

## DÖNÜŞÜM GEÇİREN İDARE HUKUKUNUN UYGULAMA ALANI DA DARALİYOR MU?

*Prof. Dr. Turgut Tan\**

### GİRİŞ

Özellikle 70’li yılların ortalarından bu yana özelleştirme uygulamalarına koşut olarak idare hukukunun uygulama alanının giderek daralmakta olduğu ve bu daralmanın özel hukuka geçiş biçiminde ortaya çıktığı da bir gerçektir. Hatta, bu süreçte yaratılmak istenen yeni hukuk düzeninin “silikleşmiş devlet”, “silikleşmiş idare” ve “silikleşmiş idare hukuku”nu amaçladığını savunanlar vardır<sup>1</sup>.

İdare hukuku, esas olarak, “idari faaliyetin hukuku” özelliğini korumaktadır. Bununla beraber, idare hukukuna göre yürütülen idari faaliyetten kaynaklanan uyuşmazlıkların doğal yargıcı idari yargı olmasına karşın; uyuşmazlıkları idari yargının görev alanı dışına çıkarmanın bir yolu olarak, faaliyet özel hukuka tabi tutulmak istenmektedir. Bu yöndeki yasal düzenlemeler giderek artmaktadır. Hatta, idari yargının görev alanını korumaya çalışan Anayasa Mahkemesi’nin bu tür yasal düzenlemeleri iptal etmesi karşısında, Anayasa değişikliğine de gidilmiştir.

Hiç kuşkusuz idare hukukunun uygulama alanını daraltan bu gelişmelerin kaynağında yalnızca idari yargıdan kaçışı görmek de doğru değildir. Özelleştirmelerle beraber, “yeni kamu işletmeciliği” anlayışının da bunda payı olduğunu belirtmek gerekir<sup>2</sup>. Bu yeni yaklaşımın benimsediği

---

\* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> C.Aydın, “İdare hukukçuları için yeni bir hukuk düzeni”, **Erdoğan Teziç’e Armağan**, Galatasaray Üniversitesi yayınları, Armağan Serisi No:5, s.289.

<sup>2</sup> Yeni kamu işletmeciliği konusunda bkz. S.Güzelsarı, “Kamu yönetimi disiplini yeni kamu işletmeciliği ve yönetim yaklaşımları”, in K.Öktem, U.Ömürgönülşen (Ed), **Kamu Yönetimi, Gelişimi ve Güncel Sorunları**, İmaj yayınevi, Ankara, 2004, s.85 vd.

hukuki rejim özel hukuk olmuştur. Hatta, kimi yazarlar, özelleştirme sürecini özel hukuka dönüş olarak nitelemektedir<sup>3</sup>.

Öte yandan, uygulama alanı daralan idare hukukunun da 70'li yıllardan bu yana bir dönüşüm geçirdiği gözlenmektedir. Bu dönüşümün temel özelliği ise usul ağırlıklı olmasıdır.

## **I. İDARE HUKUKUNUN UYGULAMA ALANI DARALIYOR MU?**

**A. İdare hukukunun uygulama alanının daralması, idari yargıdan kaçışın dolaylı bir sonucudur.**

### **1. İdari yargının görev alanını daraltan yasal düzenlemeler**

Yasal düzenlemelerle, adli yargının görev alanının, idari yargı aleyhine nasıl genişletildiğini yakın tarihlerdeki birkaç örnekle açıklayabiliriz.2005 yılında çıkarılmış olan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu (m.27), "*İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir*" hükmünü getirmiştir. Yasa'nın (m.3) genel hükümlerinin diğer yasalardaki kabahatler hakkında da uygulanacağına ilişkin hükmü ise Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir<sup>4</sup>. İptal kararından sonra 5560 sayılı Yasa ile 5326 sayılı Yasa'nın 3. maddesi yeniden düzenlenerek, yargı yoluna ilişkin diğer yasalardaki özel hükümler saklı tutulmuştur.

Bir başka yasal düzenleme ise 5393 sayılı Belediye Kanunu (m.57) ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nda (m.40) "*Hizmetlerde aksama*" başlığı altında yer alan hükümdür. Buna göre, belediye hizmetlerinin ciddi biçimde aksatıldığı ve bunun halkın sağlık, huzur ve esenliğini hayati derecede olumsuz etkilediği İçişleri Bakanlığının başvurusu üzerine sulh hukuk yargıcı tarafından belirlenecektir. Sulh hukuk yargıcının kararına karşı da ilgili belediyelerce asliye hukuk mahkemesine itiraz edebileceklerdir.

Bu düzenleme, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay kararlarında açıkça belirtildiği gibi, kamu hizmetinin usulüne uygun yürütülüp yürütülmediğinin

---

<sup>3</sup> V.C.Irelli, **Amministrazione pubblica e diritto privato**, G.Giappichelli Editore, Torino, 2011, s.4.

<sup>4</sup> Anayasa Mahkemesi, 01.03.2006, E.2005/108-K.2006/35. **RG**; 22.07.2006, sayı:25236, s.107 vd.

değerlendirilmesinin idari yargının görevine girdiği ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla, bu düzenlemeler adli-idari yargı ayrımı ilkesine aykırı olup, istikrar kazanmış Anayasa Mahkemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay kararlarına da ters düşmektedir<sup>5</sup>.

Son örnek, 2011 yılında çıkarılan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunudur. Bu Yasa'nın (m.3) "*Ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarında görev*" başlığı altında yer alan hükme göre, "*her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar. İdarenin sorumluluğu dışında kalan sebeplerden doğan aynı tür zararların tazminine ilişkin davalarda dahi bu hüküm uygulanır*". Bu düzenleme de Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'nın 125., 155., ve 157. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "*İdarenin idare hukuku esaslarına dayanarak tesis ettiği tartışmasız bulunan eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlara ilişkin davaların idari yargı yerlerinde görülmesi gerektiği kuşkusuzdur*"<sup>6</sup>.

## 2. İmtiyaz sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesine dönüşmesi

Bilindiği gibi, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinin klasik yöntemi <kamu hizmeti imtiyazı>dır<sup>7</sup>. Son yıllarda devletin küçültülmesi ve özelleştirme yöntemlerine koşut olarak, başta altyapı yatırımlarının finansmanında yap-işlet-devret yöntemi olmak üzere, kamu-özel ortaklığı yöntemlerinin uygulanmasında yapılan sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar, özellikle yabancı yatırımcıların bulunduğu projelerde tahkime gidilebilmesi için, özel hukuka tabi tutulmak istenmiştir.

Bu amaçla, bir yandan klasik idari Sözleşme türünü oluşturan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğindeki sözleşmeler özel hukuk sözleşmesine dönüştürülürken; öte yandan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar için de tahkim yolu açılmıştır.

<sup>5</sup> Bu konuda bkz. T.Tan, "İdari yargı da özelleşiyor mu?", **Demokrasi ve Politika. Hukuk Yönetim ve İktisat Üzerine. Prof. Dr. Ruşen Keleş'e Armağan**, İmge yayınevi, Ankara, 2007, s.101 vd.

<sup>6</sup> Anayasa Mahkemesi, 16.02.2012, E.2011/35-K.2012/23. **RG**; 19.5.2012, sayı:28297.

<sup>7</sup> Geniş bilgi için bkz. Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku**, c.I, **Genel Esaslar**, Turhan Kitabevi, 8. bası, Ankara, 2011, s.619 vd.

Nitekim, bazı kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi ve altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesinde yap-işlet-devret yöntemini getiren 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-işlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'un (m.5) idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında "imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme" yapılacağını öngörmesine karşın, bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından, bu sözleşmelerin idari sözleşme ve imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğu, yasama organının bu sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendiremeyeceği gerekçesiyle iptal edilmiştir<sup>8</sup>.

