişi incelemesi, tespit ve keşif yapılması idari usul sürecini uzatmayacak veya kötüye kullanılmasına mahal vermeyecek şekilde tanınması Hukuk Devletinin bir gereğidir. Katılım, ilgililere sadece maddi gerçeğe ilişkin açıklama yapma hakkı tanımaz. Bu bakımdan, maddi gerçeğin uygulanacağı hukuk kurallarına yönelik açıklamalar idarenin hukuki yanılma olasılığını da ortadan kaldırmaktadır. Keza, gereğinde avukat ile temsilin amacı da idarenin maddi gerçeğe uygulayacağı hükmü ortadan kaldırmaya yöneliktir. Bunun dışında, katılım idarenin işleyişi içinde bireyler için güven ortamı yaratmaktadır²⁷⁴.

İdari usul sürecine katılacakların, davada davacı veya davalı olabilme şartlarını yerine getirmiş olması gerekir. Diğer bir deyişle, ilgililerin taraf ve dava ehliyetine sahip olması zorunludur. Bunun dışında, idari usul sürecine katılanların ileride davacı olabilmesi olasılığına binaen usul sürecinin başında katılan için idari işlem ile asgari bir ilişkisinin ve bu ilişkiyi yargı önüne götürebilecek menfaat şartının aranması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

APA’da yukarıda ileri sürülen görüşe yakın uygulamalar yapılmaktadır. Nitekim, İçki İdaresinin köy sınırları içerisinde verdiği veya yenilediği içki ruhsatlarına ilişkin köylülerin ruhsatın verilisinin hukuka aykırı olduğu iddiası ile

²⁷³ Azrak, *Umumi İdari Usulün Teorik Esasları*, s. 185.

²⁷⁴ Meltem K. Gürsel, “İdare Hukuku Bağlamında Yönetime Katılma ve İdare Hukukunun Søjelerinden Biri Olarak Bireyin Niteliğindeki Gelişim”, *Prof.Dr. Yıldızhan Yayla’ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları No 4*, İstanbul, 2003, s. 318.

dava açmada menfaatleri olmadıklarını ve bu nedenle de idari usul sürecine müdahale edemeyecekleri belirtilmiştir²⁷⁵. İletişim Kurulu (Office of Communication), United Church of Christ v. FCC olayında, ırkçı yayın yapan bir radyonun lisansının yenilenmesinde, şikayetçi olarak yer alanların idari usul sürecine katılamayacaklarına karar verilmiştir. The United Church Of Christ isimli bir kilise Jackson / Mississippi’de yaşayan siyahların adına oturuma, yayıncı kuruluşun ırkçı, yanlı yayını eleştiren ve bu nedenle FCC’nin tarafsız yayıncılık ilkesine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle katılmak istemiştir²⁷⁶. FCC, bir radyo istasyonunun lisansına ilişkin oturuma ancak, frekans paylaşımı nedeniyle zarara uğrayan ve maddi olarak etkilenenlerin katılabileceklerini belirtmiş ve somut olayımızda dinleyicilerin de oturuma katılabilmelerine olanak sağlamıştır²⁷⁷. Mahkeme ise konuya ilişkin kararında, *“menfaat, idari usulde ciddi, samimi ve hukuki ilişkilerin oturuma katılımını temin için pratik ve fonksiyonel bir kavramdır. Bu nedenle, (yukarıda anılan uyumsuzlukta) yer aldığı gibi açık ve kesin olmayan bir ilişki için katılanların genişletilmesi için bir sebep bulunmadığı”*ni ifade etmiştir²⁷⁸.

Bununla beraber, ekonomik olmayan menfaatlerin de, özellikle tüketicilerin tükettikleri ürünün kalitesi ve fiyatına ilişkin işlemlerin oluşumuna katılabilmelerine olanak tanınmalıdır. Çevre ile ilgili kararlarda, kararın kapsadığı alanda yaşayanların çevreyi tüketen sıfatına sahip olduğunun kabulü ve idari usul sürecine katılabilmeleri gerekir²⁷⁹.

Bu konuya ilişkin önemli ikinci karar da Scenic Hudson Preservation Conference v. Federal Power Commission davasında verilmiştir. Olayda, Scenic Hudson Preservation Conference’ın kimlerden oluştuğu önem kazanmakta idi. Buna göre, Conference nehrin üzerine elektrik santrali yapılmasını istemeyen, mevcut durumun korunmasını isteyen muhafazakar katılımcılar, organizasyonlar ve birkaç ilçeden oluşmakta idi. Mahkeme bu kadar geniş bir kitleyi temsil eden bir

²⁷⁵ Schwartz, *Administrative Law*, p. 272.

²⁷⁶ Aman, Mayton, *Administrative Law*, p. 217.

²⁷⁷ Fox, *Understanding Administrative Law*, p. 269.

²⁷⁸ Aman, Mayton, *Administrative Law*, p. 217.

²⁷⁹ Schwartz, *Administrative Law*, p. 276.

“oluşumun” temsilinin zorunlu olduğu ve bunların da görüşünün alınması gerektiğine karar vermiştir. Bunun dışında, kararda her bir grubun ayrı ayrı katılma hakkı olduğu, bu nedenle her bir grubun ayrı temsil ettirilmesi ile sürecin uzayacağı belirtilmiştir²⁸⁰. Kararın içeriğinden zaten katılım hakkı olanların, işlem nedeniyle zarara uğrayacakların(=aggrieved) bir araya gelerek kurdukları oluşuma katılım hakkı verildiği anlaşılmaktadır.

Bireyler dışında dernek, vakıf ve temsil gruplarına katılım hakkının tanınmasının altında başka nedenler de bulunmaktadır. Öncelikle, geneli ilgilendiren düzenleme ve işlemlerde bir araya gelmeleri mümkün görülmemektedir²⁸¹. Bununla beraber, bireylerin salt kendilerini ilgilendiren olayların dışında kalan konularda yargılama giderlerini, daha doğru ifade ile katılımdan kaynaklanacak masrafları karşılama konusunda istekli değildirler. Genel olarak gönüllü çalışan temsil gruplarının masrafları ise, üyelerince veya bağış yoluyla karşılanmakta, bunun ötesinde, konularında uzmanlaşarak idareyi bireylerden daha iyi aydınlatabilmektedirler²⁸². Katılım hakkının tanınmasında, “muhalif konuların doğası, içeriği, katılımcının işlem veya sonucu ile arasında olması gereken kesin ilgi, birden fazla katılımcının bulunduğu durumlarda bunların koruduğu menfaatin usule etkisi” belirleyici kriterler olarak karşımıza çıkmaktadır²⁸³. Tüm bu kriterler kamu yararı başlığı altında toplanabilmektedir.

Muhakemeye katılanlar ve taraf ayrımı yapılarak bir sonuç çıkarılması yerinde değildir. “Maddi ve şekli hukukun bahsettiği bir hakka veya hukuki bir menfaate sahip olmayıp, sadece fiili bir menfaati bulunan kimse, taraf değil, ancak muhakemeye katılındır. Öte yandan, geniş anlamda muhakemeye katılan kavramı, taraf kavramını da içine alır. Şöyle ki, taraf niteliğine sahip olan herkes, aynı

²⁸⁰ Aman, Mayton, *Administrative Law*, p. 218. Çalışmada yararlanılan temel kaynaklardan birinde, anılan insan topluluklarına katılım hakkının tanınması “katılımda reform” başlığı altında incelenmiştir. Pierce, Shapiro, Verkuil, *Administrative Law And Process*, p. 173.

²⁸¹ Strauss, *An Introduction To Administrative Law In The United States*, p. 208.

²⁸² a.e. p. 209.

²⁸³ Pierce, Shapiro, Verkuil, *Administrative Law And Process*, p. 174.

zamanda muhakemeye katılan niteliğine de sahiptir. Fakat bunun tersinin”²⁸⁴ varit olmadığı anlaşılmaktadır.

Bu ayrım, idari işlem ile ilgili arasında kurulması gereken bağı genişletmekte, bunun sonucu olarak da katılımın yoğunluğu işlemin tesisini geciktirecek, ilişkili olmayanlara daha sonra yargıya gitme hakkının tanınması zorunluluğunu ortaya çıkaracak ve yargı erkine de bir takım olumsuzluklar sevk edilecektir. Keza, bu kişilere idari usul sürecine katılım hakkı tanınmasının zorunlu sonucu yargı yolunda aynı iddialarını tekrar etmeleri ve işlemin hukuka aykırılığını ileri sürme hakkının tanınmasıdır.

Bu nedenle, Azrak’ın katıldığımız görüşü ile muhakemeye katılabilecek olanlar için işlemin tesis aşamasında menfaat şartına bağlı kılınmaları en doğru çözüm olarak karşımıza çıkacaktır. Diğer taraftan, kötü niyetli davranma niyetinde olan veya politikası gereği katılımı sınırlı tutma eğiliminde olan idare²⁸⁵ her zaman için ilgililer kümesini daraltma niyetinde olacak ve savunma hakkının kullanılmasını ortadan kaldırarak esas etkileyen hukuka aykırılık yaratarak, menfaat şartı gerçekleşmesine karşın idari usul sürecine katılmasına olanak tanınmayan ilgilinin işlemi bu noktadan iptal ettirebilmesi gündeme gelecektir. Aksinin kabulü ve herkese katılım hakkı tanınması idari usulün sakıncalarından biri olan usulün işleyememesine neden olacaktır. Bu bağlamda, yargı aşamasında yer alan menfaat kavramının idari usule ihraç edilerek bu noktada da değerlendirilmesi gerekecektir. İdari usule katılım iki unsuru açığa çıkarmaktadır.

Öncelikle, katılım hakkına kesin olarak sahip olması gereken “hukuku etkilenen” ilgili, diğer taraftan maddi verilere ilişkin “görüş açıklamak” isteyenlerdir. Hukuku “doğrudan” etkilenen kişinin usul prosedürüne katılması gerekliliktir. Kesin tarafa tebligat yapılmalıdır. Katılacakların kesin olarak belirlenemediği durumlarda ise, katılacak kişi veya gruplara yeterince duyurulması aranmalıdır. Katılım isteminin

²⁸⁴ Azrak, *Umumi İdari Usulün Teorik Esasları*, s. 188; Aman, Mayton, *Administrative Law*, p. 217.

²⁸⁵ Fox, *Understanding Administrative Law*, p. 268-269.

reddi üzerine, talebi reddedilen ilgili yakınmıyor, hukuksal prosedüre başvurmuyor ise, görüş açıklamak isteyenlerin asıl kişinin bu hakkı kullanmaması üzerine bir talep haklarının olmaması gerekmektedir²⁸⁶. Aslında yapılan açıklamanın açılımı hukuku doğrudan etkilenenler dışında kalanların idari usul süreci içinde yer almamalarıdır. Değişik düzenlemelerde, menfaati etkilenen ile işlem ile hukuksal bağı az olanlarına katılım hakkı tanındığı, yalnızca menfaati etkilenenlere farklı usuli haklar verildiği görülmektedir²⁸⁷. Bu ayrım, idari usule katılımı genişletmekle birlikte, idari usulü asıl amacından uzaklaştırabilecektir. Nitekim, katılımı gereksiz olanların vereceği bilgilerin hukuki değeri, işlemin geç tesisi, idari işlemlerin basitleştirilmesi gayesi ile bağdaşmayacaktır²⁸⁸.

Hukuku etkilenen ilgili “açık taraf” olarak nitelendirilmiştir²⁸⁹. Bu ifade, biraz önce yapılan açıklamalar ile birlikte değerlendirildiğinde, açık taraf idari usule katılımında “şüphe duyulmayacak” kişi olarak tanımlanmalıdır. Bunun dışında yer alanların ise, tamamıyla konuyla ilişkisi olmayanlar ve işlem ile hukuksal ilişkisi bulunanlar olarak ikiye ayrılmaktadırlar. İşlem ile hukuksal bağı olanlar, açık taraftan daha zayıf hukuki etkilenime sahip olanlardır. Hukuksal bağı olmayanların ise idari usul sürecine katılmasına olanak tanınmamalıdır.

İdarenin bunların katılımına izin verme konusunda “*durumun gereğine göre takdir yetkisi*” olduğu kanaatini taşımaktayız. Özellikle menfaati etkilenenler için gerçek ve önemli bir somut gerekçenin ortaya çıkması halinde idarenin katılımı gerekçeli olarak gerçekleştirmemesi mümkün olabilmelidir²⁹⁰. Bu nedenle, katılıma ilişkin kesin bir kural bulunmamakta, her olaya göre değerlendirme yapılması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır²⁹¹. Örneğin, aynı sektörde rekabet edenler ve tüketiciler “etkilenen”lere dahildirler. Bununla beraber, aynı izin(=lisans) için

²⁸⁶ Wade, *Administrative Law*, p. 530.

²⁸⁷ Azrak, *Umumi İdari Usulün Teorik Esasları*, s. 188.

²⁸⁸ a.y.

²⁸⁹ Schwartz, *Administrative Law*, p. 273.

²⁹⁰ Pierce, Shapiro, Verkuil, *Administrative Law And Process*, p. 168. “Katılım hakkı önündeki bariyer, son yıllarda dar yorumlanmış ve istisnalar daraltılmıştır.” Schwartz, *Administrative Law*, p. 461.

²⁹¹ Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s. 146.

başvuranların rekabet eden olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir. Usul süreci sonunda hak, yararlandırma sağlanacak ise, her bir başvurana ayrı ayrı dinlenme hakkı tanınması gerekmektedir²⁹²(=Ashbacker Doktrini). Bu bağlamda, idareye somut uyuşmazlığa göre kimlere katılım hakkını tanıyacağına ilişkin düzenleme yapabilme yetkisi tanınmalıdır²⁹³. İlgilisinin nasıl olsa yargı yoluna başvurabileceğini düşünerek katılım hakkının kısıtlayan düzenlemeler hukuka uygun olmayacaktır. Nitekim, daha öncede vurgulandığı üzere katılım bireylere idareyi etkileme ve yönlendirmeyi sağlamaktadır. Uyuşmazlık mahkemeye intikal ettirildiğinde “*alternatif önerme*” ortadan kalkmakta,²⁹⁴ usulün etkisi tükenmiş olmaktadır.

Bunun dışında, idare her işlemde kullanılacak “temel bilgilerin”, “dayanak verilerin”, işlemin değişmeyen sebep unsuru verisinin toplanmasında idari usul sürecini uygulayabilir, bundan sonra bu bilgilere dayalı işlemlerde katılımı hakkını yasaklayabilir. Örneğin, Amerikan Atom Enerji Komisyonu, nükleer enerjinin saklanması veya yeniden işleme tabi tutulmasının çevreye olan etkisi konusunda bir usul süreci düzenlemiş, bunun sonucunda ortaya çıkan netice ruhsat veya proje başvurularında kullanmıştır²⁹⁵. İdare, ruhsat başvurusunda kullanacağı temel ve değişmez bilgiyi “genel düzenleyici” işlem olarak daha önceden belirlemiş bu nedenle, birel işlemin yapılış aşamasında yine aynı değişmeyen bilgiyi kullanacağından usul sürecine ihtiyaç duymamıştır²⁹⁶.

APA’da ilgililerin katılım hakkının “tanınabileceğine”(=may appear) ilişkin bir düzenleme bulunmasının temelinde yukarıda yer alan gerekçe yatmaktadır. Karar verecek idare, idari usulün gerekliliği konusunda, işlemin niteliğini, maddi ve hukuki bilginin anlatılması, taraflar ve yetersizlik ile bilgi tekrarı olma olasılığını göz

²⁹² Fox, *Understanding Administrative Law*, p. 272.

²⁹³ Schwartz, *Administrative Law*, p. 276

²⁹⁴ Nükhet Turgut, *Çevre Hukuku*, Şavaş Yayınevi, Ankara, 2001, s. 283.

²⁹⁵ Pierce, Shapiro, Verkuil, *Administrative Law And Process*, p. 168.

²⁹⁶ Kanımızca, böyle bir yasaklamanın olabilmesi için genel düzenleyici norm olarak belirlenen ilkelerin teknik veriyi içermesi ve birel işlemin tesis aşamasında kullanılan teknik verinin dışında baskın bir başka unsurun bulunmaması halinde uygulanmasının mümkün olması gerekmektedir. Hatta, idarenin “bağlı yetki” ile, ilke kararı dışında bir başka sonuca varamayacağı işlemler için belirtilen çözüm yerinde olacaktır.

önünde bulundurarak bir karar vermelidir²⁹⁷. 1986 yılında düzenlenen Amerika Birleşik Devletleri İdari Usul Konferansında, katılım hakkının kanun, uygulama ve mahkeme kararları ile sınırlandırıldığı ifade edilmiştir. Bu Konferansta, katılım hakkını tanıma konusunda şu kriterlerin gözetilmesi önerilmiştir :

1 - Karşı fikirlerin içeriği, 2 - Katılımcının işlemin tesisindeki belirgin menfaati, 3 - Mevcut tarafların temsilinde yeterlilik, 4 - Muhtemel katılımcının idari usul sürecine yeni veya ek bilgi ekleme kabiliyeti, 5 - Katılımın idari işlemin tesisine etkisi²⁹⁸.

Açık taraf ve ilgili kavramı aynı zamanda bir başka tasnifin yapılmasını da gerektirmiştir. Açık taraf olan için **savunma**, ilgililer için ise **katılım** hakkından bahsedilmektedir²⁹⁹. Savunma hakkı, katılıma göre daha yoğun ve zorunluluk içeren bir kavramdır. Başka bir deyişle, savunma hakkı katılımın önünde birincil nitelik taşımaktadır. Kamusal bir hak olan “savunma”, idareye bir ödev, görev³⁰⁰ olarak öngörülmüştür. Bu bakımdan, ilgililere katılım hakkının tanınmasında kamu yararı bulunmakla beraber, “hakkın” zorunluluk içermemesi idareye takdir yetkisi tanınması sonucunu doğurmuştur.

Katılım hakkının tanınmasında açık taraf ve idarenin eylemi veya işlemi sonucu maddi veya manevi zarara uğrayanın tespiti daha kolay olmaktadır. Bu kategori içinde yer alanlar dahi menfaat kümesi içinde yer almakla birlikte, asıl olarak işlemin etki ve sonuçlarını geniş kitle veya nesnelere yönelttiği durumlarda kimlerin işleminden, işlemi yargı mercileri önüne götürebilecek kadar etkilendiğinin belirlenmesini zorunlu kılacaktır. İmar, rekabet, çevre gibi bir çoklarını ilgilendiren işlemlerde hukuksal “samimiyet” menfaatin ne olduğunu ortaya çıkaracak, bu da bizleri idari usule katılabileceklerin listesini verecektir. Bu nedenle, öncelikle menfaatin ne olduğunun kısaca açıklanması doğru olacaktır.

²⁹⁷ Pierce, Shapiro, Verkuil, *Administrative Law And Process*, p. 173

²⁹⁸ Fox, *Understanding Administrative Law*, p. 270.

²⁹⁹ Akıllıoğlu, *Yönetim Önünde Savunma Hakları*, s. 22.

³⁰⁰ a.y.

İdari yargı önüne davanın götürülebilmesi için davacının objektif ve subjektif bir takım nitelikleri bulunmalıdır. Türk Hukukunda, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile düzenlenen hem davacı hem de davalıya ilişkin dava hakkı ve ehliyeti Medeni Kanun hükümlerine göre belirlenen, açık ve takdir yetkisi içermeyen hükümler ile belirlendiğinden taraflardan “bağımsız ilke” ve “kurallara” bağlanmıştır. Bu bağımsızlık ise, davacının dışında gerçekleştiğinden anılan nitelikler objektif şartlar olarak değerlendirilmiştir. Bununla beraber, menfaat idari işlem ile ilgisi arasında olan ilişkiyi ortaya koyan³⁰¹, davanın dışında kalan, somut olaya göre değişen, bu nedenle kişisel(=subjektif), iptal veya tam yargı davasının dinlenebilmesi için aranılan usul ve şekil şartıdır³⁰².

İptal davasının menfaat şartı aranmadan açılması mümkündür. Actio Popularis, halk davası olarak tanımlanan dava modelinde her idari işleme karşı herkes davacı olabilmektedir³⁰³. Böyle bir dava modelinin kabulü, yargı yetkisinin genişlemesine, her işlemin daha fazla dava tehdidi altında kalmasına ve “idari istikrarın” zarar görmesine neden olacağından pek kabul görmemiş, yerine menfaat şartı getirilmiştir. Anayasanın 125. maddesinde “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun” açık olduğu belirtilmiştir. Bu ifade, doğrudan işlemin kendisine yönelik yasaklamaya yöneliktir. İşlem veya eylemlerin kimler tarafından yargı önüne götürülebileceği Hukuk Devleti ilkesi, dava hakkı ve zikredilen maddenin birlikte yorumlanması ile ortaya konacaktır.

1994 yılında Tütün Eksperleri Derneği, “Tekel Personelinin Yer ve Görev Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin” iptalini Danıştay (5). Dairesi önünde istemiş ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinde dava açabilecekleri gereğinden fazla sınırlayan “kişisel hakları ihlal edilenlerin iptal davası açabileceğine ilişkin” ifadenin Anayasa aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme iddiayı yerinde bularak konuyu Anayasa Mahkemesinin önüne

³⁰¹ Nuri Alan, “İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartları”, **Danıştay Dergisi**, Sayı 50 – 51, Ankara, s. 31; İl Han Özay, **Yargısal Korunma**, Alfa Basım, İstanbul, 1999, s. 78.

³⁰² Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1781.

³⁰³ Brown, Bell, **French Administrative Law**, p. 158; Lütfi Duran, “İdari İptal Davası Olağan ve Genel Bir Başvuru Yoludur”, **İnsan Hakları Yıllığı**, TODEİ, C. 19-20, , Ankara, 1997-1998, s. 187.

götürmüş ve Mahkeme, özetle, düzenlemeyi iptal ederken “iptal davasında herkesin davacı olamayacağını, fakat menfaatin **hak gibi dar** olarak da yorumlanmaması gerektiğini” de belirtmiştir³⁰⁴.

Bu bağlamda, işlem ile menfaatinin ihlal edildiğini ileri süren kişinin, “sokaktaki adamdan farklı olarak kendisinin uğradığı ayrı hukuksal incinmeyi” zikretmek zorundadır³⁰⁵. Menfaat şartı idare sisteminin çalışmasına yardımcı olmaktadır. Yargının, Yürütme organının fonksiyonuna karışmasına engel olmaktadır³⁰⁶. İşlemi yargı önüne götürebilme, hukuk düzeninin koruduğu hakka, zorla riayet ettirilmesi istemidir. Menfaat, hukukun koruduğu, güncel hukuksal iddiadır. Yargısal içtihatlar ile gelişen menfaat, somut uyuşmazlığın niteliğine göre değişiklik göstermektedir.

Yargı yerleri menfaat kavramının içeriğini belirlerken, 1 – kendilerinin karar vermek istemedikleri konularda karar vermelerinin engellenmesine(=kaçınma anlamında değil), 2 – diğer devlet fonksiyonlarının alanına müdahale etmesinin önüne geçilmesi, 3 – politik konulardaki tartışmaların içine girmemek için yetkisini kısıtlama, 4 – davacının zayıf hukuksal ilgisi ile yargılama yapmanın engellenmesi” kriterlerini göz önünde bulundurmuşlardır³⁰⁷.

Türkiye Çimento ve Toprak Sanayi Anonim Şirketine bağlı işletmelerdeki kamu hisselerinin özelleştirilmesi işlemine karşı bir milletvekilinin, **vatandaş** sıfatıyla açtığı iptal davası menfaat şartının bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiş ve kararda ancak özelleştirmeden yararlanma olanağı olanların dava açabileceğine karar verilmiştir³⁰⁸. Sümerbank’ın özelleştirilmesine ilişkin kararın “vergi ödeyen vatandaş vasfıyla” iptalini isteyen ilgilinin menfaati de ciddi bulunmamıştır³⁰⁹.

³⁰⁴ AYM, 21.09.1995, E. 1995/27, K. 1995/47, R.G. 10.04.1996, S. 22607, s. 26 vd.

³⁰⁵ Schwartz, *Administrative Law*, p. 460.

³⁰⁶ Gelhorn, Boyer, *Administrative Law And Process*, p. 307.

³⁰⁷ Pierce, Shapiro, Verkuil, *Administrative Law And Process*, p. 139.

³⁰⁸ D.10.D., 19.06.1991, E. 1990/1742, K. 1991/2328, DD. S. 84-85, s. 791. Kararda, çevrenin korunması ve çevre kirliliğini önlemenin vatandaşların görevi olduğu, Çevre Kanunu hükümlerine göre çevreyi kirleten veya bozan bir faaliyetten zarar gören veya haberdar olan gerçek ve tüzel kişilerin idari makamlara başvurarak bu faaliyetin durdurulmasını isteyebilecekleri ifade edilmiş,

1994 yılında 2577 sayılı Kanunda yapılan değişiklik ile, çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren konularda kişisel hakları ihlal etme kuralına istisna getirilmiştir. Bu istisnadan önce de Yüksek Mahkeme, Zafer Park olayında³¹⁰, Danıştay Binasının önünde yer alan parkın kaldırılarak otopark yapılmasında Danıştay Üyelerinin: Güven Park olayında da belde sakini sıfatını taşıyan 3 kişinin açtığı davada çevre kirliliğinin ve çevrenin ortak bir mal olduğu varsayılarak menfaat kavramı geniş yorumlanmıştır³¹¹.

Menfaatin çevreye ilişkin örneklerinde Amerikan Hukukunda yer aldığı şekliyle davacıların “çevrenin tüketicisi olması”³¹² kavramı ön plana çıkmaktadır. Sierra v. Morton davasında, ulusal ormanda verilen ruhsat aleyhine karşı açılan davada Çevre Koruma Kuruluşlarının, kendi üyelerinin menfaati olmadığı gerekçesiyle talebini reddetmiştir. Bununla beraber, United States v. Students Challenging Regulatory Agency Procedures davasında, öğrenci derneğinin demiryolu taşımacılığında yüksek navlunun, geri dönüşüm mallarının kullanımını azaltacağını, bunların dolaylı olarak çevreyi etkileyeceği iddiasını gerçekçi bulmuş ve davayı kabul etmiştir³¹³.

Öncelikle, 2577 sayılı Kanunda 2000 yılında yapılan değişiklik ile her işlem için menfaat şartı aranması zorunluluğu getirilmiştir. Bu nedenle, çevreye veya imara ilişkin işlemler de “actio popularis” tipi iptal davası modeli öngörülmemiş, işlem ile ilgilinin arasında menfaat için yeterli ilişki aranmıştır.

davacının milletvekili sıfatıyla değil bir vatandaş olarak bu davada ehliyetli olduğunu ve kendi adına dava açabileceğini belirtilerek davaya devam edilmiştir.

³⁰⁹ D.10.D., 03.12.1997, E. 1996/2608, K. 1997/5233, DD. S. 96, s. 626. Benzer karar, bilinen ismiyle CIA’nın (Central Intelligence Agency) bütçesinin iptalini vergi ödeyen sıfatıyla açılan davasında verilmiştir. Pierce, Shapiro, Verkuil, *Administrative Law And Process*, p. 141.

³¹⁰ Sait Güran, “Çevre Kanununun Otuzuncu Maddesi”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Yıl 9, Sayı 1-3, İstanbul, 1988, s. 196.

³¹¹ D.6.D., 09.05.1988, E. 1988/477, K. 1988/648, DD. S. 72-73, s. 345.

³¹² Schwartz, *Administrative Law*, p. 477.

³¹³ a.e., s. 479.

Taslağın 3. maddesinde de ilgililerin, “*idari işlemin yöneldiği veya etkilendiği kişi ya da sürecin sonunda hukuki durumları veya menfaatleri etkilenen veya etkilenme ihtimali olan üçüncü kişiler*” olduğu belirtilmiştir. Yine, Taslağın 17. maddesinde “dinlenme ve savunma” hakkında bahsedilmiş ve “ilgililerin” bu maddede tanınan haktan yararlanabilecekleri ifade edilmiştir. Tasarı da, yukarıda yapılan açıklamalar ışığı altında dinlenme ve savunma hakkını kullanacak olanların sonuç itibarıyla tesis edilecek işlemin sonuçlarından etkilenen veya etkilenecek kişiler olmasını aramaktadır. Maddede, “etkilenme ihtimali” olan kişiler ifadesi, menfaat şartını zayıflatıcı nitelik taşımamaktadır.

Doktrinde, katılımın yükümlülük getiren veya yararlandırıcı bir talebin reddini içeren işlemlere tanınması gerektiği belirtilmiştir³¹⁴. Kanımızca, bu ayırım gerçekçi değildir. Keza, bazı işlemler çift taraflı etki göstermektedir. Yani, işyerine ruhsat verilmesi durumunda ilgilisi işlemten yararlanmakta fakat, komşular veya başkalarının hukuku etkilenmekte ve onlara yükümlülük getirmektedir. Bu durumda, işlemlerin doktrinde ileri sürüldüğü şekliyle ayrılmasının pratikte pek faydası olmayacak idarenin usul sürecini kanunla belirlenecek istisnalar dışında sınırlamada geniş bir takdir yetkisi tanınmış olacaktır.

4077 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda idari usul hükümleri özel olarak düzenlenmiştir. Kanunun 9. ve 27. maddesinde Kurulun re’sen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar verebileceği belirtilmiştir. Kanunda idari usul sürecine yönelik olarak “ *taraflar*” ifadesi, kimi zaman şikayetçi, ihbarcı³¹⁵ ve soruşturulan için kullanılmıştır. Bu bağlamda, şikayetçi de Kurul önünde taraf olarak algılanabilecektir. Kanun, Türk Pozitif hukukunda idari usul sürecine katılımın temini açısından şikayetçinin veya ihbarcının usuli haklarının neler olabileceğine ilişkin tespitlerde bulunmamıza yardımcı olmaktadır. Kanununun 47. maddesinde “doğrudan veya dolaylı menfaati olduğunu oturumdan önce kurula ispatlayanların” oturuma katılım hakkı olabileceği

³¹⁴ Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s. 145; Özkan, *Demokratik Yönetime Geçiş*, s. 173.

³¹⁵ Örneğin, Kurul Yeni Günaydın Gazetesi hakkında “imzasız ve isimsiz” dilekçeyi incelemeye almıştır. Rekabet Kurulu, 20.11.1997, K. 40/250-6, R.G., 12.11.1998, S. 23521, s. 37.

belirtilmiştir. Yine, Kanun, Kurul kararlarına karşı dolaylı veya doğrudan menfaati ihlal edilenlerin dava açabileceklerini hüküm altına alarak katılım sürecinin başlangıcı ile sonucunda yargı yoluna gidebilecekler için aynı ifadeleri kullanmıştır. Bunun ötesinde, 9. maddenin 2. fıkrasında meşru menfaati ihlal edilenlerin şikayetçi olabilecekleri açık bir şekilde belirtilmiştir.

Öte yandan, Avrupa Topluluğu Hukukunda, şikayetçinin **daha zayıf bir ilişkisi katılım** hakkının kullanımı için yeterli görülmüştür. Şikayetçinin usul sürecine aktif olarak katılımı sağlanmakta, uygulamada dinlenme hakkı tanınmaktadır³¹⁶. Kanımızca, öncelikle şikayetçi ile ihbarcının ayrılması farklı hukuki haklara sahip olması yerinde olacaktır. Şikayetçi, az önce açıklanan niteliklere sahip olmalıdır; bununla beraber ihbarcı aslında Kurulun harekete geçmesini sağlayan kişi konumundadır ve kesinlikte taraf değildir. Kurulun ihbarcının bilgi ve belgelerini inceleme istemi, bir takım usuli haklar tanınması onun menfaatinin ihlal edildiğine ilişkin delil teşkil etmemektedir. Kurul, hukuka uygun işlemin tesisi aşamasında, ihbarcıdan tanık niteliğinde yararlanmakta, elindeki bilgi ve belgeleri “araştırma” görevi dahilinde istemektedir. Bu gerekçe ile, pozitif hukukumuzda da menfaatini ihlal edilenlerin değerlendirilmesi ve usul sürecine katılımlarının temini düzenlenmiştir³¹⁷.

Sonuç olarak, birel işlemlerde, işlemin konusu oluşturan ilgilinin katılımında bir tartışma bulunmamaktadır. Bunun ötesinde, bu işlemde “menfaati” etkilenenlere de katılım hakkı tanınması gerekmektedir³¹⁸. Genel düzenleyici işlemler için de, işlemin kapsadığı kişilerin usul prosedürüne menfaat kriteri gözetilerek katılabilmelidir.

³¹⁶ Yılmaz Aslan, “Rekabet Soruşturamalarında Şikayetçinin Pozisyonu”, *Danıştay Dergisi*, Yıl 33, Sayı 105, Ankara, 2003, s. 17.

³¹⁷ Aksine görüş, şikayetçiyi taraf olarak değerlendirmemektedir. Bu görüşe göre taraf sadece soruşturulandır. Ayrıca tarafın kurul ve soruşturulan olduğu belirtilmektedir. Ejder Yılmaz, “Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları”, *Perşembe Konferansları*, Rekabet Kurulu Yayınları, Yayın No 40, Ankara, Kasım 1999, s. 94.

³¹⁸ Aynı Görüş için bkz. Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s. 143; Azrak, *Umumi İdari Usulün Teorik Esasları*, s. 191.

3. İDARİ USUL SÜRECİNİN BAŞLAMASI

3.1. İDARE TARAFINDAN RE'SEN BAŞLATILMASI

İdare, kamu yararını gerçekleştirmek üzere yetkilendirilmiş olduğundan kural olarak herhangi bir iradenin istemi olmaksızın “kendiliğinden” hareket geçerek işlem tesis edebilmektedir. İdari işlemin özelliklerinden biri olan tek yanlılık, geniş olarak düşünüldüğünde iradenin başlangıç noktasını da kapsamaktadır. Aslında, bu kavram idari işlemin doğurduğu sonuç bakımından ilgilisinin iradesine gerek olmadığını belirtmektedir. Bununla beraber, bu hukuksal sonucun doğumuna neden olan iradenin başlangıç noktasında yine herhangi bir iradeye ihtiyaç duyulmamasını ortaya koymaktadır.

Tasarının 9. maddesinde, “idari usul sürecinin re’sen veya ilgilinin dilekçesiyle başvurusu üzerine” başlayacağını hüküm altına almıştır. Görüleceği üzere, usul süreci aynı zamanda ilgisinin istemi üzerine de başlayabilmektedir.

3.2. İLGİLİNİN İSEMIYLA İDARENİN HAREKETE GEÇMESİ

İdari işlemlerin bazıları “**isteğe bağlı olarak**” tesis edilmektedir. Kural olarak idarenin re’sen hareket ederek işlem tesis edebilmesidir. Bununla beraber, kimi işlemlerin konusu ve sonucu ilgilisinin başvurusunu aramış, bu başvuru sonucunda idarenin yapacağı değerlendirmeye göre işlem tesis edilmesi öngörülmüştür. “İsteğe bağlı işlemlerde” de sonuç itibarıyla tesis edilen işlemde tek yanlı hukuksal sonuçlar doğmakta, yalnızca ilgisinin iradesi idarenin harekete geçmesine neden olmaktadır.

Özellikle, izin ve ruhsat, memuriyete atanma gibi işlemlerde aranan başvuru şartı yukarıda anlatılanlara örnek teşkil etmektedir. “Zira, ancak bir izin veya ruhsattan yararlanmak isteyen kişiye izin veya ruhsatın verilmesi doğaldır”¹. İdari Yargılama Usulü Kanununun “idari makamların sükutu” başlıklı 10. maddesinde

¹ Günday, *İdare Hukuku*, s. 123.

“ilgililer(in), haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilecekleri” düzenlenmiş bulunmaktadır. Söz konusunu düzenleme, idari usule ilişkin bir madde olarak göze çarpmakta ise de, idareye başvurunun nasıl olacağı, şekline ilişkin hükümler içermemekte, 2577 sayılı Kanunun mantığı gereği dava konusu edilebilecek bir işlem yaratma ve dava süresini düzenlemeyi amaçlamaktadır².

2577 sayılı Kanunun 10. maddesinde yer alan başvuru, yukarıda anlatıldığı üzere idareyi harekete geçirmekte veya geçirdiği varsayılmaktadır. İdari usul sürecini başlatıcı nitelikte başvurunun yapılabilmesi istemin sonucunda idarenin işleminin dava konusu edilebilir olmasına bağlıdır. Bununla beraber, başvurunun yetkili idareye yapılması doğru olacaktır. Öte yandan, 2577 sayılı Kanunla paralel hükümler içeren 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun hükümleri uyarınca “dilekçenin, konusuyla ilgili olmayan bir idari makama verilmesi durumunda, bu makam tarafından yetkili idari makama gönderileceği ve ayrıca dilekçe sahibine bilgi verileceği” hüküm altına alınmıştır(madde 5)³. Uygulamada, 2577 sayılı Kanun hükümlerine göre, yetkisiz idareye yapılan başvuruda dilekçe yetkili olana gönderilmemekte, açık veya zımni işlem tesisi ile talep reddedilmektedir. “Tapu kaydındaki okul alanı şerhinin kaldırılması için mevcut planı değiştirmeye yetkili olan belediyeye başvurulması gerektiğinden yetkili olmayan valiliğe yapılan başvurunun cevap verilmemek suretiyle reddi yolundaki işlemin hukuka aykırı olduğu” belirtilmiştir⁴.

3071 sayılı Kanun hükümleri idari davaya konu olabilecek nitelikteki başvuru ve cevabını düzenlememiş, ilgilinin bilgilendirilmesini amaçlamıştır. *Tasarı da ise, “dilekçenin yetkili olmayan idareye verilmesi halinde, dilekçe ve ekleri yedi gün içerisinde yetkili idareye gönderileceği ve başvuru durumunun yazı ile bildirilmesi”* öngörülmüştür. Böylelikle, ilgilinin yetkisiz idareye başvurması üzerine ortaya

² Turan Yıldırım, “İdari Usul Yasası Kapsamında İdareye Başvuru”, *İdari Usul Kanunu Hazırlığı, Uluslararası Sempozyum*, Ankara, 17-18 Ocak 1998, s. 247.

³ Anılan Kanunda, konuya ilişkin bir düzenleme olmasa idi, yine de Anayasanın 123. maddesinde yer alan “idarenin kuruluş ve görevleri ile bütünlüğü”, ilgilisinin başvurusu karşısında idarenin bölünmez bir tüzelkişilik olarak olduğu, yetkili makamı bilmesinin zorunlu olmadığı sonucunu çıkarmaktadır.

⁴ D.6.D., 26.02.2002, E. 2002/3200, K. 2002/3476, DDK. S. 3, s. 198.

çıkacak hak kaybı önlenmekte, başvuru daha erken yetkili idarenin önüne geldiğinden işlem süreci de kısalmaktadır.

Doktrinde, idari usul sürecinin re'sen ve istek üzerine başlaması halinde ilgilisinin farklı haklara sahip olacağı, ilkinde ilgilinin pasif konumda olduğu, savunan konumunda bulunduğu, ikincisinde ise aktif, kendini haklı gösterecek deliller sunmak zorunda olduğu iddia edilmiştir⁵. Kanımızca, her iki halde de ilgili aynı konumda ve haklara sahip bulunmakta, her ikisinde de ispat vasıtalarından yararlanabilecektir. Her iki durumda da usulün başlangıcında işlemin konusu belli olmaktadır. Daha önce de açıklandığı üzere, idari usul sürecinin en önemli özelliği bireyi, ilgiliyi pasif olmaktan çıkararak işlem sürecinde “aktif” hale getirmektir⁶. Usulün re'sen başlamasında belki sürecin sonuna kadar ilgilinin haberi olmayacaktır. Şayet, idare tarafından veya başka yolla işlem sürecinden haberdar olunması ile ilgili kendisine tanınan usuli hakkını kullanacaktır.

2577 sayılı Kanunda yer alan bir başka başvuru usulü 11. maddede düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu madde, incelediğimiz başlığın dışında kalmaktadır. Keza, 11. madde kapsamında bir başvurunun, itirazın olabilmesi için ortada başlamış ve herhalde sonuçlanmış işlem süreci bulunmakta, bu işleme karşı itiraz hakkı kullanılmaktadır. İdari itiraz müessesesi usul süreci açısından önemli yere sahip olmaktadır. 11. maddeye göre yapılacak itirazların üst makama yapılması zorunluluğu bir işlem muhatabı açısından idari itirazın işlemez hale gelmesine neden olmaktadır. Nitekim, işlemlerin büyük çoğunluğu üst makam tarafından tesis edilmekte, itiraz da kanun hükmü gereği yine bu makama yapılmaktadır. Hal böyle olunca, idare daha önce vardığı sonuçtan farklı bir sonuç çıkaramayacağını düşündüğünden, itiraz üzerine önüne gelen dosya incelenmeksizin reddedilmektedir.

“Bunun yanında ast düzeyde alınan kararlar ya üst düzey yöneticinin emrine uygun olarak ya da en azından bilgisi içinde alınmaktadır. Bu durumda kendi bilgisi

⁵ Azrak, *Umumi İdari Usulün Teorik Esasları*, s. 191.

⁶ Kahraman Berk, *İdari Usul Yasası, Madde Gerekçeleri*, Günışığında Yönetim, Alfa Yayınevi, İstanbul, 2003, s. 823.

içinde yapılmış bir iş için hiyerarşik üste yapılmış bir başvuruda sonuç almak oldukça zordur”⁷. Sosyolojik olarak da üst itiraz ile önüne gelen işlemi kaldırdığında, yapması gereken denetimi gerçekleştirmediği sonucu çıkabileceğini düşünerek “meslek içi dayanışma” ortaya çıkmakta ve gerçekten hukuka aykırı olan işlemler hakkında yapılan itiraz başvuruları reddedilmektedir.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, hakkı veya menfaati ihlal edilen kişinin idari yargı yoluyla tam olarak tatmin edilmesi mümkün olmamaktadır. Bu durumda da, itiraz kurumunun önemi ortaya çıkmakta, yargı önüne gitmeden önce ilgiliye tanınan önemli bir hak haline gelmekte, idarenin bir kez daha yeni itiraz gerekçeleri ile kararının tetkik etme imkanı tanınmaktadır.

11. maddede yer alan itiraz müessesesine işlerlik kazandırılması zorunludur. Bu noktada, 11. maddenin niye işlemediğinin tespiti önem kazanmıştır. Üst makamın bulunduğu hallerde, itirazın üst makama yapılması ve işlemde doğan sorumluluğun üst makama yükletilmesi yerinde olacaktır. Sorumluluğu üstüne alan üst makam itiraz üzerine önüne gelen işlem dosyasını daha iyi inceleyerek bir karara varacaktır. İşlemi zaten üst makam yapmış ise, bu takdirde itirazın yine bu makama yapılması yukarıda belirtilen sakıncanın ortaya çıkmasına neden olmaktadır. İdari teşkilat yapısı dikkate alınarak üst makam bulunmadığı zaman aynı makama yapılacak itirazlarda, ayrı bir kurulun itirazı incelemesi ve karara bağlaması yerinde olacaktır. İşlemi tesis eden idarenin tüzel kişiliği içinde olacak bu kurulun üyelerinin görev ve karara ilişkin güvenceye kavuşturulmuş olması 11. madde kapsamında yer alan itirazın etkin olarak kullanılmasına olanak sağlayacaktır. Yüksek Mahkeme, itiraz müessesinin önemine değinerek “Serbest muhasebeci olan davacıya oda disiplin kurulu tarafından verilen disiplin cezasının tebliğ edilerek itiraz hakkı kullandırılmaksızın, birlik disiplin kurulu onayına sunularak kesinleştirilmesi” hukuka aykırı olduğunu, ilgilinin hakkı olan itirazın kullandırılmasının gerekliliği vurgulamıştır⁸.

⁷ Zekeriya Temizel, *Yurttaşın Yönetime Karşı Korunmada Bağımsız Bir Denetim Organı Ombusman*, Kut Basımevi, İstanbul, 1997, s. 29-30.

⁸ D.8.D., 23.02.1999, E. 1996/4856, K. 1999/650, DD. S. 101, s. 609.

İtiraz hakkında esas olarak oluşturulmuş ve incelenerek her türlü araştırma yapılmış dosya üzerinde karar verilecektir. Bu nedenle, itirazın kabul ve reddine ilişkin olarak kısa bir sürenin, örneğin 7 – 10 gün, belirlenmesi gerekmektedir. Ayrıca, itirazı inceleyecek üst makamın gerekli gördüğü halde idari usul sürecini başlatmadan taraflardan ek bilgi ve belge istemesi de düzenlenmelidir. Bu durumda, az önce belirlenen süreye ek kısa bir inceleme süresinin ilave edilmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

Yüksek Mahkeme İYUK 11. maddesine ilişkin farklı bir yorum getirmiştir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 55. maddesinde, “*Kurulun nihai kararlarına, tedbir kararlarına, para cezalarına ve süreli para cezalarına karşı kararın taraflara tebliğinden itibaren süresi içinde Danıştay’a başvurabilecekleri, bu süre içinde yargı yoluna başvurulmaz ise kararın kesinleşeceği*” hükmü yer almıştır. Yüksek Mahkeme, Kanunun bu düzenlemesine göre İYUK’nda öngörülen itiraz müessesesinin ortadan kaldırıldığını, “işlemi tesis eden makamın yetkisinin mutlak olduğu bu yetkinin kullanılmasına karşı dava yolundan başka başvurulabilecek bir yol olmadığı” gerekçesiyle itiraz üzerine açılan davayı süreaşımı nedeniyle reddetmiştir⁹. Kanımızca, Yüksek Mahkemenin yaklaşımı yerinde değildir. Çünkü, 4054 sayılı Kanununun 55. maddesi işlemin kesinliğini ortaya koymakla beraber yargı yoluna ilişkin düzenleme getirmektedir. Öte yandan, Kanunun bütünü incelendiğinde, bazı işlemlere karşı yargı yoluna gidilmesi işlemin yürütülmesini mahkeme kararına ihtiyaç olmaksızın durdurmaktadır. Kanun Koyucu, işlemin kesinliğinden anılan nitelikteki cezaların yargı yoluna gidilmeden kesinleşmesi üzerine tahsil edilebilirliğini hüküm altına almıştır. Bununla beraber, İYUK’nun 11. maddesinde düzenlenen üst makamlara başvuru usulü “genel bir nitelik” taşımaktadır. Böyle bir usuli hakkın ortadan kaldırılması için ilgili yasal düzenlemede ya başka bir itiraz usulü öngörülmeli ya da bu hakkın ortadan kaldırıldığı açık bir şekilde dile getirilmelidir.

⁹ D.10.D., 14.11.2002, E. 2000/260, K. 2002/4360, DKD, S. 1, s. 411.

2577 sayılı Kanunun 13. maddesinde, idari eylem sonucu hakları muhtel olanların idareye başvurmaları zorunluluk olarak öngörülmüştür. Bu madde kapsamına giren konularda idari eylem sonucu ortaya çıkan zararın tazminine yönelik prosedürün başlaması için “zarar görenin başvurusu” zorunludur¹⁰. Ülkemizde, idari faaliyetler sonucu ortaya çıkan zararların tazmini için 13. maddede öngörülen idare önünde “*sulh müessesesi*” çalışmamaktadır. Bu bakımdan, idare zarar doğurucu eylemi doğru tespit edememekte ve hakkı ihlal edilenin mahkemeye gitmesi zorunlu hale gelmektedir. İdare önünde, yapılması gereken zorunlu başvuru iki şekilde düşünülmüş; birincisi idare ile anlaşma ikincisi de, esas itibariyle dava konusu edilebilecek bir işlemin bulunmasıdır. Zarar gören, zorunlu olarak başvurduğu idareden alacağı yanıtı önceden bilmekte, tahmin etmekte fakat dava açabilmek için beklemektedir. Zorunlu başvurunun asıl amacının hayata geçirilmemesi, ikinci ilkenin ön plana çıkmasına neden olmuştur. Bu halde de, zarar görenin zararını tazmin ettirmesi uzun bir zaman dilimi almaktadır. Hatta, psikolojik açıdan bakıldığında eylemin gerçekleştiği ilk anda idarenin cevabi yazısı için beklenilmesi usul sürecine inancı azaltmaktadır.

İdari faaliyetlerin bir takım zararlara yol açabileceği gerçeği ile, zararın tespiti, zararın yargı kararına ihtiyaç olmadan giderilmesi için idari usul hükümlerinin düzenlenmesi zorunluluğu hasıl olmuştur¹¹. Öncelikle, idarenin bütçesinde ortaya çıkan zararların idari usul süreci sonunda karşılanabilmesine olanak tanıyan bir bölümün bulunması gerekmektedir. İdarenin ajanlarına da tazminat konusunda ileride yapılacak soruşturma veya yargı aşamasında somut tespitlerin yapılabilmesi imkanı tanınmalıdır. Keza, ajanların mevcut hukuki durumda talepleri red etmesinin gerekçesinde, zararın yargı önüne gitmeden tazmini halinde daha sonraki bir tarihte haklarında soruşturma açılması veya zimmet çıkarılmasıdır. Bu nedenle, kamu bütçesinin denetlenebilmesi ve zarar görenin

¹⁰ İlginin başvurusunun yanı sıra idari eylemi sonucu zarara yol açtığını düşünen idarenin de re’sen prosedürü başlatabilmesi kuralın mantığına uygun düşecektir.

¹¹ Alan, “İdari Usul ve İdari Yargı”, s. 5.

zararının karşılanması yer alan faydanın dengelenmesi için az önce anılan tespitlerin “**somut**” olarak yapılması zorunludur¹².

