

# İDARİ GÜVENCE VE TEMİNAT KAVRAMLARI ÜZERİNE ALMAN HUKUKU ODAKLI BİR İNCELEME<sup>(\*)</sup>

Dr. Öğr. Üyesi Dursun ÇELİK<sup>(\*\*)</sup>

## Öz

İdarenin öngörülebilir olması hukuk devletinin ve iyi yönetimin bir gereğidir. Alman İdare Hukukunda bunu sağlamak üzere, idarenin ileride bir konuda nasıl hareket edeceğini yönetilenlere taahhüt ettiği idari güvence kurumu geliştirilmiştir. Daha sonra, idari güvencenin spesifik bir şekli olan, idari işlemin tesis edilmesi veya edilmemesine yönelik vaat, teminat adı altında kanuni düzenlemeye kavuşmuştur. Bu çalışmada bu iki kurum -ağırlık olarak da teminat-, Türk Hukukunda da uygulama alanı bulmaları amacıyla incelenecek ve tanıtılacaktır.

## Anahtar Kelimeler

İdarenin Öngörülebilirliği, İyi Yönetim, İdari Güvence, İdari Teminat.

---

<sup>(\*)</sup> Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 07.12.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 20.12.2022.

Atıf Şekli: Dursun Çelik, "İdari Güvence ve Teminat Kavramları Üzerine Alman Hukuku Odaklı Bir İnceleme", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 2, 2022, s. 627-667.

Bu çalışmayı genç yaşta ebediyete uğurladığımız değerli meslektaşımız Zühre Elvan'a ithaf ediyorum. Ruhü şad olsun.

<sup>(\*\*)</sup> Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı, Isparta, Türkiye.

E-posta: drsnclik@hotmail.com.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0568-1653>.

# **AN ANALYSIS FOCUSED ON GERMAN LAW ON THE CONCEPTS OF ADMINISTRATIVE COMMITMENT AND ASSURANCE**

## **Abstract**

The predictability of administrative action is derived from the rule of law and the principle of good administration. In order to achieve this, the institute of promises, through which the administration promises people how they will act in the future, was developed in German administrative law. Later, the assurance, which relates to an administrative act, was regulated by law. In this work, these two terms - with a focus on assurance - are treated with the aim of showing that they are used in Turkish law.

## **Keywords**

Predictability of Management, Good Management, Administrative Commitment, Administrative Assurance.

## **EINE AUF DAS DEUTSCHE RECHT FOKUSSIERTE UNTERSUCHUNG ÜBER DIE BEGRIFFE DER VERWALTUNGRECHTLICHEN ZUSAGE UND ZUSICHERUNG**

Aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem Grundsatz der guten Verwaltung wird die Voraussehbarkeit des Verwaltungshandelns abgeleitet. Um dies zu schaffen, wurde im deutschen Verwaltungsrecht das Institut der Zusage, durch die die Verwaltung den Personen verspricht, wie sie in der Zukunft handeln wird, entwickelt. Später wurde die Zusicherung, die sich auf einen Verwaltungsakt bezieht, gesetzlich geregelt. In dieser Arbeit werden diese beiden Begriffe - schwerpunktmäßig Zusicherung - mit dem Ziel behandelt, dass sie im türkischen Recht Anwendung finden.

### **Schüsselwörter**

Vorhersehbarkeit der Verwaltung, gute Verwaltung, verwaltungsrechtliche Zusage, verwaltungsrechtliche Zusicherung

## GİRİŞ

Öteden beri insanlar geleceğe dönük planlar yapmakta ve birtakım öngörülerde bulunmaktadır. Bu planların istenilen şekilde hayata geçmesi bazen başkalarının kararlarına bağlı olabilmektedir. Özellikle bu planların gerçekleşmesi, idari mercilerin kararlarına bağlı olduğu durumlarda bireylerin idarenin kararının ne yönde olacağına ilişkin bir güvence alabilmeleri önem arz etmektedir. Zira kişiler idarenin bir hususta mevcut şartlar altında nasıl davranacağına veya davranmayacağına ilişkin bir güvence alabilirse kendilerini o doğrultuda ayarlayabilirler. Bu bağlamda idari mercilerin, ileride bir olaya ilişkin nasıl hareket edecekleri yönünde bireylere bağlayıcı bir söz verip veremeyecekleri hususunun irdelenmesi gerekir.

Hukuk devleti ilkesinin önemli gerekliliklerinden birisi de, kamusal makamların hareketlerinin öngörülebilir olmasıdır<sup>1</sup>. İdarenin takdir yetkisinin olduğu veya belirsiz hukuki kavramlardan dolayı değerlendirme marjının bulunduğu durumlarda idarenin ne yönde davranacağı ilgilileri tarafından öngörülebilmesi her zaman kolay değildir. Bu da idarenin öngörülebilirliğine dolayısıyla da hukuk devleti ilkesine zarar vermesi ihtimal dahilinde görülmektedir<sup>2</sup>. Hukuk devletinin, bu şekilde zarar görmesini engellemek ve yönetilenlerin planlarını daha iyi yapabilmelerini sağlamak amacıyla idarenin gelecekte mevcut şartlar devam ettiği takdirde ne yönde hareket edeceğine ilişkin vaatte bulunması kurumu geliştirilmiştir. Örneğin Almanya'da çifte vatandaşlık yasağı bulunduğu için, vatandaşlığa kabul edilecek kişinin mevcut vatandaşlığından çıkması gerekir. Fakat Alman vatandaşlığına geçmek isteyen diğer ülke vatandaşlarına, kendi vatandaşlıklarından çıktıklarında mevcut şartlar devam ettiği müddetçe vatandaşlığa alınacağı yönünde bir teminat verilirse, bu kişi kendi vatandaşlığından gönül rahatlığıyla çıkacaktır ve aynı zamanda da hukuken bir güvence elde edecektir. Ancak burada, bu yolla yönetilenler ilerideki tüm risklerden korunmadıklarının da altını çizmek gerekir. Bir başka söylemle karar verme anında fiili veya hukuki durumda bir değişiklik olması halinde vadinin bağlayıcılığı söz konusu olmayacaktır.

Bu çalışma ile, Alman idare hukukunda yarım asırdan fazla bir süredir be-nimsenmiş olan bağlayıcı idari güvence kurumunun ortaya konularak, Türk

<sup>1</sup> AYM, E.2003/30, K. 2003 2003/38, 29/3/2003.

<sup>2</sup> Meinhard Schröder, in: Schoch/Schneider, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, C.H. Beck, Münih, 2021, § 38 k.n. 7.

Hukukuna ışık tutması ve konunun tartışılarak hayata geçirilmesinin sağlanması amaçlanmaktadır. Gerçekten hemen yukarıda da değinildiği gibi hukuk devletinin gerekliliklerinden birisi de hukuki öngörülebilirliktir. 1982 Anayasasının 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu vurgulandığına göre, kamu erklerinin davranışlarının öngörülebilir olması beklenmektedir. Bu aynı zaman da bir iyi yönetim ilkesi olarak da görülmektedir. Bu anlamda da idarenin bağlayıcı güvence verme kurumunun hukukumuzda da yerleşmesi gerektiği kanaatini taşımaktayız. Ancak idare hukuku yazınında ve uygulamada bu konunun yeterince gündeme getirilmediğini söylemek mümkündür.

İdari güvence bir üst kavramdır ve henüz Alman İdari Usul Kanunu<sup>3</sup> (devamında AİUK olarak kısaltılacaktır) kabul edilmeden önce tartışılmaya ve uygulanmaya başlanmıştır. 1973 yılında idarenin bir idari işlemi tesis etmesi veya etmemesine yönelik teminat vermesi olarak kısmen AİUK tasarisına eklenmiş ve 1977 yılında AİUK 38. maddesinde teminat üst başlığıyla yasalaşmıştır. Daha önce de değinildiği gibi güvence verme kurumu tamamen yasa da yer almamış, sadece idarenin hareket araçlarından birisi olan idari işleme<sup>4</sup> yönelik güvence verilmesi düzenlenmiştir. Bu yüzden de bu çalışmada ağırlıklı olarak teminat üzerinde durulacak, sadece gerektiğinde güvence kavramına yer verilecektir.

Bu çalışmada, ilk olarak Alman idare hukukunda güvence ve teminat kavramları genel olarak incelenecektir. Daha sonra AİUK 38. maddesi uyarınca idare tarafından verilen teminatın geçerlilik şartları incelenecektir. Devamında hukuka uygunluk şartları üzerinde durulacak, akabinde teminat talebinde bulunulması ve başvurulabilecek hukuki yollar ele anılacaktır. Son olarak da teminatın geçerliliğini ve bağlayıcılığını yitirdiği durumlar üzerinde durularak nihayete erdirilecektir.

## I. İDARİ GÜVENCE KAVRAMI

### A. Genel Olarak

Kamusal idarelerin, yönetilenlere gelecekte mevcut şartlar devam ettiği müddetçe ne yönde tasarrufta bulunulacağına ilişkin vaatte bulunması konusu,

<sup>3</sup> Bundesverwaltungsverfahrensgesetz (BVwVfG)

<sup>4</sup> Verwaltungsakt kavramı; sadece bireysel idari işlemler ve genel kararları kapsar, düzenleyici idari işlemleri ise dışarıda bırakır. Bu bağlamda aslında idari işlem değil, idari karar teriminin kullanılması daha doğru olacaktır. Fakat idari işlem terimi yerleştiği için bu çalışmada da 'verwaltungsakt' kavramı idari işlem terimi kullanılacaktır.