Ancak, 1999 yılında 4446 sayılı Yasa ile Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişiklikle, "Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir" hükmü getirilmiştir.

Bu değişiklikten sonra, 3996 sayılı Yasa'nın iptal edilen hükmü (m.5) yerine, "Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir" kuralı getirilmiş; ayrıca, 4501 sayılı Yasa ile de bu hükmün daha önce elektrik ve otoyol konularında çıkarılmış, aynı yöntemi öngören 3096 ve 3465 sayılı yasalara tabi proje ve işlere de uygulanması olanağı öngörülmüştür.

Elektrik sektöründe yap-işlet yöntemini getiren 4283 sayılı Yasa uygulamasında yapılan sözleşmelerin de imtiyaz sözleşmesi olduğu yargı organlarınca kabul edilmesine<sup>9</sup> karşın, 5539 sayılı Yasa bu sözleşmelerin de özel hukuk hükümlerine tabi olduğunu ve daha önce bu Yasa'ya göre üretim tesisi kurma ve işletme izni almış üretim şirketlerinin Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş.'ye başvurmaları halinde, üretim şirketi ile Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş. arasında önceden imzalanmış sözleşmenin yerine geçmek üzere *aynı hüküm ve şartları içeren* özel hukuk hükümlerine tabi sözleşme imzalanacağı hükmünü getirmiştir.

Görüldüğü gibi, sözleşmenin hüküm ve şartlarında herhangi bir değişiklik olmadan, yapılan bir yasal düzenleme ile idari sözleşme özel hukuk sözleşmesine dönüştürülebilmektedir.

<sup>8</sup> Anayasa Mahkemesi, 28.6.1995, E.1994/71-K.1995/23. **RG**; 20.3.1996, sayı:22586, s.37 vd.

<sup>9</sup> Danıştay,10.D; 6.2.2002, E.1999/2407-K.2002/347. (yayınlanmamıştır)

Öte yandan, “Bazı yatırım ve Hizmetlerin Kamu Kesimi ile Özel Sektör İşbirliği Modelleri Çerçevesinde Gerçekleştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı Taslağı”nda (m.3) da uygulama sözleşmesinin özel hukuk hükümlerine göre akdedileceği öngörülmektedir.

### **B. Yeni kamu yönetimi yaklaşımının etkileri**

Öte yandan, idarede “etkenlik” (efficacité) ve “verimlilik” arayışlarının ağırlık kazanması; “hukuksal usallık”dan (rationalité juridique), “işletmeci usallığa” (rationalité manageriale) geçiş olarak yorumlanmaktadır<sup>10</sup>. Buna koşut olarak, “kamu yönetimi” anlayışında “management public” yönünde değişim, kamusal yönetimin hukuku olan idare hukukunu da etkilemiştir<sup>11</sup>. Kamusal faaliyette rantabilite arayışlarının faaliyetin özel hukuka tabi tutulması eğilimine yol açtığı; bunun da idare hukuku için yıkıcı ve olumsuz sonuçlar doğurduğu ileri sürülmektedir<sup>12</sup>. Ayrıca, bu gelişmenin <kamu> ile <özel> arasındaki farkı da sulandırdığı kabul edilmektedir<sup>13</sup>.

Kaldı ki, günümüzde bu ayrım eski katılığında uygulanmamakta, örneğin regülasyon hukuku, telekomünikasyon hukuku, rekabet hukuku gibi yeni gelişen hukuk dallarının hem kamu hukuku hem de özel hukuku ilgilendiren yönleri bulunduğu kabul edilmektedir.

Öte yandan, idarecilerin hukuk kuralları ile belirlenmiş idari usullere uymak yerine, bir girişimci gibi hareketi yeğleyip, klasik idari usullere koşut yeni paralel mekanizmalar geliştirmelerinin “yolsuzluk” (corruption) nedenlerinden biri olduğu da haklı olarak savunulmaktadır<sup>14</sup>.

Yukarıda da özetlemeye çalıştığımız gibi, “anglo-sakson liberalizminin çekiciliğinin”, (fascination du libéralisme anglo-saxon), Avrupaya özgü ve işletmeci yaklaşımların meydan okuyuşlarının (défit européen, déficit

---

<sup>10</sup> Bu konuda bkz. J.Chevallier – D.Loschak, “Rationalité juridique et rationalité manageriale dans l’administration française”, **Revue française de Droit administratif**, No:24, 1982, s.679 vd.; T.Tan, “Recherches d’une nouvelle rationalité dans le domaine administratif en Turquie”, **Turkish Public Administration Annual**, vol:13, s.75.

<sup>11</sup> S.Cassese, “Les transformations du droit administratif du XIX au XXI siècle”, **Droit administratif**, octobre 2002, s.6.

<sup>12</sup> S.Bernard, **La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif**, LGDJ, Paris, 2001, s.13.

<sup>13</sup> J.-F.Auby, **Management public**, Sirey, Paris, 1996, s.IX.

<sup>14</sup> J.Meny, **La corruption de la République**, Fayard, Paris, 1994, s.302.

managérial) idare hukuku konusunda yarattığı duraksamalara karşın, idare hukukunun sonunun gelmediği de vurgulanmaktadır<sup>15</sup>.

Ancak, idare hukukunun algılanmasında bir değişimin varlığının da göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Zira, idare hukuku giderek, idare ile idare edilenler arasındaki ilişkilerin iyileştirilmesi politikasının sonucu olarak, şekil ve usul ağırlıklı bir hukuka dönüşmektedir<sup>16</sup>. İkinci bölümde idare hukukundaki bu değişim ve dönüşümü ele alacağız.

## **II. İDARE HUKUKUNDA USUL AĞIRLIKLIL DÖNÜŞÜMÜN TEMEL ÖZELLİKLERİ**

### **A. Kara Avrupası'nın idarenin yargısal denetimine ağırlık veren sistemi,**

İşlem ve eylemleri ile hak ve özgürlüklerine zarar veren idare karşısında tek çaresi yargı yoluna giderek hakkını aramak olan birey, uzayan yargısal süreç, bu süreç sonunda lehine karar çıksa da, bu kez kararın uygulanmaması nedeniyle çaresiz kalabilmektedir. Bireye hakkını aramanın tek yolu olarak yargıyı gösteren bu sistem tıkanmaktadır<sup>17</sup>. Buna karşı çözüm yollarının başında, bireyin idari karar sürecine katılımını sağlayacak usullerin geliştirilmesi ve bireye yargıya gitmeden hakkını arayabileceği yolların gösterilmesi gelmektedir.

Öte yandan, kırtasiyecilikten yolsuzluklara, hukuk devletinin tam olarak hayata geçirilememesinden, etkin, verimli ve duyarlı bir idarenin kurulamamasına kadar pek çok olumsuzluğun, idare–birey ilişkilerinde güven bunalımına yol açtığı kabul edilmektedir<sup>18</sup>.

70'li yıllardan itibaren katı hiyerarşik yapıya sahip, içe kapalı idarenin yerini, idari usullerin geliştirilmeye başlaması ile beraber, açık, katılımcı idare almaya başlamıştır<sup>19</sup>. İdari usul konusu idarenin demokratikleşmesi,

---

<sup>15</sup> J.Caillosse, "Droit public-droit privé: sens et portée d'un partage académique", **Actualité juridique de Droit administratif**, 1996, s.955.

<sup>16</sup> P.Soler-Couteaux, "Reflexions sur le thème de l'insécurité du droit administratif ou la dualité moderne du droit administratif", in **Gouverner, administrer, juger, Liber Amicorum Jean Waline**, Dalloz, Paris, 2002, s.384.