İdarenin açık bir şekilde verdiği yanıt veya zımni red işleminin tebliğinden itibaren dava açma süresi içinde işleme karşı iptal davası açılması zorunludur. Bu bağlamda, idareye başvurulması üzerine verilen olumsuz yanıtı karşı dava açılmaması üzerine işlem idari anlamda kesinlik kazanacak ve idareyi bağlayıcı bir nitelik alacaktır. Bu nedenle, ilgilisinin aynı talebi içeren başvuruları, ayrı değerlendirilmeyip önceki işlemin dava açılmayarak kesinleşmesinden bahisle reddedilebilecektir. Böylelikle, ilgilisinin her başvuruda geçirilmiş bulunan dava açma süresinin canlandırılmasının önüne geçilmiş olacaktır. İlgilisinin, dava açma süresini geçirdiği işlemin tesisine neden olan başvurunun aynısını tekrar yapmasına engel bir hüküm bulunmamaktadır.

Kesinleşen işlem hukuka aykırı ise, idarenin asıl görevi hukuka uygunluğu sağlamak, haksızlığı gidermektir. Dava açma süresinin geçirilmesi bu ödevin ortadan kalkmasına neden olmaz¹³. Fakat, idarenin yeni bir işlem tesis etmesi takdirine kalmış olacak ve dava açma süresi kural olarak canlanmayacaktır. Yalnızca, yeni başvuru üzerine eski kararını bildirir ise, üzerinden dava açma süresi geçmiş kararın teyidi olacaktır. Öte yandan, idare yeni başvuru üzerine inceleme yaparak, usul sürecini tekrar uygular ise bu takdirde yeni bir işlem tesis ettiğinin kabulü zorunludur¹⁴.

İdarenin takdir yetkisini kullanarak, değişik seçeneklerden birini tercih etmesi halinde, olumlu karşılamadığı talepler hakkında yeni bir başvurunun bulunması durumunda çeşitli seçeneklerden bir diğerini tercih edebileceği hallerde yapılan yeni başvurunun değerlendirilmesi için “idari usul” sürecinin başlaması ve dava açma

¹² Öte yandan, tazminat talebinin kabul edilmemesi halinde idari yargının geç işlemesi de ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim, tazminat talepleri yargı yerleri önünde öncelikle görülecek işlerden olmadığından davanın karara bağlanması uzun yıllar almakta (=5 ila 10 yıl), zarar görenin idari usul ve yargı sürecine olan inancını zayıflatmaktadır.

¹³ Yıldırım Uler, “Yönetmelik Yargıda Dava Süresi”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi**, Birinci Kitap İdari Yargı, Ankara, 1-4 Mayıs 1990, s. 237.

¹⁴ a.y.

süresinin geçtiği iddiasının dinlenmemesi gerekmektedir¹⁵. Bu bağlamda, idarenin bağlı yetki içinde işlem tesis ettiği talepler hakkında yeni başvuru üzerine idari usul sürecinin başlatılmaması gerekmektedir. İlgilinin, yeni veriler veya deliller ileri sürerek yaptığı talepler üzerine, şayet idare sunulan delili veya veriyi önceki başvuruda değerlendirmemiş ise, usul sürecinin başlatılması zorunludur¹⁶.

“Sürekli kullanılabilir kamusal haklara” ilişkin başvurularda ise, ilgisinin her başvurusu idari usul sürecini tekrar başlatmaktadır. Yüksek Mahkeme, anayasal güvence altındaki temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak, seyahat, çalışma özgürlüğü gibi, ilgililerin her zaman talepte bulunabileceklerini ifade etmiştir¹⁷. Kanımızca, Anayasal güvence altında olması hakkın özüne dokunma bakımından diğerlerine göre daha güvenceli olmaktadır. Bununla beraber, her iki hak yargı önünde eşit konumda bulunmaktadır. Bu gerekçe ile, hakların anayasal güvence altında olup olmadığına göre değil, sürekli bir kullanım hakkı tanıyıp tanımadığına göre değerlendirme yapılması yerinde olacaktır.

İlgisinin başvurusu üzerine başlayacak usul prosedürünün başlangıcı belli hükümlere göre yürütülmelidir. İlgilinin “yetkili” idareye usulüne uygun yaptığı başvuru halinde süreç başlayacaktır. İdareye iki halde başvuru söz konusu olmaktadır. Bizzat ilgili kendisi gelerek başvuruda bulunabilir veya posta yoluyla dilekçesini idareye sunabilir. Posta yoluyla dilekçenin gönderilmesi halinde idareye kayıt tarihi esas alınmalıdır. Tasarıda aynı düzenleme mevcut olup, posta yolu ile yapılan başvurularda başvuru dilekçesinin yetkili idari makama ulaştığı tarih,

¹⁵ D.5.D., 26.04.1995, E. 1992/1602, K. 1995/1580, DD. S. 91, s., 494.

¹⁶ İdareye sunulan yeni bilgi veya belge daha önceden idarenin re’sen araştırma görevi içinde değerlendirilmiş ise, idari usul sürecinin niye başlatılmadığının gerekçeli bir işlem ile ilgisine bildirilmesi doğru ve yerinde olacaktır. Yüksek Mahkeme, “*idareye belli konuda işlem tesisi için yükümlülük getiren yasa kuralına karşın, idarenin bu yükümlülüğünü yerine getirmeyerek hareketsiz kaldığı durumlarda ya da belli göreve veya kadroya atanma gibi zaman içerisinde maddi ve/veya hukuksal koşulların değişmesi nedeniyle idarenin yeni bir değerlendirme yapması gerektiren konularda, ilgililerin ileriye dönük şekilde hukuki sonuçlarından yararlanmak üzere 2577 sayılı Kanunun 10. maddesi uyarınca haklarında yasanın öngördüğü işlemin yapılması için her zaman idareye başvuruları ve isteklerinin reddedilmesi halinde 10. maddede usule uygun olarak dava açması gerektiği*” ifade edilmiştir. D.5.D., 15.09.2003, E. 2003/1007, K. 2003/3368, DKD. S.3, 2004, s. 171.

¹⁷ D.10.D., 04.05.1987, E. 1985/1044, K. 1987/926(DDB); D.10.D., 13.02.1995, E. 1993/2082, K. 1995/529. Zehreddin Aslan, Kahraman Berk, *İdare Hukuku ve İdari Yargıya İlişkin Temel Kanunlar*, Alfa Kitapevi, İstanbul, 2003, , s. 198.

başvuru tarihi olup, alındı belgesinin ilgilisinin adresine posta ile gönderileceği belirtilmiştir(madde 11).

Her iki başvuruda, başvuran kişiye imzalı ve mühürlü alındı belgesinin verilmesi ve dilekçenin sonucunun ne olacağı hakkında bilgilendirilmesi gerekir. Bu bağlamda, alındı belgesi ile idarenin cevap vermemesi halinde ne yapılması gerektiği, cevap vermede üst süre sınırı, itiraz ve yargı yolları bulunmalıdır. Bu halde, başvuran dilekçesinin hukuksal sonuçlarını başvuru anında bilecek, hukuksal korumadan faydalanacaktır. Tasarının 11. maddesinde, alındı belgesinde “başvuru kaydının tarih ve sayısı, başvuruyu kabul eden birim, başvuruyu kabul eden kamu görevlisinin adı, soyadı ve unvanı ile varsa telefon numarası, idarenin başvuru hakkındaki kararını en geç altmış gün içinde bildireceği ve cevap verilmemesinin sonuçları, red halinde başvurulacak idari itiraz ve yargı yolları”nın bulunacağı belirtilmiştir.

Kanımızca, başvurunun şekil şartına bağlı olarak yazılı yapılması zorunludur. Dilekçe, başvuranın adı soyadı, temsilcileri var ise bunların ad soyadları ile tebligat adresleri, idareden istenilen talebin ne olduğunun açık bir şekilde yer alması, talebin başvuran ile ilgisi ve varsa ek bilgi, belgeler ve imza bulunmalıdır. İdari başvuru iki şekilde yazılı hale getirilebilir.

Bunlardan ilki, başvuran kendisi talebini yazılı hale getirir ve idareye sunar. İkincisi, ilgilinin sözlü olarak yaptığı talep usulüne uygun bir dilekçe haline getirilerek başvuru yapması sağlanır. Kanımızca, dilekçede çıkması muhtemel eksikliklerin önüne geçilmesi, ilgiliye hukuki yardım yapılmalıdır. Sosyolojik gerçek olarak kültür seviyesi veya eğitim düzeyi¹⁸ böyle bir yardımın yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Şu halde, idarenin sözlü başvuruyu yazılı hale getirerek başvurana az önce belirtilen alındı belgesini tanzim etmesi görev olarak verilmelidir. Bu mantık

¹⁸ “Dinlenme hakkı aynı zamanda sözlü olarak dinlenme hakkını da kapsamaktadır. İdari usul sürecinde yeterince terminoloji bilgisinden yoksun birisinin de adil bir şekilde dinlenebilmesi için sözlülük geçerli olmalıdır”. Schwartz, *Administrative Law*, p. 259. Bu noktadan hareketle, usul süresince geçerli olacak işlemlerin sözlü olarak yürütülmesinin usulün başlangıç noktasında da aynı gerekçe ile bulunması gerekmektedir.

içinde, başvuranın kendisinin hazırladığı dilekçenin en azından şekil açısından idarece başvuru anında değerlendirilmesi usul sürecini kısaltacak ve giderilebilecek aksaklıkların başlangıç noktasında giderilmesi sağlanacaktır¹⁹.

Öte yandan, dilekçenin verilmesi aşamasında fark edilmeyen şekil ve esas eksikliklerin sonradan fark edilmesi halinde başvuruna usulüne uygun başvuruyu gerçekleştirilmesi için kısa bir mehil verilmesi gerekmektedir. Tasarıda bu süre 10 gün olarak öngörülmüştür. Yenilenen dilekçede eksik veya hukuka aykırı olarak yapılan başvurunun düzeltilmemesi halinde sonuçlarının ne olacağı belirtilmelidir. Nitekim, bu başvuru İYUK 10. maddede yer alan usulün yerini alacağından, talebin, yani esasın da önemi bulunmaktadır. İlginin talebinin konusu, idarenin işleminin idari işlem niteliklerine sahip olması ve ayrıca menfaat bu aşamada değerlendirilebilmelidir. Yenilenen dilekçenin idareye verilme tarihi başvuru tarihi olarak kabul edilmelidir.

3.3. İDARİ USUL SÜRECİNİN TEMEL İLKELERİ

3.3.1. TEMSİL EDİLEBİLME

“Hukuk Devletinde hiç kimse bilgi yetersizliği sebebiyle herhangi bir kayba uğramamalıdır”²⁰. Bu nedenle, katılım hakkını kullanacak ilgilinin, bizzat kendisinin katılımını gerektirecek bir oturum olmadığı sürece kural olarak kendisini bir temsilci veya avukat vasıtasıyla temsil ettirebilmesi gerekmektedir. Temsil, idari usulün önemli bir halkasını oluşturmaktadır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 77/31 sayılı kararında da, “*ilgilinin yönetsel yöntemde kendisine yardımcı tutabileceği veya temsilci kullanabileceği*” belirtilmiştir²¹. Aynı zamanda, Avrupa İnsan Hakları

¹⁹ “Memurlar yurttaşların yardımcısıdır. Alman İdari Usul Kanununda 25. maddesinde, ... dilekçeler eksik doldurulmuş ise ya da hiç doldurulmamış ise yeni bildirimde bulunulmasını veya düzeltilmesini katılanlardan isteyebilir.” Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s. 130.

²⁰ Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s. 130.

²¹ Akıllıoğlu, *Yönetim Önünde Savunma Hakları*, s. 197.

Konvansiyonunda ilgiliye bir arkadaşından not tutması veya oturum esnasında tavsiyede bulunabilmesi hakkı tanınmıştır²².

Amerikan Hukukunda, Goldberg v. Kelly davasında idari usulde temsilin bulunmaması halinde sürecin adil olma yeteneğinin kaybedileceği ifade edilmiştir²³. İdari usul hükümlerinde temsil ettirilebilme seçimlik hak olarak tanınmıştır. Fakat, disiplin soruşturması gibi hızlı ve doğru kararın verilmesini gerektiren usul sürecinde hukuki yardım alınması zorunlu hale getirilebilir²⁴. Bu zorunluluk, ilgilinin hukukunun koruma arzusundan kaynaklanmaktadır. “Teknik”, “karmaşık” ve “hukuki terimlerin çok geçtiği”²⁵ uyuşmazlıklarda temsil yetkisinin “gerekçesi açık bir şekilde belirtilerek” sadece avukatlar aracılığıyla yapılması yerinde olacaktır²⁶.

Bunun dışında, avukatla temsil bazen ilgilinin aleyhine sonuçlar doğurabilmekte, idari usulün az önce belirtilen amacına aykırılık oluşturmaktadır. Nitekim, avukatların varlığı katıldıkları oturumları uzatmakta, daha resmi ve hukuki hale getirmektedir. Amerika’da sosyal güvenlik oturumlarının avukatlar dışında temsilciler ile yürütülmesi halinde daha verimli sonuçlar alındığı görülmüştür²⁷. Bu nedenle, kamu yararının gerektiği hallerde avukatlar dışında da temsilci bulundurulmasının temelinde idari usulün amaç ve ilkeleri bulunmaktadır. Öte yandan, yukarıda belirtilen temsil zorunluluğu taşıyan konular hariç, idari usul sürecinde temsile yönelik etkin bir yardım alma hakkının bulunmadığı da ileri sürülmüştür²⁸.

İlgilinin temsil edilmesi halinde temsil masraflarının kim tarafından karşılanacağı ayrı bir konudur. Temsilci bulundurulması, özellikle avukat, seçimlik bir hak olarak tanındığı durumlarda masrafların kural olarak ilgili tarafından

²² Wade, Forsythy, *Administrative Law*, p. 541.

²³ Schwartz, *Administrative Law*, p. 293.

²⁴ Wade, Forsythy, *Administrative Law*, s. 540.

²⁵ Cane, *An Introduction To Administrative Law*, p. 187.

²⁶ Fox, *Understanding Administrative Law*, p. 274. Karar için bkz. Wolff v. McDonnell davası.

²⁷ Cane, *An Introduction To Administrative Law*, p. 187.

²⁸ Bernard Schwartz, “Administrative Law Cases During 1991”, *Administrative Law Review*, , Volume 42, Number 3, Summer 1992, p. 640.

karşılanması yerinde olacaktır. Bu halde, maddi durumu yerinde olmayanların hukuklarının korunması için de usul prosedürüne ilişkin belli bir “fonun” kurularak masrafların karşılanması gerekmektedir. Fonun, hakkın kötüye kullanımını engellemek amacıyla idari usul sürecinde temsil yetkisinin kullanılıp kullanılmayacağını belirlemesi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.

İdari usulün doğduğu ve geliştiği yer alan ABD’nde, avukat ile temsile karşı tepki olarak usul sürecinde avukatlara ödenmesi gereken vekalet ücreti 10\$ olarak belirlenmiştir. Amerikan Yüksek Mahkemesi, Gendor v. Levi davasında avukatlara verilmesi gereken vekalet ücretini sabitleyen kanun hükmünü idari usul sürecinin özelliklerini de gözeterek Anayasa aykırı bulmamıştır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 77. maddesine göre, hakim, tahkikat ve muhakemenin mümkün olduğu derecede sürat ve intizam dairesinde cereyanına ve beyhude masrafa meydan verilmemesine dikkat etmek ile yükümlüdür. Hakim, en az giderle ve mümkün olduğunca hızlı bir şekilde uyuşmazlığı hukuka uygun olarak sonuçlandırmak ile görevli kılınmıştır. “Usul ekonomisi” olarak adlandırılan bu ilkenin idari usul sürecinde uygulanması zorunluluğu bulunduğunu, özellikle idari usulün işlem süreci dikkate alındığında ilkenin önemi ortaya çıkmaktadır. Usul ekonomisinin içinde yer alan hızlı karar alma, “acele”²⁹ etme ile eş anlamlı olarak kullanılmamıştır. Usulün hızlılığı adil, kamu yararının tam olarak belirlenmediği işlemin ortaya çıkmasına neden olmamalı, kamu yararının alt başlıklarından biri olan adaletin doğru olarak işlemde belirginleşmesini temin etmelidir. Usulün hızlı olarak gerçekleşmesi için, idare gereksiz bilgilerin toplanmasına çabalamamalı³⁰, maddi vakıanın ve uygulanacak ilgili yasal düzenleme doğru tespit edilmelidir. Temsil başlığı altında, usul ekonomisinden bahsedilmesinin nedeni, bazı hallerde “**zorunlu olarak temsil**”in bulunmasıdır.

Bir çok kişinin idari usul sürecine katılması, her birine ayrı olarak dinlenme hakkının tanınması işlemin tesisini geciktirebilir veya engel olabilir. Bu durumda,

²⁹ Yılmaz, “Rekabet Kurumu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları”, s. 95.

³⁰ Akyılmaz, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, s. 128.

idare, usul sürecine katılacaklara belli bir süre içinde temsilci seçmelerini ve usul muamelelerini yürütme konusunda bu temsilciye yetki vermelerini isteyebilir. İdarenin usul sürecini yürütme konusunda daraltılmış bir takdir yetkisinin olmasının sonucu olarak, idare kamu yararının gerektirdiği bu önlemi “gerekçe” göstererek almak zorundadır. Zorunlu temsil konusunda katılımcıların usul sürecine sağlayacakları katkı gözetilerek bir veya birkaç temsilci ile yürütülmesine karar verilebilir. İlgililer, idarenin bu istemine olumlu yaklaşmadıklarında, Taslak metinde(=madde 7) de yer aldığı üzere idare içlerinden bir veya birkaç tanesini temsilci olarak atayabilir³¹.

3.3.2. ŞEKLE BAĞLILIK

Usul ekonomisi ile bağlantılı bir başka ilke de, usul sürecinde “*şekle bağlılık*”tır. Gerçekten, kamu menfaati açısından idarenin hızlı hareket etmesi zorunluluğu doğabilir, bu durumda da bazı usuli muamelelerin atlanması, soruşturmanın kısaltılması, duruşma yapılmaması gerekebilir. İdarenin, keyfilikten kaçınarak basit, açık ve kolay meseleler³² karşısında şekle bağlı olmaması işin doğası gereğidir. Bunun dışında, idarenin işlemin tesisine neden olacak tüm bilgi ve belge ile maddi verileri toplaması, konuyu kendisi ve kamu adına aydınlatması zorunluluğu şekle bağlılığı ortadan kaldırmamaktadır. Hukuk Devletinde, idarenin katılanların haklarını güvence altına alarak yürütmesi ve usulü sonuçlandırması gerekmektedir³³. Alman İdari Usul Yasasının 10. maddesinin gerekçesinde “*idari usulün yargısal şekle bürünmesinin önüne geçmek, idareyi basit ve etkili çalışır hale getirip hizmetin güçleştirilmesinin önüne geçerek yurttaşlara hizmet etmek*” olduğu belirtilmiştir³⁴.

Kanımızca, idarenin şekle bağlı olmadan tesis edebileceği bir işlemi, şekle bağlı olarak gerçekleştirir ise işlem hukuka aykırı olmayacaktır. Bu halde, şayet işlem şekle bağlı olarak tesis edilerek bir gecikme olmuş ve buna bağlı olarak ortada

³¹ İlgililerin usul sürecini geciktirme konusunda menfaatleri olduğunda, hakkın kötüye kullanılmasını engellemek için idareye tanınmış bir haktır.

³² Azrak, *Umumi İdari Usulün Teorik Esasları*, s. 172.

³³ Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s. 124.

³⁴ Özkan, *Demokratik Yönetime Geçiş*, s. 262.

bir hak kaybı bulunuyor ise, idare bu zararı tazmin etmelidir. Yargı yeri, anılan gecikme şeklinde ortaya çıkan zararın tazminine yönelik uyuşmazlığı incelerken, yerindelik denetiminin dışında idarenin usul sürecini yürütme konusundaki takdir yetkisini hukuka uygun kullanıp kullanmadığını incelemektedir.

APA'nın 553. maddesinde düzenlenen usul, genel olarak belli işlem kategorisi için öngörülmüş, kanunların uygulanmasını gerektiren işlemler için şekle bağlılık kabul edilmiştir³⁵. Yaptığımız açıklamalar, idarenin gerektiğinde şekle bağlı olmadan işlem tesis edilebileceğini anlatmaktadır. Bu nedenle, özellikle APA'da belirtilen şekil serbestliği ile teorik olarak anlattığımız şekil serbestliği birbirinden farklı kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

3.3.3. YAZILILIK – SÖZLÜLÜK – AÇIKLIK

İdari usulün hizmet ettiği amaçlarından bir tanesi idare içindeki saydamlığın temini olduğunu belirtmiş idik. Bu bakımdan, işlemlerin tesisi aşamasının da “*alenî*” olması gerekmektedir. İdari işlemler, kamu yararı veya kamu düzeninin gerekli kılmadığı acil durumlar dışında “*yazılı*” olarak tesis edilmek zorundadır. Buna göre de, idari işlemler kural olarak “*yazılı*” yapılmaktadır. Bu özellikler, usul süreci sonunda ortaya çıkmış bulunan işleme aittir. Bizim açıklamalarımız ise, yazılı olarak ortaya çıkması zorunlu olan işlemin yapılış aşamalarının da yazılı olup olmamasına yöneliktir.

Bilindiği üzere, idari usul oturumları da kapsayan ve katılanlara delil sunma hakkı tanıyan prosedürler dizinidir. İdari usul süreci içinde yer alacak oturum kural olarak “*sözlüdür*”. Bununla beraber, kamu yararının gerektirdiği durumlarda oturumunda yazılı olarak yapılması zorunluluğu doğabilir³⁶. Usul sürecinin sadece yazılılık esasına dayanması, işlem sürecini uzatabilir ve ilgililerin bilgisini idareye

³⁵ Doktrinde, Akyılmaz ve Özkan bu ayrımı yapmadan doğrudan işlem kategorisine atıf yaparak değerlendirme yapmışlar ve şekle bağlılığın asıl amacını gözardı etmişlerdir. Bahtiyar, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s. 125, Özkan, *Demokratik Yönetime Geçiş*, s. 263.

³⁶ Wade, Forsyth, *Administrative Law*, p. 537.

yeterince aktarmasına engel olabilir. Bu bakımdan, yazılılık ve sözlülük idari usul sürecinin vazgeçilmez iki ögesidir. İdarenin huzurunda dinlenecek olan tanık ve bilirkişilere sözlü soru sorulması, taraflara sözlü beyanda bulunma imkanı tanınması, idarenin deliller ile canlı ve birebir temas etmesine olanak tanıyacaktır. Bu durum ise, “sürecin etkin” ve “canlı” olmasına neden olacaktır. Sözlü olarak gerçekleştirilecek oturumda, ilgili idarenin cevabına veya bilgisine derhal müdahale edebilecek hataların hemen düzeltilmesini sağlayacaktır³⁷. Bu nedenle, yazılık ve sözlülük denge kurularak yürütülecektir.

Aslında, sözlü geçen bir oturumun da yazılı hale getirilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Nitekim, sözler ile ifade edilen bilgilerin ileride idarenin işlemine gerekçe olması ve yargı aşamasında değerlendirilecek önemli verilerden sayılması durumunda bunların da tutanak haline getirilerek imza altına alınması zorunludur. Sözlü oturumlar usul sürecinde delil niteliği taşımaktadır. Örneğin, oturumda sesli olarak kaydedilen bilgilerin daha sonradan ortadan kaybolması halinde, oturumun yenilenmesi ve delillerin yeniden toplanması zorunludur³⁸.

Oturumun şekline yönelik bir başka özellik “*aleniyettir*”. Oturumların açıklığı, konuyla ilgili olanların görüş açıklamasını temin etmeye yöneliktir. Aleniyet, “meclis, kurul, encümen gibi karar alma organları” önünde süreci izleyebilme, görüş açıklamanın teminine³⁹ ve bu gerekçe ile yönetimin kapalı kapılar ardında karar almasının engellenmesine, toplumun tatmini ve şeffaflığın teminine yöneliktir. Oturumlara, kamunun katılımının temini, bildirim ve duyuruda oturum yeri ve zamanının da ayrıntılı şekilde belirtilmesi ile sağlanır. Bunun yanında, oturumun konusunun da ayrıntısıyla duyurulması zorunludur. Oturum hakkında bilgi alınacak kişiye ulaşabilme araçlarının da zikredilmesi gerekir. Katılım ve oturumun başlaması içiçe geçmiştir. Oturuma katılımın temin edilmemesi esasa etkili bir sakatlık olarak karşımıza çıkmaktadır. Oturumların açıklığı kural olmakla beraber, istisna olarak kamuya kapatılması hukuken mümkün olmalıdır.

³⁷ Azrak, *Umumi İdari Usulün Teorik Esasları*, s. 203.

³⁸ Schwartz, “Administrative Law Cases During 1991”, p. 641.

³⁹ Özay, *Günüşığında Yönetim*, s. 5.

Tasarının 16. maddesi, idarenin karar organı olarak öngörülen kurul toplantılarının kamuya açık olduğunu düzenlemiştir. Ancak, bilgi edinme hakkı kapsamı dışında kalan konularda toplantıların gizli yapılması mümkündür. Bu gibi hallerde toplantıların gizli yapılmasına oyçokluğu ile karar verileceği ve gizlilik kararının ne şekilde alındığının gerekçesiyle birlikte açıklanması gerektiği belirtilmiştir.

İYUK’nda kamu güvenliği veya genel ahlakın gerekli kıldığı somut durumlarda oturumların kamuya kapatılacağı belirtilmiştir. APA’da, özel hayatın gizliliği, işlemin icrası ile kamu görevlisinin vücut bütünlüğü tehlikeye giriyor ise, milli güvenlik, idare adına mali denetim yapan kuruluşların hazırladıkları raporların, mali piyasalara etkileyecek belge ve bigilerin, ulusal güvenlik ve dış siyasete yönelik bilginin, salt iç düzen işlemlerinin yer aldığı, ticari sır, bir kişiye yönelik suçlamalar içeren oturumların kapatılmasının mümkün olduğu belirtilmiştir. Kanımızca, oturumların kişiye ilişkin özel bilgi içermesi, ticari sır taşınması ve öğrenildiğinde kamu güvenliğini sarsacak nitelikte bilgi içermesi halinde kapalı yapılması mümkün olmalıdır. Oturumun tamamı veya bir kısmı kamuya kapatılabilir. Bu karar oturum öncesi alınabileceği gibi oturum esnasında gelişen olaylara göre de karara bağlanabilir. Kamuya kapatma kararının gerekçesinin her halde duyurulmalıdır; böylelikle, idarenin yetkiyi kötüye kullanması önlenmiş olur ve yargısal denetimin sınırları daraltılmamış olur. Oturumun kamuya kapatılması, süreç esnasında idarenin yetkilerine ortadan kaldırmamaktadır. Şöyle ki, idare tuttuğu zabıtları saklamak ile yükümlü olmaktadır. İdare, saklı kalması gereken dışındaki oturum bilgilerini kamuya sunmalıdır. Tasarıda ayrıca, gizli oturum kayıtlarının nasıl saklanacağını Başbakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelik hükümlerine göre belirleneceği ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra, “oturum gizlilik kararında oturuma katılacakların neden oturuma katılma hakkı tanındığı **ayrıntılı** bir şekilde açıklanmalı”⁴⁰.

⁴⁰ Richard K. Berg, Stephen H. Klitzman, *An Intepretive Guide To The Goverment In The Sunshine Act*, y.y., Washington, 1978, s. 36

3.3.4. TARAFSIZLIK

Tarafsızlık idari işlem sürecinde ve sonuç olarak beliren iradede idarenin kamu yararı gereklerine aykırı davranmama ve “**idari usul sürecine başlarken” tüm işleme yönelik ön yargıdan arınmış olma**”⁴¹ anlamına gelmektedir. İdari usul sürecinde, usulü yönetecek idari makamın konumu “üç şapka” örneği ile betimlenmektedir. Buna göre, idare a) idarenin yararını, b) katılanların ve sonuç olarak tesis ettiği işlem ile, c) kamunun yararını korumak zorundadır⁴². ABD’nde, idari usul sürecine katılan yönetici üç şapkalılığı şu sözlerle ifade etmiştir : “*Bir çok usul sürecinde katılan kendini savunma konusunda hazırlıklı gelmemekte, süreci idare edenin onları da temsil etmesi gerekmektedir. Ondan sonra, idareyi temsil etmekteyiz. Bununla beraber, sonuç olarak yapılan tetkik ve kayıtların incelenmesi ile kamunun menfaati için en iyi olanın ne olduğunu belirlemekteyiz*”⁴³.

İdarenin üç şapkalı olarak değerlendirilmesi eleştirilmiştir. İdarenin karar alma sürecinde tarafsız olarak davranması ifade edilen sürecin ancak çekişmeli yargı modelinde olabileceği ileri sürülmüştür. Bunun ötesinde, idarenin aynı zamanda üç ayrı şekilde davranma zorunluluğunun ancak, katılımcının temsil edilmediği oturularda olabileceği açıklanmıştır⁴⁴. İdarenin tarafsızlığını gösteren bu tespitin her usul sürecinde uygulanması yerinde olacaktır. Çünkü, idari usul süreci içinde idarenin rolü ve yargısı katılanın ileri sürdüğü düşünce ve delil ile idarenin kendisinin elde ettiği yeni veriler ile idarenin başlangıçta sahip olduğu iradenin değişebilmesini zorunlu kılabilir. Bunun içinde idarenin ön yargıdan uzak “**tarafsız**” olarak davranması gerekmektedir.

Tarafsızlığın ihlal edilmesi, sonuç itibariyle tesis edilen işlemin özellikle, “**maksat**” unsurunu hukuka aykırı hale getirmektedir. Bilindiği üzere, her işlemin onu tesis eden makamın taşıdığı subjektif etkilerden arındırılmış, objektif nitelik taşıması ve bu nedenle kamu yararına yönelik olarak tesis edilmesi ifade

⁴¹ Pierce, Shapiro, Verkuil, *Administrative Law And Process*, p. 458.

⁴² Schwartz, *Administrative Law*, p. 262.

⁴³ a.y.

⁴⁴ Pierce, Shapiro, Verkuil, *Administrative Law And Process*, p. 458.

edilmektedir. İdarenin, kamu yararı dışında, kişisel kin, düşmanlık, siyasi amaç veya subjektif nitelik taşıyan işlemler maksat unsuru bakımından hukuka aykırıdır.

Maksat, işlemin “sonucu” ile belirlenmekte ve psikolojik kavram olması nedeniyle de tespiti güç olmaktadır⁴⁵. İdarenin elinde bulunan yetkiyi bir başka amacı gerçekleştirmek için kullanmaları veya tamamıyla az önce değinilen kamu yararı dışı irade maksat unsuru sakatlığına örnek teşkil eder. Örneğin, Haliç’in çevre ve sıhhi açıdan temizletilmesi için kıyı kenarında bulunan bir takım binaların usulüne uygun olarak kamulaştırılması gerekmekte iken, yüksek maliyet nedeniyle idare(=belediye), bir başka yasal düzenlemeden yararlanılmış, bunların maili indiham olduğu gerekçesiyle bir çoğu hakkında yıkım kararı vererek uygulanmıştır⁴⁶.

Bu örnekte belirtildiği üzere, idare hedeflediği amacı gerçekleştirmek için kullanması gereken araçtan başka bir aracı, yasal mevzuatı kullanarak işlem tesis etmekte, yetkisini hukuka aykırı kullanmakta ve işlemin amaç unsuru hukuka aykırı hale gelmektedir. İdarenin işlem ile doğurmak istediği sonuç önceden bellidir. Bu noktada idareyi etkilemek mümkün görülmemektedir. Diğer bir deyişle, idare kanunla verilen objektif davranma zorunluluğunu yerine getirmemekte, işlem sürecinde tespiti mümkün olmayan yanlış aracın kullanımı ancak usulün sonuçlanması ile ortaya çıkmaktadır.

Bunun dışında, idare yukarıda belirtilen psikoloji içinde üçüncü kişiyi korumak, siyasal ve şahsi bir takım nedenler ile hareket etmesi mümkündür. Yüksek Mahkeme :

“kamu görevine atama yapıp yapmamak konusunda idarenin sahip olduğu takdir yetkisi sadece boş kadroya atamak veya atamamak konusuna ilişkin genel bir yetki olup, bu kadroya atanacak kişinin tutum ve davranışları üzerinde değerlendirme yapma yetkisini içermez. Başka bir ifade ile, idare boş olan bir kadroya atama yapmak için harekete geçtiği andan itibaren bağlı yetki içine girer. Bu sürenin sonunda artık yasada ve yönetmeliklerde belirlenen niteliklere sahip olup, yarışma ve yetenek sınavını kazanmış olanlar arasından sırası ile atama yapmak zorundadır. İdarenin bu niteliklere sahip olanlar arasında ‘ilgilinin tutum ve

⁴⁵ Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, s. 421.

⁴⁶ D.6.D., 27.05.1987, E. 1987/451, K. 1987/590, DD. S. 68-69, s. 444.

davranışlarına”göre seçme hakkına sahip olduğunu kabul etmek Anayasa ve yasa ile belirlenen özelliklerin bir yana bırakılarak, atama işleminin yetkili makamın subjektif değerlendirmesine bırakmak anlamını taşır ki, bunun sınırını belirleme olanağı yoktur. Böylesine subjektif değer yargılarına bağlı olarak kullanılacak takdir yetkisinin keyfiliğe dönüşmesi muhtemel olduğu gibi böyle bir uygulama anayasada ifade edilen kanun önünde eşitlik ilkesini ve kamu hizmetine girme hakkının ihlali niteliğini taşıyacağını”⁴⁷ belirtmiştir.

İdare adına hareket eden ajanların tarafsız davranmayacağı konusunda kimi karinelerin ortaya çıkması halinde, istek üzerine veya re’sen görevden ayrılımları yerinde olacaktır. Nitekim, yargılama hukukunda yargıca belli hısımlık ilişkisi veya yakınlık derecesi içinde olanların ihtilaflarının halli izni verilmemiştir.

Yakınlık ilişkisi içinde olunmasa dahi işlemin objektif nitelikten uzak olacağı kanaatini hasıl olursa işlemin esasına yönelik usuli sakatlık ortaya çıkacak ve işlemin iptali gerekecektir. Benzer olaylarda, “öğrenci hakkında disiplin soruşturmasını yapan soruşturmacının, disiplin kuruluna katılarak oy kullanamayacağına”⁴⁸, “doçentlik bilim sınavının eserlerin incelenme aşamasında olumsuz görüş bildiren jürinin sözlü sınav aşamasında da görevlendirilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığına”⁴⁹, “kıymet takdir komisyonu üyelerinin çoğunluğunun kamulaştırmayı yapan belediyeden oluşmasında ve bu rapor esas alınarak yapılan kamulaştırma işleminde isabet görülmediğine”⁵⁰ karar verilmiştir.

Bir başka örnek olayda, hakkındaki şikayet üzerine soruşturma emri verecek makamda bulunan kamu görevlisinin, aynı zamanda kendisi hakkında soruşturma yapacak olan görevlileri seçmesinin hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir⁵¹. Kararda, hakkında soruşturma yapılacak olan kamu görevlisinin seçtiği soruşturmacıların “*tarafsız*” olamayacaklarına ilişkin karine olduğu belirtilmektedir.

⁴⁷ D.5.D., 13.03.2003, E. 2001/5253, K. 2003/796, DDK. S. 2, s. 203.

⁴⁸ D.8.D., 17.06.1999, E. 1997/3109, K. 1999/4030, DD. S. 102, s. 503.

⁴⁹ D.8.D., 28.06.1993, E. 1992/2742, K. 1993/2518, DD. S. 89, s. 492.

⁵⁰ D.6.D., 29.05.1990, E. 1989/59, K. 1990/1126, DD. S. 76-77, s. 440.

⁵¹ D.2.D., 11.11.1994, E. 1994/914, K. 1994/1888, DD. S. 90, s. 204.

Türk Milleti adına yargı yetkisini kullanan hakime kanunda belirtilen hallerde çekinme zorunluluğu getirilmesi durumunda, yine aynı görev tanımı içinde hareket eden idare ajanına da karar alma yetki ve görevinin verilmemesi yerinde olacaktır. Çekinmesi gereken ajanın, çekilmeden karar alma sürecine katılması halinde işlemin hukuka uygunluğunun değişik aşamalarda dikkate alınarak irdelenmesi gerekmektedir. İşlem henüz idari yargı önüne gitmemiş ve ilgiliye tebliğ edilmiş ise, itiraz müessesesi işletilerek işlemin iptali cihetine gidilmelidir. Bununla beraber, henüz işlem tamamlanmamış ise, idarenin karar alacak yeni bir makam oluşturması ve gerektiğinde ilgili hakkında yeniden usul prosedürünü uygulaması zorunludur.

Bununla beraber, işlemin bu noktadan hukuka aykırılığı yargı aşamasında tespit edilmiş ise, bu takdirde idarenin yargılamaya devam ederek öncelikle çekinme sebebinin işlemin sıhhatine etkisini belirlemesi ve kamu yararının varlığını tespit etmesi, subjektif etkinin işlemde var olup olmadığını belirlemesi zorunludur. Aksinin kabulü halinde, idari usul süreci yeniden başlayacak ve aynı veri, bilgi ve belgeler tekrardan idarenin önüne gelecektir. Bu durumda, ilgilinin hukukunu korumak için düzenlenmiş bulunan usul süreci bu kez ilgiliye ve işlemin geç tesis edilme nedeniyle kimi zaman kamuya zarar verecektir. Keza, **çekinme halinde işlemin hukuka aykırılığı bir karinedir. Yargı yeri, işlemin hukuka uygunluğunu tespit ederek bu karinenin aksini ispat etmiş olacaktır.**

Tasarının 8. maddesinde, “idari usul sürecindeki muamelelerde taraf olma engeli, çekinme ve red konularında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun ilgili maddelerinin kıyasen uygulanacağı”, “çekinmenin kendiliğinden veya ilgililerin itirazı üzerine” olabileceği düzenlenmiştir. Fakat, bu maddede çekinme ve çekilme konusunda karar vermeye yetkili olanlar zikredilmemiştir. Tasarının, 23. maddesinde “idari usul sürecinde yapılan işlem ve muamelelere karşı ilgili on gün içinde üst makama, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makama itiraz edebileceği” düzenlenmiştir.

Çekilme talebinin kabul edilmesi gereklidir. Çünkü, karar verme kamu görevlisinin “görevidir”, bundan vazgeçme isteminin de kabul edilebilir olması, tek

tarafı hüküm doğurması gereklidir. Çekilme talebinde bulunan kamu görevlisinin üstü varsa üst bu istemi incelemelidir. Üstün bulunması durumunda çekilme talebini inceleyecek makamın olmadığını düşünmekteyiz. Bu durumda, kısa bir sürede karar verilmesi için işlem, çekilme sebeplerinin “Bölge İdare Mahkemesi”nce incelenmesi yerinde olacaktır. Çekilme talebi kurul halinde verilen bir heyette bulunan üyeye ait ise, bu takdirde kurulun  ye olmadan toplanarak karar vermelidir. Bu ayrıma göre, yetki tek bir kişi tarafından kullanılıyor ise çekilme talebinin üst, kurul halinde karar alınıyor ise üyenin olmadığı kurul tarafından talebin değerlendirilmesi gerekir. Kurulun karar alma sayısına ulaşamaması ve toplu çekilme talebi halinde yine Bölge İdare Mahkemesinin devreye sokulmalıdır.

Aynı sonuca, çekilme istemine ilişkin başvurularda da ulaşılabilir. Çekilme istemi ile başvurunun hakkında tarafsız olamayacağı iddia edilen ilgiliye yapılması gerekir. Bu durumda ilgili istemi üste aynı gün ula tırmalı veya kurulun gündemini oluşturarak derhal toplanmasını temin etmelidir. Konunun bölge idare mahkemesine gideceği durumlarda, savunmasını da yazarak oluşturulacak dosyayı mahkemeye sunması gereklidir. Bu durumda, idareye yazılacak dilekçede yargılama aşamasında gerekli adres, başvurunun gerekçeli olması gibi belirtili bilgiler bulunmalıdır.

Tarafsızlık ilkesinin sonucu, idarenin hizmetten yararlananlar arasında ayrımcılık yapmadan “eşit” davranmak zorunda olmasıdır⁵². İdare karar verirken, yukarıda açıklanan subjektif değerleri dikkate almadan, objektif kriterleri gözetererek ve daha önceki uygulamalarını dikkate alarak işlem tesis etmelidir. Örneğin, bir belediyenin, “*ciddi araştırma ve inceleme yapmadan, sonuçlarının ne olacağını belirlemeden, bu alanda kamu yararına yapılan çalışmaların nasıl devam ettirileceğini hesaplamadan keyfi ve kısmi kararlar almanın yapılan kent planlaması*”⁵³, “*aynı fiil nedeniyle aynı disiplin kurulu kararıyla disiplin cezası verilen polislerden birisi hakkında sicillerinin olumlu olduğundan bahisle yapılan alt*

⁵² Akılhoğlu, *Yönetim  n nde Savunma Hakları*, s. 96.

⁵³ D.6.D., 04.10.1999, E. 1998/4558, K. 1999/4232, DD. S. 103, s. 563.

ceza uygulamasının, sicili iyi olan diğer kişi için de yapılmaması”⁵⁴ hukuka aykırı bulunmuştur.

Bununla beraber, eşitlik ilkesine değişik bir örnek ve idarenin önceki işlemlerini gözetme, ilgililerin haklarını koruma ödevi aşağıda belirtilen kararda açıklanmaktadır. Yükseköğretim Yürütme Kurulu kararı ile 1997-98 öğretim yılından itibaren denklik belgesi verilmemesi öngörülen yurtdışındaki bir üniversiteden 1996 yılında mezun olan davacının emsali durumdaki kişilere denklik belgesi verildiği de göz önüne alındığında 1997 yılında yaptığı başvurunun eşitlik ilkesi gereği kabulüne ve denklik belgesinin verilmesi gerektiğine karar verilmiştir⁵⁵.

Tarafsızlık ilkesinin idari usule yansıyan bir başka boyutu da, usul sürecinde tarafların eşit usuli haklara sahip olmasıdır. Dinlenilme hakkının özü, ilgililere idare önünde, idarenin sunduğu bilgi ve belgelere karşı görüş beyanı, aksi görüşte bulunan taraf olduğunda onunla aynı usuli hakların kullanılabilmesidir. Bu bağlamda, eşitlik ve dinlenme hakkı da iç içe geçmiş durumdadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına yansıdığı üzere, “silahlarda eşitlik” iki tarafından aynı usuli hakları kullanabilmesi olarak algılanmaktadır⁵⁶.

“Belirsizlik ortamında, biçimlendirme ve sınırlandırma, olguları değerlendirme gibi aksiyonların tutarlı sonuç vermeyeceği bilindiğinden, denetim alanlarının normatif ilkelerle belirginleştirilmesi”⁵⁷, taraflara davranış modelinin önceden belirlenmiş kurallarla saptanması önem taşımakta ve idari usulün ortaya çıkış nedenlerinden biri olmaktadır.

⁵⁴ D.10.D., 18.02.1988, E. 1987/932, K. 1988/242, DD. S. 72-73, s. 648.

⁵⁵ D.8.D., 21.10.1999, E. 1997/5117, K. 1999/5346, DD. S. 103, s. 776.

⁵⁶ Tanık dinletme bakımından eşit haklara sahip olunması, Bönisch v. Avusturya, 06.05.1985, 8658/79. Doğru, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları**, s. 853.

⁵⁷ Müslüm Akıncı, **Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombusman**, Beta, İstanbul, 1999, s. 107.

3.3.5. RE'SEN ARAŞTIRMA İLKESİ

İdari Yargılama Usulü Kanununun 20. maddesinde “Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapacakları” ve “mahkemelerin belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü belgelerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyecekleri” düzenlenmiş bulunmaktadır. Yargılama hukukunda çekişme söz konusudur ve taraflar iddialarını ispat ile yükümlü tutulmuştur. Bununla beraber, idari işlemin yapılış usulü dikkate alındığında, tüm bilgi ve belgelerin idarenin elinde olması nedeniyle, işlemin muhatabının mahkemeye getirmesi mümkün olmayan belgeleri sunması külfetinden kurtarılarak mahkemeye idarenin elinde bulunanları isteme yetkisi tanınmıştır. Aynı maddenin devamında taraflardan biri ara kararın icaplarını yerine getirmediği takdirde, bu durumun verilecek karar üzerindeki etkisi mahkemece önceden takdir edilir ve ara kararında bu husus ayrıca belirtileceği ifade edilmiştir.

Görüleceği üzere, mahkeme önünde davacı ve davalı konumunda iki taraf bulunmakta ve bunların ispat vasıtalarından yararlanarak iddialarının hukuki temelini ileri sürmeleri gerekmektedir. Bu nedenle, yargılama aşamasında mahkemece istenen delillerin süresi içinde dava dosyasına sunulmaması durumunda, bu delillerin niteliği gözetilerek savunma veya iddia dikkate alınmayacaktır⁵⁸. Mahkeme, ispat külfetini bir tarafa yüklemesine karşın, yine de kendisi elindeki yetkiyi kullanarak işlemin hukuka uygunluğunu tespit etmek zorundadır⁵⁹. Özetle, mahkeme her türlü incelemeyi yapmak ile yükümlüdür. Yalnızca, taraflardan birine ispat külfeti yüklediğinde buna riayet edilmemesi halinde yargılanan işlemin niteliği göz önüne alınarak, sunulmayan delillere dayalı savunma yapılamayacaktır⁶⁰.

⁵⁸ D.5.D., 25.09.1996, E. 1996/1345, K. 1996/2819, DD. S. 93, s.303.

⁵⁹ “Vergi mahkemeleri bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapmakla yükümlü oldukları cihetle savunma verilmediğinden bahisle davalı idare tarafından bir hak iddia edilemeyeceği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilemeyeceğine karar verildi”. D.7.D., 12.12.1984, E. 1983/1467, K. 1984/2544(DBB).

⁶⁰ Bu ilke, dosya üzerinde inceleme yapacak olan mahkeme heyetini aydınlatma, olmayan ve bilinmeyen bilgilere dayalı yargılama yapılamayacağının bir sonucudur.

İdari usul sürecinde ise, re'sen araştırma ilkesinin idari yargıdan farklı yorumlanması gerektiği kanaatini taşımaktayız. Öncelikle, idari usul süreci sonucunda “*kamu yararı*” amaçlanarak “*hukuka uygun*” bir işlemin çıkması istenmiştir. Hukuk Devletin gereği maddi verilerin gerçeğe uygun olarak tespit edilmesi, doğru hukuki temelin maddi veriye uygulanmasıdır. Aynı zamanda, kamu yararını belirleyecek olan idarenin objektif ve doğru karara ulaşması için kendiliğinden araştırma yetkisi⁶¹ ile donatılması zorunludur. İdarenin hukuka uygun işlem tesisinde, işleme dayanak oluşturacak verilerin elde edilmesinin de “hukuka uygun olması” gereklidir. İdarenin re'sen araştırma yetkisi içinde olan “*delil toplama*”nın kesinlikte ilgili yasal düzenlemeler çerçevesinde yapılması zorunludur. **Hukuka aykırı yollarla elde edilen “delillerin”, “verilerin” işleme dayanak yapılması**, işlemin temelindeki hukuka aykırılığın sonuç iradeye yansımaya neden olur.

Yüksek Mahkeme, benzer uyuşmazlıkta, “*hakkında dilekçe ile yapılmış bir ihbar olmadığı gibi inceleme yapmaya yetkili olanlarca aramaya lüzum gösterilerek ve gerekçeleri belirtilerek Sulh Yargıcından istenmiş bir arama talebi ve izni olmadan, izinsiz aramaya dayalı inceleme neticesinde yapılan tarhiyatta yasal isabet bulunmadığı*”na karar vermiştir⁶².

İdari usul sürecinin yargıdan farklı olarak esnek kurallar ile donatılması, idarenin re'sen hareket etme konusunda takdir yetkisine sahip olmasına neden olmuştur. Usul sürecinde yaşanan çekişme, yargıdan farklıdır. Bu noktada farklı oluşumlar olmakla birlikte temelinde aynı husus bulunmaktadır. Kimi işlemlerde, idare önünde sadece ilgili olmakta, karşısında aksi görüşü savunacak bir başkası olmamakta, idare aynı zamanda aksi tezi de göz önüne almak zorunda kalmaktadır.

Faal idare önündeki muhakemede maddi gerçeğin araştırılması, idare makamının idari yargıda olduğu gibi ilgililerin aleyhine olan delilleri değil, aynı

⁶¹ Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s. 131.

⁶² D.3.D., 28.12.1999, E. 1998/1346, K. 1999/4854. (Çevremiçi)
<http://www.maliesigortayor.com>.(22.02.2001).

zamanda lehine olanları da toplama görevini kapsamaktadır⁶³. Bu durumda, çekişmenin olması mümkün görülmemektedir. Çekişmenin var olduğu diğer hallerde, karşıda bir başkası ve zincir işlemde önceki hazırlık işlemlerini yapan idare veya idareler olmaktadır. Aslında, bu örneklerde de gerçek çekişme bulunmamaktadır. Keza, bunlar herhangi bir şekilde usul sürecine katılmasa bile karar verecek idare tüm bu tezleri de kamu yararı için dikkate almak zorundadır.