Alman idare hukukunda uzun zamandır tartışılan ve kabul görmüş bir hukuki kurumdur. Bu kurumun anlaşılabilmesi için öncelikle bir kavramsal çerçeveye çizilmesi ve bu kurumun hukuki niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Ayrıca bu kurumun, benzer hukuki kurumlar olan genel bilgilendirici işlemlerden, ön onay, kısmi onay ve geçici idari işlem gibi kurumlardan ayrılması gerekmektedir.

### 1. Tanım

İdari güvence (Zusage) kavramı, aslında idari teminat (Zusicherung) kavramını da kapsayan bir üst kavram olarak kullanılmaktadır.<sup>5</sup> Ancak kanun koyucu, idari işleme ilişkin verilen güvenceleri, teminat şeklinde isimlendirerek Kanunda yer vermiş, bunun dışındaki taahhütleri kanuni düzenlemeye dahil etmemiştir. Bu da ikili bir kavram kullanımına yol açmıştır. İdarenin hangi vaatlerinin doğrudan AİUK 38. maddesini uygulama alanına girdiğinin tespit edilmesi bağlamında bu iki kavramın ayrı ayrı açıklanması gerekmektedir.

#### a. İdari Güvence Kavramı

İdari güvence kavramından, idari mercilerin muhatap bireye bir hususta gelecekte nasıl davranacağına ilişkin vaatte bulunarak, kendini bu vadede bağlı kalma yükümlülüğünün altına sokması anlaşılır<sup>6</sup>. Bu tanım kapsamına sadece idarenin geleceğe dönük pozitif davranışları (yapma) değil, aynı zamanda negatif davranışları da girmektedir. Kısaca ifade edecek olursak idare hem bir şeyi yapmayı hem de bir şeyi yapmamayı vaat edebilir<sup>7</sup>. Farzı misal bir kişiye, kendisiyle ileride bir idari sözleşme yapacağına dair söz verirse bu pozitif bir davranıştır. Bir güvenlik kamerasını bulunduğu yerden kaldırmayacağını vaat etmesi ise negatif bir davranışa örnektir.

İdari güvence kavramı, yukarıda da değinildiği gibi kanuni düzenlemeden önce geniş anlamda idarenin idare hukukuna dair her türlü hareket aracına ilişkin olarak kabul edilmekteydi. Daha açık bir söylemle; idare ileride bir idari işlem tesis edip etmeyeceğine yönelik de, idari sözleşme imzalamaya ilişkin de, idari eylemi yapıp yapmayacağı hususunda da bağlayıcı bir güvence verebilirdi.

<sup>5</sup> Ulrich Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, C.H. Beck, Münih, 2018, § 38 k.n. 1.

<sup>6</sup> BVerwGE 26, 31 (36); Schröder, in: Schoch/Schneider, *VwVfG Kommentar*, § 38 k.n. 13.

<sup>7</sup> BVerwG NJW, 2968; Paul Tiedemann, in: Bader/Ronellenfitsch, *Beck'scher Online Kommentar Verwaltungsverfahrensgesetz*, C.H. Beck, Münih, 2022, § 38 k.n. 1, 2.

Fakat yukarıda da belirtildiği gibi AİUK, idarenin bir idari işlemin tesisi edip etmemeye yönelik vaatlerini teminat kavramını tercih ederek düzenlediğinden, güvence (Zusage) kavramı artık idarenin idari işlem tesis edilmesine ya da tesis edilmemesine yönelik olanların dışındaki vaatleri olarak kullanılmaya başlanmış<sup>8</sup>. Teminat kavramı, bir alt başlıkta ayrıca açıklanacaktır.

Bu çalışma kapsamında bir idari güvenceden söz edebilmek için, birtakım şartların kümülatif olarak gerçekleşmesi aranmaktadır. Bu şartlardan ilki, tıpkı tüm hukuki muamelelerde olduğu gibi, idarenin kendini yükümlülük altına sokan -hukuki sonuç doğurmaya yönelik- bağlayıcı bir irade beyanında bulunmasıdır. Böyle bir irade beyanın mevcudiyeti hususunda bir tereddüt ortaya çıkmışsa, medeni hukukta geliştirilen irade beyanı yorum yöntemleriyle araştırılması gerekmektedir<sup>9</sup>. Burada esas olan idari merciin subjektif olarak ne düşündüğü değil, objektif bir üçüncü kişinin irade beyanından ne anlayacağıdır. Bir başka deyişle muhatap, kendisine yöneltilen irade beyanın lafzından ve idarenin diğer davranışlarından dürüstlük kuralı çerçevesinde kendisine gelecekte bir şey için vaatte bulunduğunu anlayabiliyorsa bu çalışma anlamında bir idari güvencenin varlığı kabul edilir<sup>10</sup>. Genelde güvence ilgilinin başvurusu üzerine verilir. Lakin bu zorunlu değildir, bazı hallerde idare, bir başvuru olmadan resen de güvence verebilir. Bireylerin idari güvence talepli başvurularına idarenin cevap vermemesi, her halükarda güvence talebinin reddi olarak anlaşılmalıdır. Diğer bir ifadeyle idarenin susması, -Kanunun idarenin susmasına açıkça zımni kabul anlamı yüklediği durumlar müstesna- zımni kabul anlamı taşımaz<sup>11</sup>.

İdari güvencenin ikinci koşulu ise, somut bir olaya ilişkin olmasıdır. Bu kapsamda idari merciinin, belirli veya belirlenebilir muhataplara yönelik bir vaatte bulunması gerekir<sup>12</sup>. Bu sebeptir ki; idarenin belirli veya belirlenebilir muhataba yönelmemiş, genel soyut açıklamaları bu anlamda bir güvence verme ola-

<sup>8</sup> BVerwGE 26, 36; Annette Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 2004, S. 9, s. 364.

<sup>9</sup> Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 14; Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", s. 357; Iradenin yorumlanması hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Özgür Güvenç, *Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

<sup>10</sup> Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", s. 357; Ferdinand O. Kopp - Ulrich Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, C.H. Beck, Münih, 2013, § 38 k.n. 7.

<sup>11</sup> Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 15.

<sup>12</sup> Tiedemann, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online Kommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, § 38 k.n. 2.

rak kabul edilemez. Fakat her ne kadar bu açıklamalar güvence verme olarak kabul edilmese de, bunların da güvenin korunması (haklı beklenti) ilkesi ve şartları çerçevesinde bağlayıcı olabileceği belirtilmektedir<sup>13</sup>.

Tek taraflılık, idari işlemde olduğu gibi idari güvencede de diğer bir şart olarak karşımıza çıkmaktadır. Yani güvencenin hukuki sonuçları idarenin tek taraflı irade beyanıyla doğar. Ancak bu, idarenin bir sözleşme hükmü ile geleceğe dönük bağlayıcı bir vaatte bulunamayacağı anlamına gelmez. İdare, peki bir sözleşme ile de kendisini bağlayıcı bir vaatte bulunabilir. Lakin sözleşme kapsamında verilen bu vaat, buradaki anlamıyla bir güvence olarak değil, sözleşmeye ilişkin hükümlerin tatbik edildiği bir edim olarak görülmelidir. Yine de uygun düştüğü ölçüde AİUK 38. madde hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği dile getirilmektedir<sup>14</sup>.

İdarenin, özel hukuk kapsamına giren bir konuya ilişkin - örneğin bir taşınmazın satın alınacağına dair - idari güvence verip veremeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, özel hukukta sonuç doğuran idari işlem olabildiğine göre, aynı şekilde özel hukukta sonuç doğuracak bir işleme yönelik idari güvence de verilebilir<sup>15</sup>. Diğer kanaate göre ise, bir özel hukuk işlemine güvence verilmesi halinde, bu güvencenin bağlayıcı olup olmayacağı, olacaksa da ne derece bağlayıcı olacağı şüphelidir. Zira bazı özel hukuk işlemleri özel şekil şartına tabidir, bu şarta uymadan verilen vaatler geçerli olmayacaktır<sup>16</sup>. Bu sebeplerle idare özel hukuk alanında kalan iş, işlem ve eylemlerine yönelik idari güvence veremeyeceği, bunun yerine idare, eğer bu konularda bir taahhütte bulunmak istiyorsa özel hukukun kendi imkânlarının kullanması gerektiği haklı olarak savunulmaktadır<sup>17</sup>.

#### **b. AİUK 38. Madde Kapsamındaki Teminat Kavramı**

Yukarıda da ifade edildiği gibi idari güvencenin bir alt kavramı olan teminat, AİUK 38. maddesinde bireysel bir idari işlemin tesis edilmesi veya tesis

<sup>13</sup> Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 4.

<sup>14</sup> Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 3.

<sup>15</sup> OVG Berlin NJW 1984, 2593; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 8.

<sup>16</sup> Örneğin taşınmaz satış vaadi noterde yapıma zorunluluğu vardır. Bu vaadi idare sadece yazılı olarak yapsa geçerli olmayacaktır.