<sup>17</sup> Örneğin, 01.04.2010 tarihi itibarıyla Danıştay'da bekleyen dava sayısı 172.654 tür. 2007 yılından itibaren devreden dava dosyası sayısı ise sırasıyla, 118.415, 149.394, 168.636 dır.

<sup>18</sup> C.Emre, **Yönetim Bilimi Yazıları**, İmaj yayıncılık, Ankara, 2003, s.218.

<sup>19</sup> J.J.Gleizal, "L'avenir de droit administratif", in **L'administration dans son Droit**, Publisud, Pris, 1985, s.281 vd.

idare – birey ilişkilerinde güvenin yerleşmesi açılarından da büyük önem taşımaktadır.

Bilindiği gibi, Devletin üç temel organından yasama ve yargı organlarının faaliyeti usul kurallarına bağlanmıştır. Bu cümleden olarak, yasama faaliyeti Anayasa ve İçtüzük kuralları ile yargı organlarının faaliyeti de hukuk, ceza ve idari yargıya ilişkin usul yasaları ile düzenlenmiştir. Öğretide kimi yazarlara göre, idarenin bu tür düzenlemenin dışında kalmış olması, “Hukuk Devleti ilkesi açısından kabul edilebilir bir şey değildir”<sup>20</sup>.

Anglosakson sistemi ile Kara Avrupası idare hukuku arasındaki önemli farklılık, idari usul konusunda ortaya çıkmaktadır. Bu cümleden olarak, Anglosakson sisteminde idari karar alınmadan önceki aşamada, ilgilinin bu sürece katılımı önem taşırken; Kara Avrupası ülkelerinde kararın alınmasından sonraki aşamada işlemlerin yargısal denetimine ağırlık verilmiştir<sup>21</sup>. İdari yargının Kara Avrupası ülkelerinde gelişmiş olması da bunu göstermektedir. İdare karşısında bireyin korunması açısından taşıdığı önem yanında; yargısal denetimin yokluğuna veya yetersizliğine bir çözüm olarak da idari usulün geliştirildiği kabul edilmektedir<sup>22</sup>.

İdari usul konusu Anglosakson sisteminde Kara Avrupasına göre daha erken tarihlerde önem kazanmış olmakla beraber; genel idari usul konusundaki ilk yasal düzenlemenin 1925 tarihinde Avusturya’da yapılmış olduğunu belirtmek gerekir. 1928 yılında Çekoslovakya ve Polonya, 1930 yılında da Yugoslavya Avusturya örneğine uygun yasal düzenlemeler yapmışlardır<sup>23</sup>. Aynı şekilde, 1958 tarihli İdari Usul Yasasını yürürlüğe koyan İspanya da Arjantin, Uruguay, Venezuela ve Kolombiya gibi Latin Amerika ülkelerine örneklik yapmıştır<sup>24</sup>. İdari usule ilişkin yasal düzenlemeler ABD ve İngiltere’de de çok eski tarihlere gitmektedir. Örneğin ABD’de 1946 yılında idari usul yasası çıkarılmıştır. Bunu 1967 ve 1976 yıllarında çıkarılan yasalar izlemiştir.

---

<sup>20</sup> A.Ü.Azrak, “İdari usulün kodifikasyonuna ilişkin sorunlar”, in **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslar arası Sempozyumu**, 17-18 Ocak 1998, Başbakanlık yayını, Ankara, 1998, s.87.

<sup>21</sup> M.D’Alberti, “La ‘visione’ et la ‘voce’: Le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi”, **Rivista trimestrale di diritto pubblico**, 2000, No:1, s.4 ve 12vd.

<sup>22</sup> G.Isaac, **La procédure administrative non contentieuse**, LGDJ, Paris, 1968, s.143 vd.

<sup>23</sup> **Ibid**; s.109.

<sup>24</sup> B.Akyılmaz, “Yeni bir idari usul kanunu örneği: İspanya Kamu İdarelerinin Hukuki Rejimi ve Genel İdari Usul Hakkında Kanun”, in **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslar arası Sempozyumu**, 17-18 Ocak 1998, Başbakanlık yayını, Ankara, 1998, s.38.

Buna karşılık Kara Avrupası hukuk düzenlerinde ise idari usul konusunun 70'li yıllarda önem kazandığı, bu amaçla çeşitli ülkelerde genel idari usul yasalarının yürürlüğe konulduğu görülmektedir. Almanya genel idari usul yasasını 1976 yılında çıkarmıştır. Fransa ise genel usul yasası yerine idari usulün değişik konularını 1978 ve 1979 yıllarındaki yasal düzenlemeler ve 1983 yılında çıkardığı kararname ile düzenlemiştir. İtalya ise 1990 yılında idari belgelere giriş hakkı ve idari usul kurallarını içeren yasal düzenlemeyi çıkarmıştır. Kara Avrupası ülkelerindeki bu gelişmede aşağıda değineceğimiz, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği gibi uluslar arası kuruluşların aldıkları tavsiye kararlarının önemli rolü olduğunu da kabul etmek gerekir.

Türkiye'de de benzer gelişme gözlenmekle beraber 90'lı yılların sonunda hazırlanmaya başlanmış olan ve son olarak da 2008 yılında açıklanan "Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı" henüz yasalaşamamıştır.

İdare hukuku esas itibarıyla Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin faaliyetinin hukuku niteliğini korumakla beraber; bir dönüşüm geçirerek, giderek "şekilci" bir nitelik kazandığı görüşü yaygınlaşmaktadır. Bunun nedeni olarak da, kamu ile idare arasındaki ilişkilerin iyileştirilmesi politikasından kaynaklanan ve yeni yasal düzenlemelere konu yapılan şekil ve usul kurallarının zenginleşmesi gösterilmektedir<sup>25</sup>.

## **B. Uluslararası kuruluşların kararlarında yer alan usul kuralları**

Bu konuda örnek olarak Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliğinin bazı kararlarına değineceğiz.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "*Bireyin İdari İşlemler Karşısında Korunması*" konulu (77)31 sayılı Kararı.

Kararda usul ağırlıklı beş ana ilke yer almaktadır:

- **Savunma hakkı:** İlgili haklarını, özgürlüklerini ya da çıkarlarını zedeler nitelikteki her idari işleme karşı görüşlerini açıklayabilir; gerekiyorsa kanıt gösterebilir. Bunlar idarece işlem yapılırken dikkate alınır. Her olayın özelliğine göre, ilgiliye savunması için uygun bir süre verilir.

---

<sup>25</sup> P.Soler-Couteaux, "Réflexions sur le theme de l'insécurité du droit administratif ou la dualité moderne du droit administratif", in **Gouverner, Administrer, juger, Liber amicorum Jean Waline**, Dalloz, Paris, 2002, s.384.



- **Bilgi edinme hakkı:** İlgiliye, isteği üzerine, karar alınmadan önce, karar alınmasına yol açan ve açıklanması mümkün bütün ögeler hakkında uygun biçimde bilgi verilir.

- **Hukuksal yardım ve temsil:** İlgili, idari usulde kendisine hukuksal yardımcı tutabilir veya kendisini temsil ettirebilir.

- **Gerekçe gösterme:** Haklarını, özgürlüklerini ya da çıkarlarını zedeler nitelikte bir işlem söz konusu olduğunda, ilgiliye, işlemin dayandığı nedenler konusunda bilgi verilir. Bu işlem metninde nedenlerin açıklanması biçiminde olabileceği gibi, ilgilinin isteği üzerine uygun bir süre içinde yazılı olarak da yapılabilir.