Tüm bu açıklamalar ışığı altında, idare re'sen araştırma yapması gereken işlemlerde maddi gerçeği tespit etme anlamında yetkisini kullanmalıdır. Çünkü, re'sen araştırma ilkesi işlemin gerekçesine de yansıyacak ve maddi vakıaların delil olarak sunulmasını sağlayacaktır. Alman İdari Usul Yasasının 26. maddesinde, “idari makam, maddi olayın soruşturulması için gerekli gördüğünde takdir yetkisine giren delillerden yararlanır. Bunlar özellikle, a) her çeşit bilgiyi toplamak, b) katılanları dinlemek, tanıkları ve uzmanları sorgulamak ya da katılanların, uzmanların ve tanıkların yazılı açıklamalarını almak, c) belgeleri ve dosyaları istemek, d) keşif yapmaktır. Katılanlar olayın soruşturulmasında işbirliği yapmak zorundadır. Kendilerince bilinen olayları ve belgeleri sağlarlar. İlgililer, olayların araştırılmasında işbirliği yapmakla, özellikle yasada öngörülmüş ise kişisel olarak tanıklık yapmak ya da ifade vermekle yükümlüdür. Yasada öngörülmüş ise tanıklar ve bilirkişiler tanıklık yapmak ya da ifade vermek ile yükümlüdürler. Bu durumda, idari makam, kanunda belirtilen ücretleri ödeyerek tanıklar ve bilirkişileri celb edeceği” belirtilmiştir⁶⁴.

Delillerin sunulması bir zaman kısıtlamasına tabi olmadan işlemin tesisinden önceki her aşamada olabilmelidir. Nitekim, ilgili kendi menfaati için değil aynı zamanda “kamu yararı” için delil toplamakta idare adına da hareket etmektedir. Bu gerekçe ile, delil sunmanın belli süre ile sınırlandırılmaması yerinde olacaktır. Yalnız, delil sunmada sürenin bulunmamasının hakkın kötüye kullanılması imkanı tanınmalıdır. Kimi durumlarda, kararın alınmasına etki etmeyecek, örneğin daha önce değerlendirilmiş veya konuyla ilgisiz delillerin idareye sunulması oturumu, süreci

⁶³ Azrak, *Umumi İdari Usulün Teorik Esasları*, s. 280.

⁶⁴ Özkan, *Demokratik Yönetime Geçiş*, s. 339-340.

uzatabilir. Bu durumda, idare kararın alınmasında yeterli kanaate vardığını belirten tespit ile nihai iradesini ortaya koymalıdır. Özetle, tesis edilecek işlem türü kimi durumlarda herhangi bir araştırmayı gerektirmeyebilir. Örneğin, seri şekilde yapılan veya kesin verilere dayanan “*matematiksel*”⁶⁵ işlemlerde idarenin araştırma yapmasına gerek duyulmamaktadır. Bunun dışında, idarenin bağlı yetki içinde hareket ettiği kabul edilen kimi işlemlerinde de idarenin araştırma yapması gerekmemektedir. Matematiksel işlem benzeri sayılabilecek optik okuyucu ile işlemlerin değerlendirilmesinde idarenin araştırma yapmasına gerek duyulmamaktadır. Yüksek Mahkeme, “sınav kağıtlarının optik okuyucular yardımıyla okunması, iki kez değerlendirilmesi ve optik okuyucuların takdir hatası yapmalarının söz konusu olmaması karşısında sınav kağıdı üzerinde bilirkşi incelemesi yaptırılmasına gerek olmadığına” karar vermiştir⁶⁶. Aynı şekilde “eylemin kopya sayılması için bilgisayarın kopya tespit etmesinin yeterli olduğu” kanaatine varılmıştır⁶⁷.

Bununla beraber, bazı işlemlerde idarenin araştırma yapması uzun sürmektedir. Kanımızca, bu işlemlerde bile idarenin gerekli ve yeterli olan araştırmayı yaparak, minimum bilgiyi elde ederek işlemi tesis etmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Doktrinde, acil tesis edilmesi gereken işlemlerde idarenin araştırma yapmasının gerekmediği ileri sürülmüş olsa bile⁶⁸, hızlı tesis edilecek işlemlerde bile idarenin yeterli bilgi ve belgeye sahip olması kamu yararı gereğidir. Bu nedenle, bu tip işlemlerde bile araştırma yapılması zorunluluğu kamu yararına yöneliktir. Kaldı ki, acil tesis edilmesi gereken işlemlerde dahi “*re’sen araştırma*” i darenin üçüncü kişiye duyurmadan idarenin içinde yapılmalıdır.

Re’sen araştırma ve “katılım ilkesinin” sonucu olarak, genel kuralların aksine idari usulde istisnai bir durum bulunmakta, idarenin önüne “delil sunma”da bir sınırlama söz konusu olmamaktadır. İdare ve ilgilinin delil sunma konusunda serbest olması ve yargılama hukukunda delile ilişkin genel prensiplerin istisnasını

⁶⁵ Schwartz, *Administrative Law*, p. 208.

⁶⁶ D.8.D., 02.03.1988, E. 1987/447, K. 1988/143, DD. S. 72-73, s. 493.

⁶⁷ D.8.D., 24.09.1991, E. 1991/206, K. 1991/1434, DD. S. 84-85, s. 587.

⁶⁸ Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s. 131.

oluşturmasının gerekçesi delillerin teknik bilgiyi gerektirmesi, bunlara ilişkin “maliyetin yüksek olması”, “gecikmeye neden olması”dır⁶⁹. Maddi gerçeği bulmak zorunda olan idare kendisine beyan edilen delilleri gerçeği ve olaya uygunluklarına göre dikkate almalıdır. Kanımızca, idare işlemin gerekçesinde de ciddi bulunduğu delilleri dikkate alma veya almama nedeni ayrıntılı bir şekilde açıklamalıdır⁷⁰.

Sözlü olarak beyan edilerek zapta bağlanan tanık delillerinde göz önüne alınması gerekmektedir. Daha önce belirtildiği üzere, idarenin usul sürecinde takdir yetkisine sahip olarak esnek davranabilmesinin bir sonucu tanık dinleyebilmesidir. İdare, usul sürecini uzatmayacak ve konu ile ilgili tanıkların ifadesine başvurabilir. İdarenin, kendi elemanlarınca sunulan bilgi ve belge ile veya yeteri donanımına sahip olmayan ilgilinin beyanı ile yetinmesi sadece maddi gerçeğin şeklen bulmasına yardımcı olacaktır. Halbuki, kamu yararı, kamunun tatminine yönelik olarak maddi gerçeğin şekli gerçeği aşarak araştırılmasını zorunlu kılar. Bu gerekçe ile, idare resen hareket ederek delil serbestliği içinde hukuka uygun işlem tesis etmesi Hukuk Devletinin bir gereğidir.

Re’sen hareket etme yetkisi aynı zamanda, sürecin yönlendirilmesini, delillerin takdirini ve sonuçta takdir yetkisini kullanacak bir yetkinin doğumunu zorunlu kılmıştır. Bu bağlamda, usul süreci “nihai olarak” karar verecek idare tarafından yönetilmelidir. Keza, muhakemenin yönetilmesi idarenin tesis edeceği kararın sağlıklı, hızlı ve doğru olmasını sürecin ilgilinin çıkarı ve kamu yararını dengelenmesini amaçlamaktadır. Sürecin idare tarafından yönetilmesi sürece dinamik bir yapı kazandırmakta, böylelikle az önce değinilen esneklik bağlamında muhakemenin cereyan tarzını, hal ve şartlarını icaplara göre uydurma imkanı ortaya çıkarmaktadır⁷¹.

⁶⁹ Schwartz, *Administrative Law*, p. 345.

⁷⁰ AİHM, delillerin tartışılmadığı hızlı duruşmanın hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Barbera, Messegue, Jabardo v. İspanya, 06.12.1988, 10590/83. Doğru, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, s. 914.

⁷¹ Azrak, *Umumi İdari Usulün Teorik Esasları*, s. 171.

Esneklik, keyfilik anlamına gelmemektedir⁷². İdare kendisine tanınan takdir yetkisini her zamanki gibi hukuka uygun olarak kullanmak zorundadır. Bununla beraber, kanımızca idarenin usul sürecinde sürecin devamına yönelik kullandığı takdir yetkisinin denetimi ayrı bir sorun oluşturmaktadır. Nitekim, idarenin süreci bilerek uzatması veya aynı irade ile bazı önemli usul haklarını kullandırmaması usul sürecini hukuka aykırı hale getirecektir. Bu halde de, işlemin iptali gündeme gelecektir. Esasa etkili olabilecek bir hukuka aykırılık bulunduğu işlemin bu noktadan iptal edilmesi gerekecektir. Yargılama aşamasında tespit edilen idari usul sakatlığı bu noktada giderilebilecek bir eksiklik ise bu takdirde işlemin iptal edilerek tekrar aynı sürecin yaşanması ilgilinin haklarına aykırılık oluşturabilir. Bu gibi hallerde, usuli eksiklik yargılama aşamasında mahkemenin denetimi ile giderilecektir.

Usul sürecinde karar verecek olan idarenin süreci yönetmesi, bu bağlamda delil ve diğer bilgileri doğrudan değerlendirmesi, dinlemesi gerekmektedir. Karar verecek olan makamın altında yer alan başkaca makamların gerekli incelemeyi yaparak karar verecek makama sunması delil ve bilgiler ile doğrudan temas edilmesi ilkesine engel oluşturmamaktadır. Nitekim, deliller ile bizihi temas edilmesi özellikle oturum yapılan durumlarda karar merciinin kararına etki edebilecek verileri değerlendirmesi anlamına gelmektedir.

3.3.6. SAVUNMA HAKKI

“Audi Alteram Partem”, diğer tarafı da dinle ilkesi savunma hakkının temelini oluşturmaktadır. 1723 yılında bir yargıç ilkeyi değişik bir şekilde yorumlamış ve “Tanrının bile Adem’e ceza vermeden önce onun savunmasını aldığını ve ne yaptığını bildiği ve niye yasakladığı halde elmayı yediğini sorarak gerekli cezayı verdiğini” belirtmiştir⁷³.

⁷² Özkan, *Demokratik Yönetime Geçiş*, s. 263.

⁷³ Schwartz, *Administrative Law*, p. 202.

Savunma hakkı, dinlenilme ile birlikte kullanılmaktadır⁷⁴. Dinlenilme hakkı ile birlikte değerlendirilen savunma hakkının tanınmasının yasal bir temele dayanması gerekip gerekmediği önemli bir hususu oluşturmaktadır. Şayet, savunma hakkı “hukukun genel ilkelerinden” kabul edilir ise, bu takdirde yasal düzenlemeye gerek olmadan kişiler veya onlarla ilgili mallar üzerinde yaptırım uygulayan işlemlerin tesisinden önce savunma alınması gerekecektir. Bunun aksine, savunma hakkı için yasal dayanak arandığında tesis edilecek her işlemin öncesinde kanuni düzenlemeye göre savunma hakkı tanınacaktır. Savunma hakkı, Hukuk Devleti’nin en önemli ögesi⁷⁵. Hukuk Devletinin ögesi olarak, ilgililere karar öncesinde kendilerinde olmayan ve fakat idarede bulunan bilgi ve belgeleri inceleme, bunlara karşı görüş bildirme, kendi beyan ve delillerini sunma, sonuç itibarıyla idarenin kararına etki edebilme savunma hakkı içinde değerlendirilmektedir. Hukuk Devletinin bir prensibi olarak savunma hakkının pozitif metinlerde bulunmasa bile uygulanabilir olması gerekmektedir⁷⁶.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 1977(77) 31 sayılı kararında beş önemli başlık sayılmaktadır : a) Dinlenilme Hakkı, b) Bilgi Kaynaklarından Yararlanma Hakkı, c) Katılma ve Temsil, d) İdari İşlemlerin Nedeni, e) İtiraz yollarının belirtilmesi⁷⁷.

Avrupa Birliği Temel Haklar Listesinin “İyi İdare Hakkı” başlıklı 41. maddesinde “herkesin Topluluğun organ ve kurumları ile ilişkilerinde tarafsız, adil ve makul bir zaman içinde sonuçlandırılmış ilişki içinde olma hakkına sahip olduğu” belirtilmiş ve devamında “bu hakkın herkesin haklarını olumsuz olarak etkileyecek kişisel tedbirin, yaptırımın uygulanmasından önce dinlenme hakkına sahip olduğunu” açık bir şekilde dile getirmiştir.

⁷⁴ Akıllıoğlu, *Yönetim Önünde Savunma Hakları*, s. 16.

⁷⁵ Erkut, *Hukuka Uygunluk Bloku*, s. 76.

⁷⁶ Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s. 141.

⁷⁷ “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 28 Eylül 1977 tarih ve 77(31) sayılı Kararının Çevirisi”, Çev : İhsan Kuntbay, *Amme İdaresi Dergisi*, C. XI, S: 4, Aralık 1978, s. 3

Aynı şekilde, Avrupa Ombusmanı tarafından yayınlanan “İyi İdare Davranışına Yönelik Avrupa Düzenlemesi”(The European Code Of Good Administrative Behaviour) isimli metinde “İyi İdare Hakkı” başlığı altında az önce yer alan dinlenme hakkı tekrar edilmiş bulunmaktadır. Ayrıca bu düzenlemenin 16. maddesinde “dinlenme ve yorum(beyanda bulunma) hakkı” başlığı altında “kişisel hakların ihlal edildiği her davada, yetkililerin “idari işlemin tesisindeki **her aşamada** savunma hakkının tanınmasını sağlamaları” bir görev olarak tevdi edilmiştir. Maddenin devamında, savunma hakkının kullanımına yönelik olarak, “ilgililerin yazılı veya gerektiğinde sözlü olarak savunmada bulunabilecekleri” ifade edilmiştir.

Avrupa Topluluğu Hukukunda, savunma hakkı neredeyse işlemin her aşamasında kullanılabilecek bir hak olarak tanımlanmıştır. Bununla beraber, Ülkemizde uygulamada yasal düzenlemelerde yer almadığı durumlarda kişilerin hukukunun ilgilendiren işlemler için savunma hakkı tanınmamaktadır. Yalnızca, Anayasanın 129. maddesinde memurlara disiplin cezası verilmeden önce savunmalarının alınması gerektiğine ilişkin ilke göz önünde bulundurulmakta, bu ilke uygulamanın verdiği şekil ile diğer kamu görevlilerine de uygulanmaktadır. Yine, Anayasanın 36. maddesinde savunma hakkından bahsedilmekte, fakat bu da yargı önünde savunma haklarını düzenlemekte idare önünde hakkın kullanımına ilişkin herhangi bir içeriğe sahip olmamaktadır.

Kanımızca, idarenin müeyyide içeren, ilgilinin hukukunu “**olumsuz yönde**” etkileyen işlemleri için ilgilinin görüşünü alması zorunludur. İşlemin tesisi ile doğrudan doğruya negatif bir şekilde etkilenecek olan, örneğin ruhsatı, diploması iptal edilenin, işlemin tesis aşamasında görüşüne başvurulması “hukukun ilgiliyi tatmin etmesinin” sonucudur. Bu tatmin, savunma hakkını yazılı bir metinde yer almasa bile, “genel prensipler” nedeniyle oluştuğunu göstermektedir. Bu konuya ilişkin yargısal örnek, 1402 Sayılı Kanun ile görevine son verilen kamu görevlisinin, sıkıyönetim döneminin sona ermesi ile görevine dönmek için açtığı iptal davasında ilgilinin “çok ağır ceza niteliği taşıyan işlemin tesisinden önce savunmasının

alınmaması” hukukun genel prensiplerine aykırı bulunmuştur⁷⁸. İlgiliye, yargılama aşamasında usul kuralları ile korunmuş savunma hakkının tanınması yeterli olmamaktadır. Yargı, Kamu Hukuku kurallarını kullanarak uyuşmazlığı gidermeye çalışır. Halbuki, idare ile ilgili arasında kurulacak iletişim ile bilgi akışı sağlanacak ve uyuşmazlık çıkmadan konu idare önünde çözümlenecektir⁷⁹. Bu genel ilkenin uygulanması için, özellikle yaptırım içeren işlemlerde, herhangi bir yazılı kurala ihtiyaç olmadığı düşünülmektedir.

Nitekim, usul kuralları ilgililer için güvence oluşturduğu için “yazılı” olmak zorundadır. Fakat, uygulanarak **teamül** oluşturan usul hükümleri de mevcuttur. Yargı Yerlerince, “belge imtihanlarının yazılı mı sözlü mü olacağını tasrih etmeyen yönetmeliğin 44. maddesindeki boşluğu yıllardan beri uygulanmakta olan teamülle bu imtihanları sözlü yapmak suretiyle doldurulmuştur. Bu teamülün tatbikatından olan tasarrufların iptali ancak bir hukuk kaidesine riayetsizlik halinde mümkün”⁸⁰ olduğu; bir başka kararda “Vakıflar Kanununda seçimin yapılış şekli ile ilgili bir düzenleme bulunmadığından, seçimin bugüne kadar uygulana gelen ve gelenekselleşen kurala uygun olarak yapılması gerektiği”⁸¹ belirtilmiştir. Her iki kararda da, teamülün usul kurallarını belirlediği anlaşılmakta ve bu husus hukuka uygun kabul edilmektedir.

Doktrinde, “imar mevzuatında, planlama aşamalarında halkın katılımını yasaklayan bir hüküm bulunmadığına göre, ülkemizde, halkın imar planlamasına katılması yolunun açık olduğunu söylemenin yanlış” olmayacağı ileri sürülmüştür⁸². Usuli haklar, esasa ilişkin güvence getirmesi nedeniyle her iki tarafın, idare ve ilgililerin bilmesi zorunlu olan haklardandır. Yani, usuli hakların yazılı veya yukarıda belirtildiği üzere teamül halini alması gerekir. Bunun dışında, yasaklamayan hükümlerin olmaması usuli hakların kullanılması anlamına gelmez.

⁷⁸ Nuri Alan, “Savunma Hakkı”, **Danıştay Dergisi**, Yıl 23, S. 87, Ankara, 1993, s. 21.

⁷⁹ Tekin Akıllıoğlu, “Yönetmelik Yargı ve Denetimin Etkinliği”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 23, S. 1, Ankara, Mart 1990, s. 5 vd.

⁸⁰ D.D.D.G.K., 19.09.1947, E. 1 947/58, K. 1 947/78. Pertev Bilgen, **İdare Hukuku Dersleri**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1999, s. 253.

⁸¹ D.10.D., 15.10.1991, E. 1990/4229, K. 1991/2855, DD. S. 84-85, s. 784

⁸² Halil Kalabalık, **İmar Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 107-108.

“Hak arama hürriyeti, ancak , kişilerin ‘bilerek’ hareket edebildiği bilgi niteliğindeki verilere ve donanıma sahip olduğu koşullarda anlam”⁸³ kazanır. Bu nedenle, mevzuatta hüküm bulunmaması usuli hakların kullanılması anlamına gelmez. Örneğin, usule ilişkin düzenlemeler getiren katılım hakkını güvence altına alan düzenlemelerin mevzuata kazandırılmaması halinde, bu müesseseye ilişkin hususlar idarenin takdirine bırakılacaktır⁸⁴.

İdari usul süreci ile ilgililere, kendilerini ilgilendiren işlemler öncesi savunma yapabilmeleri hakkı tanınmaktadır. Tasarının 17. maddesinde dinlenilme ve savunma hakkı yukarıda yapılan açıklamalara uygun olarak birlikte düzenlenmiştir. Buna göre, ilgililere idari kararın alınmasından önce, onu etkileyebilecek tüm olaylar hakkında dinlenilme, savunma, kararla ilgili her türlü bilgi ve delili sunma hakkı tanınacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda, savunma hakkına bağlı diğer hakların kullanımının teminini kapsamamaktadır. Örneğin, “yüksek disiplin kurullarının, Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılması istenilen memura, en az yedi gün süre tanıyıp savunma hakkını kullanma olanağı verme dışında, 657 sayılı Yasanın 129. maddesi ikinci fıkrasında belirtilen hakları(=hakkında memurluktan çıkarma cezası istenen memur, sicil dosyası hariç, soruşturma evrakını incelemeye, tanık dinletmeye, disiplin kurulunda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla savunma yapma hakkına sahiptir.) kullanıp kullanmayacağı konusunda bildirim yapma zorunluluğunun bulunmadığı” belirtilmiştir⁸⁵.

Tasarı, dinlenilme hakkının özüne tesir edecek şekil şartlarını düzenlemiş, idarenin 10 gün önceden belirleyeceği elverişli bir yerde savunma hakkının kullanılma hakkı tanımıştır. Tasarının, bu noktadan eleştirisinde, Avrupa Hukukunda düzenlendiği şekliyle ilgilinin “savunması alınacak işlemlerin” kısıtlanması ve dinlenilme hakkından bu noktada ayrılması gerekmekte idi.

⁸³ Sait Güran, “Hak Arama Özgürlüğünün İki Boyutu”, **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları No : 37, S. 9, Ankara, 1993, s. 29.

⁸⁴ Cenk Şahin, **İmar Planlarının Yapım Süreci ve Yargısal Korunma**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2002, s. 129.

⁸⁵ D.10.D., 24.06.1987, E. 1987/494, K. 1987/1392, DD. S. 68-69, s. 676.

Nitekim, savunma ve dinlenilme temelde iki farklı hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Katılma, daha önce açıklandığı üzere geniş kitlelere tanınmakta, savunma ise daha ziyade işlemin muhatabının belli olduğu birel işlemlerde tanınmaktadır. Başka bir deyişle, savunma daha kişiselleşmiştir. Kişiselleşmenin sonucu olarak savunma hakkı sıkı usul kuralları ile güçlendirilmiştir. Yargı yerleri, savunma hakkına riayet edilmemesini esasa etkili bir hukuka aykırılık olarak değerlendirmiş ve işlemin iptali cihetine gitmişlerdir⁸⁶. APA'nın 554. maddesinde, "İdarenin oturumdan haberdar edilmesi gereken kişilere makul süre içinde, 1- oturumun tarihi, yeri konusu, 2- Oturuma nezaret eden makam ve kazai yetkisi, 3 – İdidaya konu olan durum ve hükümlerin"⁸⁷ bildirilmesini aramaktadır. Bu madde ilgilinin savunma hakkını kullanmasına yöneliktir.

Bilindiği üzere, idari usul süreci kamu yararının temini ile ilgililerin haklarını korumak amacıyla düzenlenmiştir. Kamu yararı, acil, seri bir şekilde kararın alınmasını gerektirdiği durumlarda kamu yararı ile kişisel yararın korunması karşı karşıya gelerek tercih yapılması zorunluluğu ortaya çıkabilir. Bu durumda, dinlenilme hakkı, gerekçeli olmak şartıyla kullandırılmayabilir.

Kararın alınmasına etki edecek her türlü bilginin daha önceden idarece toplanmış olması halinde de dinlenme hakkı kullandırılmayabilir. Keza, idare daha önce tesis etmiş olduğu benzer işlem için bilgi toplamış olabilir. Dinlenme hakkının kullandırılmaması için, ilgilinin hukuksal durumunun farklılık göstermemesi, sonuca etki edecek nitelik taşıyaması ve bu nedenle sonucun önceden belli olması gerekmektedir. Bununla beraber, söz konusu yaklaşım aynı zamanda "*matematiksel işlemlerde*" de geçerli olacaktır.

İşlemin yapılmasında kanuni süre var ise, bu taktirde dinlenme hakkının kullandırılmayacağı belirtilmektedir⁸⁸. İdareye işlemin tesisi için süre verilmesi

⁸⁶ Yargı yeri önündeki savunma hakkında, esasa etkili olmasa bile bu ilkeye aykırı davranış hukuka aykırı bulunmuştur. D.5.D., 12.06.1974, E. 1973/3258, K. 1974/4741, DD. S. 16-17, s. 204.

⁸⁷ İhtar Tarhanlı, "Amerikan İdari Usul Kanunu", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, (Vakur Versan'a Armağan Özel Sayısı), Yıl 6, S. 1-3, İstanbul, Aralık 1985, s. 254.

⁸⁸ Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s. 147.

ilgilinin uzun bir süreç içinde hukuksal boşlukta kalmasının önüne geçilmesi ve idarenin hızlı işlemlerini temin için konulmuştur. İlgilinin hukukunu korumaya yönelik düzenlemeler ile usul süreci ile sağlanmak istenen faydanın karşılaştırılmasında, hızlandırılmış⁸⁹ usuli hakların tanınmasının yerinde olacağı kanaatini taşımaktayız.

Savunma ve katılım hakkı, idareye bilgi ve görüş sunmayı kapsamaktadır. Görüş, ileride tesis edilecek işlem hakkında yorum yapmayı ifade etmektedir. Doğru ve yeterli yorumun yapılması “bilgiye” ihtiyacı ortaya çıkarmaktadır. Keza, teknik ve hukuki alt yapıya ilişkin bilgi çoğunlukla idarenin elinde bulunmaktadır. Hukuka uygun savunma ve katılım hakkının kullanılabilmesi idarenin elindeki bilgi ve belgeleri belirli şartlar dahilinde ilgililer ile paylaşmasına bağlıdır. Bu nedenle, idari usul sürecinin “*ayrılmaz parçasını*” bilgi edinme hakkı oluşturmaktadır. Aşağıda, ayrı bir inceleme konusunu oluşturan bilgi edinme hakkının idari usul süreci bağlamında değerlendirilmesi yapılacaktır.

3.4. BİLGİ EDİNME HAKKI, KAPSAMI VE İŞLEVİ

Bilgi edinme hakkı ABD’nde gelişim göstermiş ve uygulama diğer ülkelere örnek olmuştur. Bu nedenle, ABD’nde kavramın çıkış nedenleri ve ihtiyaçların nasıl karşılandığı önem kazanmakta, bilgi edinme hakkının psikolojik ve hukuki alt yapısı hakkında karar verilmesini sağlamaktadır.

Bilgi edinme hakkı ve idari usul süreci birbiriyle içiçe geçmiş ve birbirini tamamlayan iki kavramdır. ABD’de, 1946 yılında yürürlüğe konulan İdari Usul Yasası’nın (3). Bölümünde, bilgi edinme hakkında düzenleme yapılmış ve “*herhangi bir kimsenin idareden bilgi isteyebileceği*” belirtilmişti⁹⁰. Bu maddede bilginin kamu yararı adına gizli olmasına karar verildiği takdirde ilgiliye verilmeyeceği

⁸⁹ Örneğin, ilgiliye kısaltılmış delil sunma süresi ve savunma hakkı tanınabilir, seri duruşma usulü yapılabilir.

⁹⁰ 1966 yılında İsveç’te ilk bilgi edinme düzenlemesi yapılmıştı. Yeni Zelanda, Kanada ve bir çok ülkede bilgi edinme yoluyla “şeffaflık” temin edilmektedir. Bu ülkelerde yolsuzluk oranı, idarenin açıklığa kavuştuğu oranda azalmaktadır.

düzenlenmişti. İdareler, bilgi hakkının kullanımı engellemek amacıyla ayırım gözetmeden bilgi hakkında kamu yararını gerekçe göstererek, bunları kamunun kullanımına sunmadan imtina ederek saklama yolunu tercih ettiler. Bu çabalar, bilgi edinme hakkının ayrı bir kanun ile 1966 yılında düzenlenmesine neden oldu. Bilgi edinmenin ayrı kanun olarak tanziminde aşağıdaki sonuçların ortaya çıkması istenmiştir : açıklık istisna değil, kural olmalıdır, vatandaşlar eşit şekilde bilgiye ulaşabilmeli, bilgi edinme istekleri reddedilen vatandaşların, ihtilafı yargı önüne götürmeleri temin edilmeli, idarenin tavrında değişiklik olmalı⁹¹.

Bilgi edinme hakkı, idareden istenilen bilginin karşılanmaması halinde dava yoluna gidilmesine olanak tanıdı. İdareler, eski gizlilik alışkanlıklarına devam ederek, istisnaları genişleterek, yüksek bedel talep ederek veya bilgiyi geç vererek, bir de soğuk savaşın etkisi ile, yine bilgiyi saklama yoluna gittiler. Bu süreçte Bilgi Edinme Kanunu, “*idareler tarafından tekmelenen dişsiz yırtıcı hayvan*” olarak tanımlandı. Hatta, yargı yerleri, idarelerin kanuna rağmen, onu dolanarak bilgiyi saklama yoluna gitmesi üzerine doğan boşluğu doldurdular ve bir takım deneyimler sonucu giderilmesi gereken ihtiyaçlar ortaya çıktı. Bu nedenle de, 1974 yılında yetersizliklerin giderilmesi amacıyla Kanunda değişiklik yapılması yoluna gidildi. Değişiklikler ile idarenin bilgi verme konusundaki takdir yetkisi kısıtlandı, fotokopi ve diğer masraflar azaltıldı ve gerçek değerin alınması temin edildi, yargıya yansıyan konularda vekalet ücretine ilişkin düzenlemeye gidildi. 1986 yılında ise, masraflara ve bilgi talebini red eden işlemlerin kaydına ilişkin yeni değişiklikler ve yapılandırılma gerçekleştirildi⁹².

Bilgi edinme hakkının gelişen teknolojiye uydurulması amacıyla da 1996 yılında “Elektronik Bilgi Edinme Hakkı Kanunu” yürürlüğe konulmuştur. Böylelikle, bilgi elektronik ortamda da temin edilmiş, masraflar azalmış, hızlı bir etkileşim temin edilmiştir⁹³. Fakat, elektronik ortamda yapılacak başvuruların idarenin karar alma

⁹¹ Schwartz, **Administrative Law**, p. 130.

⁹² Aman, Mayton, **Administrative Law**, p. 617-618.

⁹³ Alfred C. Aman, “Information, Privacy, and Technology : Citizens, Clients, or Consumers ?”, **Freedom Of Expression And Freedom Of Information**, Ed. By., Jack Beatson, Yvonne Cripps, Oxford University Presss, New York, 2000, p. 332.

sürecini geciktireceği, idarenin ağır ağır yük altına gireceği ileri sürülmüştür⁹⁴. İdarenin karar alma sürecine katılımın artması, idarenin işleyişini yavaşlatacağı gibi “**temsili demokrasinin**” zedelenmesine neden olacaktır. Usul sürecine katılanların internet aracılığıyla daha fazla bilgilendirilmesi, idarenin “takdir yetkisini” kısıtlayacağı da belirtilmiştir⁹⁵. Aynı zamanda, idarenin bilgiyi yüklemesinin zaman gerektirici bir faaliyet olduğu, bu eylemin temini için personel istihdamı ve gerekli alt yapının bilgi edinme konusunda idarelere beklenenin aksine daha fazla yük olacağı tespiti yapılmıştır⁹⁶.

Bunun yanında, bilginin internet ortamında temin edilebilmesi, idarenin denetime bağlı takdir yetkisini ortadan kaldıracaktır. Takdir yetkisinin her somut durum karşısında değerlendiren idare internet ortamında herkese açık bilgi akışı sağlamak zorunda kalacağından, bilginin ne kadarının internet üzerinde yer alacağı konusunda dar yorum yapacak, dolayısıyla teknoloji ile bilginin rahat kullanımı ileride hakkın kullanımını daraltacaktır⁹⁷. Ülkemizde de, 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanununda elektronik ortamda bilgi edinme başvurularının yapılabileceği belirtilmiş olmasına karşın istemlere ilişkin alt yapının varlığı ve yatırım için finansmanın bulunup bulunmadığı uygulamanın başlamaması nedeniyle bilinmemektedir.

Bilgi edinme hakkının “kullandırılmasına” ilişkin süreç izlendiğinde, idarenin gizlilik kavramı arkasına saklanmada geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu anlaşılmaktadır. Bilgi edinme hakkının kullanılabilir olması sadece idarelerin davranışına değil aynı zamanda bu “kültürün” toplumda hangi oranda yer aldığına da bağlıdır⁹⁸. 1993 yılında Başkan Clinton, idarelerin bilgi verme konusunda takdir

⁹⁴ Stephen M. Johnson, “The Internet Changes Everything : Revolutionizing Public Participation And Access To Government Information Through The Internet”, **Administrative Law Review**, Volume 50, Number 2, Spring 1998, p. 315.

⁹⁵ a.e., s. 316

⁹⁶ Micheal E. Tankersley, “How The Elektronik Freedom Of Information Act Amendments Of 1996 Update Public Access For The Information Age”, **Administrative Law Review**, Volume 50, Number 2, Spring 1998, p. 430.

⁹⁷ (Çevrimiçi) <http://www.gwu.edu/nsarchiv/nsa/efoiacom.html>, (25.02.2004).

⁹⁸ Anne Thurston, “Freedom Of Information For Transparency”, **Rule Of Law Conference**, İstanbul, 2 Kasım 2000, yayınlanmamış bildiri.

yetkisini ilgilisi lehine kullanmaları gerektiğine ilişkin düzenleme yapmıştır⁹⁹. Buna dayanılarak Başsavcı Reno, bilgi edinme hakkının istisnalarının daraltılmasını istemiştir¹⁰⁰. Bu bağlamda, bilgi edinme hakkının esasına yönelik açıklama yapmadan önce, kanunun işleminde idarenin tavrının önemli olduğu ortaya çıkmaktadır. Keza, idarelerin bilgi edinme başvuruları hakkında birbirinden farklı cevaplandırma politikaları bulunmaktadır.

ABD’nde bilgi edinme hakkı önce idari usul kanunu içinde düzenlenmiş, yetersiz kalması üzerine ayrı bir kanun halinde idari usulün içine yerleştirilmiştir. Bu gelişim süreci idari usulde idare elinde yer alan bilgiye duyulan ihtiyacı göstermektedir. Ülkemizde ise, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu başlı başına ve idari usule ilişkin düzenlemeden önce yürürlüğü konulmuştur. 24.10.2003 tarihinde yürürlüğe giren Kanun, 32. maddesi hükmü gereğince 24 Nisan 2004 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanmıştır. Kanımızca, idari usulden ayrı bir bilgi edinme hakkı havada kalacaktır. Ülkemiz kültüründe, her türlü bilginin saklanması esas olduğu ve personelin sorumluluktan kaçınma, çekingen tavrı sonucu Kanunun bir süre sonra uygulanamayacağını düşünmekteyiz.

Bilgi edinme, idarenin kararları, eylem ve işlemlerine ilişkin her türlü bilgi ve belgenin elde edilebilmesi olgusudur¹⁰¹. Bilgi edinme doğrudan “açıklık”, başka ifadeyle “şeffaflık” ile ilişkilidir¹⁰². Bilgi edinmeyle gerçekleşecek olan açıklık, idarenin tasarrufları üzerinde etkili sınırlamaya neden olacaktır¹⁰³. Açıklık, vatandaşların kendi adlarına hareket eden idarenin ne yaptığını öğrenmelerini sağlayacaktır. Açıklığın getirdiği bir başka yansıma, idarenin sorumluluk bilinci

⁹⁹ (Çevrimiçi) https://www.spj.org/foia_history.asp. (10.10.2002).

¹⁰⁰ (Çevrimiçi) https://www.usdoj.gov/oip/foia_updates/Vol_XIV_3/page3.htm. (20.04.2004).

¹⁰¹ Musa Eken, “Bilgi Edinme Hakkı”, *İnsan Hakları Yıllığı*, Dr. Muzaffer Sencer’e Armağan, C. 17-18, Ankara, 1995-1996, s. 63.

¹⁰² 4982 sayılı Kanunun “amaç” başlıklı 1. maddesinde, “bu Kanunun amacının; demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, taafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri” düzenlediği belirtilmiştir.

¹⁰³ Strauss, *An Introduction To Administrative Justice In The United States*, s. 195. Kitapta, bilgi edinme hakkı, idarenin yargısal olmayan denetim şekilleri başlığı altında incelenerek, idare üzerindeki etkisi ortaya koyulmuştur.

artacak¹⁰⁴, işlem veya yönetim hakkında bilgi sahibi olan vatandaş eğitilecek¹⁰⁵, idarenin faaliyetine katılımı artacak ve demokrasi gelişecektir.

4982 sayılı Kanunun uygulanmasına yönelik yayınlanan 24.01.2004 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan 2004/12 sayılı Başbakanlık Genelgesinde, “*kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde vatandaş odaklı yaklaşımın*” benimseneceği belirtilerek esas olarak vatandaşın bireysel yararının ön plana çıkarılması amaçlanmıştır. Açık toplum, demokratik toplumun karakteristik özelliklerinden en önde gelenidir. Bilgi edinme, ifade hürriyeti ile de bağlantılı olmakla birlikte, Devlet fonksiyonları arasında denge olma amacını da gütmektedir. Sonuç itibariyle, idarenin üzerinde, yasamanın denetiminin yoğunlaşmasına neden olmaktadır.

Bilgi edinme hakkının tanınması, iyi idareyi gerçekleştirme elemanlarından bir tanesidir. Bu nedenle, Hukuk Devleti çizgisinin korumasını sağlayan mekanizma olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁰⁶. Bu bağlamda, bilgidaki “karmaşa” aslında bilgi edinme hakkını kısıtlamaktadır¹⁰⁷. İdarenin elindeki teknik bilginin yoğunluğu, konu hakkında yeterince birikime sahip olmayan birey için karmaşık hale gelmekte ve az önce değinildiği üzere hakkın kullanımını kısıtlamaktadır.

Bilgi edinmenin karar alma sürecinde açıklığa neden olduğunu belirtmiş idik. Bu noktada bir fayda da, bilginin ilgililere açılması ile idarenin yargısal denetimi artmış, “işlemlerinin denetiminde gerekçenin önemi” ön plana çıkar olmuştur. Nitekim, mahkemeler karar alan makamın ilgili yasal düzenlemeyi doğru yorumlayıp yorumlamadığını, ilgili usuli haklara riayet edip etmediğini, mantıksal prensiplere riayetin gerçekleşip gerçekleşmediğini aramaktadır¹⁰⁸. Böylelikle, idarenin karar alma sürecinde hukukun uygulanması ve maddi verilerin somut olarak tespitine olan

¹⁰⁴ Thurston, “Freedom Of Information For Transparency”, yayınlanmamış bildiri.

¹⁰⁵ (Çevrimiçi) <http://www.article19.org/docimages/1113.htm> (20.04.2004).

¹⁰⁶ Güran, “Hak Arama Özgürlüğünün İki Boyutu”, s. 23.

¹⁰⁷ The Hon Sir Antony Mason, “The Relationship Between Freedom of Expression and Freedom of Information”, **Freedom Of Expression And Freedom Of Information**, Ed. By., Jack Beatson, Yvonne Cripps, Oxford University Presss, New York, 2000, p. 237.

¹⁰⁸ Clive Lewis, “Linkage Between Access To Information and Judicial Review”, **Freedom Of Expression And Freedom Of Information**, Ed. By., Jack Beatson, Yvonne Cripps, Oxford University Presss, New York, 2000, p. 290.

inancı arttırmaktadır¹⁰⁹. “O halde idari usul sürecinde bilgi, işlemin yapılışında gerekçeye yansıyan, böylelikle ilgiliyi gerek kendini savunma gerekse katılım esnasında yeterince aydınlatan, donatan nitelik taşıyan veridir”.

Bilgi edinme hakkı üç amacı taşımaktadır. Birincisi, idare ajanlarının eylem ve işlemleri hakkında yeterli bilginin temini, ikincisi, kamu yararını belirlemeye ilişkin kamunun bilgilenmesini temin ve son olarak da, gizli düzenleme, karar ve işlemlerin olmasını engellemektir. Bu üç amacın ortak noktası, idare üzerinde kamunun aydınlatılmasında araç olmasıdır¹¹⁰. Kamunun aydınlatılmasında karşıt kavram olarak mutlak açıklığın getirdiği bir takım sakıncalar bulunmaktadır. “Karar alma tekelinin dağılışı, kararın her türlü olumsuz etkiye açılması, karar makamının özerkliğinin zedelenmesi, yönetimin kendisi dışındaki örgütler karşısında varlığını ve bağımsızlığını koruyamayışı, yöneticilerin tarafsızlıklarının korunamaması gibi”¹¹¹.

Bilginin tamamının ilgililere açılması da mümkün değildir. Çünkü, idarenin elinde çeşitli nedenler ile diğer kişilerin veya kuruluşların “özel mahiyette” verileri bulunmaktadır. Öte yandan, bilginin açıklanması veya saklanması “kamu yararı”¹¹² bulunacak durumlar mevcuttur. Bilgi edinme hakkının da istisnaları bulunmaktadır. İdarenin bilgi vermeme konusundaki eğilimi iki kavram ile anlatılmaktadır : gizlilik ve kapalılık.

Gizlilik, idarenin işleyişi aşamasında oluşan bilgi ve belgelerin açıklanmamasıdır. Kapalılık ise, idarenin dıştan gelen her türlü etkiye karşı duyarsız kalmasını, çoğu işlem ve eylemlerin dıştan görülmemesini ve alınan kararların

¹⁰⁹ Mark Grunewayd, “Freedom of Information Act Dispute Resolution”, *Administrative Law Review*, Vol 40, 1988, p. 29.

¹¹⁰ Allen Hoberg, “Administrative Hearings : State Central Panels In The 1990s”, *Administrative Law Review*, Volume 41, Winter 1994, p. 65.

¹¹¹ Murat Sezginer, “İdari Belgelere Ulaşma Hakkı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (Prof.Dr. Süleyman Arslan’a Armağan Sayısı), C. 6, 1998, S. 1-2, Konya, t.y., ayrı bası, s. 301.

¹¹² Kamu yararı, kamu düzeni olarak da ifade edilmektedir. Tekin Akıllıoğlu, “Yönetimde Açıklık – Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, Kamu Yönetimi İkinci Kitap, Ankara, 1-4 Mayıs 1990, s. 806.

gerekçelerinin açıklanmamasını ifade etmektedir¹¹³. Bu kavramlar karşısında, açıklık “kapalılığın” karşıtı olarak kullanılmakta, gizlilik ise kamu yararı dengesinde bazı bilgilerin dışarıya açılmaması anlamına gelmektedir. Gizlilik ve kapalılık özdeş iki kavram olmakta, esasen dışı kapalı bir yönetim gizliliği de faaliyet alanında göstermekte¹¹⁴, onun içini genişletmekte, işlevini saptırmaktadır. Gizli olması gerekenin tanımının iyi yapılması ile bilgi edinme hakkının doğru olarak kullanılması da mümkün olacaktır.

Bilgi edinme hakkının kapsamı iki boyutludur. Hangi idarelerin bilgi edinme hakkı içinde olduğu ve bilginin niteliğidir. 4982 sayılı Kanunun 2. maddesinde, “*kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bu Kanun*” kapsamında olduğu ifade edilmiştir. Bu ifade, kamu hizmetini yerine getiren özel hukuk kişilerini kapsamamaktadır. Nitekim, kamu hizmetini yerine getiren özel hukuk kişilerinin de elinde “bilgi edinme hakkı” kapsamında verilen bulunması muhtemeldir. Bunların da, bilgi edinme hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu nedenle, 4982 sayılı Kanun eksik düzenlendiği ileri sürülebilir. Kanunun dar yorumlanması ile, kanımızca bilgi edinme hakkının kapsamı daraltılmaktadır. Örneğin, imtiyaz sözleşmesi ile idare işlevini yerine getirenlerin de idari usul süreci içinde olduğu belirtilmemiştir. Bu bağlamda, imtiyaz sözleşmesi ile kamu hizmetini sunanlar bilgi edinme hakkından faydalanma isteminde bulunanların taleplerini karşılayamayacaklardır. Burada, vatandaş, idare ile kamu hizmetini yerine getiren arasında hizmetten yararlanan üçüncü kişi olma konumundan çıkıp, doğrudan taraf olmaktadır. Hizmet sözleşmesinin iki yönü bulunmaktadır. Birinci olarak, kişiye ait gizlenmesi gereken bilginin kamu hizmeti gören özel hukuk kişisine verilmemesi, diğeri de özel hukuk kişisi elinde bulunan bilginin yararlanmaya açılmasıdır.

¹¹³Ahmet Başözen, “Kamu Bürokrasisi ve Denetim Yolları”, (Çevrimiçi) <http://www.dicle.edu.tr/dictur/suryayin/khuka/kamubrokrasisi.htm>, (01.08.2001)

¹¹⁴Zerrin Toprak Karaman, Şermin Atak, “Kamu Yönetiminde Gizlilik Faktörünün Çevre Korumacı Politikalara Etkisi”, *Türk İdare Dergisi*, Yıl 68, Sayı 412, Eylül 1996, s. 111.

Tasarı, idari usul süreci ve bilgi edinme hakkını beraber düzenlemiş olduğundan, sözleşme ile kamu hizmetini yerine getirenlerin de usul süreci içinde bulunduğunu hüküm altına alarak, bu kurum ve kuruluşların bilgi verme hakkını da zorunlu hale getirmekte; yukarıda yer alan eksikliğin giderilmesi amaçlanmaktadır.

Kamu hizmetini yerine getirenin elinde kamu hizmetine ilişkin bilgi, özel kayıt olmaktan çıkmakta, kamunun malı haline gelmektedir¹¹⁵. Bu bağlamda, bu bilgilerinde kamuya açık hale getirilmesi zorunluluğu doğmaktadır. Fakat, 4982 sayılı Kanun özel hukuk kişilerini kapsar nitelikte düzenleme getirmemiştir. ABD’nde de, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, sadece idari makamların düzenleme dahilinde olduğunu belirtmiştir¹¹⁶. Sadece, idarelerin elinde bulunan bilginin açıklanmasının yeterli olmadığı, fakat sözleşme ile kamu hizmetinin görenlerin de kanun kapsamında değerlendirilmesinin önem kazandığı ileri sürülmektedir¹¹⁷.

Fakat, bilginin açıklanmasında işlemin tesisinden başka, tüketilen bir hak bulunmaktadır. Yani, bilgi açıklanmak ile saklanabilir olmaktan çıkmaktadır ve bu noktadan itibaren geriye dönüş bulunmamaktadır. Bilgi istemlerinin kamu hizmetini “gördüren” makama yapılması, kamu yararının takdirinde yetkili olan bu makam tarafından hangi bilginin verileceğinin belirlenmesinin yerinde olacağı kanaatini taşımaktayız.

4982 sayılı Kanunun 4. maddesinde, herkesin bilgi edinme için başvuracağı belirtilmiş fakat 2. fıkrada “bu kapsamı daraltılarak “Türkiye’de ikamet eden

¹¹⁵ Nitekim, 4982 sayılı Kanunun Genel Gerekçesinde, “*kamu kaynaklarıyla üretilen ve hiçbir gizliliği olmayan bilgilere erişimin gereksiz yere kısıtlanmaması, vatandaşların kendileriyle ilgili bilgilere kolayca erişiminin sağlanması ve kamusal hizmetle yükümlü kurum ve kuruluşların çalışmalarını görmesini, izlemesini, bilgilenmesini sağlamak amacıyla bilgi edinme hakkının kullanılmasının sınırlarını da belirlemenin*” gerekliliği vurgulanmıştır. Gerekçede yer verildiği şekliyle kamu eliyle üretilen bilginin kamu yararı gerektirmedikçe “kamudan” gizlenmemesi gerektiğinin altı çizilmiştir. Başka bir ifadeyle, soyut olarak kamunun kendi mülkiyetinde olan bilginin kullanımına olanak tanınmasının gerekliliği ifade edilerek, yukarıda belirtilen ilkenin açılımı yapılmıştır.

¹¹⁶ Avrupa Topluluğunda da kamu hizmetinin sözleşme ile özel hukuk kişilerine gördürülmesi mümkün olup, bunların tuttuğu kayıtların hukuki niteliği için bkz. Gunilla Edelstam, “The European Union And The Common Values Of Democracy And Rule Of Law”, **European Law Review**, Volume 14, No 1, Spring 2000, p. 767 – 772.

¹¹⁷ Alfred C. Aman, “Proposals For Reforming The Administrative Procedure Act : Globalization, Democracy and The Furtherance of a Global Public Interest”, **Global Legal Studies**, Volume p. 17.

yabancılar ile Türkiye’de faaliyette bulunan yabancı tüzel kişiler, isteyecekleri bilgi kendileriyle veya faaliyet alanlarıyla ilgili olmak kaydıyla ve karşılılık ilkesi çerçevesinde” karşılanacağı hüküm altına alınmıştır. APA’da, ise yabancılara yönelik ayırım yapılmadan herkesin bilgi edinme hakkı kapsamında olduğu belirtilmiş¹¹⁸, hatta, yabancı devletlerin dahi bilgi edinme kanunu dahilinde talepte bulunabilecekleri hüküm altına alınmıştır¹¹⁹.

Türkiye’de ikamet eden yabancıların bilgi edinme hakkı kısıtlanmıştır. Buna göre, bilginin kendileri ile ilgili olması ve herhalde vatandaşı oldukları ülkenin aynı hakkı tanınması¹²⁰ şartı aranacaktır. Böylelikle, idareye geniş takdir yetkisi tanınarak, herkesin “kolaylıkla” elde etmesi gereken bilgi, yabancılardan gizlenmek istenmiştir.