<sup>17</sup> Michael Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, *Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar*, Nomos, Baden-Baden, 2019, § 38 k.n. 21.



etmekten kaçınılmasına yönelik idarenin vaadi şeklinde tanımlanmaktadır<sup>18</sup>. Bu tanıma göre; idarenin bireysel idari işlemin tesis edileceğine veya edilmeyeceğine yönelik olanlar dışında kalan tüm vaatleri bu düzenlemenin doğrudan uygulama alanı dışında kalmaktadır<sup>19</sup>. Teminat ve genel anlamda idari güvence ayrımı, özellikle AİUK 38 hükümlerinin teminat dışındaki vaatler için kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı ve bunların hukuki niteliklerinin ne olduğu sorularına verilecek cevaplar açısından pratik önem taşımaktadır<sup>20</sup>. Hemen yukarıda açıklanan güvence vermeye ilişkin şartlar; -bağlayıcı irade beyanı, belirli ya da belirlenebilir bir muhataba yönelik olması, tek taraflı olması, sübjektif kamusal bir iş, işlem veya eyleme yönelik olması- teminat için de geçerli olduğunu belirtmek gerekir.

Hem bireysel idari işlemlere hem de genel kararlara yönelik teminat verilebilir<sup>21</sup>. Bu anlamda bireysel idari işlem ve genel kararın ne olduğunun tespiti önem taşımaktadır. Mayer idari işlemi şu şekilde tanımlamıştır: *İdarenin, münferit olaylarda vatandaşların durumunu belirleyen resmi irade açıklamasıdır*<sup>22</sup>. Bu tanım idari işlemi açıklayan ve hala geçerli olan veciz bir tanımdır. İdari işlem, AİUK 35. maddesinde de düzenlenmektedir. Bu maddeye göre idari işlem; idari mercilerin kamu hukuku alanında münferit bir meseleye ilişkin, dışa yönelik, doğrudan hukuki sonuç doğuran tüm tasarruflarını, kararlarını veya kamu gücü kullandıkları diğer önlemlerini ifade eder. Bu tanım çerçevesinde bireysel idari işlemin altı tane ayırt edici kıstası olduğu saptanabilir<sup>23</sup>. Birinci kıstas, fonksiyonel anlamda idareden hasil olması gerekmektedir. İkincisi tek taraflı bir irade açıklaması olmasıdır. Üçüncü kriter ise idare hukuku alanından kaynaklanmasını arar. Dördüncü kıstas ise hukuki sonuç doğurmaya yönelik olmasıdır. Bu kriter idari işlemi, özellikle idari eylem gibi hukuki sonuç muradı olmadan

<sup>18</sup> Steffen Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, C.H. Beck, Münih, 2012, s. 168.

<sup>19</sup> Schröder, in: Schoch/Schneider, *VwVfG Kommentar*, § 38 k.n. 16.

<sup>20</sup> Bu sorulara ilişkin değerlendirme bir alt başlıkta yapılacaktır.

<sup>21</sup> Schröder, in: Schoch/Schneider, *VwVfG Kommentar*, § 38 k.n.

<sup>22</sup> Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht Bd. I*, Duncker und Humblot, Leipzig, 1895, s. 95. (ein der Verwaltung zugehöriger obrigkeitlicher Ausdruck, der dem Untertanen gegenüber im Einzelfall bestimmt, was für ihn rechtens sein soll.)

<sup>23</sup> Kistaslar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C.H. Beck, Münih, 2011, s. 200 vd.; Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, s. 138 vd.; Kopp-Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 35, k.n. 50 vd.

yapılan hareketlerden ayıran önemli bir kriterdir. Beşincisi idarenin iç düzen işlemleri olmayan dışa yönelik sonuç doğuran bir idari işlem olmasını şart koşturmaktadır. Altıncı ve sonuncu kıstas ise bireysel ve genel kararı, idarenin genel ve soyut kural koyan düzenleyici işlemlerinden ayırmaya yarayan münferit olaya yönelik olma kıstasıdır. Belirleyici olan belirli ya da belirlenebilir muhatap veya muhataplara yönelik, bir bireysel idari işleme ya da genel karara ilişkin vaat verilmesidir. Genel düzenleyici işlemin tesisine yönelik AİUK 38. maddesi uyarınca teminat verilemez. Ancak bunların çıkarılacağına dair genel anlamda güvence verilebilir.

Tesis edileceği ya da edilmeyeceği idarece vaat edilen idari işlemin belirli olması gerekir. Sadece ileride bir idari işlem tesis edilecek şeklindeki teminat yeterli değildir. Tesis edilecek idari işlemin genel hatlarıyla içeriğinin teminatta gösterilmiş olması şarttır<sup>24</sup>, ancak idari işlemin içeriğinin bütün detaylarının olması aranmaz<sup>25</sup>. Belirlilik şartı teminatın ihtirazi kayıt ve şartlar altında verilmesine engel değildir<sup>26</sup>.

İdari işlem ve idari eylem ayırımındaki zorluklar, bir vaadin AİUK 38. maddesi anlamında teminat mı yoksa genel anlamda güvence verme mi oluşturacağına tespitine de yansımaktadır. Özellikle idarenin hukuka bir aykırı duruma göz yumacağına (tolerans göstereceğine) ilişkin vaadinde bu ayırım çok daha zorlaşmaktadır<sup>27</sup>. Farzı-misal geçerli izni olmadan seyyar satıcılık yapan bir kişiye müdahale edilmeyeceğine yönelik bir vaatte bulunmuş olması durumunda, bundan bir idari para cezası verilmeyeceği (idari işlem tesis edilmeyeceği) hususunda teminat mı, yoksa genel anlamda kolluğun kendisine fiilen müdahalede bulunmayacağına ilişkin güvencenin anlaşılması gerektiğinin tespiti kolay değildir.

## 2. Hukuki Niteliği

Hem genel anlamda idari güvencenin hem de teminatın hukuki niteliğine ilişkin, AİUK kabul edilmesinden önce olduğu gibi sonrasında da bir konsensüs

<sup>24</sup> Detaylı bilgi aşağıda geçerlilik şartlarında incelenecektir.

<sup>25</sup> OVG Weimar ThürVBl 2016, 93, 96

<sup>26</sup> Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 14; Tiedemann, in: Bader/Ronellenfitsch, *Beck'scher Online Kommentar Verwaltungsverfahrensgesetz*, § 38 k.n. 7.

<sup>27</sup> Schröder, in: Schoch/Schneider, *VwVfG Kommentar*, § 38 k.n. 18; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 16.

oluşmamıştır<sup>28</sup>. Yasa koyucu da 38. maddeye bu tartışmayı sona erdirecek şekilde net bir hüküm koymamıştır<sup>29</sup>. Daha doğru bir ifadeyle kanun koyucu tedbiren bu hususta bir görüş ortaya koymamıştır. Aynı şekilde yargı içtihatlarında da yeknesaklık görülmemektedir<sup>30</sup>.

Bir görüşe göre; bu iki kurum da bir idari işlem olarak görülemez<sup>31</sup>. Bu görüşü taşıyanların temel argümanı; AİUK 38. maddesinin 2. fıkrasının, idarenin teminat vermesi hususunda AİUK 44. maddesi, 45. maddesinin 1. fıkrasının 3-5. numaraları, 2. fıkrası, 48 ve 49. maddeleri aynen uygulanır şeklindeki lafzıdır. Yasa koyucunun, idari işlemlere ilişkin bu hükümlerin aynen uygulanacağını ayrıca belirtmesi, teminatı, idari işlemden farklı görmesidir. Şayet teminatı bir idari işlem olarak görseydi, söz konusu hükmü koyma ihtiyacı hissetmezdi<sup>32</sup>. Ancak kanunun gerekçesinde teminatın hukuki niteliğine ilişkin bir düzenleme getirilmediği açıkça ifade edilmiştir<sup>33</sup>. Bununla birlikte kanunun sistematığında teminatın, idari işlemin oluşması kısmında düzenlendiği belirtilmelidir. Kanun koyucunun teminatın hukuki niteliği noktasında taraf olmayacağını, kanun gerekçesinde net bir şekilde ortaya koyduğundan, teminatın idari işlemin karakteristik özelliklerini taşıyıp taşımadığının incelenerek idari işlem olarak kabul edilip edilmeyeceğine karar vermek gerekecektir<sup>34</sup>.

Azınlıkta kalan bir düşünceye göre; nihai bir karar olmadığından ve doğrudan uygulanabilen bir hak sağlamadığından teminatın icrailik özelliği yoktur. Bu sebeple de teminatı, bir idari işlem olarak nitelendirilmek mümkün değildir. Bu bakımdan teminatın ve genel anlamda güvence vermenin kendine has bağlayıcı bir irade açıklaması ya da idari işlemin hazırlık işlemi olarak değerlendirilmesi gerekir<sup>35</sup>.

<sup>28</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, *Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar*, § 38 k.n. 45 vd.

<sup>29</sup> Kopp-Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 8.

<sup>30</sup> Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, *Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar*, § 38 k.n. 46.