- **Başvuru yollarının gösterilmesi:** Yazılı olarak bildirilen işlem, ilgilinin haklarını, özgürlüklerini ya da çıkarlarını zedeler nitelikte ise, işlem metninde olağan başvuru yolları ve süreleri gösterilir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin, idari yaptırımlara ilişkin olarak aldığı (91)1 sayılı tavsiye kararı.

Bu Kararda, yukarıda değindiğimiz (77)31 sayılı kararı ile genel olarak idari işlemlere uygulanan usul ilkeleri dışında, özellikle yaptırımlar konusunda aşağıdaki ilkelerin uygulanması da kabul edilmektedir.

- Hakkında yaptırım uygulanacak kişi, suçlandığı olay konusunda bilgilendirilmelidir.

- İlgiliye, olayın karmaşıklığı ve uygulanacak yaptırımın ağırlığı da dikkate alınarak, savunması için yeterli zaman verilmelidir.

- İlgiliye karşı kullanılacak kanıtlardan, doğrudan kendisi veya temsilcisi haberdar edilmelidir.

- Yaptırım uygulanmadan önce ilgili dinlenmelidir.

- Yaptırım kararı, dayandığı nedenleri gösteren gerekçe içermelidir.

Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi. 2000 yılında Nice Zirvesinde kabul edilen Temel Haklar Bildirgesinde (m.41) <İyi İdare Hakkı> başlığı altında şu ilkeler yer almaktadır:

1. Herkes kendisi ile ilgili işlerin Birliğin kurumları ve organları tarafından tarafsız ve adil bir şekilde ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.

2. Bu hak;

- herkesin kendisini olumsuz şekilde etkileyebilecek önlemler alınmadan önce görüşlerinin dinlenilmesini isteme hakkı;
- herkesin, gizliliğin meşru yararlarına ve meslek sırlarına saygı göstermek kaydıyla dosyasına erişme hakkını;
- idarenin kararlarına gerekçe gösterme yükümlülüğünü kapsar.

### C. Usul Kuralları ve İdari Karar Süreci

Yukarıda değindiğimiz ilkeler aslında idari faaliyetin modernizasyonunun gerekleri olarak da nitelendirilmektedir.<sup>26</sup> Bu ilkelerin uygulamaya geçirilişini, idari işlem sürecini izlemek suretiyle açıklamaya çalışabiliriz.

#### 1) İdareye yapılan başvurunun belgelendirilmesi yükümlülüğü.

İlgiliye idareye başvurusu karşılığında alındı belgesi verilmesi özellikle iki açıdan önem taşımaktadır: Birincisi, <bildirim>in yeterli olduğu durumlarda, bildirim alınmaması suretiyle bir faaliyetin yerine getirilmesine veya bir özgürlüğün kullanılmasına engel olunmaması. İkincisi de zımnî ret kararının varlığına bağlı olarak, dava süresinin hesaplanması konusunda duraksamaya düşülmemesi.

Bireylerin bazı faaliyetleri yerine getirmeleri veya özgürlükleri kullanmaları <bildirim> usulüne bağlanmış olabilir. Bir başka deyişle, bazı faaliyetlerin yerine getirilmesi veya özgürlüklerin kullanılması için idareden <izin> alınması gerekmekte, <bildirim> de bulunması yeterli kabul edilmektedir. Ancak, uygulamada kimi durumlarda, idare, başvuruyu almamak suretiyle faaliyetin yerine getirilmesi veya özgürlüğün kullanılmasına engel olmak yoluna gitmekte; bu şekilde <bildirim>i <izin>e dönüştürebilmekteydi<sup>27</sup>.

İşte bu tür uygulamalara engel olmak için yasal düzenlemelere açıklık getirilmek yoluna gidilmiştir. Örneğin, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'na (m.10) göre, "Toplantı yapılabilmesi için, düzenleme kurulu üyelerinin tamamının imzalayacakları bir bildirim,

<sup>26</sup> D.Jean-Pierre, *La déontologie de l'administration*, PUF; Paris, 1999, s.76 vd.

<sup>27</sup> Ş.Gözübüyük-T.Tan, *İdare Hukuku*, cilt:1, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, 8. bası, Ankara, 2011, s.667.

toplantının yapılmasından en az kırksekiz saat önce ve çalışma saatleri içinde, toplantının yapılacağı yerin bağlı bulunduğu valilik veya kaymakamlığa verilir.

“Bu bildirimde;

“.....

“Belirtilir ve bildirim yönetmelikte gösterilecek belgeler eklenir.

“Bu bildirim karşılığında gün ve saati gösteren alındı belgesi verilmesi zorunludur.

“Bu bildirim, valilik veya kaymakamlıkça kabul edilmez veya karşılığında alındı belgesi verilmez ise keyfiyet bir tutanakla tespit edilir. Bu halde noter vasıtasıyla ihbar yapılır. İhbar saati bildirim verilme saati sayılır.

“.....”

2911 sayılı Dernekler Kanunu uygulamasında çıkarılan Dernekler Yönetmeliği'nde de (m.5) dernek kuruluş bildirimının mülki idare Amirliği tarafından, gün ve saat belirtmek suretiyle dernek birimine havale edileceği ve başvuru sahibine kuruluş bildirim ve eklerinin alındığına dair <alındı belgesi> verileceği ve dernek kütüğüne kaydedileceği öngörülmektedir.

Genel İdari Usul Kanun Tasarısı'nda da bu konuda bir kurala (m.8) yer verildiği görülmektedir<sup>28</sup>.

## **2) İdarenin karar alma sürecine ilgilinin katılımının sağlanması ve açıklık.**

Son yıllarda, idarenin karar alma sürecinde açıklığı ve ilgilinin karar sürecine katılımını sağlayacak düzenlemeler yapıldığı; yargısal usule benzer usul kurallarının getirildiği dikkat çekmektedir. Bu cümleden olarak, ilgiliye

---

<sup>28</sup> Buna göre,

“ (1) Başvurularda dilekçelerin derhal kayıtları yapılarak, kayıt tarih ve sayısı dilekçelerin üzerine yazılır. Başvuru tarihi kaydın yapıldığı tarihtir.

“ (2) Posta yoluyla yapılması mümkün olan başvurularda; dilekçenin idareye ulaştığı tarih, başvuru tarihidir.

“ (3) İdare; başvuru sahibine veya temsilcisine hazır bulunmaları şartıyla imzalı ve kaşeli bir alındı belgesi vermekle yükümlüdür.

“ (4) Alındı belgesine;

a) Başvuru kaydının tarih ve sayısı,

b) Başvuruyu kabul eden birim,

c) Başvurunun konusu yazılır.”

hakkında karar alınmadan önce, karara esas olan belgeleri inceleme olanağı tanınması, dinlenilmesi, duruma göre yazılı ve/veya sözlü savunma hakkı tanınması özellikle belirtilebilir.

Bu açıdan gene son yıllarda ortaya çıkan ve yeni bir idari yapılanma modeli oluşturan bağımsız idari otoritelere ilişkin düzenlemeler tipik bir örnek oluşturmaktadır. Hatta, AİHM, ulusal hukuktaki niteleme ile bağlı olmasızın, bağımsız idari otoriteleri, sahip oldukları önemli yaptırım yetkileri dolayısıyla “mahkeme” (jurisdiction) olarak mütalaa edip, AİHS'nin (m.6/1) <adil yargılama> ilkelerine uygun karar vermesi gerektiğini kabul etmektedir. Aslında, bağımsız idari otoritelerin yaptırım kararının, Avrupa açısından bir <yargısal işlem>; iç hukuk açısından da <idari işlem> olarak nitelenmesi<sup>29</sup> gibi bir çelişki ile de karşılaşmaktadır. Bağımsız idari otoritelerin yetkilerinin artmasına koşut olarak, bireye tanınan güvenceler de arttırılmakta ve <regulasyon usulü hukuku>ndan (droit processuel de la regulation) söz edilmektedir<sup>30</sup>. Ceza usulündeki soruşturma ve kovuşturmada yargıca verilenlere benzer yetkiler idareye tanınmaktadır.