Avrupa Topluluğu Temel Haklar Metninin 42. maddesinde, Birliğin herhangi bir vatandaşının Avrupa Parlamentosu Komisyonlarının her türlü dokümanına ulaşma hakkı bulunduğu belirtilmiştir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (77) 31 sayılı kararında, “isteği üzerine ilgiliye yönetsel işlem den önce bu işlemin yapılmasında kullanılan bütün öğeler hakkında bilgi verilmesi olanaklı her bilgi uygun biçimde iletileceği” tavsiye edilmiştir. Bu ilke, dinlenme hakkının tamamlayıcısı olarak düzenlenmiştir¹²¹.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, (77) 31 sayılı kararına dayanarak R (81) 19 sayılı bilgi edinmeye yönelik tavsiye metnini hazırlamıştır. Bu düzenlemede, genel ilkelere yer verilerek, özetle, bilgi edinme isteminin eşitlik ilkesi çerçevesinde makul bir zaman dilimi içinde karşılanması, red işlemlerinin gerekçeli olması, ret işlemlerinin yargısal denetime tabi tutulması gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca, bilgi edinme işlemlerinde eşitliğin gözetileceğini, makul süre içinde cevaplandırılması

¹¹⁸ ABD’nde “Privacy Act” de bilgi edinme hakkını düzenlemektedir. Bu Kanun, Bilgi Edinme Hakkı Kanunundan farklı usul ve esaslar getirmektedir. Privacy Act, sadece vatandaş ve sürekli oturma iznine sahip olanlar hakkında uygulanır. Kanun, Bilgi edinme Kanununa göre dar istisnalara sahiptir ve yanlış bilginin düzeltilmesi imkanı tanır. Privacy Act, araştırma masrafları dışında sadece kopyalama masrafları isteyebilir. Ayrıca, her iki Kanunda farklı dava açma süreleri öngörülmüştür. (Çevrimiçi) <http://www.aclu.org>. (23.04.2004).

¹¹⁹ Fox, *Understanding Administrative Law*, p. 444.

¹²⁰ Kişinin vatansız olması, “ilgili” ifadesi hukuksal boşluklar olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹²¹ Akıllıoğlu, *Yönetim Önünde Savunma Hakları*, s. 196.

gerektiği anlatılmış, bilginin kamu yararı, kamu düzeni, suçun engellenmesi, özel kişilere ait şahsi bilgilerin korunması, ekonomik düzenin korunması hallerinde demokratik toplumun gereklerine göre ilgililerin kullanımına sunulamayacağı açıklanmıştır¹²².

Avrupa Topluluğu Parlamentosu 24 Kasım 1995 tarihli ve 95/46 sayılı Direktifinde, bireylerin korunması için kişisel bilgilerin dolaşımına ilişkin önemli düzenlemeler getirmiştir. Avrupa Topluluğu Parlamentosu 30 Mayıs 2001 tarih ve 1049/2001 sayılı Düzenlemesinde “Kamunun Avrupa Parlamentosu, Konseyi ve Komisyonlarının Bilgilerine Ulaşma” esaslarından bahsedilmiştir. Düzenlemenin genel gerekçesinde özetle, “bilginin kamuya açılması ile ilgililerin karar alma sürecine yakın olduğu, idarenin daha etkili ve sorumlu hareket ettiği” belirtilmiştir.

Bilgi edinme idarenin elinde bulunan “kayıtları” kapsamaktadır. Bu nedenle, idarenin bilgi verme görevi elinde mevcut olanlar ile sınırlıdır. İdareye görev olarak verilmiş bulunan bilgi verme, öncelikle bilginin düzenli olarak tutulmasını gerektirmektedir(İyi İdareye İlişkin Avrupa Düzenlemesi Madde 24). Düzenli bilginin saklanması, hakkın kullanımı için maksimum fayda sağlayacaktır. Bunun dışında ilgilinin istediği bilginin niteliği önem taşımaktadır. Her ne kadar yukarıda ifade edilmiş ise de, genel felsefe içinde kamunun denetimi asıl olmaktadır. Bilginin bireysellikten kurtulup kamuya yönelik kısmı açığa çıktıkça, istenme ve verilme olanağı da artmaktadır. Aksine, bilginin kişiselleşmesi halinde, isteyen kimliğinin aranmasına neden olacaktır. Hakkın kullanımında idarenin kamu adına yaptıklarının açıklıkla gerçekleştirilmesi amaçlanıp, kişisel bilgilerin açıklanması istenilmemektedir. Bu karşıt ve zaman zaman birbiriyle yarışan iki kavram bilgi edinmenin sınırını da çizmektedir.

4982 sayılı Kanunda bilgi; kurum ve kuruluşların sahip oldukları kayıtlarda yer alan her türlü veriyi ifade etmektedir. Belge de, kurum ve kuruluşların sahip oldukları Kanun kapsamında yer alan yazılı, basılı veya çoğaltılmış dosya, evrak,

¹²² (Çevrimiçi) http://www.coe.int/T/e/legal_affairs/Legal_co-operaton (06.08.2002).

kitap, dergi, broşür, etüt, mektup, program, talimat, kroki, plan, film, fotoğraf, teyp ve video kaseti, harita, elektronik ortamda kaydedilen her türlü bilgi, haber ve veri taşıyıcılarını kapsamaktadır. Bilgi ve belgeye erişim, istenen bilgi ve belgenin niteliğine göre, kamu kurum ve kuruluşlarınca başvuru sahibine söz konusu bilgi ve belgenin bir kopyasının verilmesini, kopya verilmesinin mümkün olmadığı hallerde, başvuru sahibinin bilgi ve belgenin aslını inceleyerek not almasına veya içeriğini görmesine veya işitmesine izin verilmesini anlatmaktadır.

APA'da bilgi edinme istisnaları (9) başlık altında düzenlenmiştir. Ulusal güvenlik, idarenin işleyişine ilişkin işlemler, başka federal düzenleme ile Kanun kapsamı dışına çıkarılan konular, ticari sır, idarenin iç ve dış gündemi, kişisel bilgiler, kayıtlar , açıklanması halinde finansal çevreleri etkileyecek bilgiler, jeolojik bilgiler istisnayı oluşturmaktadır. İstisnaların sayılması ile idarenin bilgi saklama konusunda eğilimi azaltılmış olmakta, idarenin takdir yetkisi bağlı yetkiye yaklaştırılmaktadır. İstisnalara yaklaşım zaman içinde daralmıştır¹²³.

4982 sayılı Kanun yargı denetimi dışında kalan işlemler, Devlet sırrına ilişkin bilgi ve belgeler, ülkenin ekonomi çıkarlarına ilişkin bilgi veya belgeler, istihbarata ilişkin bilgi ve belgeler, idari soruşturmaya ilişkin bilgi ve belgeler, adli soruşturma ve kovuşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler, özel hayatın gizliliği, haberleşmenin gizliliği, ticari sır, fikir ve sanat eserleri, kurum içi düzenlemeler, kurum içi görüş, bilgi notu ve tavsiyeler, tavsiye ve mütalaa talepleridir.

Bunun dışında, gizlilik kavramı içinde olmayan bazı bilgi istemlerinin 4982 sayılı Kanun dahilinde olmamaktadır. Daha önce kamuya açıklanmış, yayınlanmış bilgi ve belgelerin Kanun kapsamında belirtilen usule tabi olmaması icap etmektedir. Yayınlanmış bilgi ve belgenin istemi, bilginin nereden temin edileceği belirtilerek reddedilecektir. Gizli ve açıklanması gereken bilginin beraber olması durumunda, gizli bilginin ayrılması mümkün olduğu takdirde, gizli bilginin saklanma gerekçesi

¹²³ Fred Cate, Annette Fields, "James Mcbain, The Right To Privacy And The Public's Right To Know", **Administrative Law Review**, Volume 46, Winter 1994, s. 45.

belirtilerek geri kalanın kullanıma açılması gerekmektedir(4982 sayılı Kanun Madde 9).

Başvurunun şekli ve içeriği de önem taşımaktadır. 4982 sayılı Kanun hükümlerine göre, bilgi edinme istemi “*başvuru sahibinin adı, soyadı, imzası, tebligat adresini, tüzel kişi ise, tüzel kişinin unvanı, yetkili kişinin imzası ve yetki belgesini içeren dilekçe ile yetkili kuruma*” yapılması gerekmektedir. Bunun yanında, elektronik ortamda yapılmış başvurular, ilgilinin kimliğinin ve imzasının veya yazısının kimden olduğunun tespitine yarayacak başkaca bilgilerin yasal olarak belirlenebilir olması kaydıyla Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında değerlendirilerek cevaplandırılacaktır. Dilekçede istenilen bilginin açıkça belirtilmesi zorunluluğu vardır. Dilekçede bilgi ve belgenin adının belirtilmesi kamu hizmetinin işleyişinde verimliliği sağlamaktadır. İdarelerin somut istekler ile karşılaşması temin edilmekte, istemin kabulü veya reddi konusunda karmaşa ortadan kaldırılmaktadır¹²⁴. Dilekçede başvurunun hangi kanun hükmüne dayanılarak yapıldığına da yer verilmelidir¹²⁵.

2004/12 sayılı Genelge hükümleri uyarınca, idareler dilekçenin kendilerine ulaşmasından sonra ilgiliye, başvuru tarih ve sayısı gösteren alındı belgesi vermek zorunda olup, dilekçenin esaslı unsurlarının eksik olması halinde, cevaplandırılması gerekmeyecektir. Kanımızca, dilekçenin esasında herhangi bir eksiklik olmaması halinde, giderilebilecek şekil eksikliklerinin başvuru sahibine tamamlattırılması yerinde olacaktır. Başvurunun, istenilen bilgi ve belgeyi arşivinde bulundurmakla görevli olmayan idareye yapılması üzerine “başvuruyu alan idarenin” istenilenleri tutmak ve bulundurmakla görevli idareye dilekçeyi re’sen göndermesi ve konu hakkında başvuru bilgisi vermesi zorunludur. Bu nedenle, başvuru dilekçesinde istenilenin iyi şekilde ortaya konulması gerekmektedir. O takdirde, idarelerin bilgi edinme hakkını ortadan kaldırıcı veya geciktirici şekilde idareler arası yazışma haline döndürmesi mümkün olmayacaktır.

¹²⁴ Talep hakkının belirlenmiş belgelere dayandırılması zorunluluğu, genel mahiyetteki bilgilere ulaşma hakkını kısıtlamaktadır. Güran, “Hak Arama Özgürlüğü”, s. 32.

¹²⁵ (Çevrimiçi) <http://www.waclu.org>. (23.04.2004).

4982 sayılı Kanununda, bilgi edinme istemlerinin reddi halinde idari yargıya gidilebileceği öngörülmüştür. Yalnızca, “Devlet sırrı” ve “ülkenin ekonomik çıkarlarına ilişkin” bilgi ve belgelerin gizlilik kapsamında değerlendirilmesi sonucu bilgi edinme isteminin reddi işlemine karşı, “Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu”na itiraz edilebilir. İtiraz, ilgilinin dava açma süresini durdurmaktadır. İtiraz üzerine verilen kararın da yargı önüne götürülmesi mümkündür. Fakat, Kanunun 13. maddesinde “*kurum ve kuruluşlar, kurulun istediği her türlü bilgi ve belgeyi 15 gün içinde vermekle yükümlü oldukları*” ifade edilmektedir. Kurum ve kuruluşların bilgi ve belge verme yükümlülüğü Kurula karşıdır. Kurulun verdiği kararın gereklerini yerine getirilmemesi halinde, Kanunun 29. maddesinde yer alan disiplin ve cezai sorumluluğun doğmasına neden olacaktır. Halbuki, açıklandığı üzere bilginin içinde barındırdığı özellik nedeniyle tüketilen bir hak olarak tanımlanmasını zorunlu hale getirmiştir. Başka bir deyişle, bilgi ve belgenin bir başka kişinin kullanımına sunulması halinde, onu somut anlamda geri almak mümkün olsa da hafızadan silmek ve belgenin kopyasının alınmadığını tespit etmek mümkün olmamaktadır.

Tasarının 47. maddesinde, yine 4932 sayılı Kanun hükümlerine paralel düzenleme getirilerek “Gizlilik Değerlendirme Kurulu” oluşturulmuştur. Kurul, dosyanın kendisine gelmesinden itibaren 30 gün içinde karar verecektir. İlgilinin başvuru tarihinden itibaren 60 gün içinde herhangi bir cevap verilmez ise, istem reddedilmiş sayılacaktır. Yalnız, tasarıda Kurulun kararlarına karşı “yargısal itiraz yolu” öngörülerek işler bir denetim mekanizması getirilmiştir. Tasarının 49. maddesinde “Gizlilik Değerlendirme Kurulu kararlarına karşı ilgililer ve idare konusuna göre Danıştay veya Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nde oluşturulan özel dairelere nihai yargısal itirazda bulunabilir. İtiraz süresi idare için 7, ilgililer için 30 gün” olarak belirlenmiş, maddenin devamında “özel dairenin itiraz üzerine vereceği kararların kesin olduğu, bu kararlara karşı herhangi bir idari veya yargısal başvuruda bulunulamayacağı” belirtilmiştir. Bu noktada önemli olan itiraz denetiminin “ihtisaslaşmış” yargı yoluyla yapılmasıdır. İhtisaslaşmış yargı, ilgilinin hukukunun korumaya yönelik önemli güvence oluşturmaktadır.

İdare, bilgi edinme istemlerinin reddini gerekçelendirmek zorundadır(madde 12). Keza, istemin reddinin hangi nedenle yapıldığı yargı yolunu değiştirememekte fakat, bazı hallerde ihtiyari itiraz yolu öngörmektedir. Bu nedenle, gerekçe ve itiraz yollarının belirtilmesi ilginin hukukunun korunmasına yardımcı olacaktır.

Kurulun vereceği karar bilgi ve belgenin açıklığa kavuşturulması ise, kurum ve kuruluşun dava açma hakkı bulunacaktır. Bu arada, bilginin veya belgenin ilgilinin talebini karşılar nitelikte kullandırılması gerekecektir. Bu noktadan sonra, açılan davanın pratikte bir önemi olmadığı kanaatini taşımaktayız. Öte yandan, kurum ve kuruluş ile sayılan iki istisna kapsamında Kurulun bilgi edinme hakkını yerinde bulmaması üzerine, başvuru sahibinin açacağı iptal davasında yargı yerinin vereceği kararda aynı nitelikte olmaktadır. Hatta, yargı kararının yerine getirilmemesi daha ağır müeyyidelere bağlandığından bilgi ve belgenin idari usuller ile “saklanması” mümkün olmayacaktır.

İYUK’nun 20. maddesinde, “istenilen bilgi ve belgenin Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaati ile birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Başbakan veya ilgili bakan gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir. Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez” ifadesi yer almaktadır. Yargılama Kanununda yer alan istisna, tarafların savunma hakkına yönelik düzenleme getirmektedir¹²⁶. Bu bağlamda da, mahkeme sunulmayan bilgi ve belgeler üzerine kararın gerekçelendirilemeyeceği anlatılmaktadır.

4982 sayılı Kanun ise, yargılama hukuku dışında bilgilenme hakkının kullanımına yöneliktir. Kanunda, İYUK’nda belirtilen istisnalara da yer verilmiş olmasına karşın, idarelerin gerekçe göstererek istenilen bilgi ve belgeyi vermemesine olanak tanınmamıştır. 4982 sayılı Kanun kapsamında yapılan başvuruların, daha sonra İdari Yargı önüne gitmesi durumunda, yargılamanın mevcut hükümler çerçevesinde 2577 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılacağına kuşku

¹²⁶ D.5.D., 06.06.1991, E. 1990/4297, K. 1991/1099, DD. S. 84-85, s. 343.

bulunmamaktadır. Fakat, yargılama belge veya belgenin 4982 sayılı Kanunda yer alan istisnalar kapsamında olup olmadığına ilişkin yapılmaktadır. Yargılama aşamasında, iddia ve sav ve buna ilişkin delillerin sunulması bulunmamaktadır. 2577 sayılı Kanun, dava konusu edilen işlemin dayanağı olan delillerin yargılama dışı kalmasını öngörmüştür.

4982 sayılı Kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıkta ise, gizli belge ve belge yargılamanın delili konumunda değil, bizzatihi kendisidir. Bu gerekçe ile, 4982 sayılı Kanun kapsamında yapılan başvurunun Kanunun 16, 17 ve 18. maddesine dayanılarak reddi halinde 2577 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmaması gerekmektedir. Yorumun sadece 16. 17 ve 18. madde ile sınırlı tutulmasının, anılan düzenlemelerin Devletin yüksek menfaatleri ile ilgili olmasına dayanmaktadır. Kanımızca, 4982 sayılı Kanunda yer alan diğer istisnalarda 2577 sayılı Kanunun 20. maddesinde yer alan bilgi ve vermeden kaçınma imkanı bulunmamaktadır. Sonuç olarak, istenilen bilgi ve belge mahkemenin önüne gelmesi ve bunların içeriğine göre karar verilmesi gerekmektedir.

Mevcut düzenlenme, idari usul süreci ile birlikte değerlendirildiğinde önemli sakıncalar doğuracaktır. 4982 sayılı Kanun yargılamanın seri, hızlı sonuçlandırılmasına yönelik herhangi bir düzenleme getirmemiştir. 4982 sayılı Kanuna dayalı olarak yapılacak yargılama da 2577 sayılı Kanun hükümlerine dayanacaktır. Bu durumda, bilgi edinme başvurusunun kabulü ve reddi uzun bir zaman alacak, çoğu zaman hakkın kullanımına engel olacaktır. Özellikle, idari usul aşamasında bilgi, usul sürecinde ilgilinin “*katılım hakkını etkinleştirmeye*” yöneliktir. Bilgi edinme isteminin reddi ve konunun yargı önüne gelmesi, idari usul sürecinde bekletici mesele yapılamayacaktır. Kanımızca, bu durumda katılıandan ziyade, işlem hakkında tesis edilenin “*savunma hakkı*” önemli ölçüde zedeleneyecektir. Eksik usuli hakla tesis edilen işlemin yargı önüne gitmesi ile de, idare 2577 sayılı Kanun hükümlerinde yer alan istisnaları hükmü ile konu ile sınırlı olarak savunma hakkından bir nevi feragat edecektir.

Öte yandan, 4982 sayılı Kanun ilgililerin istemlerinin cevaplandırılması için belirli bir süre öngörmüştür. Buna göre, başkaca bir işleme gerek olmadığı durumlarda bilginin en geç 15 gün içinde sunulması gerekmektedir¹²⁷. Başvuru ile ilgili olarak başka kuruluşun görüşünün alınmasının gerektiği veya bilginin birden fazla kurumun uhdesinde olduğu durumlarda, idarenin en geç 30 gün içinde bilgiyi vermesi gerekmektedir.

Bilgi edinme hakkına yönelik önemli bir başka noktada, bilgi edinme masraflarının hakkın kullanımını engellemesidir. “İlgilinin bilgi edinmesine yönelik gerçek masrafların” istenilmesi, bunun yatırılmaması halinde de isteminden vazgeçmiş sayılması düzenlenmiştir. Kanımızca, 4982 sayılı Kanununun masraflara yönelik hükmü yerindedir. Nitekim, hakkın kullanılmasının önemli engellerinden bir tanesi bilgi edinme masraflarının yükseltilmesi ve böylelikle de hakkın kullanımının mümkün olmamasıdır. Bilgi edinmede, bilginin temini için gerçek, fotokopi, başka idarelere yazışma gibi masraflar istenebilir, ama bilginin saklanması için yapılan masrafın harç olarak ilgiliden alınmasının mümkün olmaması gerekmektedir¹²⁸. ABD’nde bilgi edinme başvurularında yüksek olarak istenen bilgi edinme masrafları sıklıkla yargı önüne götürülmektedir¹²⁹.

Sonuç olarak, bilgi edinme ve idari usul süreci Hukuk Devletinin temel unsurlarıdır. Bilgi edinme hakkı, temel hakların kesiti ile garanti altına alınmıştır¹³⁰. İdari usul süreci ile amaçlanan katılımın doğru olarak gerçekleşmesi kamunun elinde olan bilginin paylaşımı ile mümkün olmaktadır. Bilgilenen ilgili, işlemi tesis eden idareye olan inancı artacak, toplumsal dengenin sağlanması temin edilecek, idare

¹²⁷ ABD’nde, idarenin her yıl yaklaşık 600 bin bilgi edinme başvuru ile karşı karşıya kaldığı ve yetersiz maddi kaynak nedeniyle sistemin yavaş işlediği belirtilmektedir (Çevrimiçi) [https://www.spi.org/foia_history.asp.\(10.10.2002\)](https://www.spi.org/foia_history.asp.(10.10.2002)). Bu durumda, ülkemizde uygulamada bilgi edinme başvurusunun ayrılan kaynak ile karşılaştırılarak değerlendirilmesi ve Kanunda belirtilen sürenin işleyip işlemediği ortaya çıkacaktır.

¹²⁸ Russel B. Stevenson, “Fees Under The Freedom Of Information Act”, **Administrative Conference Of The United States, Recommendations And Reports**, y.y., 1981, p. 106.

¹²⁹ Cate, Fields, McBain, “The Right To Privacy And The Public’s Right To Know”, p. 69.

¹³⁰ Nicole Rowe, Christian Winterhoff, “Participant’s Rights And Duties In German Administrative Law”, **European Review Of Public Law**, Volume 13, No 3, Autumn 2001, p. 1127.

tarafından yapılan tahminlerin neler olduğunu öğrenerek takdir yetkisinin kullanımını denetleyecektir.

3.5. İDARİ USUL SÜRECİ SONUNDA KARAR AŞAMASI, İDARİ İŞLEMİN TAMAMLANMASI

Bu noktada, idari işlem belirli bir usul süreci sonunda karar aşamasına gelmiş bulunmaktadır. İdarenin iradesinin uygulanabilir olması için, hukuk düzeninde gerekli prosedürün son aşamasına gelmiş olması zorunluluğu bulunmaktadır¹³¹. “İdari işlemin şekil unsuru, işlemin dış dünyaya yansımından önce işlemi yapacak olan makamın iradesinin oluşması sırasındaki muameleleri ve işlemin dış dünyadaki görünümünü kapsar şekilde kullanılmakta”¹³², ilgisine ulaştırılacak işlemde olması gerekenleri anlatmaktadır. İdarenin iradesi olarak karşımıza çıkacak işlemde, iradenin dışa ve esasa yönelik taşınması gereken bir takım unsurlar bulunmaktadır. Bunlar, kararın şekline yönelik, “yazılı” olma, “imza”, “tarih”, “muhatapın” belli edilmesi ve “itiraz” ile “yargı” mercilerinin belirtilmesi; aynı zamanda işlemin esasına yönelik “gerekçe”nin bulunmasıdır. Sayılanlar arasında, imza, muhatapın olmaması, yazıllık ve gerekçe, itiraz, yargı mercii ve süreye ilişkin esaslar gibi temel unsurlarının yanı sıra, bulunması gereken fakat unutulmuş veya konulmayan diğer unsurlar işlemi hukuka aykırı hale getirmemektedir.

3.5.1. YAZILILIK

İdari usul sürecinde açıklanan “yazılık” ile idari işlemin yazılı olması arasında bağlantı bulunmaktadır. İdari usul sürecinde yazıllık ispat vasıtası olmakta, şeffaflığı temin etmekte, işlemin yazılı olması ise aynı gerekçelerin yanında işlemin yürürlüğe girmesinin aracı olmakta, ilgililerin belirsizlikten kurtulmasına yardım etmektedir. Tüm bu unsurlar, aslında Hukuk Devletinin birer gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹³¹ D.3.D., 17.10.1991, E. 1989/4241, K. 1991/2649, DD. S. 84-85, s. 139.

¹³² Sezginer, “Usul Kanunlarında İdari İşlemin Dış Görünüşü”, s. 201.

Özel hukuk işlemlerinde, kişisel menfaat ve ilişkiler söz konusu olduğu için, bu ilişkilerin kamusal boyut kazanmadığı durumlar hariç “*şekil serbestisi*” bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle, ilgililer işlemin yazılılığı konusunda takdir yetkisine sahip bulunmaktadırlar. Kamu hukukunun geçerli olduğu işlemlerde, idari makamların kullanacakları yetkiler gözetilerek sıkı şekil şartlarına bağlanarak yazılı olarak yapılması öngörülmüştür¹³³. Genel kural bu olmakla birlikte, ayrıca ilgili yasal düzenlemelerde işlemlerin yazılı olarak yapılması da öngörülebilir. Bunun dışında, biraz sonra anlatılacak istisnalar haricinde, işlemlerin yazılı olarak yapılması ispat ve kişinin hukukunu korumak açısından gereklidir.

Anayasanın 125/3. maddesi ve İYUK’nun 7. maddesinde “idari dava açma süresinin **yazılı bildirim**” ile başlayacağı hüküm altına alınmıştır. Aynı zamanda, genel düzenleyici ve özellikle uygulama işlemlerinin yazılı olarak bildirimi kararların yürürlüğü için zorunludur¹³⁴. İşlemin, en azından tebliğ aşamasında yazılı olması gerektiği sonucu çıkmaktadır¹³⁵.

Bunun yanı sıra, Anayasanın 137. maddesinde astın, üst makama emrin hukuka aykırılığını belirten başvurunun, işlemin uygulanması ve sorumlu olanın belirlenmesi için yazılı olarak cevaplandırılmalıdır. Bu madde de, işlemde hangi makamın sorumluluğu olduğunu hiyerarşi ilişkisi içinde belirlemek için getirilmiştir.

İşlemler, ilgili yasal düzenlemeler izin verdiği takdirde yazılı yapılmadan da hukuki sonuç doğurabilir. Örneğin, idarenin sonucunda idari işlemi niteliklerine sahip işlem tesisinin gerektiren talep karşısında hareketsiz, eylemsiz kalması da “*talebin kabul edilmediği*” işlem olarak kabul edilmektedir¹³⁶. Bunun yanında, aynı nitelikte talebin zımni kabul olarak düzenlendiği durumlar da mevcuttur. İdarenin, cevap vermesi gerekli ise de ilgililerin taleplerinin cevapsız bırakılmasının önlenmesi amacıyla konunun gereklerine göre zımni kabul veya red işlemleri geliştirilmiştir.

¹³³ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. I, s. 307.

¹³⁴ Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, s. 410.

¹³⁵ Sezginer, “Usul Kanunlarında İdari İşlemin Dış Görünüşü”, s. 204.

¹³⁶ Bu konuda açıklama birinci bölümde yapıldığında konu ayrıntıya girilmeden sadece yazılı ile sınırlı olarak incelenmektedir.

İdarenin acele durumlar karşısında “sözlü” olarak işlem tesis ettiği görülmüştür. 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun 9. maddesinde “vali ve kaymakamın arama ve elkoymaya ilişkin emri yazıyla verilir. **İvedi durumlarda sözlü olarak verilen emir en kısa zamanda yazı ile doğrulanır**” hükmünü içermektedir. Bu halde, idari makam, sözlü olarak “işlem” tesis etmekte, şekil şartı işlemin sonuçlarından sonra tamamlanmaktadır.

3.5.2. İŞLEMİ TESİS EDEN MAKAMIN ADI VE İMZASI

İmza işlemin “şekil unsuru”ndan ziyade, “yetki unsuru” içinde mütalaa edilmesi gereken bir kavramdır. Çünkü, işlemi imzalaması gereken makam, imzalamak yönündeki iradesini açıklamış olsa bile, bu durum imzalanmamış karara hukuki varlık kazandırmaz¹³⁷. İşlemin “*ehil irade*” tarafından kullanılması yetki unsuru içinde mütalaa edilmektedir. İşlemde, ehil iradenin ortaya çıkması da, işlemi tesis eden makamın adının açıkça yer alması, imzanın kural olarak el ile atılması¹³⁸ zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır¹³⁹. İmza, işlemi asıl olarak tesis etmeye yetkili makam tarafından açılabilceği gibi, yetki ve vekalet söz konusu olduğunda bu hukuksal durum belirtilerek yetkiyi devralan veya vekilin de imza atması mümkündür.

İmza, ispat vasıtası olduğu gibi, işlemin yetkilisince tesis edildiğini gösterdiğinden garanti işlevi de görmektedir¹⁴⁰. İmzanın yetkili makamı yanında, işleme karşı açılacak davada yetkili mahkemeyi ve husumetin kime yöneltilmesi gerektiğini de belirlemektedir. Bu nedenle, imza garanti ve ispat vasıtası olmasının yanında “usul” hükümlerine de doğrudan etki etmektedir.

¹³⁷ Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s. 197. Aksi görüş için bkz. Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, s. 714.

¹³⁸ Kanımızca, imzanın gerçekten yetkili kişilerce atıldığının tespit edilmesi için zorunlu bir yol olmakta, sorumluluk söz konusu olduğunda imza inkarından kaçınılması için yapılması gerekmektedir.

¹³⁹ Yalnızca, ilgiliye tebliğ edilen metinde imzanın bulunması gerekmebilir. Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, s. 712. Bu durumda, işlemin sıhhati açısından tebliğ yazısının onaylı suret olduğunu belirten mührün veya başka ibarenin olması gerekmektedir.

¹⁴⁰ Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s. 197.

Kurul kararlarında, imzanın aynı anda, kurulun görüşmesinin bitmesi ile imzaların tamamının atılması ile işlem tesis edilmiş olmaktadır. İmzanın bir tanesinin eksik olması ve imzaların elden dolaştırılarak toplanması işlemin hukuka aykırı olmasına neden olacaktır. Ayrıca, işlemin “onaya” sunulduğu durumlarda, onaya sunulan işlemin metnini onaylayan makamın imzasının bulunması yeterlidir. Vesayet yetkisinin kullanıldığı durumlarda, vesayet makamının ayrı bir işlem ile vesayete tabi tutulan işlemi denetlemesi, imzalaması doğru olacaktır.

Zincirleme işlemlerde, ayrı olarak işlem tesisi mümkün olduğu gibi, Anayasanın 105. maddesinde belirtilen “karşı imza”¹⁴¹ gerektirenlerde, işlemin tekemmül etmesi her makamın imza atmasını gerektirir. Bu kurala riayet edilmemesi işlemi hukuka aykırı hale getirecektir.

Seri bir şekilde yapılan, otomasyona bağlı işlemlerde imzanın aranmadığı görülmekte, bunun yerine işlemin hangi makamdan sadır olduğunu gösterir simge, kısaltma veya numaraların verilmesi hukuka uygun kabul edilmektedir. İşlemin tesisinde hızın etkin olduğu ve yetki konusunda herhangi bir tartışmanın yaşanmayacağı seri işlemlerde imzayı aramak, “ilgilisi lehine güvenceyi arttırmamakta, aşırı şekilcilik”¹⁴² olarak değerlendirilmektedir.

3.5.3. TARİH

İşlemin tesis edildiği tarihin işlem metninde bulunması zorunlu değildir. “Tarihten, imzanın atıldığı, işlemin tamamlandığı zaman” ifade edilmektedir. İmza anı, işlemin yöntem koşulunu oluşturmaktadır¹⁴³. Bu nedenle, işlemde tarihin bulunmaması esasa etkili olmayan şekil bozukluğudur. Keza, ilgilinin dava açma süresi yönünden veya işlemin uygulanabilirliği açısından işlemin tebliği önem

¹⁴¹ Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, s. 715.

¹⁴² Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s. 198.

¹⁴³ Akıllıoğlu, “Yönetmelik İşlemlerinde Yürürlüğe Giriş Sorunu”, s. 33 – 34.

kazanmaktadır. İşlemin yapılış tarihi içe dönük etki doğurmakta, tebliğ tarihi ise içe dönük etkinin işlemin muhataplarına da etki etmesini sağlamaktadır.

Diğer taraftan, yazılı metinde imza tarihi olmasa da idarenin kayıtlarında işlemin tesis edildiği tarih bulunmaktadır. İmza tarihinin önemli sonuçları vardır. İşlemin hukuka uygunluğunun denetimi tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan yasal düzenlemelere göre yapılacaktır. Bundan başka, işlemin tesisi anında yetkili makamların belirlenmesi, yetki devri veya vekalette kimlerin o tarihte yetkili olduklarının tespiti önem taşımaktadır. Kimi durumlarda, yasal düzenlemeler işlemin belli zaman dilimi içinde tesis edilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu durumda, işlemin tesis edildiği tarih aynı zamanda idarenin yetkisinin devam ettiği zaman dilimini de belirleyecektir. Bunun ötesinde, belli zamanda toplanacak idari makamların, toplanma ve karar anı önem kazanmaktadır. Keza, toplanma tarihleri dışında tesis edilen işlemler hukuka aykırı kabul edilmektedir¹⁴⁴.

3.5.4. İŞLEMİN MUHATABININ ADININ YER ALMASI

İşlemin kim için tesis edildiğinin belirtilmesi “işlemde açıklık”¹⁴⁵ ilkesinin sonucudur. Uygulama işlemlerinde işlemin muhatabının işlemde haberdar olması, isminin işlem metni üzerinde zikredilmesi ile mümkün olmaktadır. Bununla beraber, işlem metninden muhatabın kim olduğu çıkabiliyorsa, bu takdirde işlemin hukuka aykırı olduğu ileri sürülemez. Yüksek Mahkeme, işlemde muhatabın isminin yer almadığı durumlarda, işlemin uygulanamayacağına karar vermiştir¹⁴⁶.

Düzenleyici işlemler yönünden “yayın”, uygulama işlemleri bakımından da “tebliğ” önemli rol oynamaktadır¹⁴⁷. Tebliğin gerçekleşebilmesi için de işlemin kime karşı yapıldığının büyük önemi bulunmaktadır. Bu nedenle, işlemin muhatabının isminin işlemde yer alması veya kesinlikle anlaşılabilecek şekilde bulunması

¹⁴⁴ Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, s. 716.

¹⁴⁵ Akıllıoğlu, *Yönetim Önünde Savunma Hakları*, s. 102.

¹⁴⁶ D.12.D., 05.10.1971, E. 1971/380, K. 1971/2129, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 5, S. 1, Ankara, Mart 1972, s. 158-159.

¹⁴⁷ Sezginer, “Usul Kanunlarında İdari İşlemin Dış Görünüşü”, s. 215.

zorunluluktur. Aksi taktirde, işlemin konu unsurunda ilk bakışta usuli bir eksiklik meydana gelecektir.

3.5.5. KARARA KARŞI BAŞVURU YOLLARI, SÜRESİ

1982 Anayasasının “temel hak ve hürriyetlerin korunması” başlıklı 39. maddesinde 2001 tarihinde yapılan değişiklik ile “*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda*” olduğu hüküm altına alınmıştır. (77) 31 sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin kararında “bireyin haklarını, özgürlüklerini veya çıkarlarını ihlal edici nitelikte bir idari işlem ilgiliye yazılı olarak tebliğ edilmiş ise, bu takdirde de tebliğin metninde, ilgilinin başvurabileceği normal itiraz yolları ve süresi de belirtileceği” ifade edilmiştir. Aynı zamanda, “Avrupa İyi İdare Düzenlemesinin” 19. maddesinde, “kişilerin hukukunu etkileyen işlemlerde, yargısal başvuru yollarının, hangi merciler önünde itiraz yapılabileceği, bunlara ilişkin sürelerin gösterilmesinin gerektiği” hüküm altına alınmıştır.

İdare işlemlerinde sadece gerekçenin yer alması istenen teminatı sağlamaz. Bunun yanında, tesis edilmiş işlemde, işleme karşı başvuru yolları ve sürelerinin gösterilmesi, kendisine tanınan yasal hakları bilme konusunda yeterli bilgiye sahip olmayanların korunması anlamında “Hukuk Devletin” önemli araçlarından bir tanesidir¹⁴⁸. Böylelikle, dava açma süresi gibi hak kaybına neden olacak konularda bilgilenen ilgilinin konuya ilişkin haklarını yerinde ve zamanında kullanmasına olanak tanınacaktır.

Anayasa değişikliğinde, “*Devlet*” işlemlerinde ifadesi geçmektedir. Bu ifadeden, Devlet Tüzel kişiliği kast ediliyor ise, bu taktirde bunun dışında kalan, idari işlem tesis eden kamu kurum ve kuruluşun ilkeyi uygulaması gerekmeyecektir. Kanımızca, Kanun Koyucu Devlet kelimesi ile idari işlem tesis etmeye yetkili makamları ifade etmek istemiştir. Kuralın getiriliş amacı gözetildiğinde, tüm kamu

¹⁴⁸ Azrak, *Umumi İdari Usulün Teorik Esasları*, s. 224.

kurum ve kuruluşları, yargı ve yasamayı da kapsayacak şekilde idari işlevine yönelik işlemlerin içinde yargı, itiraz yolları ve bunlara ilişkin sürelerin gösterilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

Düzenlemeye uyulmaması halinde herhangi bir yaptırım öngörölmüş değildir. Yani, işlem metninde anılan hususların bulunmaması işlemin iptalini gerektirmeyecektir. Meğerki, yasal düzenlemede işlemde bu konuların bulunması zorunlu olsun. Bu takdirde, işlemin bizatihi bildirimi yasal olmaktan çıkmaktadır. Sonuç itibariyle, ilgilinin haklarını korumaya yönelik “hatırlatma”, zaten kanunlarda yer alan ifadelerin işlemde yer alması anlamına gelmektedir. “İYUK’nda yer alan 7, 10 ve 11. maddeler bulunduğu sürece ilkenin müeyyideye bağlanması mümkün olmayacaktır”¹⁴⁹.

Anayasanın işlemler arasında herhangi bir ayırım gözetmeden hepsine yönelik hüküm getirmesi yanlıştır. Nitekim, genel düzenleyici işlemler için dava veya itiraz yollarının gösterilmesi gereksizdir. Yukarıda anılan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin kararında da ilgilinin hukukunu etkileyen, menfaatini zedeleyen işlemlerde ilkenin geçerli olması istenmiştir. Bu bağlamda, ilkenin, Konsey kararı gözetilerek, özellikle olumsuz etkiler doğuran, hürriyetleri kısıtlayan birel işlemlerde uygulanması gerekir. Aslında, ilgili hakkında olumlu sonuçlar doğuran işlemler hakkında ilkenin uygulanmaması gerektiği belirtilmekte ise de¹⁵⁰, işlemin olumlu sonuç doğurup doğurmadığı veya talebin, beklentinin ne kadarını karşıladığı subjektif bir konudur. Bu nedenle, birel işlemlerde ayırım gözetmeden ilkenin uygulanmasının yerinde olacağı kanaatini taşımaktayız.

İşlemde yer alan bilgiler yanıltıcı nitelikte olup, ilgilinin hakkının kaybolmasına neden olmuşsa, örneğin dava açma süresi olandan fazla gösterilmiş ve süre işleme güvenilirle geçmiş ise veya itiraz mercii yanlış gösterilerek dava açma süresinin kesilmesi gerçekleşmemiş ise, bu takdirde işlem metninde yer alan “kanuna aykırı” bilginin ilgilinin hukukunu korumak amacıyla doğru olarak kabul edilmesi

¹⁴⁹ Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, s. 719.

¹⁵⁰ a.e., s. 718.

gerekir. Hakkın kullanımında işlem metninde yer alan bilgiler çerçevesinde yapılıp yapılmadığının araştırılması zorunlu hale gelecektir¹⁵¹.

Yüksek Mahkeme, “*idarenin sebep olduğu gecikme nedeniyle dava açma hakkından yararlanmayan mükellefin ek dava açma süresinden yararlanacağını*” belirtmiştir¹⁵².

3.5.6. GEREKÇENİN İŞLEM METNİNDE YER ALMASI

Çalışmamızda bu aşamaya kadar idari usul sürecinde toplanan bilgi ve belgelerin “değerlendirilerek” nihai sonuca varılması noktasına gelinmiştir. İşlemin, esasına yönelik olarak iradenin ortaya konması işlemde “gerekçe” bölümünü oluşturmaktadır. İdare, işlem veya eylemini gerçekleştirirken hukuki sonucu maddi veriler ile desteklemek zorundadır¹⁵³. Özel Hukukta, kural olarak kişilerin davranışlarının dayandığı saik ve sebep aranmaz. Fakat, Kamu Hukuku daha önce ifade edildiği üzere düzene ve önceden belirlenmiş yetkilere dayandığı için **idarenin bir sebebe dayalı olarak** hareket etmesi aranır. Bu nedenle, işlemin sebebi işlemden önce ortaya çıkmış maddi veya hukuki öğelerdir. Halbuki, gerekçe sebeplerin değerlendirilmesi sonucu ortaya çıkan iradenin ortaya konuş şeklidir.

Gerekçe ve sebep farklı işlevlere sahip bulunmaktadır. İşlemin sebepsiz olarak yapılması mümkün değilken, gerekçesiz yapılması mümkündür. Öte yandan, gerekçe işlem metninde yer alan nedenleri olduğu gibi kapsamak zorunda değildir¹⁵⁴. Bu bağlamda, gerekçe işlemin “şekil unsuruna” yönelik olmakta, sebep ise, bu noktada ayrılarak işlemin “esasına yönelik” bulunmaktadır. Gerekçe, işlemin şekil unsurunu ilgilendirdiği için idari usul sürecinin amaçlarından biri olmaktadır.

¹⁵¹ Azrak, *Umumi İdari Usulün Teorik Esasları*, s. 224. Yazar, Avusturya Umumi İdari Usul Kanunda yer alan hükümlerden örnek vermektedir.

¹⁵² D.3.D., 29.11.2000, E. 1999/5235, K. 2000/3935. *Kazancı Mevzuat Bilgi Bankası*, s. 1/3 – 8-3-2002.

¹⁵³ Pierce, Shapiro, Verkuil, *Administrative Law And Process*, p. 380.

¹⁵⁴ Tekin Akıllıoğlu, “Yönetmelik İşlemlerde Gerekçe İlkesi”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 15, S. 2, Ankara, Haziran 1982, s. 7.

Özellikle takdir yetkisini içeren işlemlerde gerekçe, idareyi, bulduğu maddi veriler ile seçtiği hukuksal sonuç arasında mantıksal bir bağ kurmaya itmektedir¹⁵⁵.

Gerekçe, işlemin muhatabının veya ilgililerinin bilgilendirilmesini amaçladığı için yalın bir dile sahip olarak herkesin anlayabileceği şekilde olmalıdır. Bunun yanı sıra, muhakemede yapılan araştırma ve soruşturmaların sonuçlarını, delillerin değerlendirilmesinde rol oynayan tartışmaların ve sonuç olarak hukuki meselenin çözümüne esas teşkil edecek sonucun bulunması gerekir¹⁵⁶. Açık, bilgilendirici gerekçenin önemli faydaları bulunmaktadır. Öncelikle, idari işlem üzerinde “yargısal denetim” genişlemektedir¹⁵⁷. Gerekçeli bir karar üzerinde yargısal araçların kullanılması kolay olmaktadır. Örneğin, yürütmenin durdurulması kararı davanın açılması üzerine mahkeme heyetinin yapacağı ilk oturumda esastan görüşebilir. İdare, işlemin temelinde yatan sebepleri ve hukuki dayanağı açıkladığından idarenin savunmasına ihtiyaç duyulmadan yürütmenin durdurulması kararı verilebilir¹⁵⁸.

Gerekçe aynı zamanda, işlemin yargı denetimine ihtiyaç olup olmadığını da gösterecektir. Gerekçesi tam olarak belirtilmiş bir kararın hukuka uygunluğuna olan inanç veya doğru ifade ile inceleme kabiliyeti artacak, çoğu durumda işlem dava açılmayarak yargı önüne götürülmeyecektir. Bu bağlamda gerekçe, “dava hakkının önkoşulu, dolayısıyla hakkın zorunlu ögesi olarak düşünülmektedir.”¹⁵⁹ Gerekçenin tam olarak belirtilmesi, idarenin “görev” tanımını da değiştirmektedir. İdare, daha fazla araştırma, inceleme yapacak ve hukuki mesnedin sağlam olması için gayret sarf edecektir.

¹⁵⁵ Schwartz, *Administrative Law*, p. 428.

¹⁵⁶ Azrak, *Umumi İdari Usulün Teorik Esasları*, s. 217.

¹⁵⁷ Wade, Forsyth, *Administrative Law*, p. 542.

¹⁵⁸ Uygulamada, idarenin savunmasının alınmasından sonra yürütmenin durdurulması kararı verilmektedir. Bu usuli prosedür yürütmenin durdurulması kararını en az (3) ay ileri atmaktadır. Öte yandan, İYUK’nda yer almayan ve yargının zorlama ile bulduğu formül “*savunma alınuncaya kadar*” yürütmenin durdurulması kararı verilmesine de gerek kalmayacağı kanaatini taşımaktayız.

¹⁵⁹ İbrahim Ö. Kaboğlu, “Avrupa Topluluğu ve İdari Yargı Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Jürisprüdansı ve İdari Kararların Gerekçeli Olma Zorunluğu”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, Birinci Kitap, İdari Yargı, Ankara, 1-4 Mayıs 1990, s. 310.

Avrupa İyi İdare Düzenlemesinin 18. maddesinde, “kişilerin haklarını olumsuz etkileyen işlemlerde ilgili maddi verilerin ve hukuki nedenlerin açıklanması” zorunlu kılınmıştır. Aynı düzenlemede, kamu görevlisinin gerekçesi muğlak olmadan ve kişisel bilgilere dayandırmadan hazırlayacağı; çok sayıda aynı nitelikli işlem nedeniyle gerekçenin standart olarak hazırlanabileceği fakat, isteyenlere bireysel olarak gerekçenin verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (77) 31 sayılı kararında, bireylerin hak ve hürriyetlerini etkileyen işlemler hakkında idarenin işlemin nedenleri ve gerekçesi hakkında bilgi verme idarenin takdirine bırakılmıştır¹⁶⁰.

Tasarının 20. maddesinde “işlemlerin gerekçeli olması öngörülmüş”tür. Gerekçenin yeterince açık olmaması veya zımni red kararlarında ilgilinin istemi üzerine dava açma süresini durdurucu nitelikte bir başvuru öngörülmüş ve idareye yedi gün içinde açıklama yapma yükümlülüğü getirilmiştir. Ayrıca, takdir yetkisi ile tesis edilen işlemlerde idarenin takdirini hangi saik ile kullandığını açıklaması istenmiştir. Fakat, bunlara uyulmaması halinde herhangi bir yaptırım öngörülmüş değildir.

Hukukumuzda işlemlerin gerekçeli olması gerektiğine ilişkin “genel” bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla beraber, özel kanunlarda işlemlerin gerekçeli yapılmasını öngören yasal düzenlemeler mevcuttur. Bu düzenlemelere dayalı olarak tesis edilen işlemlerin “gerekçesinin bulunması” gerekmektedir. Fakat, bunun dışında kalanlar için böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Yüksek Mahkeme, gerekçenin işlem metninde yer alması gerektiğini veya hiç değilse yargı organı önünde açıklanmasını aramaktadır¹⁶¹. Nitekim, mevcut hukuk düzeninde idarenin işlemin dayanaklarını ve gerekçesini ispat etme mükellefiyeti yargı önünde tanınmıştır¹⁶². İdare işlemin gerekçesini yargı önünde açıklamadığı ve hukuka

¹⁶⁰ Tekin Akıllıoğlu, “Bireyin Yönetmel İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 14, S. 3, Ankara, 1981, s. 51.

¹⁶¹ D.12.D., 30.06.1970, E. 1969/3963, K. 1970/1457, DD. S. 2, s. 311

¹⁶² Duran, gerekçe ilkesini yargı önünde yapılacak usuli muamelelere hasretmektedir. Lütfi Duran, *İdare Hukuku Meseleleri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1964, s. 54.

uygunluğunu ispatlamadığı sürece işlem somut bilgi ve belgeye dayanmadığı gerekçesiyle iptal edilecektir. Yüksek Mahkeme, “siciller gizli oyla düzenlenmiş olsa bile, sicilleri düzenleyen heyetin bu işlemlerinin bazı dayanakları ve gerekçeleri olması lazım geleceğini” ifade ederek, gerekçeli işleme ilişkin önemli bir karar vermiştir¹⁶³.

Öte yandan, kanunla gerekçe gösterilmesi gereken işlemlerde gerekçenin bulunmaması işlemi hukuka aykırı hale getirip getirmeyeceği tartışılmaktadır. Basın Kartı Yönetmeliğinin 46. maddesinde basın kartı talebini reddeden işlemlerinin gerekçeli olması öngörülmüş, gerekçesiz red edilen işlemin hukuka uygunluğunun denetimi yargı önüne gelmiştir. Danıştay Dava Daireleri temyiz incelemesi sonucu verdiği kararda¹⁶⁴:

“...sebeup unsuru, idari işlemin dışında, idari işlemin yapılmasını gerektiren hukuki işlem veya olay olarak tanımlanmaktadır. Sebep, idareyi işlem yapmaya yönelten tüm etkenler olup, sebep, işlemin bir tür gerekçesidir. Yasalarda açıkça belirtilmemiş olsa dahi, idari işlemin dayanağı olan sebebin, idare tarafından idari dava açılması durumunda, idari yargı merci önünde bildirilmesi gerekmektedir. 521 sayılı eski Danıştay Kanununun 30. maddesinin gerekçesinde belirtildiği gibi 'idari işlemde sebep gösterilmesini kanun emretmese bile hakim kontrolünü yapabilmesi için idare hakim talebi üzerine dayanmış olduğu sebepleri bildirmekle mükellef olmalıdır' denilmiştir. Esasen 2577 sayılı Yasanın 29. maddesinin verdiği yetkiye dayanarak mahkemelerin bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeyi kendiliklerinden yapabilecekleri gibi her türlü bilgi ve belge ile idari işlemin sebebini idareden isteyebileceği açıktır. Dolayısıyla 2577 sayılı Yasanın 20. maddesinin hakime tanıdığı re'sen araştırma yetkisinin aynı zamanda davacılara da güvence sağlayacağı kuşkusuzdur. /... Basın kartı komisyonu kararları gerekçeli olmalıdır. Burada açıklanması gereken ise, kararda gerekçeye yer verilmemiş olmasının kararın şekil şartını oluşturmakta olduğudur. Ancak, burada öngörülen şekil kuralı işlemin varoluş şartına ilişkin olmayıp sonucu etkilemeyen, ilgililerin durumunu değiştirmeyen bir özelliğe sahip bulunduğundan, bu kurala uyulmamış olması dava konusu işlemin bir özelliğe sahip bulunduğundan, bu kurala uyulmamış olması dava konusu işlemin esasının incelenmesini engellemeyecek ve yalnızca bu yönden iptalini gerektirmeyecektir. Bu durumda dava konusu işlemin dayandığı sebep, davalı idarece anılan Yönetmeliğin 22. maddesi olarak belirtildiğinden dava konusu işlemin, sebep unsuru yönünden hukuka uygunluk denetimi yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken işlemin gerekçeye yer verilmemiş olmasından bahisle iptal edilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı” belirtilmiştir.