<sup>31</sup> Detterbeck, *Algemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, s. 168; Hans-Dieter Sproll, *Allgemeines Verwaltungsrecht II*, C.H. Beck, Münih, 1998, s. 20; Hans-Uwe Erichsen, "Die Zusage." *Juristische Ausbildung*, 1991, s. 110.

<sup>32</sup> Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", s. 359.

<sup>33</sup> BT-Drs. 7/910, s. 59.

<sup>34</sup> Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", s. 359.

<sup>35</sup> Klaus Erfmeyer, "Bindungswirkung rechtswidriger allgemeiner Zusagen in entsprechender Anwendung der §§ 38 II, 48 VwVfG?", *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1999, s. 1629; Rainer Palauro, *Haftungsrelevante Probleme der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Zusage*,

Öğretide ve yargı içtihatlarında ise; hem güvencenin hem de teminatın, idari işlemin tüm kriterlerini karşıladıkları, bu nedenle de her iki kurumun da birer idari işlem olarak nitelendirilmesi gerektiği kanaati hakimdir<sup>36</sup>. İdare bir vaatte bulunarak ya da bir idari işleme yönelik yönetilenlere bir teminat bahşederek, uygulanabilir bir hak oluşturur. İşlemin icrailik özelliğinin anlamı; onun bir hukuksal sonuç doğurması olduğu düşünüldüğünde<sup>37</sup>, hak doğuran bir irade açıklamasının, icrailik karakteri şüphesiz mevcuttur. İddia edildiği gibi, teminat idari işlemin bir hazırlık işlemi değildir. Aksine teminat ve asıl idari işlemler birbiriyle bağlantılı ancak birbirinden ayrı kararlardır. Teminat veya güvence vermenin bir hak oluşturmadığı varsayımında bu kurumun bir anlamı kalmaz. Çünkü bu varsayımda bu kurumların idareyi bağlayıcılığı özelliği ortadan kalkar. Yine bu iki kurum da tek taraflıdır ve kamu gücüne dayanır. İdari işlemin diğer şartı olan dışa etkili olması da tartışmasız mevcuttur. Bu sebeplerle, bunların birer kendine özgü şartları olan birer idari işlem olarak görülmesi gerekmektedir. Ayrıca nihai karar olmamasından (idari süreci sona erdirme etkisinin olmaması) dolayı idari işlem olamayacağı savı da isabetli değildir, çünkü aynı şekilde nihai karar olmayan ön onay, kısmi idari işlem gibi kararların idari işlem olduğuna dair herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır<sup>38</sup>. Kanaatimizce de bu iki kurum da idari işlemin tüm özelliklerini taşımakla (idari işlem karakteri olmakla) birlikte, aşağıda açıklanacağı üzere kendilerine has birtakım (özellikle kanuni düzenlemeden dolayı) şartları bulunmaktadır.

Bu bağlamda değinilmesi gereken diğer husus da, bizim de katıldığımız hakim görüşe göre teminatın bir idari işlem niteliği taşıması hasebiyle, idari işlem için geçerli tüm hükümler AİUK 38. maddesine aykırı düşmemek kaydıyla teminat için de aynen uygulanacaktır. Bu vesileyle belirtmek gerekir ki; AİUK 38. maddesinin 2. fıkrasında sadece belirli hükümlerin (44. madde, 45. maddenin

---

Doktora Tezi, Konstanz, 1983, s. 82 vd.; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n 52.

<sup>36</sup> BVerwG NVwZ 1986, 1011; VGH Mannheim NVwZ 1991, 79; Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 8; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 33; Tiedemann, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online Kommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, § 38 k.n. 13; Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 82; Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", s. 359.

<sup>37</sup> Dilşat Yılmaz, *İdari İşlemin İcrailik Özelliği*, Astana Yayınları, Ankara, 2014; Mutlu Kağıtçıoğlu, "İdari İşlemin İcrailiği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, C. 103, s. 268 vd.

<sup>38</sup> Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 34; Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", s. 359.

1. fıkrasının 3-5 bentleri arası ve 2. fıkrası, 48 ve 49. maddeleri) aynen uygulanacağına yer verilmesi, doktrinin büyük çoğunluğuna göre bir bilinçsiz hukuk boşluğudur. Dolayısıyla da kanun koyucunun belirli hükümlerin aynen uygulanacağını ayrıca belirtmesi, idari işleme ilişkin diğer düzenlemelerin uygulanamayacağı anlamına gelmemesi gerektiği haklı olarak tespit edilmektedir<sup>39</sup>.

### 3. Benzer Hukuki Kurumlardan Ayrılması

Teminat ile idarenin bilgilendirici işlemleri ve ön onay, geçici idari işlem, kısmi idari işlem gibi benzerlik gösteren diğer bazı işlemlerden ayrılması pratikte önem arz etmektedir. Zira aşağıda açıklanacak olan esaslar sadece teminat<sup>40</sup> için geçerlidir. Bu bakımdan teminatın benzeri hukuki kurumlardan kesin bir şekilde sınırlandırmak gerekir.

#### a. İdarenin Enformel İşlemlerinden Ayrılması

İdarenin gelecekte bir davranışı gerçekleştirme/gerçekleştirmeme hususunda kendini yükümlük altına sokan irade açıklamasının hukuken bağlayıcı olması, güvencenin ve aynı kanunda spesifik olarak düzenlenen teminatın en karakteristik özelliği olduğunu yukarıda vurgulamıştı. Gerçekten de idarenin bilgilendirme, açıklama, işaret etme, niyet açıklamaları gibi enformel işlemleri, bu iki kurumun aksine icrai nitelikte değildirler<sup>41</sup>. Bu işlemlerde açıklanan şey bir irade beyanı (Willenserklärung) değil, bir bilgi beyanıdır (Wissenserklärung)<sup>42</sup>. İdarenin bir beyanının, bağlayıcı irade açıklaması yoksa sadece bilgi açıklaması olduğunun tespiti her zaman kolay değildir. Çoğu zaman açıklamanın hangi kapsama girdiğinin, irade yorumlanması teorileri çerçevesinde araştırılması iktiza eder<sup>43</sup>. Bu araştırmada sadece kullanılan kelimeler değil, genel olarak açıklamanın içeriğinden ve idarenin tüm davranışları göz önünde bulundurulmalıdır. Bir açıklamanın bağlayıcı irade beyanı mı yoksa sadece bilgi beya-

<sup>39</sup> Martin Müller, in: Huck/Müller, *Beck'sche Kompakt-Kommentare Verwaltungsverfahrensgesetz*, C.H. Beck, Münih, 2020, § 38 k.n. 11; Schröder, in: Schoch/Schneider, *VwVfG Kommentar*, § 38 k.n. 58 vd.; Kopp-Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 32.

<sup>40</sup> Genel anlamda söz verme için AİUK 38. maddenin kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı her başlık altında ayrıca incelenecektir. Ancak hatırlatmak gerekir ki; teminat, genel anlamda söz vermenin özel halidir. Dolayısıyla da bir çok noktada benzerlik gösterir.

<sup>41</sup> Kemal Gözler, *İdare Hukuku C I*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 836 vd.

<sup>42</sup> Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, *Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar*, § 38 k.n. 28.

<sup>43</sup> Schröder, in: Schoch/Schneider, *VwVfG Kommentar*, § 38 k.n. 24.

nı mı olduğunun tespitinde, o açıklamanın nasıl isimlendirildiğinin bir önemi olmadığını da belirtmek gerekir. Bu konuda en çarpıcı örnek Alman Vergi Kanunu (Abgabenordnung) 89. maddesinin 2. fıkrasında vergi dairelerinin ve Federal Merkez Vergi Dairesi'nin başvuru üzerine bağlayıcı bilgi (Auskunft) verebileceğini hükme bağlamasıdır. Görüldüğü gibi bu hükümde bilgi verme ifadesi kullanılmasına rağmen bağlayıcı olacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla da bu bilgi verme, bağlayıcılığı olan bir teminat olarak değerlendirilecektir. İdari merci, bir konuda muhatabına garanti vermişse bağlayıcı irade beyanının olduğunda şüphe edilmez<sup>44</sup>. Bunun bu mefhumu muhalifinden de garanti yoksa bağlayıcılık da yoktur anlaşılmalıdır. Misalen idari makamın, inşaat ruhsat ücretinin yatırılması karşılığında alınmaya hazır olduğunu bildirmesini ve istenilen kodlu plakanın rezerve talebinin onayını idari yargı yerleri bir garanti verme olarak kabul etmemişlerdir<sup>45</sup>. Ancak bu kararlar eleştiriye açıktır. Çünkü bu iki olayda da şartlar değişmediği müddetçe bir hakkı sağlayacağını garanti eder nitelikte bir irade beyanı olduğu kanaatindeyiz.

Hukuken bağlayıcı özelliği taşımayan politik niyet açıklamalarını da, geleceğe dönük bir davranışa yönelik bir beklenti uyandırma ve haklı bir güven oluştursa dahi teminat ya da güvence verme olarak kabul etmek mümkün değildir<sup>46</sup>. Ne var ki bu gibi açıklamalarda, idarenin bağlanma iradesinin olmadığı şüpheye yer vermeyecek şekilde tespit edilmesi gerekir. Aksi takdirde teminat ya da güvence verme gündeme gelebilir<sup>47</sup>. Her kadar politik niyet açıklamaları, teminat hükümlerine tabi olmasa da, bu açıklamaların bireylerde korunmaya değer bir güven yaratması halinde, bu güvenin dürüstlük kuralı gereği korunması gerekebileceğini belirtmek gerekir<sup>48</sup>.