Örneğin, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na (m.45) göre, her türlü sermaye piyasası faaliyet ve işlemlerinin denetimi SPK uzman ve uzman yardımcıları tarafından yapılmaktadır. “Kurulca görevlendirilen Kurul uzman ve uzman yardımcıları; ihracçılar, sermaye piyasası kurumları, bunların iştirak ve kuruluşları ile diğer gerçek ve tüzel kişilerden bu Kanun ve diğer kanunların sermaye piyasasına ilişkin hükümleriyle ilgili göreceklere bilgileri istemeye, bunların tüm defter, kayıt ve belgelerini ve sair bilgi ihtiva eden vasıtalarını incelemeye ve bunların örneklerini almaya, işlem ve hesaplarını denetlemeye, ilgililerden yazılı ve sözlü bilgi almaya, gerekli tutanakları düzenlemeye yetkili olup, ilgililer de istenilen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların örneklerini vermek, yazılı ve sözlü bilgi vermek ve tutanakları imzalamakla yükümlüdür.

“Birinci ve ikinci fıkra hükümleri çerçevesinde kendilerinden bilgi istenilen gerçek ve tüzel kişiler özel kanunlarda yazılı gizlilik ve sır saklama hükümlerini ileri sürerek bilgi vermekten imtina edemezler.

“Denetimle görevlendirilen uzmanlar tarafından istenecek defter, evrak, dosya, kayıt ve diğer belgelerin ibraz veya teslim edilmemesi halinde, ihracçılar, sermaye piyasası kurumları, bunların iştirak ve kuruluşları nezdinde arama yapılabilir. Arama, Kurulun gerekçeli bir yazı ile arama

---

<sup>29</sup> Q. Epron, “Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs”, **Revue française de Droit administratif**, sept.-oct. 2011, s.1010.

<sup>30</sup> **Ibid**; s.1011.

kararı vermeye yetkili sulh ceza hakiminden talepte bulunması üzerine, sulh ceza hakiminin istenilen yerlerde arama yapılmasına karar vermesi halinde yapılabilir. Aramada bulunan ve incelenmesine lüzum görülen defterler ve belgeler ayrıntılı bir tutanakla tespit olunur ve yerinde incelemenin mümkün olmadığı hallerde, muhafaza altına alınarak inceleme yapanın çalıştığı yere sevk edilir. Arama sonucunda alınan defterler ve belgeler üzerindeki incelemeler en geç üç ay içinde sonuçlandırılarak bir tutanakla sahibine geri verilir.”

### **3) Savunma hakkı ve bilgilendirme gereği.**

Başta değindiğimiz uluslararası kuruluşların kararlarında da yer aldığı gibi, yalnız disiplin soruşturması sürecinde değil, ilgilinin hakkını ve özgürlüğünü zedeler nitelikteki kararların alınmasından önce savunma hakkı tanınması gerekliliği kabul edilmektedir. Hiç kuşkusuz savunma hakkının kullanılabilmesi açısından savunma yapacağı konu ile ilgili olarak bilgilendirilmesi gerekmektedir. Danıştay’ın bir kararında belirtildiği gibi, 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu, “demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemek amacıyla” çıkarılmıştır<sup>31</sup>.

Nitekim, bazı yasal düzenlemelerde bu konunun açık ve ayrıntılı biçimde düzenlendiği görülmektedir. Bu tür yasal düzenlemelerin tipik örneğini de 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (m.40-48) oluşturmaktadır. Yasa’ya göre, “Kurul başlattığı soruşturmaları, soruşturmaya başlanması kararının verildiği tarihten itibaren 15 gün içinde ilgili taraflara bildirir ve tarafların ilk yazılı savunmalarını 30 gün içinde göndermelerini ister. Taraflara tanınan ilk yazılı cevap süresinin başlayabilmesi için Kurulun bu bildirim yazısı ile birlikte, iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgiyi ilgili taraflara göndermesi gerekir” (m.43); “..Kurulun soruşturma safhasında, bu Kanunu ihlal ettiği iddia edilen kişi veya kişiler kararı etkileyebilecek her türlü ilgi ve delili her zaman Kurula sunabilirler.

“Haklarında soruşturmaya başlandığı bildirilen taraflar sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş olan her türlü delilin bir nüshasının kendilerine verilmesini isteyebilir.

<sup>31</sup> Danıştay, İDDK; 12.6.2008, E.2005/3292-K.2008/1633. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim..Erişim 01.03.2012.>

“Kurul, tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamaz”. (m.44)

Kaldı ki, açık bir yasal düzenleme olmasa da, Danıştay kararlarında bu ilkeyi uygulamaktadır. Örneğin, bir maliye müfettişi hakkında yapılan disiplin soruşturması sonucu düzenlenen raporla, devlet memurluğundan çıkarılma cezası istemiyle Yüksek Disiplin kuruluna sevk edilmiştir. Bu Kurulca istenen savunmasını yapabilmesi için adı geçen vekili avukat tarafından savunmaya esas olmak üzere disiplin soruşturması ve eklerinin kendilerine verilmesi istemi reddedilmiştir. Bu nedenle Maliye Bakanlığı Müsteşarı, Teftiş Kurulu Başkanı ve Personel Genel Müdürü hakkında soruşturma açılması için izin isteminin Maliye Bakanınca reddi kararına itiraz edilmesi üzerine bu kararı kaldıran Danıştay Birinci Dairesi’ne göre, “..kamu görevlisine ve vekiline yapılacak savunmaya esas olmak üzere soruşturma raporu ve eklerinden istenen belgelerin bir örneğinin verilmemesinin savunma hakkının hukuka aykırı olarak kısıtlanması sonucunu doğurduğu, bu nedenle ilgililere isnat edilen eylemin, haklarında soruşturma yapılmasını gerektirecek nitelikte bulunduğu anlaşıldığından” demektedir<sup>32</sup>.

Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı’nın bu konuda da bir düzenlemeye gittiği görülmektedir<sup>33</sup>.

**4) Genel ve düzenleyici işlemler söz konusu olduğunda, gerek hazırlanmaları aşamasında, gerekse kesinleşmeden önce kamuoyunun bilgilendirilmesi; varsa eleştiri ve itirazların alınması yoluna gidilmektedir.**

Örneğin, 3194 sayılı İmar Kanunu’na (m.8/1-b) göre, “İmar planları; Nazım İmar Planı ve Uygulama İmar Planından meydana gelir. Mevcut ise

<sup>32</sup> Danıştay, 1.D; 27.6.2008, E.2008/721-K.2008/800. **Danıştay Dergisi**, sayı:120, s.9 vd.