¹⁶³ D.D.D.G.K., 16.02.1973, E. 1971/554, K. 1973/115. Bereket, **Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay**, s. 103.

¹⁶⁴ D.İ.D.D.G.K., 17.10.1997, E. 1995/769, K. 1997/525, DD. S. 95, s. 87.

Yüksek Mahkeme kararında, sebep ve gerekçe unsurlarını birbirlerine karıştırmıştır. Kararda “gerekçe” işlemin esasından ayrılmış, sebep unsurundan bağımsız bir hale getirilmiş ve “**şekil**” şartı olarak öngörülmüştür. Bu nedenle, mahkeme gerekçeyi, işlemin beş unsurundan usul – şekil şartı içinde değerlendirmiştir. Gerekçenin şekil şartı içinde değerlendirilmesi, gerekçe ilkesinin ihlali halinde şekil işlemin sıhhatini ne kadar etkilediği hususunu ortaya çıkarır¹⁶⁵. Halbuki, kararın başlarında gerekçenin sebep unsurunun içinde veya onu kapsayan bir kavram olduğu izlenimi uyandırmaktadır.

Kanımızca, gerekçe ilkesi işlemde etkilenenlerin, ilgililerin hukukunu korumaya yönelik bir araçtır. Özellikle, yasal düzenleme ile gerekçenin bulunması zorunluluğu var ise, ilgililerin dava açma hakkı ve savunma ilkesi zedelenmiş bulunmaktadır. Bu bakımdan, gerekçe ilkesi asli şekil şartı haline gelmekte ve ona aykırılık işlemin iptalini gerektirebilmektedir¹⁶⁶. Sulama Birliği Başkanı tarafından Birlik Meclisine sunulan 1997 yılı faaliyet raporu hakkında yapılan oylama neticesinde, 57 red, 5 kabul ve 2 çekimser oy ile raporun yetersizliğine karar verilmişse de başkanın raporda belirttiği konular hakkında herhangi bir görüşme ve tartışma yapılmadan, yetersizlik kararının dayanağı belli edilmeden, raporun okunmasından hemen sonra doğrudan oylamaya geçilerek yetersizlik kararı verilmesi hukuka aykırı bulunmuştur¹⁶⁷. Somut uyuşmazlıkta, işlemin tesisinde sebep unsurunun tartışılması aynı zamanda işlemin gerekçesinin de ortaya konulması aranmaktadır. Halbuki, uyuşmazlığın çözümleneceği 1580 sayılı Belediye Kanununun 76. maddesinde raporun tartışılmasına ilişkin hüküm bulunmamasına karşın, yargı yeri ilgilinin hukukunu korumak ve işlemin sebep unsurunun somut olarak ortaya konulması amacıyla Kanunda öngörülme-yen tartışmaya yönelik usul hükümlerini uygulamıştır.

¹⁶⁵ Günday da, eserinde gerekçeyi işlemin “şekil” şartı başlığı altına incelemiştir. Günday, **İdare Hukuku**, s. 133.

¹⁶⁶ Aynı görüş için bkz. Gözler, **İdare Hukuku**, C. I, s. 722.

¹⁶⁷ D.8.D., 21.12.1998, E. 1998/4733, K. 1998/4458, DD. S. 100, s. 365.

Öte yandan, İYUK'nun 20. maddesinde “Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler” ifadesi yer almaktadır.

Yüksek Mahkeme, anılan 20. maddeye ilişkin kararlarında¹⁶⁸, “*madde hükmü uyarınca, idari yargı yerleri, uyuşmazlık konusu olayın hukuki nitelendirilmesini yapmak, olaya uygulanması gereken hukuk kuralını belirlemek ve sonuçta hukuki çözüme varmak yönlerinde tam bir yetkiye sahiptir. İdari Yargı yerleri buna ek olarak olayın maddi yönünü belirleme noktasında da her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliklerinden yapabilirler. İddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığını serbestçe araştırabilirler. Tarafların hiç değinmedikleri olayları ve maddi unsurları araştırmaya yönelebilecekleri incelemesi gibi maddi olayın gerçeğe uygunluğunun araştırılması için gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırabilecekleri*” belirtilmiştir.

Yüksek Mahkeme, 20. maddede belirtilen inceleme yetkisinin kapsamını maddi veya hukuki vakıalara(=sebeup unsuru) ilişkin belirlemiş ve ayrıca uygulanan hukuk kuralının doğru olup olmadığını tespit etme olarak açıklamıştır. Gerekçe ise, yukarıda açıklandığı üzere işlemin şekil şartına yönelik olup işlemin metninde bulunması gerekmektedir. Sorun, mahkemenin yetkisinin usuli eksiklik olarak çıkan hususun sonradan mahkeme tarafından giderilip giderilmeyeceğidir. Mahkeme, işlemin “sebeup unsuruna yönelik” açıklamaları isteyecektir. Fakat, gerekçe sebepten farklılaşarak şekil şartının içinde değerlendirildiği için, sorun gerekçenin mahkeme tarafından istenip istenmeyeceği veya bu eksikliğin mahkeme aşamasında giderilip giderilmeyeceği noktasındadır¹⁶⁹. Bir başka açıdan değerlendirildiğinde gerekçenin esasa etkili bir usuli eksiklik olup olmadığı noktasındadır.

¹⁶⁸ D.3.D., 21.10.1997, 1996/3153, K. 1997/3537, DD. S. 95, s. 233; D.V.D.D.G.K., 21.02.1997, E. 1995/209, K. 1997/124(DBB).

¹⁶⁹ Sorunun hukuk mantığı çerçevesinde irdelenmesi III. Bölüm içinde yapılacaktır.

Gerekçe ilkesi, ilgilinin haklarını doğrudan etkileyen değil fakat, “zedeleyen” bir hak olarak nitelendirilmiştir¹⁷⁰. Zedeleyeci nitelik ise, işlemin her durum karşısında iptal edilebilirliğini değil, duruma göre gerekçe ilkesinin ilgilinin haklarını ne kadar yıprattığına bakılarak işlemin sıhhati hakkında karar verilmesini gerektirmektedir. Şayet, gerekçe verme “doğal hukukun” bir ilkesi ise, gerekçenin bulunmaması doğal hukukun diğer unsurlarının bulunmadığı durumlarda işlemi nasıl hukuka aykırı hale getiriyor ise bu durumda da sakatlaması gerekmektedir. Sakat olarak doğmuş bir idari işlem nasıl daha sonra hukuka uygun hale getirilemiyor ise, sonradan açıklanan gerekçe işlemi hukuka uygun hale getirememelidir. Fakat, aşağıda açıklandığı şekliyle mahkemeler bu yorumu genişleterek idarelere işlem anındaki gerekçeyi açıklamasını isteyebilmektedirler.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise gerekçe ilkesini farklı bir yaklaşım içinde değerlendirmiştir. Avukatlık mesleğinden ihraç edilen Belçikalı bir avukatın, ihraç sebebinin mahkeme kararı ile ortadan kalkması üzerine ihraç tarihinden 10 yıl sonra Baroya yeniden kayıt olma için yaptığı başvurunun “gerekçesiz” bir şekilde reddi üzerine, Mahkeme önüne gelen konu hakkında gerekçe ilkesinin ihlalini “**adil muhakeme**” hukukunun ihlali olarak görmüştür¹⁷¹.

AIHM’nin yaklaşımı ile gerekçe sebep unsurundan sıyrılmakta ve “**savunma hakkı**” içinde değerlendirilmektedir¹⁷². Bu nedenle, gerekçe ilkesi dinlenme hakkının aşaması olarak belirlenmiştir. İlgili, dinlenilme aşamasında ileri sürdüklerinin hangi ölçüde karşılandığını gerekçe ilkesi ile öğrenecektir. Bu görüşe göre gerekçe dinlenilme hakkını tamamlayan bir öğedir¹⁷³. Bu düşünce silsilesi içinde gerekçe aynı zamanda bilgi edinme hakkının¹⁷⁴ bir parçasıdır¹⁷⁵.

¹⁷⁰ Akılhoğlu, “Yönetmeliklerde Gerekçe İlkesi”, s. 17.

¹⁷¹ H. v. Belçika, 30.11.1987, 8950/80, Doğru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, s. 910.

¹⁷² Wade, Forsyth, *Administrative Law*, p. 543.

¹⁷³ Çalışmamızda yararlanılan özellikle Amerikan Hukuku kaynaklı olanlarda gerekçe ilkesi “*adil dinlenme*” başlığı altında incelenmiştir.

¹⁷⁴ Akılhoğlu, “Yönetmeliklerde Gerekçe İlkesi”, s. 15.

¹⁷⁵ Günay eserinde 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanununun işlemlerin gerekçesini öğrenme hakkı verdiğini ileri sürmektedir. Günay, *İdare Hukuku*, s. 133. Kanımızca, bilgi edinme hakkı işlemin tesisin önce veya sonra sebep unsurunda yer alan verilerin istenmesine yöneliktir. Nitekim 4982 sayılı

Kanımızca, gerekçe her ne kadar işlemin metninde yasal zorunluluk olmadan bulunması gereken bir unsur ise, konu yargıya intikal ettiğinde idare cevap lahiyasında işlemin sebebi ile birlikte işlemin gerekçesini de açıklamak zorundadır¹⁷⁶. İşlemin muhatabının hukukunu ve dava açmaya yönelik haklarını korumaya yönelik bulunan gerekçe, mahkeme aşamasına gelmiş ve hukuka uygunluk incelemesi aşamasında ileri safhalara geçmiş bulunan işlemin sadece gerekçesinin bulunmaması nedeniyle iptali doğru olmayacaktır¹⁷⁷. Çünkü, gerekçeli işlemde idarenin herhangi bir incelemesine gerek olmasızın hukuk aleminde aynı sonucu doğuracaktır.

Gerekçesi olmayan ve dava açılmayan işlemler için ise farklı bir prosedürün olması gerekmektedir. Keza, az önceki örnekte ilgilinin hukukunu yargıya gitmesi ve bir mesafe alması, onu tekrar aynı noktaya getirmemek için korunmuştur. Gerekçesi olmayıp, yargı önüne götürülmeyen işlemler “*yok hükmünde*” sayılamayacaklarından dava açma süresi diğer işlemler gibidir. Bu bağlamda, kanuni düzenleme olmadıkça bunlara da süresi içinde dava ikame edilmelidir.

Diğer taraftan, ilgilinin gerekçe isteme hakkı olmalı ve idareye gerekçe isteme için yapılan başvurunun dava açma süresini durdurması gerekmektedir. İdarenin bu süre içinde belirlenen kriterler dahilinde belli bir süre içinde gerekçe vermesi zorunluluğu getirilmelidir¹⁷⁸. Şayet, bu süre içinde gerekçe verilmez ise

Kanunun 3. maddesinde “Bilgi, Kurum ve kuruluşların sahip oldukları kayıtlarda yer alan bu Kanun kapsamındaki her türlü veriyi, Belge; Kurum ve kuruluşların sahip oldukları bu Kanun kapsamındaki yazılı, basılı veya çoğaltılmış dosya, evrak, kitap, dergi, broşür, etüt, mektup, program, talimat, kroki, plân, film, fotoğraf, teyp ve video kaseti, harita, elektronik ortamda kaydedilen her türlü bilgi, haber ve veri taşıyıcılarını” ifade ettiği belirtilmiştir. Kanunda belirtilen bilgi ve belge işlemin sebep unsuruna yöneliktir. Bu nedenle Kanun işlemin gerekçesini açıklama görevini idareye yüklememektedir.

¹⁷⁶ İstanbul (2). İdare Mahkemesi E. 2003/280 No’lu dosyasında İdarenin gerekçesiz işlem yaptığı tespiti yaptıktan sonra, buna rağmen gerekçenin yargılama safhasında açıklandığından bahisle yargılama devam etmiştir. Aslında somut uyuşmazlıkta açıklanan işlemin sebep unsurudur.

¹⁷⁷ Aksi görüşte olan Akıllıoğlu, gerekçe gösterilmesi kanunla öngörölmüş bulunan işlemlerde de gerekçenin olmaması başlı başına iptal sebebi olduğudur. Akıllıoğlu, “Yönetmelik İşlemlerde Gerekçe İlkesi”, s. 15.

¹⁷⁸ Tasarı da yere alan mantığın, Avrupa Komitesi Bakanlar Kurulunun (77) 31 sayılı kararından esinlenerek hazırlandığını düşünmekteyiz.

yargı aşamasında yine işlemin iptal edilmesi gerekmez. İdare zaten cevap lahiyasında yeterli açıklamada bulunmaz ise, işlemin somut bilgi ve verilere dayanmaması nedeniyle iptali mümkün olacaktır¹⁷⁹.

İdarenin gerekçe verme zorunda bırakılmasının en doğru yolunun, gerekçeli işlem tesis etmeyen, özellikle istem üzerine gerekçe açıklamayan kamu görevlisinin disiplin soruşturmasına konu oluşturmasıdır. Hatta, olayın oluş şekli, gerekçenin açıklanmayarak yargı safhasının geciktirilmesi, başkaca zararlara neden olmuş ise, bu taktirde Türk Ceza Kanunu hükümleri uyarınca “görevi ihmal” veya “görevi kötüye kullanma” suçlarından haklarında soruşturma açılmalıdır.

Gerekçe ilkesi, ilgiliye olumlu bir hak sağlayıp, diğer kişiler için olumsuz bir durum yaratmıyor, ilgili idarenin süre gelen içtihatları sonucu gerekçeyi önceden biliyor, otomatik işlem söz konusu¹⁸⁰, işlem genel nitelikte ve kamu yararı bulunuyor ise gerekçe ilkesine uyulmayabilir. Kamu yararının bulunması nedeniyle gerekçenin açıklanmadığı durumlarda kamu yararının hangi noktada olduğu gerekçelendirilmelidir.

Mevzuatımızda gerekçe ilkesine ilişkin değişik bir örnek Rekabet Kanununda bulunmaktadır. Kanunun 53. maddesinde “Karar, Kurul Başkanı veya onun görevlendireceği bir üye tarafından yazılır. ... Karara muhalif kalan üyeler ayrı ayrı veya birlikte karşı oy yazısı yazabilir”, 54. maddesinde de “*Rekabet Kurulu kararlarında süreler gerekçeli kararın taraflara tebliğ tarihinden itibaren başla(yacağı)*” hüküm altına alınmıştır. Aynı Kanununun “kararda bulunması gereken hususlar” başlıklı 52. maddesinde “kararlar aşağıdaki hususları ihtiva eder : ...h) gerekçe ve kararın hukuki dayanağı, ... j)varsa karşı oy yazıları” belirtilmiştir.

Kanımızca, karşı oy ifadesi gerekçe ile birlikte olmakla beraber, işlemin çoğunluğunun iradesinden daha önemlidir. İlgilinin hukukunun korumaya yönelik ve bilgilendirme, dava açma hakkının kullanımı açısından karşı oyun içeriği daha

¹⁷⁹ Wade, Forsthy, **Administrative Law**, p. 544.

¹⁸⁰ Akılhoğlu, “Yönetmelik İşlemlerde Gerekçe İlkesi”, s. 13.

önemlidir. Bu bağlamda, karşı oy yazıları da “gerekçe unsurunun” ayrılmaz bir parçasıdır. Ayrıca, işlemin gerekçesi olmadan işleme karşı “dava açma” süresi başlamamaktadır. Bu ifadeden, Kurul iradesinin işlem olarak belirlenmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda, gerekçe işlemin ayrılmaz parçası olmakta gerekçesiz işlemin iptali mümkün olabilmektedir. Yüksek Mahkeme Rekabet Kurulunun Maya Üreticileri hakkındaki işlemine ilişkin bir uyuşmazlıkta, Kurul çoğunlukla karar vermiştir. Kurul önce gerekçesiz bir işlemi taraflara tebliğ etmiş, ilgililer buna karşı dava açmıştır. Daha sonraki bir tarihte de “karşı oyların” bulunmadığı gerekçeli kararı ceza işleminin ilgilisi olan maya üreticilerine tebliğ etmiştir. Maya üreticileri gerekçeli olan ve dava açma süresi başlatan işleme karşı da dava açmışlardır. Kurul yargılamanın hemen başında “karşı oyları içeren” işlemi tekrar tebliğ etmiştir. Yüksek Mahkeme, ilk derece mahkemesi olarak baktığı davada, karşı oyların bulunmamasını gerekçe ilkesinin ihlali olarak değerlendirmiş ve işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı vermiştir¹⁸¹.

Kanun Koyucu, Kurul kararlarında gerekçeyi esası etkileyen şekil unsuru olarak düzenlemiş, bunu birbirini izleyen maddelerde mükerrer bir şekilde ifade etmiştir. Bu tip işlemlerde gerekçenin olmaması işlemin hukuka aykırı olmasına neden olmaktadır.

Gerekçe, takdir yetkisi bulunan işlemlerde önem kazanmaktadır. İdare, belirlediği sebeplere uygun olarak niye böyle davrandığını veya hangi tercihi neden yaptığını şüpheye yer vermeyecek şekilde açıklamak zorundadır¹⁸². Böylelikle,

¹⁸¹ D.10.D., 20.04.2001, E. 2000/4437.

¹⁸² “Yeni otogarda taksi işletmeciliği yapacaklara izin verilirken araç modellerinin ve işleticilerinin ahlaki durumlarının idarece değerlendirilmesi gibi nesnel ve genel olmayan ölçülere dayanılmasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır”. D.8.D., 10.09.1990, E. 1989/351, K. 1990/849, DD. S. 82-83, s. 590. “İdarenin takdir yetkisinin mutlak ve keyfi olmayıp kamu yararı amacına ve hizmetin gereklerine uygun olarak kullanılmasının zorunlu bulunduğu somut verilere dayanmayıp varsayıma ve sadece kuşkulara dayandığı saptanan davacıya ait içkili lokanta ruhsatı işyerine programlı çalışma izni verilemeyeceği yolundaki işlemin çalışma hak ve özgürlüğünü kaldırıcı nitelikte olması nedeniyle iptali gerekeceğine karar verildi”. D.10.D., 07.05.1987, E. 1986/1870, K. 1987/967, DD. S. 68-69, s. 672. “...Bakanlıkça uygun görülmesi, standart kadronun da müsait olması halinde bakanlığın ihtiyaç duyduğu dallarda yükseköğrenim veren bir okulu kazananların kayıt yaptırdıklarını belgelendirmeleri halinde, öğrenim göreceklere yere atanabileceği kuralına yer verilerek maddede belirtilen esaslar dikkate alınarak atama sırasında ilgililerin öğrenim durumlarının gözetilmesi konusunda idareye takdir yetkisi tanınmıştır”. D.5.D., 10.11.1998, E. 1996/311, K. 1998/2618, DD. S. 99, s. 224.

idarenin hareketinin önceden belirlenen hukuk sınırları dışına çıkıp çıkmadığı kontrol edilebilecektir. Yüksek Mahkeme, gerekçenin takdir yetkisinin kullanımındaki önemini altını çizerek, önüne gelen uyuşmazlıkta, *“birinci ve ikinci sicil amirlerinin değerlendirmeleri arasında fark varsa da, davacının yakın amiri konumunda olan birinci sicil amirinin olumsuz sicil notunun gerekçesini yazılı olarak ve detaylı şekilde sicil raporuna eklediği, objektif değerlendirmeler içeren bu gerekçeye dayalı sicil notuna göre davacının başka sicil amirinin yanında altı ay daha denenmek üzere naklen atanmasında hukuka aykırılık”* olmadığını belirtmiştir¹⁸³. Bir başka olayda da, *“başarılı ve sicili temiz olan görevlilere, bir alt ceza uygulanmama nedeninin açıklanmasının gerektiği”*ni belirtmiştir¹⁸⁴.

Bu ifadeler, bağlı yetkide gerekçenin önemsizliği anlamına gelmemektedir. Bağlı yetkide de, işlemin sebep unsurunun gerçekleştiğinin gerekçede açıklanması zorunludur.

Takdir yetkisindeki gerekçe, işlemin maksat unsurunu da aydınlatmaktadır. Takdir yetkisinin kamu hizmetinin gerekleri ve kamu yararı için kullanılıp kullanılmadığı aynı zamanda maksat unsurunun hukuka uygunluğunun belirlenmesini sağlayacaktır. Yüksek Mahkeme, gerekçe ilkesinden açıkça bahsetmeden verdiği kararında¹⁸⁵ *“...okul müdürlerinin naklen atanmaları konusunda idareye takdir yetkisi tanındığı açık olup, bu yetkinin ancak kamu yararı ve hizmet gerekleri göz ardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması ya da idari yargı merciince saptanması halinde, dava konusu idari işlemin sebep ve maksat yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptali gerekmektedir... Davacının naklen atanma konusunda idareye tanınan takdir yetkisine dayanılarak aynı il sınırları içinde eşdeğer bir göreve naklen atandığı ve işlemin tesisinde subjektif bir nedende bulunmadığı anlaşılmakta”* olduğu belirtilmiştir. Bununla beraber, gerekçe idarenin yetki usul yaptırması sonucu tesis ettiği işlemin de ortaya çıkmasına neden olacaktır.

¹⁸³ D.5.D., 18.01.2000, E. 1997/3691, K. 2000/62, DD. S. 104, s. 279.

¹⁸⁴ D.8.D., 28.10.1991, E. 1991/1399, K. 1991/1677, DD. S. 84-85, s. 569.

¹⁸⁵ D.5.D., 22.02.1999, E. 1998/4808, K. 1999/421, DD. S: 103, s. 413.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (80) 2 sayılı “İdarenin Takdir Yetkisini Kullanmasına İlişkin” tavsiye kararında, yetkinin nesnel, tarafsız olarak, eşitlik ilkesini ihlal etmeden, orantılı ve makul sürede uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Bu ilkelerden tarafsızlık ve nesnellik önem kazanmaktadır. Bu öğede, idarenin takdir yetkisini kullandığı olayda bütün ilgili verileri değerlendirmesini ve bunlardan bazılarını ağırlık tanınması, işlemle ilgili olmayan verileri değerlendirme dışı tutma yükümlülüğünü kapsamaktadır¹⁸⁶.

Odyakmaz, Fransa’da yayınlanan “İdari İşlemlerin Gerekçelendirilmesi ve Yönetilenler İle Yönetim Arasındaki İlişkilerin İyileştirilmesine İlişkin Kanuna” atıf yaparak, “kamu hürriyetlerini sınırlandıran ve genel genel bir şekilde polisiye bir önlemi oluşturan kararlar, bir yaptırım içeren kararlar, sınırlandırıcı şartlar getiren veya güçlükler empoze eden kararlar, hak yaratan bir kararı geri alan veya kaldıran kararlar, zamanaşımını düzenleyen kuralların kaldırılmasına veya dava hakkının düşmesine ilişkin kararlar, bireyler için bir hak oluşturan tanınmış bir iznin veya kazanılmış hakların geri alınmasına ilişkin kararların” gerekçelendirilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁸⁷.

Çalışmamızın II. Bölümünde işlemin yapılış usulünü ve bu yetkinin kullanımında egemen olan önemli ilkelere değinerek şu aşamada işlem oluşturulmuştur. III. Bölümde ise, oluşmuş, ilgisine tebliğ edilmiş işlemin yargı önünde nasıl denetlendiği ve sonucunun işleme ve idareye neler yüklediği tartışılacaktır.

¹⁸⁶ Onur Karahanoğulları, “İdari Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R(80)2 Sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 45, Sayı 1-4, 1996, s. 332-333.

¹⁸⁷ Zehra Odyakmaz, “Hazırlanmakta Olan İdari Usul Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof.Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan, C. II, S. 2, Aralık 1997, s. 14.

4. İDARİ USUL SÜRECİ SONUNDA TESİS EDİLEN İŞLEMİN YARGI AŞAMASI

4.1. İPTAL DAVASI, İŞLEVİ VE TEMİNATI

İptal davalarının incelemesi aşamasında “usule” ilişkin hukuka aykırılıkların denetlenmesi ve sonucu ile sınırlandırılmıştır. Bu nedenle, işlemin diğer unsurlarına ilişkin hukuka aykırılıklar ayrıntıya girilmeden incelenecektir.

İdare, görev olarak verilen konularda yetkisini kullanırken bilerek veya bilmeyerek hukuka aykırı davranabilir. Daha önce anlatıldığı üzere, idare hükümlerlik hakkını kullanma gerekçesi ile kamu gücünü içinde barındıran üstün iradeye sahip kılınmıştır. Bu üstün iradenin sonucu, tek yanlı, etkilerini karşı tarafın iradesine gerek olmaksızın gösteren tasarrufların doğmasına neden olmuştur.

İptal davası, bu özellikler gözetilerek idarenin kamu hukukuna dayanan iradesinin denetimini sağlamaktadır. Özel Hukuk alanında iradelerin eşitliği arandığından bu alandaki tasarrufların yargısal denetiminde izlenecek usulde farklı olmaktadır. İptal davasının, açılımı, davacısı, davada yargıcın donatıldığı yetki, süreç ve sonuç tamamen kendine özgü kuralları içinde barındırmaktadır. Bu bağlamda, iptal davası kendine özgü dava çeşididir.

İYUK’nda 2. maddesinde idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal” davalarından bahsedilmektedir. Ayrıca, aynı maddenin devamında “...kamu hizmetinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalardan” ve “idari işlem ve eylemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı” davaları zikredilmektedir.

Özetle, Kanunda, iptal, tam yargı ve sözleşmeden doğan davalardan bahsedilmektedir. İptal davaları, “**idari işlemlerin**” hukuka uygunluğunun yargısal denetimden geçmesinin aracıdır. Tam yargı davalarının Kanundaki ifadesinde “idari işlem ve eylemden doğan” denilerek, iptal davasından farklı olarak eylemin hukukiliği de tartışılmaktadır. Tam yargı davaları, kısaca idari eylem veya işlem nedeniyle hakları muhtel olanların zararlarını tazminine yöneliktir. Aynı eylem ve hukuksal sonuç “özel hukuk kişisi” tarafından yapılmış olsa zararın tazmininde zarar görenin 2 tercihi olacaktır. Birincisi, zararın karşılığı maddi bedeli, ikincisi zarardan önceki eski durumun aynen yeniden tesisi. Tam yargı davasının zararın tazmini maddi olmakta, aynen ifa bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, idare eski halin iadesini temin etmemektedir.

İptal davasının konusu sadece “işlemin” oluşturduğu belirtilmiş idik. “İşlemden menfaati ihlal olanların, yetki, usul, sebep, konu ve maksat unsurlarında yer alan hukuka ve kanuna aykırılıklardan dolayı işlemin bozulmasını (iptalini) istedikleri”¹ dava türüdür.

Tanımdan anlaşılacağı üzere, açılan iptal davasında işlemin hukuk aleminden kaldırılması talep edilecektir. Davanın neticesi ile işlem hukuk aleminden kaldırılacaktır. Bu ifade eksiktir. Nitekim, iptal davasının doğuşunda yer alan nedenler gözetildiğinde kamu gücünün ilk kullanıldığı, ilgilinin subjektif hakkının ilk ortadan kaldırıldığı anın öncesine, mümkün ise, gidilmesi gerekmektedir. İptal, hükmü geleceğe yönelik etkiler doğurduğu gibi, asıl olarak işlemin geçmişte meydana getirdiği tüm sonuçları ortadan kaldırmayı amaçlar.

Usul hükümlerinde üç çeşit dava tipi bulunmaktadır. Bunlar, eda, tespit ve inşai davalardır. Eda davası, davacı tarafından iddia edilen bir maddi hukuk talebinin elde edilmesini amaçlar. Yani, eda davasının konusunu bir şeyin verilmesi, bir şeyin yapılması veya bir şeyin yapılmasından kaçınılması oluşturmaktadır². Tespit davası ile taraflar arasında bulunan hukuki ilişkinin varlığının belirlenmesi

¹ Sarıca, **İdari Kaza**, s. 10.

² Yavuz Alangoya, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, y.y., İstanbul, 2000, s. 179.

olup, herhangi bir sonuç elde etmeye yönelik değildir. İnşai davada ise, taraflar özel hukuka taalluk eden ilişkilerini kural olarak Devletin bir organının katılmasına lüzum olmaksızın kendi iradeleri ile kurmaktadırlar³.

Genel usul kuralları çerçevesinde iptal davasının bir eda davası tipi olarak yorumlandığı anlaşılmaktadır. Nitekim, iptal kararı üzerine idarenin kararın gerekçesini dikkate alarak “bir işlem tesisi” zorunludur. Bu sonuç, iptal davasını inşai dava olmaktan çıkarmaktadır. Öte yandan, iptal davasının davacısı sadece işlemin hukuka aykırılığının tespitini isteyemez. Fakat, iptal davasının içinde işlemin hukuka aykırılığı tespit edilmekte, bunun sonucu olarak işlem iptal edilmektedir.

İptal davası ile, idari işlemlerin hukuka uygun olup olmadığının saptanmasına, hukukun üstünlüğüne, böylece de hukuka bağlılığının belirlenmesine, sonuçta Hukuk Devleti ilkesinin gerçekleşmesine olanak sağlanmaktadır⁴. Bununla beraber, iptal davasının ortaya çıkış nedenleri iptal davasına Hukuk Devleti bağlamında yüklenen görevi de belirlememektedir. İptal davasında davanın taraflarından birini idare oluştursa da asıl olarak davalı memurdur⁵. Yargılamanın konusunu idari işlemler oluşturması nedeniyle davanın sonucu kamusal alanda ortaya çıkmaktadır. Bu durum idareye yargı yoluyla yol gösterici olarak kabul edilse de, yargısal karar bir çok durumda idari işlem gibi ortaya çıkacaktır⁶. Bu durumda, iptal davası sonuçları itibarıyla Hukuk ve Sosyal Devletin gerçekleştirilmesindeki en önemli araç konumuna gelmekte, Hukuk Devletinin tanımı ile kavram daha belirginleşmektedir.

Hukuk Devleti, “çağdaş hukuk anlayışına göre, bütün iş ve işlemleri hukuk kurallarına bağlı devlet demektir. Bütün iş ve işlemlerin hukuk kurallarına bağlı olmasını gerçekten sağlayacak tek ilke ise, bu iş ve işlemlerin yargı yoluyla denetlenmesi, başka deyimle, Devletin bütün iş ve işlemlerinden ötürü bağımsız mahkemelerde dava açılabilmesinin kabulü ve bütün bu iş ve işlemlerin bağımsız

³ a.e., s. 184.

⁴ D.İ.D.D.G.K., 13.06.1997, E. 1997/195, K. 1997/400, DD. S. 95, s. 81.

⁵ Yaşar, İdari Yargı İdari Yargıç ve Yargısal Emir, s. 18.

⁶ a.y.

hakimlerce hukuka uygun olup olmadığının karara bağlanabilmesi” olarak tanımlanmıştır⁷. Hukuk Devletinde, etkilerini doğurmuş ve doğuracak tüm işlem ve eylemlerin hukuka uygun olması amaçlanmaktadır⁸. Bu ifadenin aksinden Hukuk Devleti kural olarak hukuka aykırı işlemlerin hukuk alanında olmasını amaçlamamaktadır.

Hukuk Devletinde ve idare hukukunda yer alan hukuk düzeni ilke ve kurallarına göre, aynı anda bir konuyu düzenleyen ve birbirleriyle çatışan iki kural ve iki idari işlem olamaz⁹. Bu temel ilke, idari yargının işlemin **sadece hukuka aykırılığını tespit ederek yargılamaya son vermesini** engellemiş, işlemi hukuk alanında kaldırmayı sağlamıştır. Bununla yetinmeyerek mahkeme kararlarının gereğinin yapılması için idareye bu kurala uyulmaması haline cezai ve hukuki sorumluluk bulunduran görev yüklemiştir. Açıklanan neden ile, idari yargıda sadece tespiti ilişkin dava açılması mümkün değildir. Yüksek Mahkeme de bir kararında, *“...düzenleme ortaklık payına ilişkin meblağdan dolayı borçlu olunmadığının tespiti istemiyle açılan davanın idare mahkemesinin incelemeksizin reddinde hukuka aykırılık görülmediğine”* karar vermiştir¹⁰.

İptal davasının bir diğer özelliği işlemin hukuka uygunluğunun değerlendirildiği tarihtir. Kural olarak, işlem tesis edildiği anda geçerli olan kurallara uygun olarak yapıldığı kabul edilmektedir. İşlem hakkında hukuka uygunluk denetiminin de işlemin tesis edildiği anda mevcut bulunan maddi ve hukuki sebeplere göre yapılması zorunludur¹¹. Yani, işlemin esasına veya usulüne¹² yönelik **“sonraki”** tasarrufların hukuka aykırı olarak doğmuş işlemi düzeltmemesi gerekir.

⁷ AYM, 24.02.1972, E. 1972/4, K. 1972/14, R.G. 13.05.1972, S. 14186.

⁸ Hukuka aykırı olsa bile dava açma süresi geçilerek kesinleşen işlemlerin etkilerinin korunmasında yine idari istikrar olarak tanımlanan kamu yararı yatmaktadır. Bunun ötesinde de bu işlemlerde de yargısal denetim imkanı tanınmıştır.

⁹ D.9.D., 25.08.1988, E. 1987/936, K. 1988/1667, DD. S. 72-73, s. 571.

¹⁰ D.6.D., 08.05.1991, E. 1989/2569, K. 1991/1024(DBB).

¹¹ “Bakılan davada yargısal denetimi yapılan işlemin konusu, araştırma görevliliğine atanmama olduğuna göre, bu işlemin hukuka uygunluğunun incelenmesinin , tesisi sırasında yürürlükte olan yasa hükümlerine göre yapılması gerektiğinde kuşku yoktur”. D.5.D., 22.11.1988, E. 1988/2845, K. 1988/2749, DD. S. 74/75, s. 285.

¹² Usule etkili olmayan sakatlıkların sonradan düzeltilmesi mümkün olduğunu ileride incelenecektir.

Yüksek Mahkeme, “kamulaştırma işleminin dayanağı olan imar planının dava tarihinden sonra değiştirilerek dava konusu kamulaştırma işlemine uygun hale getirilmesini” artık işlemin imar planına uygun hale gelmesi nedeniyle iptal edilemeyeceğini belirtmiştir¹³. Kanımızca, uygulama işlemlerinin dayanağı olan genel düzenleyici işlemlerin değiştirilmesi, işlem hiyerarşisinin tersten oluşmasına neden olacak işlemin sonradan ihyasına olanak tanıyacaktır. Mahkemenin kararında herhalde pratik sonuçlar dikkate alınarak imar planının değişmiş olması, yeniden izlenecek kamulaştırma prosedürü neticesinde ortaya çıkan sonucun aynı olması dikkate alınmış, kamu yararını bünyesinde barındıran kamulaştırma sonucunun bir an önce ortaya çıkması düşünülmüştür. Ama, işlem iptal edilmiş olsa, idare kamulaştırma prosedürünü iptal kararından sonra yeniden değerlendirecek, yeni verileri dikkate almak zorunda kalacak, “aradan geçen zaman diliminde en azından kamulaştırma bedeli farklı olacaktır”¹⁴.

Dava, “bir kimsenin ihtilafa düştüğü kimseden yargı önünde hakkını istemesi” olarak tanımlanmasına karşın iptal davası işlevi, kamu düzen ve yararı nedeniyle farklı yorumlanmalıdır. “Bu sebeple de iptal davasında, kişinin ihlal edilmiş bulunan hakkını tazmin ve telafi etmek yönünde amacı olmayan, **kamu düzeni yönü** öne çıkmaktadır”¹⁵.

4.1.1 İPTAL DAVASININ OBJEKTİF NİTELİĞİ

İdare, geneli düzenlemekte veya tesis ettiği işlemler eşitlik, haklı beklenti nedeniyle ilerideki iradesine örnek oluşturmaktadır. Bununla beraber, tamamen kişisel etkiler doğuran işlem tesis etmesi de mümkündür. Genel nitelikte olan veya örnek oluşturan işlemlerin iptali halinde sadece işlemi iptal ettiren hükümden faydalanmaz. İptal davasının sonucu ilgili olan herkes için uygulanır. Örneğin, daha

¹³ D.6.D., 06.06.1990, E. 1990/149, K. 1990/1203, DD. S. 81, s. 223. Yüksek Mahkeme, benzer olayda “...tesis edildiği tarihte, mevzuata uygunluğunun açık olduğu belirlenen, dava konusu planın, daha sonraki tarihte ilgili alanın sit ilan edilmesiyle ancak, bu tarihten itibaren uygulanmasının durduğu, dolayısıyla böyle bir gerekçe ile planın iptaline karar verilmesinin hukuka uygunluk taşımadığını” belirtmiştir. D.İ.D.D.G.K., 27.11.1992, E. 1992/356, K. 1992/215, DD. S. 87, s. 89.

¹⁴ Bilgen, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 162, 161 no’lu dipnot.

¹⁵ Sezginer, **Ayrılabilir İşlem Kuramı**, s. 18.

önce iptal edilen bir yönetmeliğin başka bir davada talebi halinde tekrar iptaline karar verilmemesi gerekir. Çünkü, ilk dava ile yönetmelik hukuk düzeninden kalkmıştır. Olmayan bir hukuksal ilişkinin kaldırılması mümkün değildir. Bu nedenle, iptal kararı karardan haberi olmayanları dahi etkilemiştir. “İptal davasının objektifliği”¹⁶ o larak adlandırılan bu husus kararın bireysel konular dışında herkes için uygulanabilir olmasını anlatmaktadır.

İptal davasının objektif niteliği gereği, davada “iki taraf bulunmamakta”, idare davanın tarafını oluşturmamaktadır. Bu nedenle, aslında idarenin işlemine karşı dava açılmaktadır¹⁷. Onar, yorumunu yaparken tam yargı davası ile iptal davası arasındaki farkı şu ifadeler ile ortaya koymaktadır : “*tam kaza davalarında borçlu olduğu iddia edilen...kendisinden bir şey ödemesi istenilen bir taraf vardır. İdare bu nevi davalarda hususi hukuk ihtilaflarında olduğu gibi bir mütabeleyle maruz kalan, bir borca mahkum edilmesi istenilen bir davalı konumundadır. Halbuki, iptal davalarında böyle bir mütabele, mahkumiyet talebi yoktur...Muhakeme edilecek karardır. Tam kaza davalarında idare bir borca mahkum edilmesi istenilen bir taraf durumunda olduğu halde iptal davalarında hakiki taraf karardır*”. Tanımın devamında, örnek olarak temyiz incelemesinde yargılananın ilk derece mahkemesi olmadığı, onun kararının olduğu verilmiştir.

Kanımızca, tam yargı davasının sonuç kısmı yargılama hukukundan doğmaktadır. Açıklamanın yapıldığı zamanda geçerli olan 521 sayılı Danıştay Kanununda tam yargı davasında miktarın belli edilmesi zorunludur. Öte yandan, davanın konusu her halükârda belli bir kişi üzerinde oluşan “zararın tazminidir”. Bu nedenle, davanın sonucu başkalarını etkilemez. İptal davasının sonucu ile tam yargı davasının sonucunun farklı olması iptal davasında davalının işlem olmasını gerektirmez. Bunun yanı sıra, davanın yürütülmesi aşamasında yargıcın yetkisi ve davacının talebi üzerindeki hakları tamamıyla davanın usulüne ilişkin konulardır. İptal davasının sonucunun genele yönelik olup olmadığı, dava aşamasından önce

¹⁶ A. Ülkü Azrak, “İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler”, **Onar Armağanı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 148.

¹⁷ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, s. 1772; Azrak, “İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler”, s. 148.

ortaya çıkmış bulunan işlemin hukuksal etkilerine göre belirlenmektedir. İşlem, tamamıyla kişisel etkiler içeriyor ise, iptal davasının genele yönelik etki doğurması mümkün olmamaktadır. Bu gerekçe ile, davanın yürütümü, davacı ve işlemin niteliği davada işlemin davalı konumunda olması farklı değerlendirilmesi gereken kavramlardır.

İptal davalarının açılmasında davacının işlem ile arasında aktüel, güncel ve hukuki bir bağ kurmasının yeterli olması Hukuk Devletinin teminine yöneliktir. Özellikle, objektif nitelik taşıyan işlemlerin iptali ile kamu düzeninin sağlanması istenmiştir. Davacı, iptal davasını açarken kendi menfaatinin korunduğunu düşünse bile aslında kanuniliğin savunucusu ya da hukukun sözcüsü olmaktadır. Kanuniliğin sözcüsü olması, idare mahkemesini tahrik etmesi ilgilinin davadan elini çekmesi sonucunu doğurmaz. Tam aksine, davacı yapılan yargılama sonucu değişik biçim ve derece karara müteessir olan kimsedir¹⁸. Bunun yanında, dava konusu işlemin niteliğine göre, ilgilinin davasında davacı konumundan çıkarak, hakime yardımcı olan, kamunun savcısı konumuna gelmektedir. Re'sen araştırma ilkesi ile davanın akışında insiyatif istisnalar dışında idare yargıcına geçmektedir¹⁹.

Bu noktada verilen karar, davacının hak ve menfaatinin onarılmasından ziyade, ihlale uğramış olan kanuniliğin yeniden tesisi ile geniş anlamda kamu yararına hizmet etmektedir²⁰.

Davanın objektifliğine ilişkin örneği davadan feragat oluşturmaktadır. Bilindiği üzere, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 91-95. maddesinde “davadan feragata ilişkin” hükümler bulunmaktadır. Feragat, “*davanın derdest olduğu her aşamada, temyiz, karar düzeltme dahi, her iki tarafın tek taraflı olarak kesin hüküm neticesi doğrucu nitelikte davadan vazgeçmesidir*”. Bu bağlamda,

¹⁸ Sait Güran, “İdari Yargılama Usulü Üzerine Düşünceler”, Prof.Dr. Tahsin Bekir Balta’ya Armağan, Siyasal Bilgiler Fakültesi ve TODEİ Yayını, Ankara, 1974, s. 238

¹⁹ A. Ülkü Azrak, “İptal Davalarının Objektif Niteliği”, Hukuk Kurultayı 2000, C. III, Ankara, 2000, s. 332.

²⁰ Kahraman Berk, “İdari Yargıda Müdahilin Temyiz Hakkı”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 74, S. 10-11-12, İstanbul, 2000, s. 1125.

feragat diğer tarafın(karşı taraf) iradesine ihtiyaç duyulmadan davanın “*neticesi*” sonucu ortaya çıkacak hukuksal durumdan vazgeçme olarak tanımlanabilir.

İYUK’nun 31. maddesiyle yollama yapıldığı üzere Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunda düzenlenen şekliyle “*feragata ilişkin*” hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Fakat, Yüksek Mahkeme kararlarında “iptal davasının objektif nitelik kazandığı, kamuya mal olduğu durumlarda açılmış bulunan ve yargı aşamasında belli noktaya gelmiş davalardan “feragatın” mümkün olmadığına karar vermiştir. Mahkeme kararında²¹:

“davacıların 26.11.1993 günlü dilekçeyle davadan feragat ettikleri anlaşılmakta ise de, İdari Yargıda iptal davası, kural olarak ilgililerin haklarını ve çıkarlarını korumak yanında, yürütmeye idarenin hukuka uygun davranmasını gerçekleştirmeye yöneliktir. Bu özelliği ile iptal davaları objektif ve soyut nitelikte bir dava türü olduğu teoride genel olarak ifade edilmekle birlikte istisnai olarak iptal davalarının sübjektif ve somut nitelikte örneklerinin de olduğu uygulamada gözlenmektedir. Sadece davacının kişisel çıkarlarını ihlal eden somut, sübjektif nitelikteki işlemlerin iptali için açılan davalarda hüküm verildikten sonra karar kesinleşmeden davanın herhangi bir aşamasında davacının davasından feragat etmesinin kabul edilmesi gerekir. Zira, uyumsuzluk konusu olayda kamu menfaati değil bireysel menfaat söz konusudur. Bireysel menfaatin söz konusu olduğu ahvalde ihlal edilen kamunun hukuku olmayıp bireyin davasından feragatında da herhangi bir kısıtlama düşünülemez. Feragata ilişkin uyumsuzluk konusu olaylarda, kamu yararı ve bireysel yarar ölçütünün belirlenmesinden sonra feragat hakkında karar vermek yerinde olacaktır. Olayda davacının davayla ilişkisini iyi irdelemek gerekir. Örnekleme gerekir ise, davacılar belde veya semt kurum ve kuruluşlar tarafından belde veya semt sakini sıfatıyla açılmış objektif nitelikteki iptal davasından kamu yararı ölçütü mutlak olduğundan yerel mahkemece verilen karardan sonra davacının davasından vazgeçmesi düşünilemeyeceği” ifade edilmiştir.

Bunun dışında, işlem objektif nitelikte bulunsa dahi “*ilk derece mahkemesi*” karar vermeden önce davadan feragat etmek mümkündür. Herhalde, ilk derece mahkemesi “*işlemin hukuka uygun olduğuna karar verirse*”, bu takdirde temyiz aşamasında da feragat edilebilir. İlk derece Mahkemesi, işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verir ve bu karar itiraz incelemesinden geçerek ara karar olarak kesinleştikten sonra ilgilinin feragat edip edemeyeceği önemlidir. Kanımızca, yürütmenin durdurulması kararı ara karar niteliğinde olup, ancak itiraz üzerine bölge

²¹ D.İ.D.D.G.K., 09.05.1994, E. 1994/484, K. 1994/1873, DD. S. 90, s., 707.

idare mahkemesi veya istem halinde yeni, yargılamanın başlangıcında bulunmayan olağandışı bir durumun ortaya çıkması üzerine mahkemesince kaldırılabilir. Mahkeme feragat istemini kabul ederse yürütmenin durdurulması “nihai karar” verilmesi nedeniyle kalkacaktır. Dava konusu işlemin hukuka aykırılığının karşılığı eşdeğer bir yargı kararı ortaya çıkmış değildir. Bu nedenle de, **“yürütmenin durdurulması kararından”** sonra “davacının” kamunun savcısı sıfatını kazanması nedeniyle “objektif nitelikteki” tasarrufların iptali talebinden vazgeçememesi gerekir.

Karar, iptal davasında işlem ve davacının kimliği, bunlar arasındaki ilişkinin niteliği ve sonuçta davanın objektif olarak değerlendirilmesine neden olmuştur. Şayet, dava konusu işlemin hukuka uygunluğu kamu düzenini ilgilendiren bir şekil alıyor, işleme karşı dava açmamış hatta işlemde haberi olmayanları dahi etkiliyor ise, bu takdirde dava objektif nitelikte kabul edilecektir. Objektif nitelik kazanan davanın üzerinde davacının davanın sonucundan vazgeçmesi kimi hallerde kısıtlanmaktadır. İlk derece mahkemesi objektif etkiye sahip işlemin hukuka aykırılığına karar vermiş ise, temyiz aşamasında davadan feragatın mümkün olmaması gerekmektedir. Nitekim, durumda ortada hukuka aykırılığı kesin hüküm ile belirlenmiş işlem bulunmaktadır. Bu nedenle, temyiz aşamasında davadan belirtilen ahvalde feragat edilmemelidir.

4.1.2. İPTAL DAVASI İDAREYE YOL GÖSTERİR

İptal davası sonucu oluşan durum Adli Yargı’da olduğu gibi, sadece kuralın olaya uygulanması değil, bir yandan kuralı kaldırmak ve yerine yeni kural koyma yükümünü getirme, öte yandan gerekçesi ile hukuk kaynakları arasına girerek tekrarlandıkça ilkeleşen yeni objektif durum yaratma söz konusudur²². Yüksek Mahkeme, *“yargı kararları ise, yalnızca tarafları bağlayan kararlardır. İdare benzeri olaylarda bu yargı kararları doğrultusunda işlem tesisi zorunda olmamakla birlikte, bu olaylar hakkındaki yargı kararları yerleşik hale gelmiş ise artık, idareler açısından bu kararlar emsal alınmayı gerektiren kararlardır. İdarenin, benzeri*

²² İl Han Özay, “Türkiye’de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı”, *İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu*, Danıştay Yayınları No 33, Ankara, Haziran 1992, , s. 15.

olaylarda yerleşik hale gelmiş yargı kararları doğrultusunda hareket etmesi, hukuka bağlı ve saygılı olmasının bir gereği olduğu gibi, lüzumsuz davaların açılmasını önlemesi bakımından ve dava ekonomisi açısından da uyulması gereken bir kural olduğu” belirtilmiştir²³.