İdari işlemin tesisi sürecinde veya bu sürecin dışında yürütülen görüşmelerde gayri resmi anlaşmaların, bir teminat olarak görülüp görülemeyeceği irdelenmesi gerekir. Bu tür gayri resmi yürütülen süreçlerin sonunda yapılan anlaşmaların, hukuki bağlayıcılığı çok büyük oranda kabul edilmemektedir<sup>49</sup>. Bu bağlamda sık dile getirilen, son yıllarda Amerika ve Avrupa'da başvurulan bir uyumsuzluk

<sup>44</sup> Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 21.

<sup>45</sup> VGH München 14.2.2001 - 26 B97.462.

<sup>46</sup> Kopp-Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 10.

<sup>47</sup> Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, *Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar*, § 38 k.n. 30.

<sup>48</sup> Kopp-Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 10.

<sup>49</sup> Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 25.

önleme ve giderme yöntemi olan idari konularda arabuluculuk<sup>50</sup> sonucunda konsensüsle ulaşılan ve kayda geçirilen sonuçların, bir teminat oluşturup oluşturmayacağı sorusudur. Bu, tüm katılımcıların ortak kararı ve yazılı olmak zorunda olduğu için teminat oluşturabileceği düşünülse de, doğrudan bir hukuki bağlayıcılık söz konusu değildir<sup>51</sup>. Bir başka söylemle, arabuluculuk yoluyla elde edilen ve fiili bağlayıcılıkları olan bu sonuçların, tek yanlı olmaması ve son karar verme mercii- nin idare olmasından dolayı teminat olarak görülmesi mümkün değildir.

#### **b. Diğer Bazı İşlemlerden Ayrılması**

Teminatın yalnızca idarenin enformel işlemleriyle değil, ön karar (Vorbeseheid), kısmi izin (Teilgenehmigung), ve geçici (muvakkat) idari işlemleriyle (vorläufiger Verwaltungsakt) karıştırılabilir. Bunun önüne geçmek adına teminatı, bu işlemlerden ayıran hususların ortaya konulması gerekir.

Ön kararda, idarenin asıl idari işleme ilişkin birtakım hususların önceden kesin ve bağlayıcı bir şekilde karara bağlaması söz konusudur<sup>52</sup>. Ön karar, asıl idari işlemin hazırlık işlemi değil, başlı başına bir idari işlemdir. Ön kararla sonuca bağlanan hususlarda, idare asıl kararı verirken (idari işlemi tesis ederken) farklı yönde karar veremez. Ön karar, özellikle büyük projelerin ruhsat işlemlerinde gündeme gelir. İmar mevzuatı, Federal Emisyon Kanunu ve Atom Kanunu bu imkânı tanımaktadır. Ön onayla kişiler doğrudan icrası mümkün olan bir hak elde etmezler<sup>53</sup>. Görüldüğü gibi, idare ön kararla bireylere ileride bir idari işlem tesis edeceğine dair bir vaatte bulunmamakta, idari işleme ilişkin belirli hususları kesin ve bağlayıcı olarak karara bağlamaktadır. Bu yönüyle de teminattan ayrılmaktadır<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Atila Erkal, "Türk, Alman ve İsviçre İdare Hukukunda Arabuluculuk" **AkdHFD** Haziran 2022 - C. 12 - S. 1 - s. 39-66; Dursun Çelik, **Mediation im deutschen und türkischen Verwaltungsrecht**, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2020.

<sup>51</sup> Çelik, *Mediation*, s. 130, dipnot 862.

<sup>52</sup> Wilfried Erbguth - Annette Guckelberger, **Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht und Staatshaftungsrecht**, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2020, s. 183.

<sup>53</sup> Örneğin bir inşaat ruhsatına ilişkin bir takım hususların açıklığa kavuşması adına idareye başvuran kişi, bu meselelerde sorun olmadığına dair bir onay alması halinde bu ön onaya dayanarak inşaata başlayamaz. Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, s. 170; Rolf Schmidt, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, Verlag Dr. Rolf Schmidt, Grasberg bei Bremen, 2018, s. 141.

<sup>54</sup> Schröder, in: Schoch/Schneider, *VwVfG Kommentar*, § 38 k.n. 28; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 20.

Kısmi ruhsat, projenin bir bölümüne kesin ruhsat verilmesidir. Ön karardan farklı olarak, projenin ruhsat verilen kısmı hayata geçirilebilir<sup>55</sup>. Bu anlamda da, geleceğe yönelik bir teminat olarak görülemez. Ancak doktrinin büyük çoğunluğuna ve yargı kararlarına göre kısmi ruhsat ile sadece projenin bir kısmına hukuken müsaade edilmesi değil, bunun aynı zamanda bütüne ilişkin geçici olumlu bir karar olma özelliği de taşımaktadır<sup>56</sup>. Bu anılan ikinci özelliği ile kısmi ruhsatın bağlayıcı etkisi vardır. Daha açık bir deyişle kısmi onay verilmiş bir projede idare, kural olarak projenin tümüne ilişkin karar verirken olumsuz bir karar vermesi mümkün değildir. Ancak bu bağlayıcılık sınırlıdır. Bazı hallerde kısmen ruhsatlandırılmış projenin tamamının ruhsat başvurusu reddedilebilir. Örneğin Alman Federal Emisyon Kanunu 8. maddesinde açıkça kısmi onay verilmiş projelerde, sonradan maddi veya hukuki olguda değişiklik olması ya da detaylı incelemede kısmi onaydan farklı karar vermeyi gerektirecek hususların olduğu anlaşılması durumunda bağlayıcılığın kısmen veya tamamen kalkacağını düzenlenmiştir<sup>57</sup>. Bu bakımdan kısmi onay teminatla örtüştüğü hatta AİUK 38. maddesinin kıyasen uygulanabileceği belirtilmektedir<sup>58</sup>. Hakikaten kısmi onay, projenin onay verilen kısmı için kesin klasik bir idari işlem, diğer kısmı için ise teminat olarak görülmelidir.

Teminattan ayrılması gereken diğer bir işlem türü de, idarenin geçici (muvakkat) işlemleridir. Geçici idari işlem, asıl idari işlem tesis edilene kadar muvakkaten düzenlemeler içeren işlemdir<sup>59</sup>. Asıl idari işlem tesis edildiğinde, geçici idari işlemin geçmişe etkili olarak yerine geçer. Bir başka deyişle, geçici idari işlem geçmişe dönük etkisini kaybedecektir<sup>60</sup>. Geçici işlem, kendisi münferit bir idari işlemdir<sup>61</sup>. Geçici idari işlem geleceğe ilişkin bir karakter değildir. Aksine tesis edildiği andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayan bir işlemdir. Bu anlamda teminat ile ayrışmaktadırlar<sup>62</sup>

<sup>55</sup> Erbguth-Guckelberger, Allgemeines Verwaltungsrecht, s. 183, 184.

<sup>56</sup> BVerwG 9.7.1982 - C 54.79; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 38.

<sup>57</sup> Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 14.

<sup>58</sup> Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 39.

<sup>59</sup> Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, s. 239.

<sup>60</sup> Erbguth-Guckelberger, Allgemeines Verwaltungsrecht, s. 184.

<sup>61</sup> Schmidt, Allgemeines Verwaltungsrecht, s. 141.

<sup>62</sup> Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 41.



## II. GEÇERLİLİK ŞARTLARI

AİUK 38. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde teminatta, olağan idari işlemden farklı olarak yetkili idare merciince verilmiş olmasını ve yazılı olmasını geçerlilik şartı olarak aranmaktadır. İfade etmek gerekir ki, bu şartlar olağan idari işlemin geçerlilik şartlarına ek olarak getirilmiş şartlardır. Yani AİUK 44. maddesinde düzenlenen yokluk sebeplerinin yanında bu şartların da yerine getirilmemesi teminatı kesin hükümsüz kılacaktır.

Teminat vermede kanunda açıkça düzenlenmiş bu geçerlilik şartlarının, genel anlamda idari güvence için kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bu konuda ağırlıklı kanaat; AİUK 38. maddede hükme bağlanan bu geçerlilik şartlarının, bu normu kıyasen uygulayarak güvence vermede geçerlilik şartı olarak getirilemeyeceği yönündedir. Ancak Kanunun bu hükmünden önce yargı kararlarıyla oluşan genel ilkeler uygulanmaya devam edileceğinden, güvencenin yetkili idare tarafından verilmesi -hatta daha da katı bir şekilde yetkili memur tarafından verilmesi- geçerlilik şartı olarak aranacaktır. Yazılılık ise bir geçerlilik şartı olarak görülmemelidir<sup>63</sup>.