<sup>33</sup> **Genel İdari Usul Kanun Tasarısı**’nda (m.24) yer alan hükme göre, “(1) Dinlenilme hakkı, ilgililerin, bir idari işlemin yapılmasından önce, haklarını, özgürlüklerini ya da hukuki yararlarını savunmak üzere kendi tercihleri doğrultusunda yazılı veya idarece düzenlenecek görüşme toplantısında sözlü açıklama yapmalarını, tanık dinletebilmelerini, idareye her türlü bilgi ve belge sunmalarını, bilirkişi incelemesi yapılması isteğinde bulunmalarını kapsar. “İdare, idari işlemde önce ilgililere dinlenilme hakkı tanıyıp tanımama konusunda takdir yetkisine sahiptir. Her kamu kuruluşu, kamu düzeni ve kamu yararını, idari işlemlerde ivediliği değerlendirmek suretiyle bu Kanundaki zorunluluklar dışında hangi tür idari işlemlerde ilgililere dinlenilme hakkı tanınabileceğini çıkaracağı yönetmelikle düzenler. “(3) Dinlenilme hakkı tanına ilgililere, idarece, en az yedi gün önceden yazılı bildirimde bulunulur. Bu bildirimde yapılmak istenilen işlemin konusu, maddi ve hukuki dayanakları, bu hakkı yazılı ya da sözlü olarak kullanabileceği, sözlü olarak kullanmak istiyorsa yapılacak görüşme toplantısının yeri, tarihi ve saati gösterilir.

bölge planı ve çevre düzeni plan kararlarına uygunluğu sağlanarak, belediye sınırları içinde kalan yerlerin nazım ve uygulama imar planları ilgili belediyelerce yapılır veya yaptırılır. Belediye meclisince onaylanarak yürürlüğe girer. Bu planlar onay tarihinden itibaren belediye başkanlığınca tespit edilen ilan yerlerinde bir ay süre ile ilan edilir. Bir aylık ilan süresi içinde planlara itiraz edilebilir. Belediye başkanlığınca belediye meclisine gönderilen itirazlar ve planları belediye meclisi onbeş gün içinde inceleyerek kesin karara bağlar.”

Ancak, 3194 sayılı Yasa'nın “Özelleştirme programındaki kuruluşlara ait veya kuruluş lehine irtifak ve/veya kullanım hakkı alınmış arsa ve araziler ile özel kanunları uyarınca özleştirilmek üzere özelleştirme programına alınan arsa ve arazilerin, 3621 sayılı kıyı Kanunu veya 2634 sayılı Turizmi teşvik Kanunu kapsamında kalan yerler dahil olmak üzere genel ve özel kanun hükümleri kapsamında yer alan tüm alanlarda imar planlarını yapmaya ve onaylamaya yetkili olan kurum ve kuruluşlardan görüş alınarak çevre imar bütünlüğünü bozmayacak her tür ve ölçekte plan, imar planı ile değişiklik ve revizyonları müellifi şehir plancısı olmak üzere Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca yapılarak veya yaptırılarak Özelleştirme Yüksek Kurulunca onaylanmak ve Resmi Gazetede yayınlanmak suretiyle kesinleşir ve bu Kanunun 8 inci maddesinde yer alan ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak yürürlüğe girer” hükmünde (Ek m.3) yer alan **“ve bu Kanunun 8 inci maddesinde yer alan ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak”** ifadesi Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya (m.2, 36 ve 125) aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Bu hükümlerle “aleniyetin sağlanması”ndan vazgeçildiğini belirten Anayasa Mahkemesi'ne göre, “...sözü edilen planlardaki yanlışlık ve eksikliklerin giderilmesi amacıyla ilgililerce idareye başvurulması ve idarenin de itiraza konu işlemi kaldırarak ya da değiştirerek planlardaki hukuka aykırılıkların giderilmesinin yolu kapatılmaktadır. Bu durumda, ilgililerin bu taşınmazlara ilişkin imar planları ile bunlara bağlı parselasyon planlarındaki hukuka aykırılıkların giderilmesi için yetkili ve görevli idari yargı mercilerine dava açmak dışında, bir başvuru imkanı kalmamaktadır. Kuralın imar plan ve değişikliklerini veya bunlara ilişkin onama işlemlerini askı sürelerine tabi kılmakla, yargı yolunu ve hak arama özgürlüğünün kullanılmasını zorlaştırdığı açıktır”.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Anayasa Mahkemesi, 9.6.2011, E.2008/87-K.2011/95. **RG**; 28.12.2011, sayı:28156.

**5) İlgililerin idari işlem sürecine katılımını düzenleyici ve birey işlemler açısından ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir.**

Düzenleyici nitelikte olmamakla beraber genel işlemler konusunda bazı ülkelerde <kamusal dinleme> yöntemleri geliştirilmiştir. Bizde de buna benzer bir düzenlemeye Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı'nda (m.27) **“Katılma hakkı ve bilgilendirme yükümlülüğü”** başlığı altında, yer verilmektedir. Buna göre;

“(1) Yöre halkının ortak yararını ilgilendirmek koşuluyla, bayındırlık hizmetleri, imar uygulamaları, mülkiyet ve çevre hakları ile kültür ve tabiat varlıklarını doğrudan etkileyen düzenleyici işlemlerin yapılmasından önce, kamunun bilgilendirilmesi ve katılımı esastır.

“(2) Birinci fıkradaki işlemlerin konusu, otuz gün içinde incelenip görüş bildirilmesi amacıyla elverişli vasıtalarla kamuya duyurulur. İdare, yöre halkının ortak yararına ilişkin düzenlemelerde; ilgili kamu kurumu ve kuruluşlarından, üniversitelerden, konuyla ilgili kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve sivil toplum kuruluşlarından temsilcilerin çağırılacağı genel görüşme toplantısı düzenler.

“Bu madde kapsamına giren ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlerde de ilgili kamu kurumu ve kuruluşlarından, üniversitelerden; konuyla ilgili meslek kuruluşlarının birlik ve federasyonlarından ve sivil toplum kuruluşlarından temsilcilerin çağırılacağı genel görüşme toplantısı düzenler” hükmü yer almaktadır.

Düzenleyici işlemler açısından, taslaklar ilgili kuruluşların internet sayfalarına konulmak suretiyle de kamuoyunun tepkileri alınmaya çalışılabilir. Örneğin, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu (m.93), “Kurumun hazırlayacağı ikincil düzenleme taslakları en az yedi gün süreyle Kurumun internet sayfası başta olmak üzere uygun vasıtalarla kamuoyunun bilgisine sunulur” hükmünü getirmiştir. 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'na (m.4) göre, “Kurum, Kurul kararıyla bu Kanun hükümleri uyarınca çıkaracağı yönetmelikleri, piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilerin ve ilgili kurum ve kuruluşların görüşlerini alarak hazırlar”.

Öte yandan, 5393 sayılı Belediye Kanunu'na (m.20) göre, belediye meclisi toplantıları açıktır. Normal toplantı yeri dışında toplanılması durumunda da, toplantının yer ve zamanının alışılmış usullerle belde halkına duyurulması gerekmektedir.



Bu konuda Genel İdari Usul Kanun Tasarısı'nda (m.28) da bir düzenlemeye yer verilmiştir<sup>35</sup>.

Birel işlemler söz konusu olduğunda ilgililerin işlemin yapılmasından önce dinlenilmesi; yaptırım uygulanmadan önce de savunma hakkı tanınması gerekmektedir. Bu konuda Avrupa Konseyi ve AB gibi kuruluşların kararlarında yer alan ilkelere yukarıda değinmiştik.

#### **6) Başvuru yolları ve sürelerinin gösterilmesi.**

Yukarıda değindiğimiz Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (77)31 sayılı tavsiye kararında da yer aldığı gibi, kişilerin haklarını, özgürlüklerini ve çıkarlarını zedeler nitelikteki işlemlerde idare gerekçe ile olağan başvuru yolları ve sürelerini de göstermek durumundadır.

Anayasa'da (m.40) 2001 yılında yapılan değişiklikle, "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır" hükmü getirilmiştir. Devlet işlemlerini idari işlemler olarak anlamak gerekir. Zira, devletin işlemleri kapsamına yasama ve yargı işlemleri de girmektedir ve öğretilerde belirtildiği gibi, düzenleyici işlemler için böyle bir zorunluluk, kural koyma tekniğine aykırı olacaktır<sup>36</sup>. Anayasa Mahkemesi'ne göre de, "40. maddenin ikinci fıkrasıyla Devlete verilen görev, somut olaylarda ilgili kişiler hakkında tesis edilen işlemlere karşı başvurulacak kanun yolları ile sürelerin belirtilmesi zorunluluğu olup, bu hususlara ilişkin olarak her yasadaki özel bir düzenleme yapma yükümlülüğü içermemektedir"<sup>37</sup>.