Danıştay eski Başkanı ALAN’ın, Danıştay’ın 135. Kuruluş Yıldönümü nedeniyle yaptığı konuşmada, “yönetici sorumluluktan çekindiği ve belli yönetim çevrelerinde ‘ben yapayım; beğenmezsen sen yargıya git, nasıl olsa orası çözer’ anlayışı egemen olduğu için hukuka aykırı, hatalı ve sakat oldukları sonradan anlaşılrsa dahi bu nitelikteki işlemler idare tarafından düzeltilmemekte veya **uyuşmazlık konusu olmuş ve yargı kararları ile hukuka aykırı oldukları saptanmış idari kararların benzerlerinin yinelenmesinde ısrar edilmekte”** olduğunu dile getirmiştir. Konuşmasının devamında, “yargıç” olarak bu sorumsuzluk isteminin “yargının iş yükünü gereksiz ve anlamsız bir biçimde arttırdığı, olağanüstü çalışmaya karşı dosyaların rafta beklediğini” belirtmiştir²⁴.

Görüleceği üzere, iptal kararlarının emsal alınmasının önemli yansıması yargıya olmaktadır. Yargının, bilmeden veya bilerek aynı konuda farklı karar vermesinin önüne geçilmesi, yargıya olan inancın azalmasına engel olacak, aynı zamanda yukarıda ALAN’ın da dikkat çektiği üzere yargının gereksiz iş yükü üzerinden alınmış olacaktır.

Bunun dışında, iptal davalarının idareye karşı açılması, ancak idarenin yaptığı işlem ve aldığı kararların ise genelde davacının dışında gelişen durum ve olaylarla ilgili bulunmasına dayanmaktadır²⁵.

²³ D.1.D., 24.09.1997, E. 1997/123, K. 1997/115, DD. S. 95, s. 39.

²⁴ Nuri Alan, “Danıştay 135. Kuruluş Yıldönümü Açılış Konuşması”, **Danıştay Kararları Dergisi**, Yıl 1, Sayı 2, 2003, s. 11.

²⁵ İl Han Özay, “Davada Taraf Olmayan Kişileri Etkileyen Kararlar”, **İzmir Barosunca 5-8 Nisan 2000 tarihinde düzenlenen Yargı Reformu 2000 konulu konferansta sunulmuş, yayınlanmamış** bildiri.

4.1.3. İPTAL DAVASI KOLAY AÇILABİLİR

İptal davasının bir diğer özelliği yine Hukuk Devleti ile olan ilişkisinden doğmaktadır. Kanunla iptal davasının açılabilmesine ilişkin bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmadan dava açılabilir. Bu iptal davasının tarihsel gelişimi içinde ortaya çıkmış bir sonuçtur. “İptal davasının herhangi bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmadan açılabilmesinin kabulü, iptal davasının genellik niteliğinin en açık göstergesidir”²⁶. 2577 sayılı İYUK’nun iptal davasını düzenleyen 2/a maddesi Anayasa Mahkemesince iptal edilmesine karşın Anayasa Mahkemesince belirtilen süre içinde yasal düzenleme yapılmadığından boşluk doğmuştur. Yargı yerleri, “iptal davasının içtihat ve doktrinde belirlenen hukuki niteliği gözönüne alındığında idare hukuku alanında idari işlemlere karşı iptal davasının açılmasının zorunluluk olduğu belirtilmiştir”²⁷.

İptal davasının teminatlarından bir tanesi de, yargıcın maddi ve hukuki vakıaları araştırmak zorunda olduğudur. Davacının dilekçesinde ileri sürmediği her türlü bilgi ve veri toplanacak, bunun işlemin yasal dayanağına uygunluğu irdelenecektir. İptal istemi ile yargı yoluna başvuracaklara husumet ve dilekçedeki eksiklerin mahkeme tarafından yapılması gibi kolaylıklar sağlanmış, ayrıca dava harcının az bir miktar olarak belirlenmesi temin edilmiştir. Bu nedenle, iptal davası düşük bir maktu harca tabidir. Yargılamanın düşük bir harç ile görülmesi herkesin dava açabilmesine yönelik olarak düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra, yanlış mahkemede açılan davaların yetkili ve görevli yerlere re’sen gönderilmesi, davalının düzeltilmesi davanın seyrini kolaylaştırıcı, davacıdan bağımsız hale getirici nitelik taşımaktadır.

²⁶ Sezginer, *Ayrılabilir İşlem Kuramı*, s. 19.

²⁷ D.İ.D.D.G.K., 13.06.1997, E. 1997/195, K 1997/400, DD. S. 95, s. 83.

4.2.İPTAL DAVASININ DOĞURDUĞU HUKUKİ SONUÇ

İptal davasının bir diğer teminatı sonucudur. İptal ile işlemin hukuk aleminde meydana çıkan sonuçları olabildiğince ortadan kalkmaktadır²⁸. Fakat iptal kararları aşağıda belirtilecek istisna dışında fiili neticelerini kendiliğinden meydana getirmezler. Ancak idare kararın gerekçesinde belirtilen hukuki ve fiili esasları gözeterek yeni bir işlem tesis ederek yargı kararını yerine getirebilir. İptal kararları genele ve geçmişe yönelik etkiler doğurması dava edilen işlemin unsurlarının doğuş anından itibaren hukuka aykırı olduğunu tespit etmesi vesilesiyle etkileri sadece işlemin hukuk düzeninden kaldırmaya yetmektedir. “İptal kararları iptal konusu tasarrufun unsurlarındaki sakatlıkların tasarrufun doğuşunda mevcut olması dolayısıyla hukuki bir durum yaratmadığını, hukuk aleminde değişiklik husule getiremediğini gösterirler”²⁹. Bu nedenle, idare yargı kararını “dikkate alarak” yeni bir işlem tesis etmek zorundadır³⁰. İptal kararı idareye menfi veya müspet davranma borcu yüklemekte, idare kararı dikkate alarak yeni bir işlem tesis etmek zorunda kalmaktadır³¹.

İdareye karşı cebri icra yoluna gidilemeyeceğinden yargı kararının yerine getirilmesi için idare hukuku ilke ve kurallarını gözeten başka bir usul öngörülmüştür. 1961 Anayasasının 132. maddesinde “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez” hükmünü getirmiş; 521 sayılı Danıştay Kanununun 95. maddesinde de “dava daireleri ile dava daireleri kurulu kararları kesin olup muhkem kaziyenin bütün hukuki sonuçlarını hasıl ede(ceği)” belirtilmiştir. Görüleceği üzere, yargı

²⁸ Yıldırım Uler, *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No 281, Ankara, 1970, s. 13.

²⁹ A. Şükrü Özeren, Tacî Bayhan, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması*, y.y., Kasım 1992, s. 90.

³⁰ Mahkeme kararı kesin hüküm niteliğini kazanmamış, örneğin yürütmenin durdurulması veya ilk derece mahkemesinin nihai kararı üzerine bir işlem tesis edilecek ise kanımızca yeni tesis edilecek işlemde “yargı kararından bahsetmek” gerekecektir. Böylelikle, ilerleyen aşamalarda işlemin dayanağı olan yargı kararı ortadan kaldırıldığında ilgilisi açısından işlemin sonuçlarını ortadan kaldırmak daha kolay olacaktır.

³¹ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, s. 1998.

kararlarının yerine getirilmesi için belli bir süre öngörülmemiş ve ilgilerinin şahsi sorumluluğuna ilişkin hükme yer verilmemiştir.

1982 Anayasası 1961 Anayasasına paralel düzenleme getirirken, İYUK'nun 28. maddesinde “Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının **icaplarına** göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya **mecburdur**. Bu süre(nin) hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçeme(yeceği)” belirtilmiştir.

İptal davasının teminatı olarak davada taraf olmayan kişilerin de karardan etkilenmeleri söz konusu olduğunda ilamın icaplarının yerine getirilmesini idareden isteyebilirler. “Bir Hukuk Devletinde asıl olan idarenin yargı kararını kendiliğinden uygulamasıdır”³². 2577 sayılı Kanununda da idarenin derhal yargı kararının gereklerini yerine getirmesi gerektiği; bu sürenin de en fazla 30 gün olacağı belirtilmiştir. İdare, işlem tesis etmek zorunda kalabilir³³ veya herhangi bir işleme gerek olmaksızın yargı kararı hukuksal etkilerini gösterebilir. Örneğin, düzenleyici işlemlerin iptali halinde yürürlükten kaldırılan düzenleyici işlem herhangi bir işleme gerek olmaksızın yeniden yürürlük kazanır.

İdare iptal kararı üzerine herhangi bir işlem tesis etmekte zorunda olmadığı gibi kendiliğinden eski düzenlemeyi uygulamaya başlayabilir. Bu durum, idarenin yeni bir düzenleyici işlem tesis etmesine engel oluşturmamaktadır. İdare, iptal kararını dikkate alarak yeni bir düzenleyici işlemi her zaman yürürlüğe koyabilir.

Yüksek Mahkeme, “*Danıştay’ın otuz seneyi aşan istikrar kazanmış içtihatlarına göre iptal kararları dava konusu işlemi hiç tesis edilmemiş kılan ve önceki hukuki durumun geri gelmesini sağlayan kararlardır./Eğer (yargı yeri) bireysel bir idari işlemi iptal etmiş ise idare, bireyin eski hukuki durumun kazanması için gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür; dava konusu işlem gibi düzenleyici*

³² D.6.D., 09.10.1996, E. 1995/7076, K. 1996/4029, DD. S. 93, s. 347; D.10.D., 25.03.1991, E. 1990/1147, K. 1991/1115, DD. S. 84-85, s. 1007.

³³ Bu konuya ilişkin geniş bilgi çalışmanın ilerleyen sayfalarında verilecektir.

işlem iptal edilmiş ise, ortada hukuken doldurulması zorunlu bir boşluk bulunmadıkça, verilen yargı kararı idarenin herhangi bir uygulama işlemine gerek kalmaksızın hukuki sonuçlarını ortaya koyar, başka bir anlatımla iptal edilen düzenleyici işlemin uygulanabilirlik niteliği son bulur ve işlemin yapılmasından önceki hukuki durum yürürlük kazanır. Örneğin, herhangi bir tüzük veya yönetmeliğin belli bir maddesini kaldıran veya değiştiren bir tüzük veya yönetmelik için iptal kararı verilmiş ise değişiklik yapan hüküm uygulanmaz ve değiştirilen hüküm yürürlükte kalır./Anayasa Mahkemesinin yasaı yürürlükten kaldıran yasanın iptal edilmiş olmasının, yürürlükten kalkan yasanın kendiliğinden yürürlüğe girmesi sonucu doğurmayacağı yolundaki içtihadının İdari Yargıda iptal kararının hukuki sonuçları yönünde kabulü olanaksızdır. Çünkü, Anayasa Mahkemesinin söz konusu içtihadı Anayasanın 153. maddesinde ifadesini bulan ve Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararının geriye yürümeyeceği kuralının zorunlu ve doğal sonucudur. Oysa İdari Yargıda iptal kararları, yukarıda açıklandığı ve bilimsel ve yargısal içtihatlarda tartışmasız kabul edildiği gibi, dava konusu işlemin tesis edildiği andan itibaren hukuki sonuç doğurduklarından, bir düzenleyici işlemi kaldıran veya değiştiren yeni bir düzenleyici işlemin İdari Yargı yerince iptal edilmesi halinde, eski düzenleyici işlemin hiç değiştirilmemiş ve kaldırılmamışçasına uygulama niteliğini sürdürür. Aksi bir yorumun hukuk düzenine vaki ihlalleri ihlalin vuku bulduğu tarihten itibaren ortadan kaldırmayı amaçlayan iptal davaları ve bu davaların hukuksal araçları olan iptal kararları ile bağdaştırmak mümkün” olmadığına karar vermiştir³⁴.

İptal edilen düzenleyici işlem başka bir düzenleyici işlemi yürürlükten kaldırarak meriyet kazanmış olması halinde, iptal kararı üzerine yürürlükten kaldırılan işlem “otomatik”³⁵ olarak yürürlüğe girer. Bu durum, iptal davasının mahiyeti ile idare işlevinde “boşluk” doğmaması amacıyla düşünülmüştür. Keza, idare kanunların uygulayıcısı konumunda olup, düzenlemelerde boşluk olması halinde ilgililerin talepleri karşılanamayacak veya idarenin görevleri zamanında veya eksiksiz yerine getirilmeyecektir. İptal davası ile sadece sonuç değil ama aynı zamanda kural koyma, diğer örnek olaylar için uygulanabilme gibi genel hukuksal

³⁴ D.5.D., 25.02.1998, E. 1997/13, K.1998/515, DD. S. 97, s. 308.

³⁵ Celal Karavelioğlu, İdari Yargılama Usulü Kanunu, s. 719.

durum yaratma söz konusudur. Bu bağlamda, yukarıda belirtilen örnekte iptal kararı üzerine yürürlükten kaldırılan düzenleme kendiliğinden meriyet kazanacaktır.

İmar planları genel düzenleyici işlem olarak kabul edilmektedir. Fakat, imar planlarının iptali üzerine eski imar planı yürürlüğe girmez³⁶. İmar planının iptali üzerine idare yargı kararını gözeterek yeni işlem tesis etmektedir. Eski düzenlemenin yürürlük kazanmaması hukuksal boşluk doğurmaz. “Şayet bir yerin herhangi bir ölçekte planı yoksa ve o yer herhangi bir arazi kullanım yasağı ve kısıtlaması olan alanlar içerisinde yer almıyor ise, bu kez bu yer için Plansız Alanlar Yönetmeliği kullanılacak ve bu yerde yapılmak istenen yapılar bu yönetmelik hükümlerine tabi olacaktır”³⁷.

İptal edilen genel düzenleyici işlem daha önce yürürlükte olan genel düzenleyici işlemi kaldırarak yürürlük kazanmamış, ilk defa düzenlemede bulunuyor ise iptal kararının hükmü farklı olacaktır. Bu taktirde yürürlüğe girecek eski bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargı kararı ile de idare isteme uygun yeni düzenleme yapmaya zorlanamaz. İdarenin yargı kararında belirtilen hususları dikkate alarak işlem yapması gerekmekte, fakat bu durum genel düzenleyici işlemlerde zorunluluk olmaktan çıkmaktadır.

Öte yandan, düzenleyici işlemin kısmen iptali de mümkündür. Mahkeme, düzenlemenin bir veya birkaç maddesini iptal edebilir. Aynı zamanda, maddenin içinde sözcüğü bile iptal etmesi mümkündür³⁸.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun 29. maddesinde iptal edilen düzenlemenin geri kalanı uygulanamaz bir hal alıyor ise talep edilmese bile düzenlemenin tamamının iptal edilebileceği belirtilmiştir. İdari Yargılama Usulünde benzer bir hüküm bulunmamaktadır. Yüksek Mahkeme,

³⁶ “... İmar planı değişikliği işleminin İdari Yargı yerlerince iptal edilmesi halinde, eski plan yürürlüğe girmeyeceğinden, belediye meclisince yargı kararı doğrultusunda imar planı değişikliği yapılmasında mevzuata aykırılık yoktur...” D.6.D., 23.06.1994, E. 1994/2704, K. 1993/2911(DBB).

³⁷ Yücel Ünal, **Türk Şehir Planlama Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 53

³⁸ D.İ.D.D.G.K., 14.10.1998, E. 1987/41, K. 1991/1148, DD. S. 74-75, s. 114.

“Kamu Konutlarına Kanununa dayanılarak çıkarılan Yönetmeliğe” ekli (4). Sayılı tahsisli konutların puanlama cetvelinin (b), (g) ve (h) bentlerinin iptali talep edilmiştir. Yüksek Mahkeme, “(4) sayılı sıra tahsisli konutların puanlama cetvelinin (b), (g), (h), (j), (k), (l), (m) sütunlarının iptali sonucu esasen (4) sayılı cetvel uygulanamaz hale geldiği için” iptaline karar vermiştir³⁹.

Bilindiği üzere, yargı yerleri davacının talebi ile bağlı karar vermek zorundadır⁴⁰. Yukarıda verilen örnekte mahkeme talebi aşan şekilde, davanın açılışında iptali istenmeyen hükmün yargılamasını yaparak hakkında karar vermiştir. Bu bakımdan, kararın gerekçesine katılmak mümkün değildir. Bununla beraber, konunun esasına girildiğinde davacının (4) sayılı cetvelin tamamının iptalini istese ve mahkeme bu düzenlemenin bir kısmının hukuka aykırı olduğu kanaatine vardığında anılan değerlendirmeyi yaparak “*hukuka uygun kısmın hukuksal etkisinin olup olamayacağına*” karar verebilir. Bu takdirde düzenlemenin hukuka uygun kısmının da iptaline karar verebilmesi mümkün olmalıdır. Fakat, bu uyuşmazlıkta talebi aşan şekilde karar verilmesi usul hükümlerine aykırıdır.

Genel düzenleyici işlemin kısmen veya maddenin içinden bir ifadenin iptali halinde “yürürlükten kalkan” düzenlemenin tekrar meriyet kazanması mümkün olmamaktadır. Çünkü, düzenleme bir bütün olarak anlam ifade etmekte, hükümler ve madde mantığı birbirini tamamlamaktadır. Bu durumda, idarenin yargı kararını dikkate alarak yeni bir düzenleme yapılması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

İptal kararı üzerine uygulama işlemlerinde de idarenin bir işlem yapmadan zorunluluğu olmadan sonuç doğurduğu görülmektedir⁴¹. Örneğin olumsuz sicil işlemlerinin iptali herhangi bir işlem tesis edilmeden kararın gereğini yerine gelmektedir. İdarenin karar üzerine ilgisini terfi ettirmesi veya özlük haklarını düzeltmesi sicil işleminden bağımsız olarak düşünülmelidir. Mahkeme kararı ile

³⁹ D.İ.D.G.K., 26.06.1987, E. 1986/48, K. 1987/33, DD. S. 70-71, s. 97.

⁴⁰ D.V.D.G.K., 23.10.1998, E. 1997/59, K. 1998/303(Kazancı Mevzuat Bilgi Bankası).

⁴¹ Uygulama işlemlerine yönelik diğer örnekler ilerleyen sayfalarda verilecektir.

idarenin olumlu sicil tesis ettiği varsayılarak buna dayalı işlemler dizini yenilenmektedir.

Atama, inşaat ruhsatının, pasaport talebinin reddi gibi işlemlerinin iptali halinde idarenin yeni bir işlem tesis etmesi gereklidir. Yüksek Mahkeme, “atama işleminin iptali üzerine eski durumun avdet ettiğini ve varlığını koruduğunu, iptal kararının yerine getirilmesi için yeni bir atama ve nakil işleminin yeniden tesis edilmesinde hukuki zaruret ve imkan mevcut olmadığına; ilk atamadaki yöntemle göre yeni bir atama işleminin tesis edilmesi gerekmediğine” karar vermiştir⁴².

Yüksek Mahkemenin kararına katılmak mümkün değildir. Çünkü, idarenin kararı yerine getirmesi zorunlu olmakla birlikte bu zorunluluğa hukuksal sonuçları göz önüne alarak riayet etmeyebilir. Kararın yerine getirilmesi anında kamu yararı tekrar dikkate alınmalı ve kararın gerekçeleri yorumlanarak yeni bir işlem tesis edilmesi gerekmektedir. İdarenin kamu gücü kullanılmasına bağlı işlevsel bağımsızlığı sonucunda, yargı kararı etkisizleştirilmeden kararın gösterdiği yol izlenerek, hukuk istismar edilmeden yeni bir işlem tesis edilebilir⁴³.

2577 sayılı Kanunun 28. maddesinde kararların icaplarının gecikmeksizin işlem tesis etmek zorunda olduğu belirtilmiştir. Kararın gereğinin yapılması için öncelikle idareye usulüne uygun olarak tebligat yapılması gerekmektedir⁴⁴. Davacının mahkeme kararını herhangi bir şekilde elde ederek, idareye tebliğinden önce idareye sunması, kayıtlarına geçirmesi Kanunda belirtilen 30 günlük sürenin başlangıcını oluşturmaz. Nitekim, Kanunda “kararın **idareye tebliğinden**” itibaren 30 gün içinde gerekli düzenlemelerin yapılması gerektiği belirtilmiştir. Kanun Koyucu “öğrenme”den bahsetmemektedir. Asıl olarak hangi tarihte hukuka uygun

⁴² D.3.D., 09.03.1978, E. 1978/151, K. 1978/199, DD. S. 33-34, s. 207. Aynı yöndeki görüş için bkz. Ramazan Çağlayan, **İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000, s. 166. Bir başka görüşte, göreve son verme işleminin iptali üzerine kadronun boşlamış sayılacağını ileri sürmüştür. Turgut Candan, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanması”, **İdari Yargı Panel**, Mersin, 11-12 Nisan 2003, s. 227.

⁴³ Yaşar, **İdari Yargı Kararlarının Etkisizleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç ve Yargısal Emir**, s. 113.

⁴⁴ D.5.D., 26.12.1985, E. 1982/3001, K. 1985/2738. Aslan, Berk, **İdare Hukuku ve İdari Yargıya İlişkin Temel Kanunlar**, s. 298.

öğrenmenin tespit edilmesi için Tebligat Kanunu hükümlerinin uygulanması ve buna bağlı hukuki ve cezai sorumluluğun yasal olarak tespiti gereklidir.

İdarenin kararın gereklerini yerine getirmesinin 30 günü geçemeyeceği ifade edilmiştir. İptal davalarının gerekleri maddi koşulların elverdiği ölçüde, derhal uygulanması idare hukukunun genel ilkelerindendir. Hukukumuzda ise, kararların “makul süre” içinde uygulanması zorunluluğu yerleşmiş idare hukuku içtihadıdır. Makul süre ise, “kararların uygulanması için gerekli idari işlem ve usullerin yerine getirilebilmesi için idarelerin gereksinim duydukları süredir”⁴⁵.

İdarenin bazı kararlar üzerine yeni bir araştırma yapması gereklidir. Bu durumda, yeni işlem tesisi için gerekli araştırmayı hemen başlatması ve 30 günü geçtikten sonra da işlemi tesis edebilmesi gereklidir. Bu durumda idarenin kendisine verilen yetkiyi kötüye kullanmamalıdır. Çünkü, mahkeme kararı üzerine tesis edilecek işlemde gerekli incelemenin yapılmasında da “*kamu yararı*” bulunmaktadır. Veya idarenin yeni işlem tesisi için başka idarelerden izin alması gerekmektedir. Örneğin, sözleşmesi fesih edilen sözleşmeli personelin, işlemi iptal ettirmesi üzerine, karardan önce sözleşme süresi sona ermiş ise karar üzerine yeni bir sözleşme imzalanması zorunluluğu doğmaktadır. Bu halde idarenin yeni sözleşme yapma amacıyla Maliye Bakanlığından izin istemesi ve gerekli olan vizeyi temin etmesi zorunludur. Vizenin alınması 30 günlük süreyi geçebilir. 30 günlük sürenin geçmesi 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinde yer alan ilkelere aykırılık oluşturmayacaktır.

Bunun dışında, iptal kararları dava konusu edilmemiş diğer işlemleri de etkileyebilir. Atama işleminin iptali ile yerine atanan kişinin de atama işleminin kaldırılması gerekmektedir⁴⁶. Diğer bir ifadeyle, bir kadro ve atanması gereken iki kişi bulunmaktadır. İdare, hukuka aykırılığı mahkeme kararı ile saptanan atama

⁴⁵ D.5.D., 09.12.1987, E. 1986/1394, K. 1987/1740, DD. S. 70-71, s. 287.

⁴⁶ Kıratlı, ikinci atama işlemi, birinci işlemin hukuken geçerli olduğu bir zamanda yapılmış ve ikinci memur hakkında bazı statü hakları doğmuştur. İkinci memur hakkındaki atama işlemi ayrıca iptal edilmediği sürece hukuken geçerli olduğunu belirtmektedir. Metin Kıratlı, “Yürütmenin Durdurulması” *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 4, s. 195.

kararının yerine getirmek için kadroyu o an için işgal eden ilgiliyi alarak, kadroyu boşaltması zorunludur.

Önemli olan, mahkeme kararı üzerine kadronun boşaltılması amacıyla tesis edilecek işlemde usul kurallarına riayet edilip edilmeyeceğidir. Yüksek Mahkeme, üçlü kararname ile göreve atanan Devlet Türk Halk Müziği Korusu Müdürlüğüne atanan ilgilinin, görevden alınan kişinin açtığı davada verilen yürütmeyi durdurma kararı üzerine, Müdürün **“yetki ve usulde paralellik ilkesine uyulmadan”** Bakanlık işlemi ile gerçekleştirilebileceğini belirtmiştir⁴⁷. Kararda idarenin mahkeme kararları karşısında bağlı yetki ile davranmak zorunda olduğu belirtilmiştir.

Bu noktada “idari kararların yargı süzgecinden geçtikten sonra” kanunilik gibi **“hukuksal gerçeklikten”** yararlandığı varsayılır. İdari yargı kararına uygun işlem tesis ederken işlem **karineden değil, hukuksal gerçeklik gibi aha güçlü kesin bir nitelikten, dolayısıyla tam bir meşruiyetten yararlanır**⁴⁸. Bu nedenle, **yargı kararının gerekçesine göre idare idari usul prosedürünü gerçekleştirmeden yargı kararının gereğini yerine getirebilir.**

Yüksek Mahkeme, önüne gelen bir başka uyuşmazlıkta kendisine tanınan yetki sınırlarını zorlayarak karar vermiştir. Bakanlık müşavirliği kadrosundan alınan kişinin açtığı davada verilen yürütmenin durdurulması kararı üzerine, davacı eş değer bir göreve atanmış, bu işlem için de açtığı davada yargı kararının yerine getirilip getirilmediği tartışılmıştır. Mahkeme, Bakanlık bünyesinde üç kadronun dolu olduğuna, yargı kararının yerine getirilmesi için birinin boşaltılması gerektiğinin altını çizmiştir. Mahkeme, ara kararı ile kadroyu işgal edenlerin *“öğrenim durumları, kamuda geçen süreleri ve bulundukları görevler dikkate alarak”* değerlendirme yapmış ve sonuç olarak davacının kadroyu işgal edenlere göre daha *“yeterli”* olduğuna karar vermiştir⁴⁹. Mahkeme kararının sonuç kısmı doğru olmakla birlikte, sonuca varılan hususlarda farklılık olması halinde, örneğin kadroyu işgal edenlerin

⁴⁷ D.5.D., 06.11.1996, E. 1996/1997, K. 1996/3334, DD. S. 93, s. 311.

⁴⁸ Yaşar, *İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç ve Yargısal Emir*, s. 105.

⁴⁹ D.5.D., 19.12.1996, E. 1995/1960, K. 1996/3949, DD. S. 93, s. 289.

davacıdan daha yeterli olduğu sonucu çıkması durumunda idarenin mahkeme kararını gözeterek ilgiliyi eşdeğer bir başka göreve ataması mümkün olabilecektir.

Yüksek Mahkeme yukarıda yapılan tespite benzer sonuca ulaşmıştır. İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü görevinden alınan ilgilinin yargı kararı ile görevine dönmesi için açtığı dava ilk derece mahkemesince reddedilmiş, temyiz aşamasında talebi kabul edilmiştir. Bunun üzerine Yüksek Mahkeme, *“ilgisinin İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü görevine veya benzer bir göreve atamasının yapılması konusunda idarenin bağlı yetki içinde olmadığı; bu yöndeki başvurusunun idarece ihtiyaç, kamu yararı ve hizmet gerekleri gözetilerek reddedilebileceğine”* karar vermiştir⁵⁰.

Yargı kararlarının gereğini yerine getirmenin sorumluluğundan kurtulmak için, yerine getiriyor gibi davranmakta mümkündür. Bu gibi durumlarda, yargı kararı üzerine görünüşte tesis edilen işlemin de iptaline karar verilmektedir. Görünüşte işlemde yargı kararı ile iptal edilen işlem ile aynı sonucu doğurmaya yönelik olması nedeniyle **“maksat unsuru”** sakat hale gelmektedir.

Benzer bir olayda, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulunun 16.06.1997 günlü 539 sayılı ilke kararının, mahkeme kararlarının etkisiz kılınarak daha önce yargı kararları ile iptal edilen işlemlerle aynı sonucu doğuracak nitelikte ve 21 sayılı ilke kararını ortadan kaldırmak amacıyla tesis edildiği sonucuna varıldığından, işlemde amaç yönünden hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır⁵¹. Yüksek Mahkeme, iptal kararı üzerine göreve başlatılıp üç gün sonra yeniden görevden alınan kişi hakkında iptal kararının uygulanmadığını belirtmiştir⁵².

Sonuç olarak, idare yargı kararının gereğini yerine getirmek zorundadır. Kararların gereklerini “değerlendirmek” bu zorunluluğu ortadan kaldırmamakta, idarenin yükümlülüğünden kurtulmanın aracı olmamaktadır. Çünkü, Anayasada belirtildiği üzere kuvvetler ayrılığı söz konusudur. Mahkeme kararının gerekçesini

⁵⁰ D.5.D., 13.03.2003, E. 2001/3394, K. 2003/814, DKD. S. 2, s. 205.

⁵¹ D.6.D., 24.11.1998, E. 1997/4439, K. 1998/5786, DD. S: 100, s. 252.

⁵² D.5.D., 26.11.1987, E. 1986/183, K. 1987/1659, DD. S. 70-71, s. 263.

tartışmak, onun hakkında fikir yürütmek Anayasa ile belirlenmiş kuvvetler Yürütme ve Yargı arasında yetki çatışmasına neden olacak, bu tavır fonksiyon gaspına kadar varacaktır. Fakat, istisnai durumlarda kamu yararı ve kamu hizmetinin temel ilkeleri, iptal davasının tesisi ile karar zaman dilimi içinde gerçekleşen somut durumları dikkate alarak kararı amacına uygun tatbik edebilir. “Bir işlemin hukuka aykırılığının tespit edilmesi üzerine kararın uygulanma şeklinin **her olayın özelliklerine göre incelenip değerlendirilmesi gereklidir**”⁵³.

Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus az önce değinilen şekilde idarenin kararı dolanma yoluna gitme iradesinin olup olmadığıdır. Çok hassas olan kararın uygulanması hususunun kararın yorumlanarak uygulanması halinde idarenin gerekçelendirmeyi doğru olarak yapması gerekmektedir.

Yargı kararlarının yerine getirilmesi her zaman mümkün olmayabilir. Kararın yerine getirilmesinde hukuki veya maddi imkansızlık olabilir. Maddi olanaksızlık, maddi veriler nedeniyle, hukuki olanaksızlık ise, başka hukuk kuralının engellenmesi sonucu ortaya çıkar⁵⁴. Hukuki imkansızlıkta, yargı kararı idarece yerine getirilmek istenirken başka bir hukuk kuralı bunu engellemektedir. Örneğin, görevden çekilme işlemi iptal edilenin dava sürecinde 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu hükümleri uyarınca görevine son verilmesi halinde kararın uygulanması mümkün olmamaktadır⁵⁵. Başka bir örnekte, haczedilen malın ihale yoluyla satışı üzerine iyi niyetli kişiler arasında alım satım konusu olması ve daha sonra haciz işleminin iptali üzerine malın iadesinin diğer maliklerin haklarını korumak için mümkün olmaması karşısında kararın uygulanmasına olanak bulunmamaktadır⁵⁶. Özel Hukuk ilişkileri belirtilerek yargı kararının uygulanmaması, ihale ve özelleştirme uygulamalarında yaygındır. “Özelleştirme Yüksek Kurulunun 06.12.1997 tarihli kararında özelleştirilerek nihai devir sözleşmeleri imzalanan ve devir işlemleri tamamlanan Sümer Holding A.Ş., Orus, Havaş, Petlas, TDİ, Kumaş gibi kamu şirketlerinin çeşitli işletmelerin özel teşebbüse devri işlemlerine karşı açılan davalarda, idari yargı

⁵³ D.5.D., 18.03.1997, E. 1997/230, K. 1997/605, DD. S. 94, s. 336.

⁵⁴ Uler, *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, s. 99.

⁵⁵ D.5.D., 16.12.1986, E. 1985/1475, K. 1986/1433(DBB).

⁵⁶ D.4.D., 09.11.1988, E. 1988/3895, K. 1986/3759(DBB).

mercilerince verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarının **artık, bu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, istihdam ve bunlara bağlı her türlü ticari ve mali tasarruflarda bulunulması ... ve önceki duruma göre fiilen geri dönülmeyecek bir yapı ortaya çıkması nedenleriyle oluşan fiili imkansızlık**” gerekçesiyle geriye ve ileriye yönelik olarak yerine getirilmesinde imkan bulunmadığı ifade edilmiştir”⁵⁷

Maddi imkansızlığa örnek olarak, evi hakkında verilen yıkım kararının “uygulanması üzerine” yıkım işleminin iptali, yarışa sokulmayan at sahibinin açtığı davada işlemin iptal edilmiş olması, konut tahsisinin yapılmasından sonra tahsise alınmayan kişinin açtığı davada işlemin iptali üzerine “hukuka aykırılığı” ileri sürülen kararın sonuçlarının geri getirilemeyecek şekilde ortaya çıkması üzerine idare kararları uygulanamaz. Aksinin düşünülmesi halinde, idarenin evi inşa etmesi, yarışın tekrardan koşulması, tahsisin yeniden yapılması gibi yerine getirilmesi hukuken imkansız sonuçlar ortaya çıkacaktır.

Konuya ilişkin bir başka örnekte, süreli görevlere atananların, dekanlık, anabilim dalı başkanlığı ve yönetim kurulu üyeliği gibi, görevlerine son verilmesi işlemlerine karşı açılan davaların sonuçlandırıldığı tarihte iptal hükmünün uygulanabilmesi için kararın idareye tebliğ edildiği tarihte görevlinin görev süresinin halen devam ediyor olması gereklidir. Çünkü, iptal kararı ile işlem tesis edildiği tarihten itibaren hüküm doğuracak; ilgili atandığı tarihten itibaren görevine devam etmiş sayılacaktır. İlgili görev süresi devam ederken işlem iptal edilmiş ise, göreve kaldığı yerden devam edecek, süreyi tamamlayacaktır.

Bu bağlamda, yapılan tespit ile idarenin tesis ettiği işlem hukuka aykırı olduğu belirlenmiş fakat, maddi veya hukuki imkansızlık nedeniyle ilamın icapları yerine getirilmemiştir. Diğer taraftan işlemde zarar gören işlemin yerine getirilmemesi nedeniyle maddi ve manevi zarara uğramış olabilir.

⁵⁷ Erkut, **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet**, s. 234.

2577 sayılı Kanunun 28. maddesinde “Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası” açılabilceğı belirtilmiştir. Bu hüküm, “idareye **ilam icaplarına göre işlem yapmama olanağı tanımamakta, aksine maddi ve hukuki imkansızlıkta ilam hükümlerine uygun işlem yapılmaması halinde dahi ilgilinin hukukunun korunması amacıyla konulmuştur**”⁵⁸. İdarenin kararın yerine getirilmesindeki imkansızlığı ispat etmesi, kararın gereğini yerine getirmekle görevli bulunan ilgilinin ortaya çıkacak zarardan şahsen sorumlu olmasını engeller. Bunun dışında, idarenin maddi veya manevi zararı tazmin etme yükümlülüğü devam etmektedir.

Yüksek Mahkeme, “konut tahsis kurasına, idarenin hukuka aykırılığı yargı kararı ile tespit edilmiş işlemi ile, iştirak ettirilmeyen davacının bu işlem nedeni ile yaptığı uğraşlar ve çektiğı manevi üzüntü yüzünden içine düştüğü ruh hali göz önüne alınarak tazminata hükmedilmesi gerektiğini” belirterek, “idarenin fiili imkansızlık hali ile yargı kararını yerine getirmemesi dahi davacının manevi üzüntüsünü telafi etme gereğini ortadan kaldırmayacağına” karar vermiştir⁵⁹.

Bunun dışında, idare yürütmenin durdurulması kararlarının gereklerini de yukarıda yapılan açıklamalar dahilinde yerine getirmek zorundadır. Her ne kadar, yürütmenin durdurulması kararları “ara karar” niteliğinde ise de, 2577 sayılı Kanununun 28. maddesi “...yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararların icaplarına göre işlem” tesis etmek zorunda olduğu belirtilmiştir. Yürütmenin durdurulması, iptal davalarına sıkı sıkıya bağı, adli yargıdaki ihtiyati tedbirden farklı, bütünüyle idari yargı denetim biçimidir. İdari yargıça verilen yürütmenin durdurulması kararları geriye yürüyen, hukuka aykırılığı saptanan dava konusu işlemleri tesis edildiğı tarih itibariyle işlemez hale getiren, askıya alan yargısal işlemler olup; dava konusu işlemlerden önceki hukuki durumların yürürlüğünü”⁶⁰ sağlamaktadır.

⁵⁸ D.D.D.G.K., 14.04.1978, E. 1975/383, K. 1978/286, DD. S. 32-33, s. 311.

⁵⁹ D.6.D., 21.05.1985, E. 1985/143, K. 1985/880, DD. S. 60-61, s. 275.

⁶⁰ D.10.D., 15.02.1990, E. 1989/490, K. 1990/270, DD. S. 80, s. 432.

İptal davasında yürütmenin durdurulması talebi yerinde görülerek kararın gereği idarece yerine getirilmiş olması halinde davanın sonucunda iptal kararı verilmesi durumunda iptal kararının gereği daha önce yürütmenin durdurulması kararı ile sağlandığından uygulanmayı gerektirmeyecektir. Çünkü, yürütmenin durdurulması kararı ile idare hukuka aykırı işlemi tesis edildiği tarihten itibaren ortadan kaldırmış, eski hukuksal durumun teminini sağlamıştır. İşlemin iptal edilmesi üzerine zaten var olan hukuksal durumun tekrar temini gereksizdir. Bununla beraber, yürütmenin durdurulması kararından sonra, iptal talebinin reddi, yani yürütmenin durdurulması kararı ile sağlanan hukuksal durumun aksinin ortaya çıkması durumunda, idarenin dava konusu edilen işlemi tekrar hukukilik kazandığından bu işlemin hukuksal sonuçlarının etkinleştirilmesi gerekecektir.

4.3. USUL SÜRECİNDE HUKUKA AYKIRILIKLARIN İŞLEME ETKİSİ

4.3.1. ESASA ETKİLİ USUL SAKATLIĞI

Esasa etkili usul sakatlığının açıklanabilmesi için öncelikle esastan neyin kastedildiği, usul sakatlığının ne olduğu ve bu başlığın aksi ifadesinin esasa etkili olmayan usul sakatlığının açıklanması yerinde olacaktır.

Bilindiği üzere, 2577 sayılı Kanunun 2. maddesinde idari işlemlerin **yetki, şekil, sebep, konu ve maksat** yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptallerinin istenebileceği belirtilmiştir.

1925 tarihli ve 669 sayılı Şûrayı Devlet Kanununun 19. maddesinde, “*idari mukarrerat ve muamelat hakkında salahiyet ve şekil ve esas ve maksat cihetlerinden biri ile kanuna yahut nizama muhalefetinden dolayı iptali*” mümkündür. Yine, 1938 tarihli 3546 sayılı Devlet Şûrası Kanununun 23. maddesinde “*idari fiil ve kararlar hakkında esas, maksat, salahiyet ve şekil cihetlerinden biriyle kanunlara ve nizamnamelere aykırı olduklarından dolayı iptal*”inin talep edilebileceği hüküm altına alınmıştır. 1964 tarihli ve 521 sayılı Danıştay Kanununun 30. maddesinde ise,

“idari işlemler hakkında yetki, şekil, **sebe**p, **konu** ve maksat unsurları yönünden biri ile hukuka aykırı oldukları”nın ileri sürülebileceği ifade edilmiştir.

669 ve 3546 sayılı Kanunlarda işlemin iptal sebepleri, şekil, yetki, maksat ve **esas** olarak 4 adet olarak belirlenmiş; 521 sayılı Kanunda şekil, yetki, maksat ortak olarak kalmış iken **esas unsuru** **açılarak sebep ve konu olarak (5) adet işlem unsuru oluşturulmuştur**. Bu nedenle, evvelki kanunlarda belirtilen esas unsurunun sebep ve konu unsurlarını kapsadığı, her ikisinin birlikte nazara alınmak suretiyle esas adı ile kanunlarda yer almış olduğunu kabul etmek gerekecektir⁶¹. Nitekim, bu tespit 521 sayılı Kanunun 30. madde gerekçesinde şu ifadeler ile açıklanmaktadır :

*“Yürürlükteki Danıştay Kanununda idari işlemlerin iptali sebepleri, yetki, şekil, esas ve maksat cihetlerine münhasırdır. Tasarıda bu sebepler derpiş edilmiştir. Ancak bu sebepler, idari kazanın tam bir kontrol yapmasına yetmemektedir. İdari işlemlerin bir sebebe dayanması idare hukukunun icaplarındandır. Bu sebep, işlemin yapıldığı sırada mevcut olan, objektif vakıalardır ki idareyi, işlemi tesis etmeye sevk etmiştir...idare hakimnin talebi üzerine dayanmış olduğu sebepleri bildirmekle mükellef olmalıdır. **Sebe**p **unsuru bunu sağlayacaktır**. Maksat, unsuru, idari işlemin bir hukuk kaidesine uygunluğunu objektif olarak kontrol edilmesini değil, sadece subjektif bir inceleme yapılmasını, yani idarenin gayesinin, kanun vazı tarafından gözetilen gayeye uyup uymadığını kontrol etmeyi istihdaf eder. Bu sebeple sebep unsuru maksat unsurundan farklıdır. Mevzuatımızda kazai kontrol alanında bu bakımdan mevcut olan boşluk, yürürlükte olan Danıştay Kanununda iptal sebepleri arasında gösterilen **esas unsurunun sebep ve konu olarak iki hususu ihtiva eylediği gerekçesiyle ve içtihat yoluyla doldurulmaya çalışılmıştır...Bu itibarla, tasarının 30. maddesi esas unsuru yerine sebep ve konu unsurları sarahatla konulmak suretiyle düzenlenmiştir**”⁶².*

Görüleceği üzere, işlemin esası, sebep ve konuyu kapsamaktadır. Sebe

p, işlemin tesisinden önce ortaya çıkan maddi veya hukuki etkenlerdir. Başka bir ifadeyle, sebebin ortaya çıkması üzerine yetkili idare kanunda belirlenen merasimi gerçekleştirerek uygun hukuksal sonucu ortaya çıkararak kamu yararının teminini amaçlamaktadır. Bu bakımdan, her idari işlemin tesisinden önce bir sebep bulunmaktadır.

⁶¹ Ali Sıtkı Gökalp, “İptal Davaları”, **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, Danıştay Matbaası, Ankara, 1986, s. 455.

⁶² a.y.

Kanun Koyucu işlemin sebebini açık bir şekilde belirleyebilir. Bu durumda, idarenin yasal düzenleme ile belirlenmiş sebebin ortaya çıktığını tespit etmesi ve işlem tesisi zorunludur. Örneğin, Çevre Kanununun 8. maddesinde para cezası verilebilmesi şartı olarak atık veya artığın çevreye zarar verecek şekilde depolanması, taşınması veya uzaklaştırılmasını aranmış; gelişigüzel dağıtılan el ilanlarının çevreyi Kanunda belirtilen nitelikte kirlettiği somut olarak belirlenmiştir⁶³. Bu durumda, işlemde aranması gereken “gelişigüzellik” ve kirlilik yaratacak sayıda el ilanının dağıtılmasıdır.

Bununla beraber, idarenin işlem anında açık şekilde sebebi belirlemesi gereken işlemler bulunmaktadır. Örneğin, milli güvenlik, kamu düzeni veya görülen lüzum üzerine gibi ifadeler işlemin bir sebebe dayanması gerektiğini belirtmektedir. Yargı Yeri, bu ifadelerin içeriğini hukuka uygun olarak doldurmak, kamu düzeninin veya görülen lüzumun ne olduğunun açık bir şekilde belirtmesini aramaktadır. Yüksek Mahkeme, “terör eylemlerinin yoğunlaştığı bir dönemde, emniyet – asayiş hizmetlerinin ön planda yer alması gerekirken savsaklandığı, yapılanlarda ise tarafsızlık ilkesinin çiğnendiğini, sonuç olarak, davacının valilik görevini başarıyla yapmadığını ve böylece yukarıda anılan yasa maddesinin aradığı **lüzum unsurunun** gerçekleştiğini kanıtlar durumunda” olduğunu belirterek valinin yerini değiştiren işlem hakkındaki iptal talebini reddetmiştir⁶⁴.

Bir başka olayda, hakkında Ceza Yargısında yargılaması devam eden ilgili hakkında bu makamlarca tahdit konulmamasına karşın, idarece Pasaport Kanunu hükümlerince milli güvenlik ve kamu düzeni gerekçe gösterilerek yurt dışı çıkış yasağı konulması hukuka uygun bulunmamıştır⁶⁵. Bu noktada işlemin sebebine ilişkin uyuşmazlık yargı içinde devam etmektedir. Fakat, ceza yargılamasından bağımsız olarak kamu yararını ilgilendiren kısmıyla yurt dışı çıkış yasağının uygulanması mümkün görülmemiştir.

⁶³ D.6.D., 20.04.1999, E. 1998/1948, K. 1999/2055, DD. S. 102, s. 341.

⁶⁴ D.D.D.K., 12.01.1979, E. 1978/644, K. 1979/2, DD. S. 36-37, s. 287.

⁶⁵ D.10.D., 04.05.2000, E. 1999/3880, K. 2000/2234, DD. S. 105, s. 549.

İdarenin işlem tesis ederken sebep göstermesi zorunlu olmayan tasarrufları da bulunmaktadır. Yasal düzenlemeler işlemin tesisi için herhangi bir sebep gösterilmesini aramamışlardır. Fakat, bu durum işlemin sebep unsurunun gerçekleşmediği anlamına gelmez. Öncelikle, daha önce yapılan açıklamalar dikkate alınarak hukuka uygun idarenin her işlemde işlemin sebebini açıklaması yerinde olacaktır. Bunun dışında, yargı yerleri her türlü işlem tipi için sebep unsurunun açıklanmasını isteyebilir, yeterli bilgi ve belgenin mahkemeye sunulmaması üzerine de işlemin iptali cihetine gidebilir.

Konu unsuru, işlemin hukuk alanında yarattığı sonuçtur. İşlemin sebep unsuru ile konu unsuru arasında bağ bulunmaktadır. İdari işlemlerin özelliklerin bir tanesi icrailiktir. Hukuksal etkinin olabilmesi için, işlemin hukuki etkiye, sonuca sahip olması gereklidir. İdare belirlediği sebebe göre işlem tesis ederek istenilen hukuksal sonucu doğurmayı amaçlamaktadır.

Yüksek Mahkeme, “şirketin kömür madeni işletme ruhsatlı sahasının dışında kalan kıyı şeridinden kum çekip kamyonlarla naklettiği ve sattığı sabittir. Ancak, bu durum 2886 sayılı Devlet İhale Kanunun 75. maddesinde öngörülen biçimde bir taşınmaz mal işgali olmayıp, Taş Ocakları Nizamnamesi hükümlerinde açıklanan izinsiz kum ocağı işletilmesi halini oluşturmaktadır. Bu durumda davacı Taş Ocakları Nizamnamesi’nde öngörülen müeyyidelerin uygulanması gerekirken 2886 sayılı Kanunun 75. maddesi uyarınca adına ecrimisil tahakkuk ettirilmesine ilişkin işlemin” hukuka uygun olmadığına karar vermiştir⁶⁶. Görüleceği üzere, somut uyuşmazlıkta sebep gerçekleşmiş, Kanun Koyucu ortaya çıkan sebebe uygun sonucun doğmasını temin etmek istemiştir. Fakat, işlemin sonucunu meydana getirmede yanlış hukuksal araç kullanılmıştır. Yanlış hukuksal araç, yasal zemin kullanılsaydı yine işlemin konusu aynı kalacak ise yargı yeri yasal temeli değiştirerek işlemin hukuka uygun olduğu kanaatine varabilir.

⁶⁶ D.10.D., 28.11.1990, E. 1989/2392, K. 1990/2835, DD. S. 82-83, s. 962.

İdare, sebebe uygun hukuksal sonucun ortaya çıkarılması için takdir yetkisine sahip olabilir. Bu durumda, idare sebebe dayalı olarak ortaya çıkarması gereken sonuçlardan biri arasında tercih yapabilir. Takdir yetkisinin kullanımına ilişkin olarak idare sebep ile konu arasında kamu yararına ilişkin olarak kurduğu bağı açıklamak, ispat etmek zorundadır. Kimi durumlarda ise, sebebin ortaya çıkması ile ona bağlı sonuç da yasal düzenlemede belirlenmiştir. Bağlı yetki hallerinde sebep unsuru ile amaç unsuru birbirinin içine girmiştir. Sebebin tespiti ile sonuç ve kamu yararı aynı anda gerçekleşmektedir.

Amaç unsurundaki sakatlık idarenin “iradesinin” bilinmesi ile mümkün olmaktadır. İdarenin iradesinin tespit edilmesi için işlem den önce ortaya çıkan vakia ve sebeplerin çok iyi bilinmesi ve irdelenmesi gereklidir. Başka bir deyişle, subjektif mahiyette olan amaç, objektif mahiyette bulunan deliller aracılığıyla ortaya çıkarılacaktır⁶⁷. Bu nedenle, sebep unsurunun kontrol edilmesi aynı zamanda amaç bakımından gerekli olan denetimin yapılmasını sağlamakta veya kolaylaştırmaktadır.