### A. Yetkili İdari Mercii

AİUK 38. maddesinin 1. fıkrasının lafzını<sup>64</sup> dar yorumlayarak yetkili idare tarafından verilmesini bir geçerlilik şekli olarak görmeyen düşüncenin<sup>65</sup> karşısında, bunu bir hukuka uygunluk şartı değil, geçerlilik şartı olduğunun bu hükümden anlaşıldığını ifade eden bizim de katıldığımız hakim görüş bulunmaktadır<sup>66</sup>. Kanun gerekçesinde de bu ikinci görüşün benimsendiği ifade edilmiştir<sup>67</sup>. Bu

<sup>63</sup> Ayrıntılı tartışma için bkz. Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", s. 364 vd; aksi düşünce Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 44 vd.

<sup>64</sup> Yetkili idare tarafından bir idari işlemin tesis edileceğine veya edilmeyeceğine verilen sözün geçerli olabilmesi için yazılı olması gerekir.

<sup>65</sup> Tiedemann, in: Bader/Ronellenfisch, *Beck'scher Online Kommentar Verwaltungsverfahrensgesetz*, § 38 k.n.

<sup>66</sup> Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, *Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar*, § 38 k.n. 93; Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", s. 359; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 62; Schröder, in: Schoch/Schneider, *VwVfG Kommentar*, § 38 k.n. 36; Kopp-Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 17; aksi yönde görüş için bkz. Tiedemann, in: Bader/Ronellenfisch, *Beck'scher Online Kommentar Verwaltungsverfahrensgesetz*, § 38 k.n. 16, 17.

<sup>67</sup> BT-Drs. 7/910, s. 60.

bağlamda AİUK 44. maddesinin 2. fıkrasının 3. numaralı bendinden farklı olarak sadece yer bakımından yetkisizlik durumunda değil, diğer yetkisizlik (konu, fonksiyonel anlamda) hallerinde de teminat geçersiz olacaktır.

Kural olarak teminatı vermeye yetkili idare, temin edilen idari işlem için karar vermeye yetkili kılınan idaredir<sup>68</sup>. Buradaki yetkili idare ifadesinin, kişi bakımında yetkiyi de kapsayıp kapsamadığı tartışmalıdır. Kanun yürürlüğe girmeden önce hakim görüş sadece yetkili merci tarafından verilmesini değil, aynı zamanda bizzat yetkili kişi tarafından güvence verilmesi geçerlilik şartının bir parçası olduğunu belirtmekteydi<sup>69</sup>. Kanun koyucu bu baskın görüşü benimsememiş ve sadece yetkili idare lafzını kullanmakla yetinmiştir. AİUK yürürlüğe girdikten sonra bu kanaat azınlık olarak kalmıştır. Her ne kadar günümüzde ağırlıklı görüşe göre teminatı veren kamu görevlisinin şahıs olarak tam yetkili olmasını aranmasa da, yine de teminat veren kişide, o idari merci adına bu tür kararlar için irade beyanı açıklamaya yetkili olması ya da vekil kılınması aranmalıdır<sup>70</sup>.

Bir idare içinde farklı bir organın yetkili olduğu bir konuda, idareyi temsil yetkisine sahip bir organının teminat vermesi halinde nasıl bir sonuç doğuracağı tartışmalıdır. Bir örnekle açıklayacak olursak, belediye meclisinin yetkili olduğu bir konuda belediye başkanı teminat vermesi halinde, bu teminat geçerli olacak mıdır? İçtihatlarda ve doktrinde yerinde olarak bu halde teminatın geçerli, fakat hukuka aykırı olacağı belirtilmektedir<sup>71</sup>. Yani bu tür bir teminat, geri alma yoluyla idarenin kendisi veya iptal yoluyla mahkeme tarafından hükümsüz kılınmadıkça hukuka uygunluk karinesinden yararlanılarak sonuçlarını doğurmaya devam edecektir.

## B. Yazılılık

Kanun teminatın verilmesini, açıkça yazılı şekil şartına tabi tutmuştur. Yazılı şekil şartıyla amaç, bir yandan idareyi bağlayıcı bir teminat vermeden önce düşünmeye ve şartları tekrar kontrol etmeye sevk etmeyi sağlamak (uyarı fonksiyo-

<sup>68</sup> Hans-Günter Henneke, in: Knack/Henneke, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, Carl Heymanns, Köln, 2014, § 38 k.n. 12.

<sup>69</sup> BVerwGE 3, 199 (203); Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, *Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar*, § 38 k.n. 96.

<sup>70</sup> Kopp-Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 19.

<sup>71</sup> VGH Mannheim NVwZ 1990, 892, 893; OVG Weimar, 24.10.2007 - 1 KO 645/06, Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 63; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, *Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar*, § 38 k.n. 97.

nu), diğer yandan da teminatın verilir verilmeyeceği, verildiyse kapsamının ne olduğunun ispatını kolaylaştırmaktır (ispat fonksiyonu)<sup>72</sup>. Ağırlıklı düşünceye göre teminat talebinin reddedilmesi mutlaka yazılı olmak zorunda değildir<sup>73</sup>. İdare daha önce sözlü olarak verdiği vaadi, yazılı olarak onaylarsa geçerli bir teminat olarak yorumlanmalıdır<sup>74</sup>.

AİUK 38. maddesi yazılılık konusunda başka bir hüküm getirmemiştir. Bu bakımdan yazılı metnin hangi şartları taşıması gerektiği hususunda aynı Kanunun 37. maddesinin 3. fıkrasına başvurmak gerekecektir. Bizim de katıldığımız hâkim kanaat, teminatı bir idari işlem olarak nitelendirdiğinden, AİUK 38. maddesinde ayrıksı bir hüküm bulunmadığı müddetçe idari işlemin şartlarına tabi olmalıdır. Dolayısıyla, bu görüş açısından hemen yukarıda adı anılan Kanun hükmünün aynen uygulanması da kaçınılmazdır. Teminatın bir idari işlem olduğu görüşünü paylaşmayanlar da, bu normun aynen uygulanması gerektiği sonucuna varmışlardır<sup>75</sup>. Bu düzenlemeye göre; yazılı metinden hangi idari merci tarafından düzenlendiği anlaşılabilir ve metinde o idari merciin yöneticisinin, onun temsilcisinin veya vekilinin imzası ya da ismi olmalıdır. Yargı sürecinde idarenin, bir idari işlemi tesisi ya da tesis edilmemesi yönünde vaatle bulunması ve bunun da tutanak altına alınması halinde yazılılık şartı gerçekleşmiş sayılır<sup>76</sup>. Basit yazılı şekil, teminat için yeterlidir. Bu durum temin edilen idari işlem için daha özel şekil şartı öngörülmüş olması halinde de değişmez<sup>77</sup>.

Yazılı şekil şartı, AİUK 3a maddesi 2. fıkrası uyarınca elektronik form ile ikame edilebilir. Bir başka deyişle, dijital yolla verilmiş teminat geçerlidir. Fakat herhangi bir e-imza olmadan basit bir mail yoluyla verilmiş teminatın, şekil şartını sağlamayacağı yönünde görüş birliği vardır<sup>78</sup>.

<sup>72</sup> Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 39.

<sup>73</sup> Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 20; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 99; farklı düşünce Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 116.

<sup>74</sup> VGH Mannheim NVwZ-RR 1995, 506, 507; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 55.

<sup>75</sup> Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 101.

<sup>76</sup> Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 59.

<sup>77</sup> Henneke, in: Knack/Henneke, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 13.

<sup>78</sup> Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 103.

### C. Diğer Şartlar

AlUK 38. maddesinin 2. fıkrasında teminatın geçersizliği hususunda, 1. fıkra hükmüne hâlel gelmeden 44. maddenin aynen uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Bu bakımdan, 44. maddedeki yokluk sebeplerine de ele almak gerekmektedir.

AlUK 44. maddesinin 1. fıkrasına göre; bir idari işlemde ağır ve açık bir hukuka aykırılık var ise o işlem yoklukla maluldür. Bir teminatta da açık ve ağır hukuka aykırılık olması halinde yokluk hükümlerine tabidir. Örneğin özel kanunda, bir konuda teminat verilmesini açıkça yasaklanmasına rağmen - örneğin Alman Federal Kamu Görevlileri ve Hakimlerin Emekliliklerine İlişkin Kanunu (Gesetz über die Versorgung der Beamten und Richter des Bundes) 3. maddesinde olduğu gibi- o konuda teminat verilmesi durumunda hükümsüz olacaktır<sup>79</sup>.

AlUK 44. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, 1. fıkradaki yokluk sebebinin olup olmadığına bakılmaksızın aşağıdaki 6 halde idari işlem hükümsüz olacaktır.

1. idari işlemin yazılı veya elektronik ortamda tesis edilmesi durumunda, işlemi tesis eden idare tespit edilmiyorsa
2. mevzuat gereği bir idari işlem ancak belgenin elden teslim yoluyla tesis edilmesi gerekirken, buna uyulmaması
3. bir idari işlemin, yer bakımında yetkisiz bir merci tarafından tesis edilmesi
4. idari işlemin icrası fiilen imkânsız olması
5. idari işlemin, suç oluşturan ya da idari para cezası gerektiren eylemin icrasını gerektirmesi
6. idari işlemin konusunun ahlaka aykırı olması

Bu yokluk sebeplerinden ilk üçü teminat için bir önem arz etmemektedir. Zira 1 numaralı hüküm, yukarıda da açıklandığı üzere 38. madde de - teminatın yazılı olma zorunluluğu- zaten mevcuttur. 2 numaralı hüküm, teminatın yokluğuna sebebiyet vermez. Çünkü temin edilen idari işlem daha ağır şekil şartlarına tabi tutulsa dahi, teminatın yazılı şekil şartına uygun verilmesinin yeterli olacağını belirtmiştik. 3 numaralı bentte ise sadece yer yönünden yetkisizlik,

<sup>79</sup> Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, *Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar*, § 38 k.n. 103.

yokluk sebebi sayılmıştır. Oysa yukarıda da değinildiği gibi teminatın tüm yönleriyle yetkili idari makamca verilmesi geçerlilik şartıdır.