Genel İdari Usul Kanun Tasarısında da, "İdare; görev alanlarıyla ilgili konularda başvuru hakkını kullanacak ilgililere yol göstermekle, haklarını kullanabilmeleri için yardımcı olmakla, idari işlemlere karşı itiraz ve başvuru makamları ile sürelerine ilişkin bilgileri vermekle yükümlüdür"

---

<sup>35</sup> Bu düzenlemeye göre, "(1) Devletin savunma, güvenlik ve ekonomisine, dış ticaret politikasına, milletlerarası ilişkilerin yürütülmesine ve kurumların iç işleyişine, özel hayatın gizliliğine ilişkin konular ile acil ve zorunlu haller hariç, idarenin karar organı olan kurullarının toplantıları ilgililere açıktır.

"(2) Kurul toplantıları, ilgililerin toplantıyı izleyebileceği uygun yerlerde yapılır. Sayılarının fazla olması halinde idare, ilgililerden toplantıyı izleyebilecek belli sayıda temsilci seçmesini isteyebilir veya duruma göre kendisi belirler".

<sup>36</sup> K.Gözler, **İdare Hukuku**, c.I, 2.bası, 2009, s.837 vd.

<sup>37</sup> Anayasa Mahkemesi, 8.12.2004, E.2004/84-K.2004/124. **RG**; 2.12.2005, sayı:26011, s.9vd.

(m.5); “İdare, bireysel işlem metninde, ilgilinin hangi idari makam, yargı mercii ve yargı öncesi uyuşmazlık çözüm usullerine başvurabileceğini ve sürelerini belirtmek zorundadır” (m.33) hükümleri yer almaktadır<sup>38</sup>.

Yukarıda değindiğimiz Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği gibi, idare, birel işlemlerinde ilgiliye karara karşı başvuru yollarını ve süresini göstermek zorundadır<sup>39</sup>. İdari yargı kararlarında da, özel dava açma süresinin söz konusu olduğu durumlarda, dava süresi hesaplanırken, bu sürenin işlemde gösterilip gösterilmediği dikkate alınmakta, işlemde özel dava açma süresi gösterilmemiş ve özel dava açma süresinin geçirilmesine karşın, dava genel dava açma süresi içinde açılmışsa, davanın süreden reddi yoluna gidilmemektedir<sup>40</sup>.

Öte yandan, başvurulacak mercilerle sürelerin işlem metninde gösterilmemesi tek başına iptal nedeni olarak kabul edilemez. Nitekim, Danıştay’a göre, “Ancak, hakkında işlem tesis edilen birey tesis edilen işlemde başvuru yeri ve zamanının belirtilmemiş olmasına rağmen ilgili mevzuatta belirtilen başvuru koşullarına ve usulüne uygun olarak yasal süresinde başvurusunu yapması halinde artık söz konusu işlemin yargısal denetimi sırasında, Anayasa’nın 40. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen hangi kanun yolları ve mercilere başvurulacağı ve süresinin belirtileceği kuralına uyulup uyulmadığı konusunda bir inceleme yapma imkanı bulunmamaktadır. Zira, yukarıda da belirtildiği üzere, söz konusu düzenlemenin uygulama alanı, dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, mercii ve süreleri konusunda yanılıya düşen bireylerin hak arama hürriyetlerini kullanabilmelerini sağlamaktır. İlgili mevzuatta belirtilen usule uygun olarak yapılan başvuru nedeniyle idari işlemin hukuka uygunluğunun denetimi sırasında, söz konusu işlemin, başvuru zamanının ve yerinin bulunmadığı gerekçesiyle şekil yönünden hükümsüz kabul edilmesi Anayasanın 40. maddesinin 2. fıkrası ile sağlanmak istenen amacı aşan bir yorum olacaktır.”<sup>41</sup>

<sup>38</sup> Genel İdari Usul Kanun Tasarısı’nda (m.33(2)) “Düzenleyici işlemlerde, bu işleme karşı doğrudan veya uygulama işlemi üzerine, hangi yargı mercii, hangi süreler içinde başvurulabileceği ayrı bir maddede gösterilir” hükmüne yer verildiğini de belirtmek gerekir.

<sup>39</sup> Danıştay, DDGK; 26.2.2004, E.2002/13-K.2004/217. **Danıştay Kararlar Dergisi**, sayı:5, 2004, s.81 vd.

<sup>40</sup> Örneğin, Danıştay;4.D;13.11.2006, E.2005/2134-K.2006/2156. Bu konuda geniş bilgi için bkz. E.Akbulut, “İşlemlerde kanun yolu ve süresini gösterme yükümlülüğünün yargısal denetime etkisi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, sayı:81, 2009, s.225 vd.

<sup>41</sup> Danıştay, 9.D; 3.11.2010, E.2008/559-K.2010/5801. **Danıştay Dergisi**, sayı:126, s.285 vd.

## 7) Kararda gerekçe gösterilmesi.

İdari işlemlerde gerekçe gösterilmesi zorunluluğunun idareyi işlem yaparken özen göstermeye zorlaması yanında; işlemin ilgisine de işleme karşı idari veya yargısal yollara başvurmaya gerek olup olmadığı konusunda değerlendirme yapma olanağı verir.

Anayasa (m.125) ve 2577 sayılı Yasa'da (m.7) dava hakkını kullanabilmenin yazılı bildirim koşuluna bağlandığını belirten Danıştay'a göre, *“Yazılı bildirim esasının Anayasal kural olarak düzenlenmesinin temel amacı, idari işlemler karşısında kişilerin hak ve çıkarlarının yargısal yolla korunması; bunun sağlanması için de dava açma hakkının kullanılmasının anayasal güvence altına alınmasıdır. Başka bir ifade ile yazılı bildirim, özellikle kişilerin menfaatlerini ihlal eden idari işlemlere karşı dava açma hakkının kullanılmasında ortaya çıkmaktadır.*

*“Dava açma süresinin işlemeye başlaması için, ilgisine yazılı bildirim usul kurallarına, tebligat kanununa uygun olarak yapılmış olması yetmez; yazılı bildirimde, işlemin ‘açık’ ve ‘anlaşılır’ bir biçimde ifade edilmiş olması; ayrıca, ilgilinin, hakkında tesis edilmiş olan idari işlemin hukuka uygun olup olmadığının irdeleyebilmesi için, işlemin ‘gerekçesi’ nin de belirtilmiş olması gerekir”<sup>42</sup>.*

Tüm idari işlemler için gerekçe gösterilmesi söz konusu olamasa da, ilgililerin haklarını, özgürlüklerini ve menfaatlerini zedeler nitelikte olanlar için gerekçe gösterilmesi gerekmektedir. Nitekim, Danıştay'ın yakın tarihlerde verdiği bir kararında bu gereklilik açıkça ifade edilmektedir. Danıştay'a göre:

*“Genel anlamda bir idari işlemde sebep unsurunun gösterilmemiş olması o işlemin şekil şartını oluşturmaktadır. Ancak kararda öngörülen şekil şartı işlemin varoluş şartına ilişkin olmayıp sonucu etkilemeyen, ilgililerin durumunu değiştirmeyen bir özelliğe sahip bulunduğundan, bu kurala uyulmamış olması dava konusu işlemin esasının incelenmesini engellemeyecek ve yalnızca bu yönden iptalini gerektirmeyecektir.*

*Ancak, idari yaptırım niteliğindeki işlemlerde, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan, onlara müdahale niteliği taşıyan işlemlerde ve verilmiş bir hakkı, izni veya yetkiyi geri alan işlemlerde bu işlemlerin idare edilenler yönünden ağır sonuçlar doğuracağı hususu dikkate alındığında, idarenin gerekçe yükümlülüğüne uyması gerekmektedir.*

<sup>42</sup> Danıştay, 10.D; 28.9.2010, E.2010/7934-K.2010/6948. **Danıştay Dergisi**, sayı:126, s.330 vd.