Yüksek Mahkeme “Tekstil Fiziki Bilim Dalında doçentlik sınavına giren kişinin, eser aşamasını geçtiğini fakat, iki defa sözlü sınavdan başarısız olduğunu, juride yer alan ve davacının kendi okulunda Anabilim Dalı Başkanı Prof.Dr. ile arasının sözlü sınavdan önce açık olduğu jüri üyesinin davacıya davranışlarından dolayı soruşturma geçirdiği ve tanık beyanlarından da jüri üyesi olarak tarafsızlığı hususunda kuşklar bulunduğu anlaşılmaktadır. Davacıyla ilgili olarak yürütülen sınavın nesnelliği konusunda duraksama ve kuşku duyulabileceği açıktır. İlgilisinin bilimsel geleceğini belirleyecek olan sınav aşamalarının olumsuz değerlendirme ve yaklaşımlarından uzak bir görünüm taşıması gerektiğinde kuşku yoktur. Bu gelişim ve bilimsel gereklilikler karşısında, davacıyla çekişmesi olan öğretim üyesinin de katılımıyla jüri oluşturularak yapılan sözlü sınavda hukuka ve kamu görevi gereklerine uyarlık bulunmadığını”, başka uyuşmazlıkta da “Adalet Bakanlığı Personel Müdürü olan davacının, bakanlık yüksek müşavirliğine atanmasına ilişkin kararnamede sebep ve maksat unsurları yönünden hukuka uyarlık bulunmadığını”⁶⁸ belirtmiştir⁶⁹.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de “plastik cerrah olan hekimin en fazla ihtiyaç duyulduğu ihtisas dalından birinde uzman olan davacının ihtisas ve

⁶⁷ Murat Sezginer, “İdari İşlemlerde Amaç Unsuru Bakımından Hukuka Aykırılık”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Anabilim Dalı, Konya, 1991, s.85.

⁶⁸ D.5.D., 17.03.1997, E. 1995/1925, K. 1997/589, DD. S. 94, s. 329.

⁶⁹ D.8.D., 21.12.2000, E. 1999/526, K. 2000/8502, DD. S. 105, s. 462.

tecrübelerinden en etkin ve yoğun bir biçimde istifade edileceği bir yerde ve dönemde eski görevinden alınarak kadrosu itibariyle mütehassıs tabibe ihtiyaç göstermeyen idari bir göreve atanmasında kamu yararı ölçüleri içerisinde hareket olunmaması ve atamanın davalı idarenin ileri sürdüğü biçimde haklı bir idari zaruret nedenine dayandığının davalı idarece ispat edilememesi karşısında, hizmetin aksatılmadan yürütülmesi prensibine göre kamu yararına uygun olmayan bu atama işleminde hukuka uygunluk” bulunmadığını belirlemiştir⁷⁰.

Her iki karar maksat unsuru sakatlığına örnek oluşturmaktadır. Yargı yerleri maksat unsuru sakatlığını incelerken işlemin sebep unsurunu da ayrıntısıyla belirlemede idarenin iradesine ilişkin sakatlığı bu noktadan belirlemeye çalışmaktadır. Bu nedenle, maksat unsuru da işlemin “*esasına*” bağlı bir kavramdır.

Bu halde işlemin içine yönelik olarak üç unsurun bulunduğu kabul edilmesi gerekmektedir : “**sebep**”, “**konu**” ve “**maksat**”.

Diğer unsurlar yetki ve usul – şekil işlemin dış unsurlarını oluşturmaktadır. İşlemin tesisinde yetkili idarenin belirlenmesi de çalışmamızın konusunu oluşturan “idari usulün” içinde olup daha önceki bölümde incelenmiştir. Şekil - usul birbiriyle aynı kavramlar gibi kullanılsa da aslında farklı işleve sahip bulunmaktadır. 2577 sayılı Kanunun işlemin unsurlarının sayıldığı 2. maddesinde “şekil”den bahsedilmektedir. Kanun Koyucu şekli usulü kapsar şekilde yorumlamış ve herhalde iki kavramdan geniş manaya sahip olduğunu düşündüğü “**şekli**” Kanunda yer alacak ifade olarak tercih etmiştir.

Şekil, “iradenin hukuk alanında gözüken formatı” olarak tanımlanabilir. Usul ise, işlemin hazırlanışında izlenmesi gereken yolu ifade etmektedir. Her iki kavramın birlikte değerlendirilmesi ile “idarenin belirli bir yolu izlemesi usul sonucu meydana çıkan iradenin dışsal görünümü ise şekle” yöneliktir. Yazılılık, imza, muhatabın adı, işlemin tesis edildiği tarih ve yer, gerekçe, hukuki başvuru yolları ve

⁷⁰ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 1. Daire, 18.01.1994, E. 1993/558, K. 1994/90, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, S. 9, s. 156.

idarenin önceden yapması gereken irade açıklamaları, uyarıları, tebliğ işlemin şekline yöneliktir.

Usul ise, sebebin ortaya çıkması ile idarenin işlemin tesisi aşamasında izlemesi gereken yol olarak tanımlanmıştır. Savunma hakkı, danışma, kurul halinde alınan kararlarda toplanma nisabı ve usulü, karar alma süresi gibi aşamalar usul kavramı içindedir.

Kanımızca, pozitif hukuk bağlamında her iki kavramın tartışılmasının bir anlamı bulunmamaktadır. Nitekim, yukarıda belirtildiği üzere Kanun Koyucu her iki başlığı şekil içinde toplamıştır. Doktrinde ise, şekil ve usul kurallarına uyulmamasının işlemin hukuki açısından değerlendirilerek iki unsur arasında fark yaratılmak istenmiş, şekil kurallarına aykırılık halinde esasa etkili olan veya olmayan ayrımının yapılmayacağı belirtilmiş; hatta kimi şekil noksanlıklarının yoklukla malul olduğu ileri sürülmüştür⁷¹. İşlemden, şekil unsuru içinde yer alan gerekçe, işlemin yapıldığı yer ve tarih gibi başlıklar bulunmadığında işlemin iptali gerekmeyecektir. Bu nedenle, şekil unsuruna yönelik tespitin doğru olduğunu söylemek mümkün değildir. Esasa etkili usul sakatlıkları ifadesi, şekli ve usulü birlikte değerlendirir.

Esasa etkili usul sakatlığı ifadesindeki kelime anlamı ile usuli bir sakatlığının varlığı anlatılmaktadır. Fakat, tespit edilen usule aykırı durumun işlemin “hukukiliğine” olan etkisi tartışılmaktadır. Usuli eksikliğin yarattığı etkinin işlemin sebep, konu ve maksat unsurlarına yansımaları hukuka aykırılık veya uygunluğunu belirleyecektir. Kavramlar esasa etkili olan ve olmayan usuli eksiklik tanımı ortaya çıkarmıştır. Bu bağlamda, kimi hallerde ortada usule aykırı bir durum bulunsun da salt usulden doğan hukuka aykırılığı göz yumulmamasına neden olacaktır. Usul sürecinde belirlenen hukuka aykırılığın işlemin iptaline neden olmasının gerekçesi usul süreci ve işlemin iptalinden beklenen faydanın ne olduğundadır.

⁷¹ Gözler, *İdare Hukuku*, C. I. s. 710.

Usul süreci, işlemin tartışılarak yapılmasına neden olmakta, “doğruluğu”nu⁷² sağlamaktadır. Bunun ötesinde, idare subjektif etkiden kurtulacak, ilgiliye hukuksal koruma getirecektir. Şayet, usule aykırılık noktasında belirlenen her hukuka aykırılık iptal nedeni olarak kabul edilirse usul sakatlıkları arasında ayırım yapılmayacak, işlem iptal edilecektir. Bu halde, idare iptal edilen işlemin yerine yenisini tesis edebilecektir.

Aksinin kabul edilmesi halinde usul sürecinin faydası; usule aykırılık ve işlemin iptali ile ortaya çıkacak durumda ilgilinin hukuksal durumu değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır. Usul sakatlığı işlemin sebebinin tartışılmasını engellemiş, sonucun değerlendirilmesinde eksikliğe neden olmuş ve iradenin oluşumunda eksiklik veya yanlışlık bulunmuş ise esasa etkili usul sakatlığından bahsedilmelidir.

Usul esasın güvencesidir. “Maddi hukuk esas itibariyle usule bağlıdır. Somut vakıalara uygulanarak güncelleştirilmesi için usulün ve usulde yer alan çeşitli somut safhaların geçilmiş olması gereklidir. Bu anlamda maddi hukuk ile usul birbiri ile karşılıklı ilişki içinde, karşılıklı tamamlayıcı rol oynamaktadır”⁷³. Bu nedenle, işbirliğinde usul sürecinde meydana gelen aksaklığın diğer rol arkadaşının sonucuna ne kadar etki ettiği sonuçta meydana gelen işlemin hukuka uygunluğunu belirleyecektir. 1402 sayılı Sıkıyönetim Yasası’nda yer alan kamu görevlilerinin görevlerine son verme yetkisini değerlendiren Yargı Yeri “**yetkinin kullanılması için maddede hiçbir usulün öngörülmemiş olması da kamu personeli yönünden tümüyle güvensiz bir ortam yaratmış**” olduğunu vurgulamıştır⁷⁴. Bu bağlamda, Yargı yeri “1402 sayılı Kanunun gereği olan üstün yetkilerin dengesinin “usuli hükümler ile” dengeleneceğini belirtmiş, dolayısıyla “usulün esasın teminatı olduğunun” altını çizmiştir.

⁷² Akyılmaz, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, s. 73.

⁷³ a.e., s. 64.

⁷⁴ D.İ.B.K., 07.12.1989, E. 1989/6, K. 1989/4, DD. S. 78-79, s. 50.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 148. maddesi uyarınca “mükelleflerden bilgi istenirken yapılacak tebliğlerde, bilginin verilmesi için tayin olunan süre ile **süresinde cevap verilmediği, eksik veya yanıltıcı bilgi verildiği takdirde haklarında kanunun ceza hükümlerinin uygulanması cihetine gidileceğinin** ilgililere yazı ile bildirilmesi öngörülmüştür. Anılan maddeye göre ceza kesilebilmesi için, yükümlülerden bilgi veya bildirimleri vermeleri hususunun yazılı olarak istenmesi ve tebliğ olunacak bu yazıda, gereğinin tayin olunan süre içinde yerine getirilmemesi halinde ceza hükümlerinin uygulanacağının açıkça belirtilmesi gerekmektedir. “Kanun Koyucu tarafından getirilen bu düzenleme tamamıyla ilgilinin hukukuna korumaya, onu cezai işlem öncesi bilgilendirmeye yönelik bulunmaktadır”. 213 sayılı Kanunda belirtilen şekil şartına uyulmadan, yani yaptırım belirtilmeden ve yazılı bildirim yapılmadan ceza tanziminin hukuka aykırı olduğuna karar verilmiştir⁷⁵. Somut uyuşmazlıkta, yargı yeri işlemde kanunda yer alan bilgi vermemenin yaptırımının bildirilmediğini belirlemiştir. Yani, işlemdeki usuli eksiklik tespit edilmiştir. Bu noktada, bir adım daha atılarak usuli eksikliğin hukuksal sonucunun ne olacağı tartışılmış, vergi mükellefine yaptırımın hatırlatılmamasının işlemin sebep ve sonucuna etki edeceği kanaatine varılmıştır.

Esasa etkili olan usul sakatlıklarında işlem iptal edilmekte, esasa etkili olmayan usul sakatlıklarında hukuka aykırılık tolere edilmektedir. Az önce açıklandığı üzere, her türlü usule aykırılığın işlemi hukuka aykırı hale getirmesinin kabulü “aşırı şekilcilik” ile sonuçlanacak ilgililerin korunması amaçlanan haklarının zedelenmesine neden olacaktır. Zaten yavaş işleyen idarenin aşırı şekilcilik içinde “daha da yavaş işlemesi” sonucu ortaya çıkacaktır⁷⁶. Doktrinde, savunma hakkına riayet edilmemesinin sonuca etkili olmayan fakat ilgilinin hukukunu koruyan bir hak olarak tanımlanmış ve savunma hakkına riayet edilmemesinin işlemi hukuka aykırı kılacağı belirtilmiştir.

⁷⁵ D.11.D., 17.02.1999, E. 1997/2986, K. 1999/712, DD. S. 102, s. 701.

⁷⁶ Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, s. 764

Sicilin yasal olarak tanzim edilmesi gereken “Ocak” ayından tanzim edilmemiş olmasının iptal sebebi olarak ileri sürülmesi üzerine verilen kararda⁷⁷ “sicilin Ocak ayında tanzim edilmemiş olması **usul yönünden hukuka aykırılığını gösterir ağır bir şekil noksanlığı olmadığı**, ancak sicilin bilahare düzenlenmesinin olumsuz neticelenmesine etkisinin bulunup bulunmadığının araştırılmasının gerektiği”ni belirtmiştir. Bu uyuşmazlıkta, yargı yeri her ne kadar geç sicil tanziminin başlı başına iptali gerektiren şekil sakatlığı olmadığına kanaat getirse de, yine de geç kalmanın işleme başkaca etkilerinin bulunup bulunmadığının araştırılması istenmiştir.

“Conseil d’Etat esaslı nitelikte usul kurallarına uyulmasını da iptal nedeni olarak görmemekte ve aşağıda yer alan kriterleri uygulamaktadır :

- Olayın niteliğine göre, usul kuralına uyulmamasının, **kararı veya idare edilenlerin güvencesini etkilemeyeceğinin kabul edilmesi. Örneğin, kamulaştırmada yasal süreden önce kamusal araştırmanın tamamlanmasına karşın, malikin görüşlerini bildirmesine engel olunması,**
- Danışma organının toplanmayı veya karar vermeyi reddetmesi veya karar tarihinde danışma organının henüz oluşturulmaması nedeniyle usul kuralına uyulmasının imkansızlık göstermesi,
- Usul kuralının, ona eşdeğer başka usul kuralı uygulanması. Örneğin, valinin il genel meclisi içinden oluşturulacak bir komiteye danışma yerine doğrudan meclisin görüşüne başvurması gibi”.⁷⁸

Yukarıda belirtilen Conseil d’Etat uygulamasına bakıldığında usule aykırılıkların esası etkileyip etkilemediğinin araştırıldığı görülmektedir. Nitekim, usul süreci tamamlanmış kamulaştırma işleminde malike söz hakkı tanınmaması, meclisin kendi içinden oluşturulacak komisyona görüş sorulması yerine bizatihi meclise görüş sorulması “sonuca etki etmeyen” usul sakatlıkları olarak kabul

⁷⁷ D.5.D., 27.11.1995, E. 1985/1307, K. 1985/2531, DD. S. 62-63, s. 207.

⁷⁸ Gözübüyük, Tan, **İdare Hukuku, İdari Yargı**, C. II, s. 455.

edilmiştir. Yüksek Mahkeme de benzeri olaylarda, “2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 11. maddesi kamulaştırma bedelinin eksiksiz belirlenmesinin öngörülmesi ve davacılar tarafından da **kıymet takdirinin yapılacağı günün tebliğinin kıymet takdirinden sonra yapılması** nedeniyle zarara uğranıldığı yolunda herhangi bir iddianın ileri sürülmemiş bulunması karşısında sadece bu eksikliğin işlemi sakatlamayacağını”⁷⁹, “kamulaştırma konusu taşınmazların bedellerini karşılayacak miktarda paranın bankaya yatırıldığı, kamulaştırma karşılığının bankaya yatırıldığını gösteren makbuzun tebligata eklenmemesinin işlemi sakatlamayacağını, keza kamulaştırma karşılığının ödenmesinin tapuda ferağ koşuluna bağlanmasının mevzuata aykırı bulunmadığını” belirtmiştir⁸⁰.

Bununla beraber, örnekte komisyonun meclis içinden kurulacak olması önemli rol oynamaktadır. Keza, esasa ilişkin tespitler gerçek olmuş olsa bile kanunda belirtilen makam tarafından tesis edilmesi gereken işlemlerin başka idare elemanlarınca yapılamaması gereklidir. 6200 sayılı Devlet Su İşleri Umum Müdürlüğü Teşkilat ve Vazifeleri Hakkında Kanunda sulanan sahalardan alınacak sulama ücretine esas olacak mesaha cetvellerinin arazi sahipleri ve ihtiyar heyetiyle yapılacak tespitle düzenleneceğinin öngörüldüğü, bu usule uyulmaksızın idarenin kendi elemanlarınca yapılan tespite dayanılarak mesaha cetveli düzenlenemeyeceğine karar verilmiştir⁸¹.

Bunun yanı sıra, kurulların usulüne uygun olarak toplanmaması da esası etkileyen şekil sakatlığı olarak tespit edilmiştir. “Belediye encümeninin yasada belirlenen orana uymadan toplanması nedeniyle büfenin kira sözleşmesinin yenilenmemesi suretiyle tahliyesinin”⁸², “2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 13. maddesi uyarınca ihale komisyonu görevini yapan encümenin eksiksiz olarak toplanması gerektiğini, 13 üyeden oluşan encümenin 9 üye ile toplanarak karar vermesini”⁸³, “takdir komisyonunun 5 kişi yerine 6 kişi ile oluşturulmasının yasaya

⁷⁹ D.6.D., 25.10.1990, E. 1989/1152, K. 1990/1918, DD. S. 82-83, s. 496.

⁸⁰ D.6.D., 22.12.1988, E. 1988/1155, K. 1988/1681, DD. S. 74-75, s. 393.

⁸¹ D.10.D., 16.03.1999, E. 1996/9520, K. 1999/869, DD. 101, s. 727.

⁸² D.8.D., 29.09.1986, E. 1985/769, K. 1986/404, DD. S. 66-67, s. 337.

⁸³ D.6.D., 19.12.1996, E. 1996/431, K. 1996/5949, DD. S. 93, s. 321.

aykırı olması nedeniyle, bu kurul tarafından tesis edilen işlemin”⁸⁴, “kurulun toplanmadan elde imza yoluyla karar almasını, kurullarca karara bağlanması gereken hususlarda yetkinin münferiden kişilere değil, bunların **usulüne** göre teşkil edecekleri heyete verilmiş olduğunu, kurul üyelerinin usulüne uygun olarak bir araya gelmedikçe ve müzakere açılmadıkça ferdin irade beyanının mümkün olmadığını belirterek tek tek imza toplanarak tesis edilen işlemin”⁸⁵ şekil yönünden hukuka aykırılığına karar verilmiştir.

Yüksek Mahkemece, “tasfiye memur komisyon azaları arasında davacıya husumeti hükmen müsbet kimsenin de mevcudiyeti zahir ve kanun istihdaf ettiği gayeye göre bitaraf kimselerden tertibi gerek hizmet gerek adalet icaplarından bulunduğu halde komisyonun teşkilinde bu lazimeye riayet edilmediği icap ve tetkik edilen evrak münceratı ile sabit olduğundan usule uygun olmayarak müteşekkil bir heyetin kararına tevfikane tesis kılınmış, davacı hakkındaki tekaütlük tasarrufunun **esasa müessir bir şekil ve usul**” noksanlığı olduğuna karar verilmiştir⁸⁶.

Bununla beraber, özellikle danışma işlemlerinde idarenin usul kurallarına uyması gerekmektedir. Örneğin, “araştırma görevliliğine atanacak kişinin Anabilim Dalı Başkanının görüşü alınmadan atamasının yapılmasının hukuka aykırı olduğuna”⁸⁷, “imar planında çok katlı otoparka tahsisli yerin mülkiyetinin belediyeye devri konusunda yapılan başvurunun Maliye ve Gümrük Bakanlığınca incelenerek bir karar verilmesi gerektiğinden, konu hakkında taşınmaz maliki kamu kuruluşunun görüşünün alınarak belediyeye bildirilmesinde isabet olmadığına”⁸⁸, “üst disiplin amirince soruşturmacı tayin edilmeden ve usulüne uygun bir soruşturma yapılmadan doğrudan savunma alınarak verilen disiplin cezasının hukuka uygun olmadığına”⁸⁹ karar verilmiştir.

⁸⁴ D.9.D., 26.02.1998, E. 1998/543, K. 1998/770(DBB).

⁸⁵ D.5.D., 01.04.1970, E. 1969/4127, K. 1970/1162, DD. S. 1, s. 205.

⁸⁶ D.D.D.G.K., 30.03.1950, E. 1950/320, K. 1950/128, DD. S. 50-53, s. 112.

⁸⁷ D.5.D., 22.11.1988, E. 1988/2845, K. 1988/2749 (Gözübüyük, Tan, **İdare Hukuku, İdari Yargı**, s. 132).

⁸⁸ D.6.D., 06.06.1990, E. 1990/664, K. 1990/1202, DD. S. 81, s. 185.

⁸⁹ D.8.D., 22.05.1997, E. 1996/1793, K. 1997/1778, DD. S. 94, s. 515.

Bir başka olayda, “doçentlik sınavında jüri üyelerinin akademik *giysilerini giymemelerinin* ve *sınavın normal süreden fazla sürmesinin* sınavın *sonucuna etki eden* usul sakatlığı olmadığına” karar verilmiştir⁹⁰.

Yüksek Mahkeme şekil noksanlığını değerlendirdiği kararda, “3030 sayılı Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanununun 16. maddesinde Büyükşehir Belediyesinde hizmetlerin başkan adına onun direktif ve sorumluluğu altında yürütülmesini sağlamak üzere bir genel sekreter ve en çok dört genel sekreter yardımcısı bulunacağı, büyük şehirlerde belediye başkan yardımcısı bulunmayacağı kuralları yer almıştır. Kamu hizmetlerinin yürütülmesinde yasanın açıkça verdiği bir yetkinin kullanılması sırasında yasada öngörülmeyen bir şekil şartının ayrıca aranmasına gerek bulunmadığı ortadadır. Olayda ise, büyükşehir belediye başkanı adına onun direktif ve sorumluluğu altında hizmetlerin yürütülmesine yasa ile yetkili kılınmış genel sekreter yardımcısıncı tesis edilen işlemde ‘**başkan adına**’ tesis edildiğinin belirtilmemiş olmasının anılan işlemin iptaline neden oluşturması düşünülemez. Bu durumda işin esasının incelenerek karara bağlanması gerekirken, işlemin iptali yönünde İdare Mahkemesi kararında isabet bulunmadığını” belirtmiştir⁹¹.

İşlemin usulüne ilişkin değişik bir örnek olayda, belediye meclisi mutad toplantı mekanı dışında toplanmış ve işlemin bu sebeple iptali talep edilmiştir. Yargı yeri, belediye meclisinin mutad toplantı yerinin yetersizliği sebebiyle aynı binada spor klübü ile birlikte kullanılan salonda toplanmasında 1580 sayılı Kanununun 53/2. maddesine aykırılık olmadığına”, yani esasa etkili bir sakatlık bulunmadığına karar vermiştir⁹².

Vergi ihbarnamesinde uzlaşma komisyonunun gösterilmemiş bulunmasının⁹³, hesaplanan gecikme zammı miktarının ayrıca ödeme emrinde gösterilmemiş

⁹⁰ D.8.D., 05.11.1984, E. 1984/74, K. 1984/1345, DD. S. 58-59, s. 300.

⁹¹ D.6.D., 12.02.1992, E. 1990/131, K. 1992/1533, DD. S. 86, s. 309.

⁹² D.8.D., 20.08.1996, E. 1996/2614, K. 1996/2072, DD. S. 92, s. 610.

⁹³ D.3.D., 29.01.1991, E. 1989/53, K. 1991/198, DD. S. 82-83, s., 255.

olmasının ödeme emrinin iptalini gerektirecek esasa etkili olmayan şekil hatası olduğu⁹⁴, bundan dolayı ihbarnamenin hukuki kıymetini kaybetmeyeceği belirtilmiştir.

Esasa etkili şekil eksikliğine ilişkin örnek bir olayda ise, Valilik tarafından 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerince satılan televizyonlarda garanti belgesinin bulunmadığı gerekçesiyle tesis edilen işleme dayanak “tutanakta” tespitin hangi yer yapıldığı, malın satış yerinde mi, yoksa depoda mı bulunduğu yazılmaması nedeniyle tutanağın şekle aykırı olarak düzenlenmesi nedeniyle işlemin iptaline karar verilmiştir⁹⁵. Bu olayda tutanaktaki eksiklik, tutanağı dikkate alarak işlem tesis edilecek işlem iradesini hukuka aykırı hale getirmektedir.

Esasa etkili usuli eksiklik olarak “kamulaştırma bedelinin işlemin tebligata çıkarılmasından sonra ve dava açılmasından sonra bankaya yatırılmasının iptal nedeni olduğuna”⁹⁶, “şirketin taşınmaz üzerinde inşa ettiği otelin projesine aykırılığını belirleyen durdurma tutanağında, binanın hangi kısmının veya kısımlarının ne şekilde projesine aykırı olduğu açıkça belirtilmeden soyut bir ifade ile projeye aykırılıktan söz edilerek yıkım kararı alınması kararının hukuka aykırı olduğuna”⁹⁷, “kamulaştırma işlemine ilişkin tebligatın noter marifetiyle yaptırılması gerekirken doğrudan doğruya idarece yaptırılması nedeniyle kamulaştırma işleminde hukuka uyarlık bulunmadığına”⁹⁸, “6830 sayılı Kamulaştırma Kanununun 7. maddesinde kamulaştırmayı yapacak idarenin kamulaştırılacak taşınmaz malın hudut, mesaha ve cinsini gösterir ebatlı plan veya krokisini yaptıracak bu ebatlı plan veya krokiyi aynı kanunun 13. maddesine göre tespit edilen mal sahibi zilyet ve diğer alakadarlara noter aracılığıyla tebliğ ettireceği belirtilmiştir. Olayda ise, davacının hissedarı bulunduğu taşınmaz maldaki hissesi spor tesisleri yapımı için kamulaştırılmış ise de yukarıdaki kanun hükmüne uygun olarak taşınmaz malın

⁹⁴ D.V.D.D.G.K., 26.01.1996, E. 1995/266, K. 1996/38, DD. S. 92, s. 194.

⁹⁵ D.10.D., 20.04.1999, E. 1998/1604, K. 1999/1627, DD. S. 102, s. 669.

⁹⁶ D.6.D., 15.10.1987, E. 1987/114, K. 1987/892, DD. S. 70-71, s. 306.

⁹⁷ D.6.D., 09.12.1993, E. 1993/560, K. 1993/5290(DBB).

⁹⁸ D.6.D., 17.03.1998, E. 1997/2287, K. 1998/1587, DD. S. 98, s. 447.

tamamının ve kamulaştırılan kısmı gösteren ebatlı plan veya kroki hazırlayıp davacılara tebliğ edilmediği gibi kamulaştırmanın imar planına dayalı olduğu açıkça tebligat belgesinde belirtilmemiştir. Açıklanan sebeple kamulaştırma işleminde şekil yönünden kanuna uyarlık görülmediğine”⁹⁹, ”takdir komisyonu kararı eklenmeden yapılan ihbarname tebliğinin muteber kabulüne imkan bulunmadığına”¹⁰⁰ karar verilmiştir.

İdarenin, özellikle tutanak gibi tespit yaptığı durumlarda asıl olarak maddi verilerin ve delillerin toplanmasının, olayın özelliklerinin ayrıntılı bir şekilde yazılarak yargılama aşamasında çıkması muhtemel ihtilafların önlenmesi amaçlanmaktadır. Bunun dışında, idareye kanun ile yüklenmiş şekil şartları dışında yer alan diğer hususların esasa etkili olmayan usul sakatlığı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. 213 sayılı Vergi Usul Kanununda tutanağı imza etmekten imtina edenlerin imtina sebeplerinin yazılmasının gerektiğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Buna rağmen, tutanağı imzadan imza etme husususun belirtildiği ve fakat imtina gerekçesi yazılmaması nedeniyle işlem iptal edilmiş, temyiz mercii imtina sebebinin bulunmamasının esasa etkili olmayan şekil sakatlığı olduğu gerekçesiyle kararı bozmuştur¹⁰¹. Bu bağlamda, tutanağı imzalayan muhtarın olay yerinde hazır bulunduğuna dair bilgi içermeyen ve imzadan imtina eden kişinin kimliği açıkça belirtilmeden düzenlenen tutanak şekil şartlarının yerine getirmemiştir¹⁰². Öte yandan, imar mevzuatına aykırı bir yapı hakkında tutulan tutanağın iki fen adamı yerine bir fen adamına imzalatırılması halinde bu tutanağa dayalı olarak yıkım kararı verilemez¹⁰³.

Görüleceği üzere, usuli işlemler işlemin tartışılmasını veya ilgilinin önemli bir hakkının kullanımını engeller nitelikte ise, bu taktirde işlem hukuka aykırı kabul edilmektedir. Fakat, savunma hakkının ihlal edilmesi gibi doğrudan iptal sebebi olan usuli sakatlıklar da bulunmaktadır. Savunma hakkına riayet edilmemesi halinde ise,

⁹⁹ D.6.D., 04.05.1977, E. 1975/7726, K. 1977/2331. Karavelioğlu, **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, s. 59.

¹⁰⁰ D.7.D., 12.02.1998, E. 1997/2709, K. 1998/405(DBB).

¹⁰¹ D.11.D., 17.02.1999, E. 1997/3205, K. 1999/701, DD. S. 102, s. 706.

¹⁰² D.4.D., 14.01.1999, E. 1998/4026, K. 1999/36, DD. S. 101, s. 360.

¹⁰³ D.6.D., 17.05.1973, E. 1972/3232, K. 1973/2082(DBB).

herhangi bir başka araştırma yapılmadan işlem hukuka aykırı hale gelmektedir. Fakat, savunma hakkının kullanılmasında bile bu hakkın kullanımının sağlanıp sağlanmadığına bakılmaktadır. Keza, yürütülen soruşturmada soruşturma konusu hakkında **müfettiş tarafından** alınan savunmanın yeterli olduğuna, yeniden savunma alınmasına gerek olmadığına karar verilmiştir¹⁰⁴. Bu durumda, savunma hakkı gibi herhalde en önemli usuli hakta bile bunun yeterince sağlanıp sağlanmadığı irdelenmekte ona göre kanaate varılmaktadır. Bazı hallerde de, usuli işlemlere riayet edilmemesi Kanun Koyucu tarafından esasa etkili sakatlık olarak değerlendirilmiştir. Nitekim, Kamu İhale Kanununda ihale ilanının belirtilen şekil şartına uyulmadan gerçekleştirilmesi doğrudan iptal sebebi olarak öngörülmüştür.

4.4. İŞLEMİ USUL VE YETKİ YÖNÜNDEN İPTAL EDEN HÜKMÜN ETKİSİ

İdari işlemin hangi unsurunun hukuka aykırı bulunduğu önem taşımaktadır. Bu nedenle, yargı yerleri kararlarına gerekçe yazarken unsurlara ilişkin incelemeyi ayrıntılı bir şekilde gerçekleştirmelidir. Çünkü, işlemin esasına yönelik sebep, konu ve maksat unsurlarındaki hukuka aykırılıklarda aynı sebep ve buna bağlı olarak sonuç doğuran işlem tesis edilemez. Başka bir ifadeyle, sebep unsurunun hukuka aykırılığı tescil edildiğinden buna dayalı olarak yeni bir işlem için muameleye başlanamaz. Bunun yanında, yukarıda açıklanan sebep ve konu unsuru sakatlıklarında da aynı sonucu doğuran işlemin tesisi mümkündür. Eksik incelemeye dayalı olarak tesis edilen işlem iptal edilir ise, yeniden yapılan tetkik sonucu aynı sonucu doğuran işlem tesis edilebilir. Fakat, işlemin **şekil** ve **yetki** unsuru açısından hukuka aykırı bulunması “**aynı nitelikte karar alınmasına engel**” olmamaktadır. İdare, usuli eksikliği gidererek veya yetkili makam tarafından iptal edilen işlem ile aynı sonucu doğuran “**yeni**” bir işlem tesis edilebilir.

Sarıca, idarenin kararın mahkeme tarafından iptal edilmiş olmasına ve iptal edilen işlemin hukuksal durumunda hiçbir değişiklik olmamasına karşın tekrardan

¹⁰⁴ D.8.D., 12.03.1996, E. 1994/6429, K. 1996/652, DD. S. 92, s. 625.

aynı yönde karar alabileceğini belirtmektedir¹⁰⁵. Duran da, iptal hükmünün davacıya istediği neticeyi kimi zaman sağlamayacağını belirterek, sadece faal idareye iptal hükmünün ışığı altında o mevzuda veya alakadar hakkında yeni bir karar alma yükümlülüğü yüklediğini belirterek, şekil ve yetki unsurlarındaki sakatlıklardan dolayı iptal edilen kararları idarenin hükümden sonra “**ıslah**” ederek tekrar aynı neticeyi doğuran işlem tesis edebileceğini belirtmiştir¹⁰⁶.

Yüksek Mahkeme de, “kamulaştırma işleminin şekil yönünden iptal edildiğine göre, bunun düzeltilerek yeniden işlem tesis edilebileceğinden”¹⁰⁷; bir başka kararında “idari yargı yerince aynı konuda yeniden işlem tesisini gerektirecek biçimde işlemin iptal edilmesinden”¹⁰⁸ bahsederek yukarıda belirtilen açıklamaları teyit etmiştir. Bir başka olayda, T.C. Kadir Has Üniversitesi Mütevelli Heyeti, Üniversitenin Kuruluş ve Ana Teşkilat Yönetmeliği yürürlüğe koyduğu oturuma üyelerini faks yoluyla toplantı saatinden yaklaşık olarak 3 saat önce toplantıya davet etmiştir. İstanbul (5). İdare Mahkemesi 29.03.2002, E. 2001/1414 sayılı kararı ile anılan işlemin yürütülmesinin durdurulmasına usulsüz davetiyeyi gerekçe göstermiştir.

Çünkü, yargı yerleri işlemin hukuka aykırılığını irdelerken incelikle “dışa” yönelik sakatlıkları belirlemektedir. Şekil ve yetki unsuru bakımından yapılan bu değerlendirmenin sonucunun olumlu çıkması üzerine yargı yerleri işlemin “esas” ve maksat unsuruna yönelik hukuka aykırılıkları incelemektedir. Yargı yerleri, işlemin hukuka uygunluğunun incelenmesindeki ilk aşama olan yetki ve şekil unsurunda hukuka aykırılığı tespit ettikten sonra esas hakkında inceleme başlatmadan nihai karar vermektedirler. Yüksek Mahkeme “*yetkisiz bir idare veya kurul tarafından tesis edilmiş bir idari işlemin, idari yargı tarafından yetkisizliği saptandıktan sonra, o konuda işin esasına girilerek yargı denetimi yapılmasında hukuki isabet bulunmadığı*”nı belirtmiştir¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Sarica, **İdari Kaza**, s. 132.

¹⁰⁶ Duran, **İdare Hukuku Meseleleri**, s. 274.

¹⁰⁷ D.6.D., 12.12.1972, E. 1971/1690, K. 1972/3553, DD. S. 11, s. 248.

¹⁰⁸ D.8.D., 07.10.1996, E. 1996/3070, K. 1996/2443, DD. S. 93, s. 430.

¹⁰⁹ D.10.D., 30.11.1987, E. 1986/1002, K. 1987/1915, DD. S. 70-71, s. 534.

Bu bakımdan, yetki ve usul bakımından işlemin iptalinde, esas ve maksadın hukuka uygunluğu hakkında **kesin hüküm** niteliğinde bir karar verilmemiştir. Yani işlemin **esas hakkında herhangi bir irdeleme yapılmamıştır**. Yüksek Mahkeme, *“takdire dayalı işlemlerde yetki unsurunun öncelikle incelenmesi gerekli ve bu unsurdaki sakatlığın mutlak iptal nedeni teşkil ettiği tartışmasız ise de, kanunda sebepleri açıkça düzenlenen ve idarenin takdir yetkisinin bulunmadığı işlemlerde yetki yönünden sakatlık olsa dahi idari yargı yerince sebep ve konu yönünden inceleme yapılmasının mümkün olduğu”*nu vurgulamıştır¹¹⁰.

Kanımızca bu yaklaşım yerindedir. Çünkü, yetki sakatlıklarında işlemin doğuracağı sonuç ve idarenin yetkisinin düşünülmesi gerekir. Şayet, işlem yetki yönünden iptal edilse bile ilgili yasal düzenleme ve işleme dayanak yapılan maddi veriler ile “yetkili” idarece de aynı konulu işlem ortaya çıkarılacak ise, mahkemelerin sadece yetki değil, esas hakkında da denetim yapması gerekir. İlgili yasal düzenleme göre idarenin bağlı yeksinin bulunması halinde mahkemenin yetki unsurundaki sakatlığı tespit etmesine rağmen işlemin diğer unsurlarını da incelemesi yerinde olacaktır.

Takdir yetkisini içeren işlemlerde sebep unsurunda tartışma yaratılmış ise, mahkemenin sebep unsurunu da irdelemesi gerekir. Bu takdirde, örneğin işlemin sebep unsurunun gerçekleşmediği anlaşılır ise idarenin işlem tesisinden imtina etmesi gerekecektir. Aksinin kabulü durumunda, takdir yetkisi içeren işlemlerde de sebep unsuru sakat olduğu anlaşılır ise mahkeme sadece yetki unsurundaki sakatlıktan bahsedecektir. Mahkemenin bunu kararına yansıtması üzerine idare yeniden sebep ve muhtemelen konu unsuru bakımından hukuka aykırı işlem tesis edecektir. İşlem,

¹¹⁰ D.5.D., 28.05.1998, E. 1995/3768, K. 1998/1656, DD. S. 91, s. 518. Aynı yöndeki kararda, “takdir yetkisine dayalı işlemlerde yetki unsuru öncelikle ele alınması gerekli olan mutlak bir iptal nedeni teşkil etmekte ise de, idarenin **bağlı yetki içinde olduğu işlemlerde yetki yönünden sakatlık olsa dahi idari yargı yerince sebep ve konu unsurundaki sakatlıkların da ortaya konması ve iptal hükmünün bu gerekçeyle dayandırılması**” gerektiği belirtilmiştir. D.5.D., 12.03.1987, E. 1986/412, K. 1987/394, DD. S. 68-69, s. 368. Bu yaklaşım sadece işlemin yetki unsurundaki sakatlıklarda söz konusudur. İşlemin şekil bakımından iptalinde, esasa yönelik sakatlık bulunduğu belirlenmiş, böylelikle idareden yeniden usule uygun olarak tesis edeceği işlemde sebep ve sonucun tekrar değerlendirilmesi istenmiştir.

takdir yetkisi barındırsa da, davacının iddiasıyla veya mahkemenin re'sen işlemin sebebini inceleyen yaklaşım “**usul ekonomisi**” bakımından da önemli rol oynamaktadır.

Benzer uyuşmazlıkta, parsel maliki askıya çıkmış 1/5000 ölçekli Halkalı Nazım Planına taşınmazın yeşil alan olarak düzenlenmesinde kamu yararı bulunmadığı noktasından itiraz etmiş, itiraz yetkili belediye meclisi yerine yetkisiz belediye başkanınca reddedilmiştir. İdare mahkemesi esasa girmeden işlemi yetki unsuru bakımından iptal etmiştir. Yüksek mahkeme ise, davacının talebinde özellikle ileri sürdüğü “sebeup unsuruna” yönelik iddiaların incelenmesi gerektiğini belirterek ilke derece mahkemesi kararını bozmuştur¹¹¹.

Özetle, yargı yeri işlemin yetki unsuru bakımından iptali halinde yetkili idarenin konuyu **tekrardan ve yetkisiz idareden** bağımsız olarak tekrar ele alması gerekir. Bu durumda, işlemin sebeb unsurunda tartışma olup olmadığı önem kazanmaktadır. Şayet, idareyi harekete geçirecek hukuki veya maddi vakıa konusunda taraflar arasında ihtilaf bulunmuyor ise, bu takdirde yetkili idarenin mahkeme kararı üzerine sadece konu unsuru üzerinde takdir yetkisi bulunmaktadır. Diğer taraftan, “yetkisiz idare tarafından tesis edilen işlemin sebeb unsurunda tartışma yaratılmamış veya mahkemece re'sen araştırma sonucu hukuka aykırılık bulunmamış ise, yetkili idarenin tesis edeceği işlem de iptal edilmesi gereken işlem ile aynı sonucu doğuracaktır” Bu durumda, **mahkeme işlemi iptal etmekten imtina edebilir**.

İşlemin şekil unsuru bakımından iptalinde mahkeme, işlemin **esasa etkili** sakatlığını tespit etmiştir. Diğer ifadeyle, işlemin sebeb, konu ve maksat unsurlarına sirayet eden şekil sakatlığı bulunmaktadır. İdarenin yeniden şekil eksikliğini gidererek işlem tesisi zorunludur. Bu durumda, idarenin tesis edeceği yeni işlem ile usuli sakatlığı gidermesi ve gerekirse aynı sonuca varmalıdır.

¹¹¹ D.6.D., 13.10.1992, E. 1991/2286, K. 1992/3559(DBB).

Diğer taraftan, işlemin tesis edildiği anda yetkili olan fakat daha sonra yapılan düzenleme ile yetkisi kaldırılan idarenin yetkili olduğu anda tesis ettiği işlemin “esas yönünden” incelenmeyebileceği ileri sürülmüştür¹¹². Somut uyuşmazlıkta, turizm merkezi olarak ilan edilen bölgelerde mevzii imar planlarını onama yetkisinin Kültür ve Turizm Bakanlığına ait olduğu, Mahkemece kararın verildiği tarihte yetkisi kalkan belediye meclisinin mevzii imar planı önerisini reddeden işleminin mahkemece esasının incelenmesinde isabet bulunmadığı belirtilmiştir.

Kanımızca, karar hukuka aykırılık taşımamaktadır. İptal istemi, belediye meclisi işlemine karşı açılmıştır ve işlemin tesis edildiği tarihte belediye yetkilidir. Sonraki tarihte çıkan düzenleme önceki tarihte tesis edilen işlemlerin hukuksal sonuçlarını ortadan kaldırmış değildir. Ayrıca, belediyenin işlemi nedeniyle inşaatın geç başlamasından dolayı zarar ortaya çıkabilir. İptal hükmü ile işlemin hukuka aykırılığı tespit edilerek açılacak tam yargı davasında usul ekonomisi yönünden fayda bulunmaktadır. Tüm bu hususlar dikkate alınmadan, mahkemenin karar verdiği tarihte yetkili idarenin değişmiş olmasının iptali istenen karara etkisinin olmaması gerekir.

4.5. ŞEKİL VE YETKİ USURU BAKIMINDAN İPTAL EDİLEN HÜKMÜN YÜRÜRLÜK TARİHİ

Yargı önünde işlemin iptali istenirken işleme ait bilgilerin, künyesinin belirtilerek işlem dava dilekçesine eklenir. Yargı yeri de işlemin tesis edildiği tarihten itibaren hukuk aleminde kaldırılması gerektiğine karar verir. Bu bakımdan, işlemin hangi unsur yönünden iptal edildiğinin önemi bulunmamaktadır. Sonuç itibarıyla dava konusu işlem tesis edildiği tarihten itibaren ortadan kaldırılmıştır. **Mahkeme kararı dikkate alınarak tesis edilecek işlem yeni tarih ve numara alarak tesis edilen yeni bir işlemdir.** Mahkeme işlemin iptaline karar verinceye kadar yetkili idare veya işlemi imzalayacak kamu görevlileri de değişmiş olabilir. Kamu görevlilerinin değişmesi esas itibarıyla önemli değildir, sonucunda iptal edilen

¹¹² D.6.D., 08.10.1987, E. 1987/264, K. 1987/863(DBB).

işlemin yargılanmasında davalı olan idarenin yeniden işlem tesisi gerekir. Fakat, yetkili idarenin değişmesinde işlemin **yeniliği** daha belirgin ortaya çıkmaktadır.

Yüksek Mahkeme, Rekabet Kuruluna ilişkin verdiği kararında, “*Rekabet Kurulu kararının karşı oy yazıları olmaksızın tebliğinden sonra, karşı oy yazılarının tebliğine rağmen iptal kararı verildiği halde, davalı Kurumun iptal kararımızın açıklanması istemine ilişkin dilekçesinde yer alan **şekil noksanlığının, karşı oy yazılarını da metinde yer vermek ve kararı bu şekliyle taraflara tebliğ etmek suretiyle giderilebileceği** yolundaki ifadesinin, Rekabet Kurulu Başkanı imzasıyla gönderilen yazıdaki ‘evvelce karşı oy gerekçeleri’ olmaksızın tebliğ edilmiş olması nedeniyle bu kere söz konusu eksikliğin giderilmesini teminen şeklindeki ifadenin, duruşma sırasında iptal kararı üzerine dava konusu işlem dışında başka bir işlem tesis edilmediğine ilişkin tarafların beyanlarının ve karşı oy gerekçelerinin iptal kararı üzerine Resmi Gazete’de yayımlanmasının ve davacıya gereğinin yerine getirilmesi amacıyla tesis edildiği sonucuna ulaşıldığından, davalı idarenin işlemin yargı kararı gereğinin yerine getirilmesi niteliğinde yeni bir işlem olmadığı, karar düzeltme aşamasında karşı oy yazılarının da tebliği suretiyle yargı yerince esasa girilmesi halinde davacının karşı oy yazılarını da bilmesinin ve yararlanmasının amaçlandığı yolundaki iddiaları yerinde görülmemiştir... **İptal edilen işlem geriye yürür biçimde ve tesis edildiği tarih itibarıyla hukuk düzeninden kalkmış bulunduğundan usulüne uygun olarak ve tesis edildiği tarihte yürürlüğe girebilecek yeni bir işlem yapılması zorunlu bulunmaktadır.** Uyuşmazlık konusu olayda, Rekabet Kurulunun 17.06.1999 tarihinde birden fazla kişisel iradenin bulunması ve konunun müzakere edilmesini gerektiren bir kolektif işlem olması dikkate alınarak, sonradan tebliğ edilse bile esas kurul kararının tebliğ tarihinde karşı oy yazılarının tebliğ edilmemesinin esas etkileyen bir sakatlık olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir. Buna karşın iptal edilen Kurul kararı karşı oy yazıları da eklenerek Rekabet Kurulu Başkanınca imzalanan bir üst yazıyla yeniden tebliğ edilmiştir./ Bu durum karşısında, Kurulca, verildiği tarih itibarıyla yürürlüğe girecek, yeni bir karar verilmek suretiyle işlem tesis edilmesi gerekirken karşı oy yazılarının sonradan tebliğ edildiği bilindiği halde işlemin ‘kolektif’ işlem olması göz önüne alınarak verilen iptal kararı gerekçesi ve iptal edilen kararın ortadan kalktığı dikkate alınmadan iptal edilen kararın karşı oy gerekçelerinin eklenerek Kurul Başkanınca imzalanan bir üst yazıyla yeniden tebliğ edilmesi suretiyle tesis edilen işlemde hukuka uygunluk” bulunmadığını belirterek yukarıdaki açıklamaları teyit etmiştir¹¹³.*

¹¹³ D.10.D., 23.12.2003, E. 2002/3686, K. 2003/5292, DKD. S. 4, s. 299.

Kural olarak idari işlemler hukuksal etkilerini “geriye dönük” olarak doğurmazlar. Mahkemenin işlemi yetki ve şekil unsuru bakımından iptali üzerine idarenin yeniden bir irade açıklaması, yeni bir işlem tesisi gerekmektedir. İdare hukukunun işlem teorisine göre yeni tarihli işlemin hukuksal etkilerini ileriye dönük olarak göstermesi zorunludur.

Uler, bu noktada ikili bir ayırım yapmaktadır. “İptal olunan işlem, sakat olmadan yapılabilme koşullarını sonradan kazanmış ise, örneğin sonradan çıkan bir kanun bu işlemin yapılabilme olanağını açmışsa, işlem yenidir, geçmişte yapılmış sakatlığa etkisi olamaz, yenilenmesinden başlayarak geçerli olur. İptal edilen işlem, sakat olmadan yapılabilme koşullarını yapıldığı sırada da taşıyor ise, işlem görünüşte yenidir. İlk işlemin yapıldığı tarihten başlayarak geçerli olur, yani geriye yürür. Geri yürümenin kişi yararına olduğu durumlarda zaten iptal kararının sonucu ve gereğidir.”¹¹⁴

İdare, yeni tesis edeceği işlemin hukuksal sonuçlarını kişinin “lehine” olduğu durumlarda “geriye götürmesi” mümkündür. Bu durumda hukuksal boşluk doğması da engellenmiş olacaktır. Yüksek Mahkeme, “idarenin bağlı yetki içinde bulunduğu durumlarda, iptal edilen işleminin yerine aynı doğrultuda tesis ettiği ikinci işlemini birinci işlem tarihinden geçerli olarak yürürlüğe koymasında idare hukuku kurallarına aykırılık bulunmadığını” belirtmiştir¹¹⁵. Mahkeme tarafından varılan sonuca kısmen katılmaktayız. İşlemin hukuksal sonuçlarının geriye yürütmesinde kriterin “ilgilinin” lehine olan durumun korumasıdır. Bunun dışında, idarenin bağlı veya takdir yetkisi içinde hareket etmesi değildir. Önemli olan ikinci işlemin de ilk işlem ile aynı sonucu doğurmasıdır. Zaten, ikinci işlem yeni bir hukuksal sonuç doğuruyor ise ikinci işlemin etkilerinin geriye yürütmesi mümkün olmamaktadır. Sonuç olarak, ikinci işlem iptal edilen birinci işlem ile aynı sonucu doğurup ilgilisi lehine ise geçmişe yönelik etkiler doğurabilir.

¹¹⁴ Uler, *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, s. 98

¹¹⁵ D.5.D., 24.12.1991, E. 1990/2882, K. 1991/2566, DD. S. 84-85, s. 296.