Bunların yanında teminatın geçerliliğine dair, AİUK 43. maddesi hükümleri de uygulanacaktır<sup>80</sup>. Bu maddenin 1. fıkrası uyarınca; bir idari işlem ancak aynı Kanun'un 41. maddesinde belirtilen usuller çerçevesinde ilgisine bildirildikten sonra geçerli olacaktır. Buradan da anlaşılacağı üzere bir teminatın yazılı olarak hazırlanması, ilgilisi için hüküm doğurabilmesi adına yeterli değildir. Bu işlemin, aynı zamanda usulüne uygun bir şekilde kendisine bildirilmesi gerekmektedir. Yine 43. maddenin 2. ve 3. fıkralarına göre, yoklukla malul olmayan bir teminat hukuka aykırı da olsa hükümsüz kılınana kadar geçerliliğini koruyacaktır.

### III. HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI

Teminatın geçerlilik şartları olduğu gibi, birtakım hukuka uygunluk şartları da bulunmaktadır. Şimdi açıklanacak olan şartlara uymayan bir teminat, geçerli fakat hukuka aykırı verilmiş olacaktır.

#### A. Kanuni Dayanak

Kural olarak idarenin işlem tesis edebilmesi veya eylemde bulunabilmesi için, o konuda kanun tarafından yetkilendirilmiş olması gerekir<sup>81</sup>. Doktrinde AİUK'un 38. maddesinin teminat için genel bir kanuni dayanak oluşturup oluşturmayacağı tartışılmaktadır<sup>82</sup>. Hakim görüşüne göre, bu norm yalnızca teminata ilişkin genel esasları belirlemektedir, bu yüzden de idarenin kendi görev alanına giren her konuda teminat verebileceğine dair genel bir kanuni dayanak olarak kabul edilemez<sup>83</sup>. Bununla birlikte teminat için, temin edilecek idari işlemten ayrı özel bir kanuni dayanağa da ihtiyaç yoktur. İdarenin, bir idari işlem tesis etmesi için kanunen yetkilendirilmiş olması, o idari işlemin tesisi edilip edil-

<sup>80</sup> Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 68.

<sup>81</sup> Bahtiyar Akyılmaz - Murat Sezginer - Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021, s. 116.

<sup>82</sup> Huck/Müller, *VwVfG Kommentar*, § 38 k.n. 8; Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", s. 360.

<sup>83</sup> Stefan Kingler-Andreas Krebs, "Die Zusicherung, § 38 VwVfG", *Juristische Schulung*, 2010, C.12, s. 1061; Tiedemann, in: Bader/Ronellenfitsch, *Beck'scher Online Kommentar Verwaltungsverfahrensgesetz*, § 38 k.n. 26; Kopp-Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 22; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, *Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar*, § 38 k.n. 53; Martin Müller, 8.

memesi noktasında teminat verebilmesi için yeterli yasal dayanak oluşturur<sup>84</sup>. Daha genel bir ifadeyle, idareler kanunen yetkilendirildikleri her konuda idari güvence verebilirler. Ancak kanun idari işlem için yetki vermiş, teminat verilmesini de yasaklamışsa idarenin kanuniliği ilkesinin diğer boyutu olan idarenin kanuna aykırı davranmama zorunluluğundan kaynaklı olarak teminat verilemez<sup>85</sup>.

## B. Katılım Gerekliliği

AİUK 38. madde 1. fıkra 2. cümlesi uyarınca; mevzuat bir idari işlemin tesinden önce katılanların dinlenilmesi veya başka bir idari mercii veya komisyonun iştirakini öngörmüşse, bu işleme ilişkin teminat ancak bu şartların gerçekleşmesinden sonra verilebilir. Bu düzenlemeyle öncelikli olarak amaçlanan; karara katılan bu kişi ve/veya kurumları/komisyonların bilgilerinden ve düşüncelerinden yararlanarak teminatın hatasız bir şekilde verilmesi olasılığını yükseltmektir<sup>86</sup>. Ayrıca teminatı, katılımı gerekli aktörlere karşı da bağlayıcı olmasını sağlamaktır. Gerçekten de mevzuatın idari işlemin yapılış sürecine katılımını/iştirakini gerekli kıldıkları aktörler teminatın verilme sürecine dahil edilmezse, daha sonra da temin edilen idari işlem tesisi/tesis edilmemesi kararına karşı çıkarlarsa ya da dava açarlarsa idare bu teminatını yerine getiremez. Bu bakımdan daha teminatın verilme sürecinde bu aktörlerin sürece dahil edilmesi önem arz etmektedir<sup>87</sup>.

Temin edilen idari işlemde etkilenecek 3. kişilerin dinlenilmeden veya diğer idari merci ya da komisyonun iştirakini sağlamadan verilen teminat geçersiz değil sadece hukuka aykırı verilmiş olur ki; bu hukuka aykırılığın sonradan düzeltilmesi (idari işlemin islahı) mümkündür<sup>88</sup>. AİUK 38. maddesinin 2. fıkrası, 45. maddenin 1. fıkrasının 3-5. bentleriyle, 2. fıkrasının aynen uygulanacağını belirterek bu olanağı açıkça düzenlemiştir.

<sup>84</sup> Tiedemann, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online Kommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, § 38 k.n. 26.

<sup>85</sup> Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 53.

<sup>86</sup> BT-Drs. 7/910, s. 60.

<sup>87</sup> Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 44.

<sup>88</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Atila Erkal, "İdari İşlemlerde Usul ve Şekil Sakatlıklarının Sonradan Düzeltmesi ve Almanya Örneği" *AkdHFD* Aralık 2021 - C. 11 - S. 2, s. 183-208.

### 1. Katılanların Dinlenilmesi

Yukarıda da zikredildiği gibi AİUK 38. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi, şayet bir kanun ile idari işlemin tesisinden önce katılımcıların dinlenilmesi şart koşulmuş ise, o işlem için verilecek teminattan önce de bu şartın gerçekleşmesi gerektiği hükmüne haizdir. Bu hüküm anlamında katılımcı kavramından ne anlaşılması gerektiğini araştırmak gerekmektedir. AİUK 13. maddesi katılımcı hususunda genel düzenlemedir. Dolayısıyla katılımcının tespiti için öncelikle bu hükmü esas almak gerekir. Bu madde katılımcıları ikiye ayırmaktadır. 1. fıkrada zorunlu katılımcılar, 2. fıkrasında zorunlu olmayan katılımcılar kural altına alınmıştır. Bu çerçevede zorunlu katılımcıların dışında bir katılımcıdan bahsedebilmek için, idari işlemin yapılış sürecine yetkili idare tarafından katılımcı olarak dahil edilmiş olunması gerekmektedir. Bir başka söylemle, idarenin idari işlemin yapılış sürecine dahil edilmemiş kişilerin - zorunlu katılımcılar dışında - dinlenilmesi bu madde kapsamında zorunlu değildir<sup>89</sup>. Teminat verme sürecinde henüz idari işlem süreci başlamadığından, katılımcıların araştırılması görevinin öne çekilmesi gündeme gelecektir<sup>90</sup>.

AİUK 38. maddesi 1. fıkrası 2. cümlesinde her ne kadar açıkça dinleme terimini kullanmış olsa da, bu sadece AİUK 28. madde anlamında dinlemeden ibaret olmayacağı aynı zamanda Kanunun 9 vd. maddelerinde idari sürece katılanlara verdiği diğer tüm usuli hakları da -örneğin belgelerin incelenmesi- kapsadığı not edilmelidir<sup>91</sup>.

### 2. Diğer İdari Mercilerin veya Komisyonların İştiraki

Katılım gerekliliğinin, ikinci görünümü idari işlemi tesis etmeye yetkili idari mercii dışında bir merci ya da komisyonun teminat sürecine iştirakidir. Burada iştirakten, kurum ve komisyonların her türlü iştirak formu anlaşılmalıdır. Bu bağlamda başka bir idari aktörün muvafakati ya da onayı söz konusu olabileceği gibi, dinlenilmesi veya danışılması da bu kapsamda değerlendirilir<sup>92</sup>. Bu hükmün uygulama alanı bulabilmesi için, mevzuatın zorunlu bir iştirak öngörmüş olması gerekmektedir. Diğer bir deyişle idarenin takdirinde olan ihtiyari iştirak

<sup>89</sup> Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 77.

<sup>90</sup> Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, *Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar*, § 38 k.n. 119.

<sup>91</sup> Kopp-Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 26; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, *Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar*, § 38 k.n. 120.