*“Dava konusu uyuşmazlık bu anlatım çerçevesinde incelendiğinde; davacı şirkete ait işyerinin on gün süreyle kapatılmasına ilişkin işlem idari yaptırım niteliğinde bir işlem olduğundan, kapatma gerekçesinin idari işlemden anlaşılması gerektiği açıktır.”<sup>43</sup>*

Yürürlükte bulunan kimi yasal düzenlemelerde (örneğin, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, m.52/1-h; 1615 sayılı Gümrük Kanunu, Ek m.2) kararda bulunması gereken hususlar gösterilmekte, bunlar arasında gerekçeye de yer verilmektedir.

Örneğin, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, isteklilerin talepte bulunması halinde ihalenin iptal gerekçelerini bildireceğini (m.39); ihale yetkilisinin gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle ihale kararını iptal edebileceğini (m.40); ihale sonucunun bildiriminde tekliflerin değerlendirmeye alınmama veya uygun bulunmama gerekçelerine de yer verileceği (m.41) öngörülmektedir.

Bilindiği gibi, 4734 sayılı Yasa’dan önce 2886 sayılı Yasa uygulamasında, kamu kuruluşlarından pek çoğu bu Yasa’nın uygulama alanı dışına çıkarılmıştı ve idari uygulamalarda keyfilik dikkat çekiyordu. Örneğin, bir kamu kurumu tarafından verilen bir ilanda, “Genel Müdürlüğümüz, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa tabi olmayıp, ihaleyi yapıp yapmamakta, veya kısmen ihale yapmakta veya tercih ettiği talibe vermekte tamamen serbest olup, nedenlerini açıklamak mecburiyetinde değildir”<sup>44</sup> ifadesi yer almaktadır.

Sonuç olarak yukarıda özetle vermeye çalıştığımız gelişmelere karşın idare hukuku idari faaliyetin hukuku olma özelliğini korumaktadır. Ancak, idare hukukunun da bir değişim geçirdiği gözlenmektedir. Bu değişimin birey odaklı ve usul ağırlıklı olduğunu söylemek yanlış olmaz. Bu dönüşümü idare-birey ilişkileri açısından gecikmiş, sağlıklı bir gelişme olarak değerlendirmek gerekir.

Başta değindiğimiz gibi, idare hukukunun uygulama alanındaki daralma büyük ölçüde idari yargıdan kaçışla ilişkilendirilebilir. Uzun süren yargılama ve sonuçta verilen kararın da kimi durumlarda uygulanmaması veya uygulanamaması idari yargıya güvensizlik yaratabilmektedir. İdari yargılama usulü, verilen kararların uygulanmasında maddi ve hukuki imkansızlıkların ortaya çıkması olasılığını azaltacak yeni önlemler geliştirmek zorundadır. Nitekim, idari yargıda örnek aldığımız Fransa 2000’lerin başında bu konuda bazı düzenlemeler yapmıştır.

<sup>43</sup> Danıştay,İDDK; 21.4.2011, E.2007/1800-K.2011/267. **Danıştay Dergisi**, sayı:128, s.20 vd.

<sup>44</sup> Örneğin, Devlet hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü ilanı için bkz. **Hürriyet Gazetesi**, 17.8.1995.

## KAYNAKÇA

- A.Ü.Azrak, “İdari usulün kodifikasyonuna ilişkin sorunlar”, in **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslar arası Sempozyumu**, 17-18 Ocak 1998, Başbakanlık yayını, Ankara, 1998.
- B.Akyılmaz, “Yeni bir idari usul kanunu örneği: İspanya Kamu İdarelerinin Hukuki Rejimi ve Genel İdari Usul Hakkında Kanun”, in **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu**, 17-18 Ocak 1998, Başbakanlık yayını, Ankara, 1998.
- C.Aydın, “İdare hukukçuları için yeni bir hukuk düzeni”, **Erdoğan Teziç’e Armağan**, Galatasaray Üniversitesi yayınları, Armağan Serisi No:5, s.289.
- C.Emre, **Yönetim Bilimi Yazıları**, İmaj yayıncılık, Ankara, 2003, s.218.
- D.Jean-Pierre, **La déontologie de l’administration**, PUF; Paris, 1999.
- E.Akbulut, “İşlemlerde kanun yolu ve süresini gösterme yükümlülüğünün yargısal denetime etkisi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, sayı:81, 2009.
- G.Isaac, **La procédure administrative non contentieuse**, LGDJ, Paris, 1968.
- Hürriyet Gazetesi**, 17.8.1995.
- J.Caillosse, “Droit public-droit privé: sens et portée d’un partage académique”, **Actualité juridique de Droit administratif**, 1996.
- J.Chevallier – D.Loschak, “Rationalité juridique et rationalité manageriale dans l’administration française”, **Revue française de Droit administratif**, No:24, 1982.
- J.-F.Auby, **Management public**, Sirey, Paris, 1996, s.IX.
- J.J.Gleizal, “L’avenir de droit administratif”, in **L’administration dans son Droit**, Publisud, Paris, 1985, s.281 vd.
- J.Meny, **La corruption de la République**, Fayard, Paris, 1994, s.302.
- K.Gözler, **İdare Hukuku**, c.I, 2.bası, 2009.

- M.D'Alberti, "La 'visione' et la 'voce': Le garanzie di partipazione ai procedimenti amministrativi", **Rivista trimestrale di diritto pubblico**, 2000, No:1.
- P.Soler-Couteaux, "Reflexions sur le thème de l'insécurité du droit administratif ou la dualité moderne du droit administratif", in **Gouverner, administrer, juger, Liber Amicorum Jean Waline**, Dalloz, Paris, 2002.
- P.Soler-Couteaux, "Réflexions sur le theme de l'insécurité du droit administratif ou la dualité noderne du droit administratif", in **Gouverner, Administrer, juger, Liber amicorum Jean Waline**, Dalloz, Paris, 2002.
- Q. Epron, "Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs", **Revue française de Droit administratif**, sept.-oct. 2011, s.1010.
- S.Bernard, **La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif**, LGDJ, Paris, 2001.
- S.Cassese, "Les transformations du droit administratif du XIX au XXI siècle", **Droit administratif**, octobre 2002.
- S.Güzelsarı, "Kamu yönetimi disiplinde yeni kamu işletmeciliği ve yönetim yaklaşımları", in K.Öktem, U.Ömürgönülşen (Ed), **Kamu Yönetimi, Gelişimi ve Güncel Sorunları**, İmaj yayınevi, Ankara, 2004.
- Ş.Gözübüyük, T.Tan, **İdare Hukuku, c.I, Genel Esaslar**, Turhan Kitabevi, 8. bası, Ankara, 2011.
- T.Tan, "İdari yargı da özelleşiyor mu?", **Demokrasi ve Politika. Hukuk Yönetim ve İktisat Üzerine. Prof.Dr.Ruşen Keleş'e Armağan**, İmge Yayınevi, Ankara, 2007.
- T.Tan, "Recherces d'une nouvelle rationalité dans le domaine administratif en Turquie", **Turkish Public Administration Annuel, vol:13**.
- V.C.Irelli, **Amministrazione pubblica e diritto privato**, G.Giappichelli Editore, Torino, 2011.