İşlemin aynı konuda yeniden karar verilecek şekilde iptali halinde, ikinci işlemin birincisinin “devamı” olduğunun kabulü gerekebilir. İkinci, işlem birinci işlem ile korunan hukuksal sonuçların devamına olanak tanıyabilir.

4.6. ŞEKİL VE YETKİ EKSİKLİĞİNİN SONRADAN DÜZELTİLMESİ

İşlemdaki eksikliğin yargılama sürerken veya yargıya henüz gidilmeden giderilmesi halinde işlemin sıhhatinin tartışılması gerekmektedir. Bu noktada, konunun iki başlıkla, yetki ve usul olarak ele alınması yerinde olacaktır.

İşlemdaki eksikliğin yargıya gitmeden önce düzeltilmesinin herhalde dava açma süresi içinde olması gerekir. Bilindiği üzere, idare dava açma süresi içinde işlemlerinde hukuka aykırılıklarını giderebilir. Bu noktada usuli eksikliğin niteliğinin de önemi bulunmaktadır. Örneğin, danışma işleminin bulunmaması halinde idarenin tesis ettiği işlemi dava açma süresi içinde askıya alması, danışılan makamın iradesini beklemesi, buna göre gerekiyor ise yeni bir irade tesis etmelidir. Danışılan iradenin esasa değiştirmeyecek ise, işlemin icralığının tekrardan temin edilir.

Yetki unsuru kamu düzenindendir. Bu nedenle, **işlemin tesisi aşamasında mutlaka bulunması gereken unsurdur ve sonradan ihyası mümkün değildir.** Yani, yetkili idarenin yetkisiz idarenin tesis etmiş olduğu işleme muvafakat vermesi mümkün değildir. Bu durum, idarenin yetkisiz olarak tesis ettiği işlemlerin zaman sınırlaması, dava açma süresi veya daha sonraki tarihte hiçbir şekilde ihyasına olanak tanınmaması anlamına gelmektedir.

Şekil ise, daha önceki açıklamalarımızda da belirtildiği üzere tolare edilebilir nitelik taşımaktadır. Hatta Fransız Danıştay’ı bazı durumlarda usuli aksaklıkların ilginin **rızası** alınarak giderilebileceğini belirtmiştir¹¹⁶. Gözler, Fransız Danıştay’ının hangi konularda ilgilinin rızasının işleme sıhhat kazandıracağını belirtmemiştir. Kanımızca, “**salt bireysel nitelik taşıyan işlemlerde**” bu durum ilgili lehine konulmuş

¹¹⁶ Gözler, *İdare Hukuku*, C. I., s. 767.

bulunan usuli hakların kullandırılmaması veya eksik kullandırılması halinde ilgilinin rızasının geçerli olabilmesi mümkündür. Veya savunma hakkı kullandırılmayan ilgilinin bu hususu yargı aşamasında ileri sürmemesi, yargılama aşamasında ilgilinin bu duruma rıza göstermesi halinde işlemin geçerli olup olmayacağı tartışılabilir. Bu durumda, ilgilinin savunma vermemesinin hukuksal sonucu eylemin gerçekleşmediğini, iddianın reddi anlamına geleceğinden istisna teşkil etmeyen durumlarda işlemin sadece savunma verilmemesi nedeniyle reddi mümkün olmayabilir. Bu tip istisnalar dışında, ilgilinin rızasının mümkün olmaması gerekir. Özellikle, iptal davası açıldıktan sonra işlemin yargılanması objektif nitelik olacaktır.

Yüksek Mahkeme, "...Doçentlik Sınav Yönetmeliğinin 6. maddesinde 'doçentlik sınav komisyonu, adayların dilekçelerinde belirttikleri bilim veya sanat dallarına uzmanlık ve araştırma konularına göre ad çekme usulü ile jürilerin asil ve yedek üyelerini gün ve yer belirleyerek seçer ve Üniversitelerarası Kurul'un onayına sunar. Jüriler söz konusu bilim veya sanat dalındaki beş profesörden oluşur. Öğretim üyesi sayısı yeterli ise asil üyelerin her biri değişik üniversitelerin veya aynı üniversitenin değişik fakültelerinin öğretim üyeleri arasından seçilir. Her jüri için dört de yedek üye seçilir. Varsa, yedek üyelerden ilk ikisi toplantının yapılacağı şehirdeki üniversitelerin öğretim üyeleri arasından seçilir. ...Aynı bilim veya sanat dalında yeter sayıda üye bulunmadığı veya adayın bilim, sanat dalı uzmanlık ve araştırma konularının özelliği zorunlu kıldığı takdirde, yakın bilim veya sanat dallarından jüri seçimi yapılabilir. Yeterli sayıda üye bulunmadığı hallerde jüride beş asil üye kalmak şartıyla yedek üye sayısı ikiye kadar düşürülebilir. Jürinin bu şekilde de teşmiline imkan bulunmadığı hallerde jüri sayısı üç olarak kabul edilir ve bu takdirde varsa bir veya iki de yedek üye seçilir' hükmü yer almıştır...Maddenin bu düzenleniş biçimi, adayın bilim veya sanat dalı, yoksa en yakın bilim veya sanat dalından seçilen beş profesörden oluşan jüriyi öncelikle aramaktadır. Temyize konu kararla ilgili dava dosyasının incelenmesinden; 22.10.1990 gününde, tarımda Enerji Kullanımı bilim Dalında doçentlik sınavı yapabilecek profesörlerin isimlerinin Danıştay Sekizinci Dairesince Üniversitelerarası Kurul'a sorulduğu ve idarenin verdiği 04.03.1991 günlü cevapta, beşi ana daldan on dördü ise yakın bilim dalından olmak üzere on dokuz profesörün isimlerinin bildirildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, Doçentlik Sınav Yönetmeliğinin 6. maddesi hükmü uyarınca yakın bilim dalı gözönünde bulundurularak beş kişilik jüri oluşturma imkanı varken, bu yapılmayarak, ... jüri oluşumunda en son çözüm olarak öngörülen üç kişilik jüri belirlenmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir. Ayrıca jürinin oluşumundaki hukuka aykırılığın, davacı tarafından benimsenmesi gibi kabule katılma olanağı da bulunmamakta ve bu durumdaki bir işlemin süresi içinde olmak koşuluyla dava konu edilebileceği" belirtmiştir¹¹⁷.

Bu karardan da anlaşılacağı üzere, "**kamu düzenini**" ilgilendiren veya esasa etkili hukuka aykırılıklara ilgilinin önce rıza göstermesi, işlemin kendi üzerinde

¹¹⁷ D.İ.D.D.G.K., 05.11.1993, E. 1991/254, K. 1993/530, DD. S. 89, s. 106.

uygulanmasına fırsat vermesiyle daha sonra ortaya çıkan işlemi sonucuna rıza göstermiş olmaz. Usuli eksikliği yasal süresi içinde dava konusu edebilir.

İdareler, işlemlerinde “**maddi hataları**” her zaman düzelttebilmelidirler. Tasarının 20. maddesinde “işlem metnindeki tarafların **adı, soyadı, unvan ve adreslerine ilişkin yanlışlıklar ile hesap ve benzeri maddi hataların re’sen ya da istek üzerine her zaman düzeltilebileceği**” belirtilmiştir. Maddi hata, işlem tamamlandıktan sonra düzeltilmesi zorunlu olan ve fakat işlemin esasını değiştirmeyen yanlışlıklardır. Örneğin, ilgisinin isminin yanlış yazılmasında olduğu gibi, adın yanlışlığı işlemin muhatabı değiştirecek ise yanlışlığın düzeltilmemesi gerekir. Çünkü, kişi bakımından yetkisiz bir işlem söz konusudur, iptal edilmelidir. Şayet, işlem metnindeki ilgilinin kişiliği değişmiyor ise yanlışlığın “düzenli idare” olarak düzeltilmesi zorunludur.

Bunun dışında, usuli eksiklerin işlem tesisinden sonra da giderilmesi mümkündür. Kanımızca, bu noktada da yine işlemin esasını etkileyen ve etkilemeyen usul sakatlığının dikkate alınması gereklidir. Yüksek Mahkeme, “3194 sayılı Yasanın 18. maddesi uyarınca yapılan parselasyon işlemindeki şekil eksikliğinin daha sonra alınan encümen kararı ile giderilmiş olduğu idarelerin işlemleri düzeltilebileceği ilkesi gereği yeniden bir karar verilmesi gerektiğini” belirtmiştir¹¹⁸. Kararda esasa etkili olmayan şekil sakatlığı “davacının parselinin parselasyon kararında yanlışlıkla gösterilmediği, ancak şekil noksanlığının daha sonra ortadan kaldırılmasının” mümkün olduğu belirtilmiştir. Görüleceği üzere, imar uygulamasına başlanmış, ihtilaf konusu parselde bu uygulamada yer almış ve hataen parsel numarasının yazılması unutulmuştur. Bu durumda, şekil noksanlığı daha sonradan giderilebilecek nitelik taşımaktadır. Çünkü, esasa ilişkin herhangi bir iddia ve değişiklik yapılmamıştır.

Başka bir olayda, “belediye encümeninin kararın iptali dileğiyle açılmış, İdare mahkemesince; dosyanın incelenmesinden belediyece Arsa Ofisine başvurulmadan

¹¹⁸ D.6.D., 13.06.1994, E. 1993/3030, K. 1994/2444, DD. S. 90, s. 664.

doğrudan doğruya kamulaştırma işleminin tesis edildiği, bu işleme karşı açılan dava devam ederken anılan genel müdürlüğe başvurularak, talebin karşılanamayacağı yolunda yazı alındığı, **bu durumda başlangıçta eksiklik olan halin giderilmiş olması karşısında işlemde bu yönüyle mevzuata aykırılık**” bulunmadığına karar verilmiştir¹¹⁹.

Mülkiyeti Hazineye ait arsa vasfında bir taşınmaz 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uyarınca ihaleye çıkarılmıştır. Taşınmazın en büyük özelliği üzerinde mevcut yapı olmamasına karşın, daha önce bulunan yapının korunması gerekli eski eser olarak tescil edilmiş bulunmasıdır. Bu durumda, malik yeni bir bina inşa etmek istediğinde korunması gerekli eski eser ile aynı mimari özelliklere sahip bir yapı inşa edebilecektir. Hazine, korunması gerekli eski eser niteliğini bilmesine karşın ihale aşamasından önce Kurul’dan herhangi bir izin almamıştır. 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 13. maddesinde “*Hazineye ve diğer kamu kurumu ve kuruluşlarına ait olup usulüne göre tescil ve ilan olunan her çeşit korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlığı ile bunlara ait korunma sınırları dahilindeki taşınmazlar **Kültür ve Turizm Bakanlığının izni olmadan gerçek ve tüzel kişilere satılamayacağı, hibe edilemeyeceği***” belirtilmiştir.

Maliye Bakanlığı ihale aşamasından önce Kültür ve Turizm Bakanlığından izin almamış, dava aşaması devam ederken Bakanlığa görüş sorularak izin temin edilmiştir. İstanbul (6). İdare Mahkemesi 28.01.2002 tarih ve 2000/1178, K. 2002/50 sayılı kararı ile “işlemdeki usul sakatlığının daha sonra giderilemeyeceğine karar vererek” ihale işlemini iptal etmiştir. Yüksek Mahkeme ise, konuyu temyizen incelemiş ve “**idarelerin hatalı işlemlerini düzeltebilecekleri ilkesi karşısında, ihale sırasında 2863 sayılı Yasanın 13. maddesi uyarınca alınması gereken iznin sonradan sağlanarak eksikliğin giderildiğinin ve bu suretle satış işleminin hukuken geçerli hale**” geldiğini belirterek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur¹²⁰.

¹¹⁹ D.6.D., 18.04.1989, E. 1988/1646, K. 1989/912, DD. S. 76-77, s. 447.

¹²⁰ D.10.D., 18.11.2002, E. 2002/4190, K. 2002/4435(DBB).

Kanımızca, Yüksek Mahkeme kararı hukuka uygunluk taşımamaktadır. Nitekim, Bakanlık izninin olmaması esasa etkili bir sakatlıktır. Devlete Ait Taşınmaz mal, Satış, Trampa, Kiraya Verme, Mülkiyetten Gayri Ayni Hak Tesis, Ecrimisil ve Tahliye Yönetmeliğinin (6). maddesinde *“ihale konusu işlerin her türlü özelliğini gösteren şartname ve varsa eklerinin idarece hazırlanacağı”* belirtilmiş, Yönetmeliğin (14). maddesinde de *“ihale yapıldıktan sonra şartname ve eklerinde değişiklik yapılamaz. Değişiklik yapılması zorunlu olursa, bunu gerektiren zorunluluklar bir tutanakla tespit edilerek önceki ilanların geçersiz sayılacağı ve işin yeniden aynı şekilde ilan olunacağı”* belirtilmiştir.

İhaleye çıkarılan taşınmazın *“niteliğini”*, *“bedelini”* ve *“yapılaşma şartlarını”* ve *“geleceğe ilişkin hak ve yükümlülükler getiren”* işlemin, özetle taşınmazın tüm vasıflarını değiştiren iznin *“esasa etkili olmayan”* usuli sakatlık olarak değerlendirilmesi hukuka aykırılık taşımaktadır.

Esasa etkili olmayan şekil sakatlıkları işlemin tesisinden sonra giderilebilmektedir. Aslında, yargı yerleri işlemin esasına yönelik değişikliklerinde sonradan yapılabilmesine olanak tanımaktadır. Bakanlık tarafından re’sen onanan imar planı değişikliği ile ihtilaf konusu taşınmazın kamulaştırma amacına ayrıldığı, böylece kamulaştırmanın imar planına uygun hale geldiği anlaşıldığından kamulaştırma işlemi imar planına aykırılık oluşturmayacağını ileri sürmüşlerdir¹²¹. Kamulaştırma işleminin sebebini oluşturan imar planının daha sonraki tarihte değiştirilerek imar planına uygun hale getirilmesinin kabulü işlemin sebep unsurunun sonradan ihyası anlamına gelmektedir. Bu nedenle, yargı yerlerinin işlemin ihyasına ilişkin somut bir kriterinin bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Kanımızca, işlemde yer alan esasa etkili olmayan eksikliklerin sonradan giderilmesine olanak tanınması yerinde olacaktır. Bunun ötesinde, işlemin sebep unsurunun bile ihyasına olanak tanınmasının mümkün olmaması gerekir.

¹²¹ D.6.D., 06.06.1990, E. 1990/149, K. 1990/1203, DD. S. 81, s. 223.

SONUÇ

İdari usul, bilgi edinme hakkı ile bütünleşmiş bir kavramdır. Çalışmamızda vurgulandığı üzere Ülkemizde bilgi edinme hakkı idari usul sürecinden ayrılmış, ayrı bir çalışma gibi kanunlaştırılmıştır. Halbuki, Başbakanlık tarafından yetkilendirilen Kurul ve çalışmamızda “**Tasarı**” olarak nitelendirilen metinde her iki başlık “Amerikan İdari Usul” Yasasında olduğu gibi bütün olarak ele alınmıştır. Bu nedenle, öncelikle her iki metnin birleştirecek çalışmanın yapılması zorunludur.

Giderek önem kazanan “**eşitlik**” kavramının güncellik kazanmasında idari usul önemli rol oynayacaktır. İdare, aldığı kararları açık ve ilgilinin iradesini dikkate alarak tesis etmek zorunda kalacaktır. Katılım hakkının tanınması işlemin her türlü aşamasının ilgililerince takibine olanak sağlayacak, hizmetin karşısında yararlanan konumunda olanların ikna edilmesi temin edilecektir. Yararlananlar, kendileri hakkında tesis edilen işlemde önce diğer uygulamalarda da idarenin tavrını öğrenme hakkına sahip olacaklardır. Bu durumda, ilgililerin idarenin tavrı konusunda “objektif” olduğuna olan inancı artacaktır. “**İdarenin istikrarlı**” olması işlemde etkilenenlerin kafasındaki bir çok şüpheyi ortadan kaldıracak idareye olan inanç artacaktır. İstikrar, işlemlerde yapılan hataların azalmasına neden olacak, idarenin işlemin geri veya kaldırma iradesine sahip olduğu halleri azaltacaktır. Bu eksilme, ilgililerin hukukunun korunmasını sağlayacaktır. Aynı zamanda, istikrar ilkesinin uzantısı olarak idarenin idareye güven veya haklı beklenti sonucu oluşan zararları karşıladığı durumlar azalacaktır.

İdarenin yargı yoluyla denetimi pahalı ve uzundur. Pahalılık kavramını maddi anlamda kullanmak yanlış olacaktır. Çünkü, iptal davasının açılması az bir meblağ ödenerek gerçekleştirilmektedir. Fakat, yargıdan istenilen kararın alınması uzun zaman almakta, çoğu zaman kararın faydası kalmamaktadır. Bu nedenle, somut durum karşısında ilgililerin maddi ve manevi kaybı büyük olmaktadır. İdareye tanınan yetkinin denetiminin bağımsız bir organ tarafından yapılmasında fayda olmakla birlikte, yetkinin “kullanıldığı” anda denetim yapılması da yararlı olacaktır.

Bu denetim, kamu görevlilerinin sorumluluk bilincini arttıracak, işleme ait verilerin eksiksiz olmasını sağlayacaktır. Hakkında geniş bilgi olan işlemin yargı denetimi basit ve çabuk gerçekleşecektir.

İdari usul ile ilgililerin katılımı önem kazanacaktır. Katılım, işlem aşamasında demokrasi bilincinin artmasını sağlayacaktır. Demokrasi bilinci artan idare yararlananların haklarına daha fazla saygı gösterme istencine sahip olacaktır. Hukuk Devletin gerçekleştirmesindeki en önemli aracın idari usul olduğunu belirtmiştik. Gerçekten, Hukuk Devletin sonucu olan işlemlerin hukuka uygunluğunda idarenin katılım süreci ile hukuk sınırları içine çekilmesine bağlıdır. Bu bağlamda, idarenin serbest hareket alanının, sebep, konu ve maksat unsurunun daha kolay irdelenmesi mümkün olacaktır. Çünkü, idarenin tavrı işlemin tesis aşamasının en başından beri ortada olacaktır.

İdari usul süreci ile sağlanmak istenen fayda ile getirilecek aşırı şekilciliğin dengelenmesi gerekir. Sonuç itibarıyla idari usul kuralları ilgililerin hukukunu korumak amacıyla düzenlenmiştir. Bu korumanın ilgilinin hukukuna zarar verici boyuta getirilmemesi gereklidir.

Genel İdari Usul Kanunu işlemlerin yargısal denetiminde farklılaşmaya yol açacaktır. Önceleri içtihat halinde olan kimi kurallar kanunla usuli kural haline getirileceğinden yargının esasa etkili – olmayan usuli sakatlık kavramını yeniden gözden geçirmesi ihtiyacı ortaya çıkacaktır.

İdari usulün kanunlaşmasının idare cihazını yavaşlatacağını düşünmemektediriz. İlk başta, idarenin idari usul sürecini gerekçe göstererek yavaş davranması, düzenlemeye tepki vermesi mümkün olmakla birlikte düzenleme ile birlikte idarenin belirli süre içinde davranma zorunda kalması gerekeceğinden idarenin yavaşlayacağı tezine inanmamaktayız.

İdari usulün yasal düzenleme haline getirilmesi yeterli değildir. Aynı zamanda, idari usul sürecine ilişkin “toplumsal bilincin” de yaygınlaştırılması

gerekmektedir. Bu bilince sadece kamu görevlilerinin sahip olması yetmez, aynı zamanda idarenin karşısında, yanında oturacak olan kamu yararı savcılarının – muhataplar – da kendilerine tanınan hakları özümsemesi gerekir.

İdari usul sürecinin kanunlaşmasına ilişkin ilk temenninin Azrak tarafından 1964 yılında yapıldığı ve üzerinden yaklaşık 40 yıl geçmesine karşın çalışmanın sonuç kısmının halen temenniden öteye geçememiş olması karşısında, çalışmamızın üzerinden bu kadar uzun zaman dilimi geçmeden Türk Bürokrasi hayatına katkısı olacağına inandığımız idari usulün kanunlaşması istemiyle.



KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu, Tekin : “İmar Kanunu ve Yönetim Hukuku”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 19, S. 2, Haziran 1986, s. 93 – 100.
- Akıllıoğlu, Tekin : “Saklı Yetki Kavramı”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. II, S. 3, Ankara, Eylül 1978, s. 73 - 83
- Akıllıoğlu, Tekin : “Yönetimde Açıklık – Gizlilik Bilgi Alma Hakkı”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi**, II. Kitap, Kamu Yönetimi, 1990, s. 805 - 821.
- Akıllıoğlu, Tekin : “Yönetimsel İşlemlerde Gerekçe İlkesi”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 15, S. 2, Ankara, Haziran 1982, s. 7- 19.
- Akıllıoğlu, Tekin : “Yönetimsel İşlemlerde Yürürlüğe Giriş Sorunu”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. XII, S. 2, Ankara, 1982, s. 33 - 44.
- Akıllıoğlu, Tekin : **Yönetim Önünde Savunma Hakları**, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları No 26, Ankara, 1983.
- Akıllıoğlu, Tekin : “Bireyin Yönetimsel İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz”, **Amme İdaresi Dergisi**, , C. 14, S . 3, Ankara, 1981, s. 37 - 56.
- Akıllıoğlu, Tekin : “Yönetimsel Yargı ve Denetimin Etkinliği”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 23, S. 1, Ankara, Mart 1990.

Akıncı, Müslüm : **Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombusman**, Beta, İstanbul, 1999.

Akılmaz, Bahtiyar : **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Kitapevi, Ankara, 2000.

Alan, Nuri : “Danıştay 135. Kuruluş Yıldönümü Açılış Konuşması”, **Danıştay Kararları Dergisi**, Yıl 1, Sayı 2, 2003, s. 1- 28.

Alan, Nuri : “İdari Usul ve İdari Yargı”, **Danıştay Dergisi**, Yıl 30, Sayı 102, Ankara, 2000, s. 3 - 15.

Alan, Nuri : “İdari Yargının Dünü, Bugünü, Sorunlar ve Çözümü”, **Yeni Türkiye Dergisi**, Yargı Reformu Özel Sayısı, Yıl 2, Sayı 10 Temmuz – Ağustos 1996, S. 707 - 731.

Alan, Nuri : “İptal Davalarının Ön ve Esaslan Kabul Şartları”, **Danıştay Dergisi**, Sayı 50 – 51, Ankara,

Alan, Nuri : “Savunma Hakkı”, **Danıştay Dergisi**, Yıl 23, S. 87, Ankara, 1993, s. 17- 26.

Alangoya, Yavuz : **Medeni Usul Hukuku Esasları**, y.y., İstanbul, 2000.

Alangoya, Yavuz : **Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler**, Fakülte ler Matbaası, İstanbul, 1979.

Alpar, Erol : **Yönetimin Hareket Serbestisi Alanının Yargısal Denetimi ve Sınırları**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990.

- Altıparmak, Kerem : “Due Process of Law Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme”, **Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXXXV, S. 1-4, 1995, s. 219 - 251.
- Aman, Alfred C. - Mayton, William T. : **Administrative Law**, West Publishing Group, St. Paul, 1998.
- Aman, Alfred C. : “Information, Privacy, and Technology : Citizens, Clients, or Consumers?”, **Freedom Of Expression And Freedom Of Information**, Ed. By., Jack Beatson, Yvonne Cripps, Oxford University Presss, New York, 2000, pp. 335 - 348.
- Aman, Alfred C.: “Proposals For Reforming The Administrative Procedure Act : Globalization, Democracy and The Furtherance of a Global Public Interest”,(Çevrimiçi)
[indiana.edu/archive/06.02/pdf/aman.\(14.08.2002\)](http://indiana.edu/archive/06.02/pdf/aman.(14.08.2002))
- Ar, Fikret : “Bürokratik İşlemlerin Basitleştirilmesi ve İptal Edilen Yetki Kanunu”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. XXVI, S. 1, Ankara, Mart 1993, s. 185- 196.
- Armağan, Servet : **Dilekçe Hakkı ve 1961 Anayasası**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972.
- Arslan, Ramazan : **Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, Genel Dağıtım, Ankara, 1989.
- Asimov, Micheal : “The Fourth Reform : Introduction To The Administrative Law Review Symposium On State Administrative Law”,
Administrative Law Review, Volume 53, Number 2, Spring 2001, pp. 395 -403.

- Aslan, Yılmaz : “Rekabet Soruşturmalarında Şikayetçinin Pozisyonu”,
Danıştay Dergisi, Yıl 33, Sayı 105, Ankara, 2003, s. 11 - 30.
- Aslan, Zehreddin - Berk, Kahraman : **İdare Hukuku ve İdari Yargıya İlişkin Temel Kanunlar**, Alfa Kitapevi, İstanbul, 2003.
- Aslan, Zehreddin : **İdari Yargı’da Yürütmenin Durdurulması**, Alfa, İstanbul, 2001.
- Atay, Cevdet : **Devlet Yönetimi ve Denetimi**, Alfa Kitapevi, İstanbul, 1999.
- Atay, Ethem - Odabaşı, Hasan - Gökcan, Tahsin : **İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- Attorney General’s Manuel On The Administrative Procudure Act : (Çevremiçi)
<http://www.law.fsu.edu/library/admin/1947i.html>.(20.04.2003).
- Azrak, A. Ülkü : “İdari Usulün Kodifikasyonuna İlişkin Sorunlar”, **İdari Usul Kanunu Hazırlığı, Uluslararası Sempozyum**, Ankara, 17-18 Ocak 1998, s. 86 - 94.
- Azrak, A. Ülkü : “İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler”,
Onar Armağanı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 145-165.
- Azrak, A. Ülkü : “İptal Davalarının Objektif Niteliği”, **Hukuk Kurultayı 2000**, C. III, Ankara, 2000, s. 331 - 336.
- Azrak, A. Ülkü : **Umumi İdari Usulün Esasları ve Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Gelişimi**, Yayınlanmamış Doktora Çalışması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1964.

- Azrak, Ali Ülkü : **“Dünyada ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar”**, Yayınlanmamış Bildiri, s. 1- 10.
- Azrak, Ali Ülkü : **“Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Kararlarında Beliren Hukukun Genel İlkeleri”**, **Avrupa Topluluğu Hukuku Sempozyumu**, Danıştay Matbaası, Ankara, 1989, s. 103- 119.
- Azrak, Ali Ülkü : **“İdari Usul ve Yasalaştırılması”**, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İkinci Kitap, Kamu Yönetimi**, Ankara, Mayıs 1990, s. 821 - 834.
- Azrak, Ali Ülkü : **“Umumi İdari Usul ve Kodifikasyonu Meselesi”**, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXXIII, S. 1-2, s. 66 - 82.
- Azrak, Ali Ülkü : **“İdarenin Yargısal Denetimine İlişkin Sorunlar”**, yayınlanmamış bildiri, s. 1-27.
- Bal, Yakup - Karabulut, Mustafa - Şahin, Yahya : **Danıştay 10. Daire Kararları**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2003.
- Bal, Yakup - Karabulut, Mustafa - Şahin, Yahya : **İdari Yargılama Usulü İle İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- Balta, Tahsin Bekir : **İdare Hukuku Ders Notları**, y.y., Ankara,, 1968/1970.
- Balta, Tahsin Bekir : **İdare Hukuku I, Genel Konular**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No 326, Ankara, 1970/1972.

- Banger, Gürol : “Türk Kamu Yönetiminin İdari Usul Hakkında Düşünceleri Araştırma Anketi Sonuçları”, **İdari Usul Kanunu Hazırlığı, Uluslararası Sempozyum**, Ankara, 17-18 Ocak 1998, s. 104 -111.
- Barron, Jerome A. - Dienes, C. Thomas : **Constitutional Law**, West Publishing Company, St. Paul, 1987.
- Başözen, Ahmet “Kamu Bürokrasisi ve Denetim Yolları”, (Çevrimiçi) <http://www.dicle.edu.tr/dictur/suryayin/khuka/kamubrokrasisi.htm>, (01.08.2001).
- Bereket, Zühal : **Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay**, Yetkin Kitapevi, Ankara 1996.
- Berg, Richard K. - Klitzman, Stephen H. : **An Intepretive Guide To The Goverment In The Sunshine Act**, y.y., Washington, 1978.
- Berk, Kahraman : “İdari Yargıda Müdahilin Temyiz Hakkı”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 74, S. 10-11-12, İstanbul, 2000, s. 1120 - 1131.
- Berk, Kahraman : **İdari Usul Yasası, Madde Gerekçeleri**, Günışığında Yönetim, Alfa Yayınevi, İstanbul, 2003.
- Berkarda, Kemal : “Amerika’da İdare Hukuku Var Mı?”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, İstanbul, Yıl 2000, C. 13, S. 1-3, s. 87 - 107.
- Bilgen, Pertev : **1961 Anayasası’na Göre Sıkıyönetim**, y.y., İstanbul, 1976.
- Bilgen, Pertev : **İdare Hukuku Dersleri**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1999.
- Bonnard, Rogger : **İdarenin Kazai Murakebesi**, Çev : Ahmed Reşid Turnagil, İstanbul Devlet Basımevi, İstanbul, 1939.

Brown, L. Neville - Bell, John S. : **French Administrative Law**, (Fourth Edition), Clarendon Press, 1993.

Candan, Turgut : “İdari Yargı Kararlarının Uygulanması”, **İdari Yargı Panel**, Mersin, 11-12 Nisan 2003, s. 212 -263.

Cane, Peter : **An Introduction To Administrative Law**, (Second Edition), Oxford University Press, New York, 1993.

Cate, Fred - Fields, Annnette : “James Mcbain, The Right To Privacy And The Public’s Right To Know”, **Administrative Law Review**, Volume 46, Winter 1994, pp. 41 - 74.

Çağlayan, Ramazan : **İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000.

Doğru, Osman : **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, Beta, , İstanbul, 2002, C. I.

Duran, Lütfi : “İdari İptal Davası Olağan ve Genel Bir Başvuru Yoludur”, **İnsan Hakları Yıllığı**, TODEİ, C. 19-20, , Ankara, 1997-1998, S. 187 - 195.

Duran, Lütfi : “İdari Usul İlkeleri ve Kapsadığı Konular”, **İdari Usul Kanunu Taslağı**, Uluslararası Sempozyum, Ankara, 17- 18 Ocak 1998, s. 26-35.

Duran, Lütfi : **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

- Duran, Lutfi : “İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sukutu Meselesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. XII, Sayı 1, 130 - 199.
- Edelstam, Gunilla : “The European Union And The Common Values Of Democracy And Rule Of Law”, **European Law Review**, Volume 14, No 1, Spring 2002, pp. 767 - 773.
- Eken, Musa : “Kamu Yönetiminde Gizlilik Geleneği ve Açıklık İhtiyacı”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 27, S. 2, Haziran 1994, s. 25 - 54.
- Erkut, Celal : “İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi**, Birinci Kitap, Danıştay Yayınları No 53, Danıştay Matbaası, Ankara, 1991, s. 109 - 115.
- Erkut, Celal : **Hukuka Uygunluk Bloku İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi**, Kavram Yayınları, İstanbul, 1996.
- Erkut, Celal : **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990.
- Erkut, Celal : **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı**, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2004
- Eroğlu, Cem : **Devlet Yönetimine Katılma Hakkı**, İmge Kitapevi, İstanbul, 1999.
- Eryılmaz, Bilal : “Kamu Bürokrasisinin Denetlenmesinde Yeni Gelişmeler”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. XXVI, S. 4, Ankara, Aralık 1993, 81 - 105.

- Esin, Yüksel : **Danıştay'da Açılacak Tam Yargı Davaları**, II. Kitap, Esas, y.y., Ankara, 1973.
- Fındıklı, Remzi : “Yönetimde Açıklık – Açık Yönetim”, **Türk İdare Dergisi**, Yıl 68, Eylül 1996, s. 103 -111.
- Fişek, Kurthan : **Yönetime Katılma**, TODEİ Yayınları, Ankara 1977
- Garcia, E. Malaret : “Demokratik Kontrol ve Katılım”, yayınlanmamış bildiri, **AnayasaHukuku Uluslararası Kongresi**, Ankara 9- 13 Ocak 2001.
- Gellhorn, Ernest - Boyer, Barry B. : **Administrative Law and Process**, West Publishing Company, Minnesota, 1982.
- Gellhorn, Ernest - Levin, M. Ronald **Administrative Law And Process**, (Third Edition), St. Paul, Minnesota.
- Giritli, İsmet - Bilgen, Pertev - Akgüner Tayfun : **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2001.
- Gökalp, Ali Sıtkı : “İptal Davaları”, **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, Danıştay Matbaası, Ankara, 1986, s. 440 -480.
- Gözler, Kemal : **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2002.
- Gözler, Kemal : **İdare Hukuku**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2003, C. I.
- Gözler, Kemal : **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Kitapevi, Bursa, 2000.
- Gözübüyük, Şeref - Güven, Dinçer : **İdari Yargılama Usulü**, Turhan Kitapevi, Ankara, 1999.

Gözübüyük, A. Şeref : **Yönetmelik Yargı**, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 1996.

Gözübüyük, Şeref - Tan, Turgut : **İdare Hukuku, C. I, Genel Esaslar**, Turhan Kitapevi, Ankara, 1998.

Gözübüyük, Şeref - Tan, Turgut : **İdare Hukuku, C. II, İdari Yargılama Hukuku**, Turhan Kitapevi, Ankara, 1999.

Gözübüyük, Şeref - Tan, Turgut : **İdare Hukuku, C. II, İdari Yargı**, Turhan Kitapevi, Ankara, 1999.

Gözübüyük, Şeref : **Yönetmelik Yargı**, Turhan Kitapevi, Ankara, 1997.

Grunewayd, Mark : “Freedom of Information Act Dispute Resolution”, **Administrative Law Review**, Vol 40, 1988, pp. 1 - 65.

Günday, Metin : **İdare Hukuku**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003.

Güneş, Turan : **Parlamentar Rejimin Bugünkü Manası ve İşleyişi**, y.y., İstanbul, 1956.

Güneş, Turan : **Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No : 191, Sevinç Matbaası, Ankara, 1965.

Güran, Sait : “İdari İşlem”, **Prof.Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı**, C. II., Beta Yayınları, İstanbul, 2001, s. 1275 - 1285.

- Güran, Sait : “Çevre Kanununun Otuzuncu Maddesi”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Yıl 9, Sayı 1-3, İstanbul, 1988, s. 185 - 199.
- Güran, Sait : “Hak Arama Özgürlüğünün İki Boyutu”, **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları No : 37, S. 9, Ankara, 1993, s. 27 -43.
- Güran, Sait : “Yönetimde Açıklık”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Yıl 3, S. 1-3, 1982, s. 101 -113.
- Güran, Sait : **Bölge idare Mahkemeleri ve Danıştay Üzerine Yapısal Bir Deneme**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, , 1977.
- Güran, Sait : “İdari Yargılama Usulü Üzerine Düşünceler”, **Prof.Dr. Tahsin Bekir Balta’ya Armağan**, Siyasal Bilgiler Fakültesi ve TODEİ Yayını, Ankara, 1974, s. 199 – 248.
- Güran, Sait : **İfade Hürriyeti Üzerinde İdare’nin Yetkileri**, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1969.
- Gürsel, Meltem K. : “İdare Hukuku Bağlamında Yönetime Katılma ve İdare Hukukunun Søjelerinden Biri Olarak Bireyin Niteliğindeki Gelişim”, (**Prof.Dr. Yıldızhan Yayla’ya Aramağan**) **Galatasaray Üniversitesi Yayınları No 4**, İstanbul, 2003, s. 317 - 327.
- Hoberg, Allen : “Administrative Hearings : State Central Panels In The 1990s”, **Administrative Law Review**, Volume 41, Winter 1994.

- Hondu, Selçuk : “İdari Yargılama Usulü Kanununda Yer Alan İdari Usuller ve Uygulaması”, **İdari Usul Kanunu Hazırlığı, Uluslararası Sempozyumu**, Ankara, 17-18 Ocak 1998, s. 260-265.
- Howard, Philip K. : “Keynote Adress : Administrative Procedure And The Decline Of Responsibility”, **Administrative Law Review**, Volume 48, No 3, Summer 1996, pp. 312 -321.
- Johnson, Stephen M.: “The Internet Changes Everything : Revolutionizing Public Participation And Access To Goverment Information Through The Internet”, **Administrative Law Review**, Volume 50, Number 2, Spring 1998, pp. 277 - 339.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. : “Avrupa Topluluğu ve İdari Yargı Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Jürisprüdansı ve İdari Kararların Gerekçeli Olma Zorunluğu”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi**, Birinci Kitap, İdari Yargı, Ankara, 1-4 Mayıs 1990, s. 303 - 329.
- Kalabalık, Halil : **İmar Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002.
- Kanlıgöz, Cihan : “Katılımcı Demokrasi ya da İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Üzerine”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XXXV, S. 1-4, Ankara, 1996, s. 167 - 185.
- Karahanogulları, Onur : “İdari Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R(80)2 Sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 45, Sayı 1-4, 1996, p. 323 - 337.

- Karaman, Zerrin Toprak - Atak, Şermin : “Kamu Yönetiminde Gizlilik Faktörünün Çevre Korumacı Politikalara Etkisi”, **Türk İdare Dergisi**, Yıl 68, Sayı 412, Eylül 1996, s. 111 –130.
- Kıratlı, Metin : **Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi**, y.y., Ankara, 1966.
- Kitapçı, Senihi : “Katılım Üzerine”, **Planlamaya Katılım**, Türkiye’de 14. Dünya Şehircilik Günü Kolokyumu, İstanbul Teknik Üniversitesi, 6-8 Kasım 1990, İstanbul, s. 26-30.
- Koch, Charles H. : “James Landis : The Administrative Process”, **Administrative Law Review**, Volume 48, No 3 Summer 1996, pp. 419 - 433.
- Kuntbay, İhsan : “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 28 Eylül 1977 tarih ve 77(31) Sayılı Kararının Çevirisi”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. XI, S. 4, Aralık 1978, s. 3 –11.
- Kunter, Nurullah : **Muhakeme Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Kazancı Yayıncılık, İstanbul, 1981.
- Kutlu, Meltem : **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No : 75, İzmir, 1997.
- Landron, Pierre : **Fransız Devlet İdaresinde Kurulların Rolü**, Çev : A. Ülkü Azrak, Ayrı Bası, Garanti Matbaası, İstanbul 1970.
- Lewis, Clive : “Linkage Between Access To Information and Judicial Review”, **Freedom Of Expression And Freedom Of**

Information, Ed. By., Jack Beatson, Yvanne Cripps, Oxford University Presss, New York, 2000, pp. 225 - 230.

Mason, The Hon Sir Antony : “The Relationship Between Freedom of Expression and Freedom of Information”, **Freedom Of Expression And Freedom Of Information**, Ed. By., Jack Beatson, Yvanne Cripps, Oxford University Presss, New York, 2000, pp. 229 - 238.

Merkezi Hükümet Teşkilatı Araştırma Projesi Yönetim Kurulu Raporu(Mehtap), TODEİ Yayını, Ankara, 1963.

Odyakmaz, Zehra : “İdari Usulden Beklentilerimiz”, **İdari Usul Kanunu Taslağı, Uluslararası Sempozyum**, Ankara, 17 – 18 Ocak 1998, s. 2-6.

Odyakmaz, Zehra : “Hazırlanmakta Olan İdari Usul Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Seffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, C. II, S. 2, Aralık 1997, s. 1 –21.

Onar, S. Sami : **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, C. I – II - III.

Öner, Şerif : “Belediye Meclis Üyelerinin Yerel Katılım Algılaması”, **Türk İdare Dergisi**, Yıl 72, S. 428, Eylül 2000, S. 135 -146 .

Özay, İl Han : “Demokratik Yönetim ve Demokrasi”, **İdari Usul Kanunu Hazırlığı, Uluslararası Sempozyum**, Ankara, 17 – 18 Ocak 1998,s. 275 -180.

- Özay, İl Han : “Komisyonlar Saltanatı Ülkesinin İdare Hukuku”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Yıl 4, S. 1-3, İstanbul, 1983, s. 95- 103.
- Özay, İl Han : “Futbolda Özelleştirme”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Yıl 1, Sayı 1-3, İstanbul, 1990 s. .
- Özay, İl Han : “Türkiye’de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı”, **İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu**, Danıştay Yayınları No 33, Ankara, Haziran 1992, s. 11 - 31.
- Özay, İl Han : **İdari Yaptırımlar**, Özdem Kardeşler Matbaası, İstanbul, 1985.
- Özay, İl Han : **Yargısal Korunma**, Alfa Basım, İstanbul, 1999.
- Özay, İl Han : “Davada Taraf Olmayan Kişileri Etkileyen Kararlar”, **İzmir Barosunca 5-8 Nisan 2000 tarihinde düzenlenen Yargı Reformu 2000 konulu konferansta sunulmuş, yayınlanmamış bildiri.**
- Özay, İl Han : **Günışığında Yönetim**, Alfa Yayınevi, İstanbul, 2002.
- Özeren, A. Şükrü - Bayhan, Taci : **İdari Yargı Kararlarının Uygulanması**, y.y., Kasım 1992.
- Özgüldür, Serdar : **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.
- Özkan, Gürsel : “İdari Usul” **Danıştay Dergisi**, Sayı 101 Yıl 30, 2000, s. 13 - 40.

- Özkan, Gürsel : **Demokratik Yönetime Geçiş**, Tutibay Yayınları, Ankara, 2001.
- Payaslıoğlu, Arif T. : “Yönetimde Davaları Azaltma Yolları”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. II, S. 3, Ankara, Eylül 1963, s. 3-14.
- Pierce, Richard J. - Shapiro, Sidney A. - Verkuil, Paul V. : **Administrative Law and Process**, New York Foundation Press, New York, 1999.
- Robert, A. Dahl : **Demokrasi ve Eleştirileri**, Çev : Levent Köker, Yetkin Basımevi, Ankara, 1993.
- Robinson, Glen O. - Gellhorn, Ernest - Bruff, Harold H. : **The Administrative Process**, West Publishing Company, St. Paul, 1979.
- Rowe, Nicole - Winterhoff, Christian : “Participant’s Rights And Duties In German Administrative Law”, **European Review Of Public Law**, Volume 13, No 3, Autumn 2001, pp. 1117 - 1145.
- Sargentich, Thomas O. : “The Future of Amerikan Administrative Process”, **Administrative Law Review**, Volume 49 No 1 Winter 1997, pp. 149 - 169.
- Sarıca, Ragıp : **İdari Kaza, İdari Davalar**, , Kenan Matbaası, , İstanbul, 1949, C. I.
- Sarıca, Ragıp : **İdare Hukuku Ders Notları** , (Çoğaltma), y.y., İstanbul, 1970.
- Sartori, Giovanni : **“Demokrasi Kuramı”**, Çev : Deniz Baykal, **Siyasi İlimler Türk Derneği**, Yayın No 23, Ankara.

- Schwartz, Bernard : “Administrative Law Cases During 1991”, **Administrative Law Review**, Volume 42, Number 3, Summer 1992, pp. 630 - 651.
- Schwartz, Bernard : **Administrative Law**, Little, Brown And Company, Boston, 1983.
- Sezer, Ahmet Necdet : “Anayasa Mahkemesinin 38. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Yaptığı Açılış Konuşması”, **Anayasa Yargısı**, Sayı 17, 2000, 1- 17.
- Sezginer, Murat : **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Yetkin Kitapevi, Ankara, 2000.
- Sezginer, Murat : “İdari Belgelere Ulaşma Hakkı”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, (Prof.Dr. Süleyman Arslan’a Armağan Sayısı), C. 6, 1998, S. 1-2, Konya, t.y., ayrı bası.
- Sezginer, Murat : “İdari İşlemlerde Amaç Unsuru Bakımından Hukuka Aykırılık”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Anabilim Dalı, Konya, 1991.
- Sezginer, Murat : “Usul Kanunlarında İdari İşlemin Dış Görünüşü”, **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyum**, Ankara, 17-18 Ocak 1998, s. 201- 227.
- Soysal, Mümtaz : **Halkın Yönetime Etkisi**, TODİE Yayınları, Ankara, 1968.
- Stevenson, Russel B. : “Fees Under The Freedom Of Information Act”, **Administrative Conference Of The United States, Recommendations And Reports**, y.y., 1981.

- Strauss, Peter L. : **An Introduction to Administrative Justice In The United States**, Carolina Academic Press, North Carolina, 1989.
- Şahin, Cenk : **İmar Planlarının Yapım Süreci ve Yargısal Korunma**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2002.
- Tan, Turgut : “Kamu Hizmeti, Özelleştirme ve Bürokrasinin Azaltılması”, **Türk İdare Dergisi**, Yıl 60, Mart 1988, Sayı 378, s. 73 - 91.
- Tan, Turgut : “İdarenin Kesin İşlemleri ve 5917 Sayılı Kanunun Uygulanması”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. II, S. 2, Ankara, Aralık 1969, s. 99 - 116.
- Tankersley, Micheal E. : “How The Elektronik Freedom Of Information Act Amendments Of 1996 : Update Public Access For The Information Age”, **Administrative Law Review**, Volume 50, Number 2, Spring 1998, pp. 339- 345.
- Tanör, Bülent - Yüzbaşıoğlu, Necmi : **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2001.
- Tarhanlı, İftar : “Amerikan İdari Usul Kanunu”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, (Vakur Versan’a Armağan Özel Sayısı), Yıl 6, S. 1-3, İstanbul, Aralık 1985, 225- 264.
- Temizel, Zekeriya : **Yurttaşın Yönetime Karşı Korunmada Bağımsız Bir Denetim Organı Ombusman**, Kut Basımevi, İstanbul, 1997.
- Tezcan, Durmuş - Erdem, M. Ruhan - Sancaktar, Oğuz : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002.

Teziç, Erdoğan : **Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı**,
Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972.

Thurston, Anne : “Freedom Of Information For Transparency”, **Rule Of Law Conference**, İstanbul, 2 Kasım 2000,yayınlanmamış bildiri.

Turgut, Nükhet : **Çevre Hukuku**, Şavaş Yayınevi, Ankara, 2001.

Türk Hukuk Dergisi, Genel İdari Usul Tasarısı Sempozyumu, Mayıs 2004, Özel Sayı.

“Twenty – First Century Governance : Improving The Federal Administrative Process A Report For Tha President – Elect Of The United States”, **Administrative Law Review**, Volume 52, Number 4, Fall 2000, pp. 1099 - 1110.

Uler, Yıldırım : “Yönetmelik Yargıda Dava Süresi”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi**, Birinci Kitap İdari Yargı, Ankara, 1-4 Mayıs 1990, s. 209 -263.

Uler, Yıldırım : **İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No 281, Ankara, 1970.

Ulusoy, Ali : “Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, **Ankara Barosu Dergisi**, Ankara, Yıl 2000, Sayı 2, s. 45 - 59.

Ünal, Yücel : **Türk Şehir Planlama Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

Wade, H. W. - Forsyth, C. F. : **Administrative Law**, (Seventh Edition), Clarendon Press, Oxford, 1994.

- William,F. Fox : **Understanding Administrative Law**, (Third Edition),
Matthew Bender &Company, San Fransisco, 1997.
- Yardley, D.C.M. : **Principles Of Administrative Law**, (Second Edition),
Butterworths, London, 1986.
- Yaşar, Nuri : **İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç ve Yargısal Emir**, Filiz Kitapevi,
İstanbul, , 2002.
- Yayla, Yıldızhan : **İdare Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1982.
- Yayla, Yıldızhan : “İdarenin Takdir Yetkisi”, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. XXX, S. 1-2, s. 201 - 211.
- Yayla, Yıldızhan : “Yer İtibariyle Yokluk”, **Hukuk Araştırmaları**, C. 1, S. 2, İstanbul, Mayıs Ağustos 1986, s. 55.
- Yayla, Yıldızhan : **Şehir Planlamasının Başlıca Hukuki Meseleleri ve İstanbul Örneği**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975.
- Yenice, Kazım - Esin, Yüksel : **Açıklamalı İçtihatlı Notlu İdari Yargılama Usulü**, Arısan Matbaası, Ankara, 1983.
- Yıldırım, Turan : **Türkiye’nin İdari Teşkilatı**, 2. bası., Alkım Kitapevi,
İstanbul, 1997.
- Yıldırım, Turan : “İdari Usul Yasası Kapsamında İdareye Başvuru”, **İdari Usul Kanunu Hazırlığı, Uluslararası Sempozyum**, Ankara, 17-18 Ocak 1998, s. 247 - 254.

Yılmaz, Ejder : “Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları”,
Perşembe Konferansları, Rekabet Kurulu Yayınları, Yayın
No 40, Ankara, Kasım 1999, s. 79
-135.

Young, John Hardin : “Administrative Procedure Act Of U.S.A.”, **İdari Usul**
Kanunu Hazırlığı, Uluslararası Sempozyum, Ankara, 17-18
Ocak 1998, s. 19 - 26.



ÖZGEÇMİŞ

01.07.1972 tarihinde İstanbul'da dünyaya geldim. İlkokulu Bandırma Vecihibey İlöğretim Okulunda, Ortaokulu Bursa Namık Sözeri Lisesinde, liseyi de Tekirdağ Tuğlacılar Lisesinde tamamladım. 1991 yılında girdiğim İstanbul Hukuk Fakültesinden 1995 yılında mezun oldum.

1996 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalında Araştırma Görevlisi olarak çalışmaya başladım, halen anılan Anabilim Dalında çalışmaktayım.

Evli, İrem ve Ecem isminde iki kız çocuğu babasıyım. İyi derecede İngilizce bilmekteyim.