<sup>92</sup> Kopp-Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 27.

hallerinde (örneğin ihtiyari danışma) teminat verilmeden önce diğer makam veya komisyonların karara katılımlarının sağlanmaması, teminatın hukuka aykırılığına yol açmaz<sup>93</sup>. Fakat idarenin, diğer idari merci veya komisyonların görüş/önerileri ile bağlı olmaması, iştirakin mutlaka ihtiyari olduğu anlamına gelmez. Kanun bir görüş alınmasını zorunlu tutmuşsa - karar verecek idarenin bu görüşe uymak zorunda olmasa dahi - bu zorunluluğun yerine getirilmesi hukuken şarttır.

### C. Sair Hukuka Uygunluk Şartları

AİUK 38. maddesi hükmü yukarıda açıklanan hukuka uygunluk şartlarına yer vermiş olsa da, teminatın hukukilik şartları sadece bu hükümden kaynaklı değildir. Hakim görüşüne göre teminat; idari işlem niteliğine haiz olduğundan, idari işlemin hukuka uygunluk şartlarına tabi olması bu düşüncenin doğal sonucudur. Bu bağlamda örneğin teminatın AİUK 39. maddesinde emredilen gerekçe yükümlülüğünü<sup>94</sup> taşıması ya da 37. maddedeki belirlilik şartına yeterince uymaması halinde hukuka aykırı olacaktır<sup>95</sup>. Yukarıda da değinildiği üzere hakim görüşüne göre; AİUK 38. maddesinin 2. fıkrasında 45. maddenin 1. fıkrasının 1 ve 2. numaralı bentlerine aynen kullanılacağına dair bir atıf yapılmışsa da bu hükümler de uygulanacaktır. Bu görüş uyarınca teminatın gerekçe eksikliği daha sonradan düzeltilebilecektir<sup>96</sup>.

İdare temin edeceği idari işlemin de şartlarını ayrıca araştırmalıdır. Başka bir anlatımla, eğer idare tarafından temin edilen idari işlem mevcut şekli ve maddi hukuki şartlar altında tesis etmesi halinde işlem hukuka aykırı olursa, teminat da hukuka aykırı olur<sup>97</sup>. Bir başka söylemle, teminat anında temin edilen idari işlemin hukukilik şartlarında bir noksanlık varsa, bu teminata da sıraya girer ve teminat hukuka aykırı halde verilmiş olur.

<sup>93</sup> BVerwG NJW 1987, 2180, 2181; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 80.

<sup>94</sup> Atila Erkal, "Türk ve Alman Hukukunda Gerekçe Yükümlülüğü", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, C. 17, S. 1, s. 119-150.

<sup>95</sup> Hans Meyer - Hermann Maciejewski Borgs, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, Metzner, Frankfurt am Main, 1982, § 38 k.n. 22.

<sup>96</sup> Schröder, in: Schoch/Schneider, *VwVfG Kommentar*, § 38 k.n. 58.

<sup>97</sup> Kopp-Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 23.



#### IV. BİREYLERİN TEMİNAT TALEBİ VE BAŞVURULABİLECEK HUKUKİ YOLLAR

İdari mercilerin, kişilerin bir idari işlemin tesis edilmesi/edilmemesi yönünde teminat taleplerini karşılamak zorunda olup olmadıkları ile bu taleplerin reddedilmesi halinde başvurulabilecek hukuki yolların incelenmesi gerekmektedir.

##### A. Teminat Hakkı

AİUK 38. maddesi idarenin, yönetilenlerin teminat taleplerine olumlu cevap vermek zorunda olup olmadığına ve bunun şartlarına dair bir hüküm barındırmamaktadır. Bu yüzden de özel kanunlarda farklı bir düzenleme bulunmuyorsa teminat verilir verilmemesi idarenin takdirinde olduğu yönünde görüş birliği vardır<sup>98</sup>. Teminat için başvuru yapan bireyler, takdir hatası<sup>99</sup> olmadan karar verilmesi hakkına sahiptirler<sup>100</sup>.

İdarenin teminat verip vermemeye yönelik takdir yetkisi, bazı istisnai halde ortadan kalkar ve bağlı yetki haline gelir<sup>101</sup>. Baştan dile getirmek gerekir ki; bunun için temin edilecek idari işlemi tesis edilmesinin ya da edilmemesinin anki şartlarda hukuka uygun olması gerekir. Bir diğer söyleyişle teminat verilecek olan idari işlemin tüm şartlarının mevcut olması gerekir<sup>102</sup>. Bu şekilde takdir yetkisinin kalktığı durumların başında, bir idari işlemin tesis edilmesinin, başka bir idari işlemin temin edilmesine bağlı olduğu durumlar gelir<sup>103</sup>. Alman Federal Yüksek İdare Mahkemesi; Alman vatandaşlığı almak isteyen bir yabancıнын vatandaşlığa alınacağına dair teminat almasında hakkının olduğuna hükmetmiştir. Alman vatandaşlık hukukunda, kural olarak çifte vatandaşlık mümkün değildir,

<sup>98</sup> OVG Münster NWVBl 1996, 108, 110; Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 85; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 110; aksi kanaat için bkz. Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 24.

<sup>99</sup> Ayrıntılı bkz. Dilşat Yılmaz, "Alman İdare Hukuku'nda İdarenin Takdir Yetkisi ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2011, C. XIX, S. 1-2, s. 1019-1032.

<sup>100</sup> Huck/Müller, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 9; Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 24.

<sup>101</sup> Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 24; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 112; Tiedemann, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online Kommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, § 38 k.n. 28.

<sup>102</sup> Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 113.

<sup>103</sup> Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 112.

bu nedenle de bir yabancı mevcut vatandaşlığını bırakmadığı müddetçe Alman vatandaşlığı alamaz. Vatandaşlıktan çıkma gibi önemli bir kararı da ancak kendisine teminat verilmesi durumunda alabilecektir. Hal böyleyken idarenin bu durumda teminat verip vermeme idarenin takdir yetkisi kalkar<sup>104</sup>. Bunların dışında idare, daha önce benzer konularda teminat vermişse ve farklı bir karar vermesi için objektif bir sebep de yoksa eşitlik ilkesi ve idari istikrar ilkesi gereği teminat vermek zorundadır<sup>105</sup>. Temini istenen idari işlemde bağlı yetkisin bulunması ve bu idari işlemin şartlarının mevcut olması halinde de idarenin takdir yetkisinin kalkıp kalkmayacağı konusu tartışmalıdır. Ağırlıklı görüşe göre bu durumda da idarenin takdir yetkisi devam etmektedir. Çünkü idari işlem ile teminat farklı kurumlardır. Bağlı bir idari işlem olması, o işlemin tesis edileceği ya da edilmeyeceği yönünde bireylere teminat verme zorunluluğunu doğurmayacağı hâkim kanıdır<sup>106</sup>. Buna karşılık haklı olarak bir idari işlemin tüm şartları mevcutsa ve idarenin bağlı yetkisi varsa teminat hakkının kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>107</sup>. Bu bir yandan hukuk devleti, hukuki öngörülebilirlik ve belirlilik ve iyi yönetim ilkelerinin bir gereği olduğu gibi, diğer yandan da evleviyet kuramının sonucudur. İdari işlemin tesis edilmesi yönünde bir zorunluluğu olan idarenin, o işlemin temin edilmesine ilişkin evleviyetle mecburiyeti bulunması gerekmektedir. Zira idare idari işleme yönelik teminat vermesi, o işlemi her ne olursa olsun tesis etmek zorunda olduğu anlamına gelmez. Aşağıda üzerinde durulacağı üzere, AİUK 38. maddesi 3. fıkrası teminatın verilme anındaki ile idari işlemin tesis anındaki koşulların farklı olması halinde idarenin teminatla bağlayıcılığının kalmayabileceğini özel olarak öngörmektedir.

## B. Muhatabın Başvurabileceği Hukuki Yollar

İlgilinin teminat ve güvence taleplerinin reddedilmesi ile verilen sözün yerine getirilmemesi hallerinde başvurabilecekleri hukuki yolların olup olmadığı, şayet varsa bu yolların hangilerinin olduğu tetkik edilmelidir.

<sup>104</sup> BVerwG NJW 1987, 2180.

<sup>105</sup> Kopp-Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 24; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 110; Schröder, in: Schoch/Schneider, *VwVfG Kommentar*, § 38 k.n. 84; Tiedemann, in: Bader/Ronellenfitsch, *Beck'scher Online Kommentar Verwaltungsverfahrensgesetz*, § 38 k.n. 27; Huck/Müller, *VwVfG Kommentar*, § 38 k.n. 9; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, *Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar*, § 38 k.n. 54.

<sup>106</sup> Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 110; Schröder, in: Schoch/Schneider, *VwVfG Kommentar*, § 38 k.n. 85.

<sup>107</sup> Kopp-Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 24.

### 1. Teminatın/Güvencenin Reddedilmesi Halinde

Bireylerin teminat veya geniş anlamda güvence talebinin idare tarafından reddedilmesi halinde idari yargı yerlerinde dava açıp açamayacağı, açabilirse bu davanın türü ne olacaktır sorusu gündeme gelecektir. Teminatın ve güvencenin reddine ilişkin ilgilinin dava açabilmesi, hukuki yararının olmadığından bahisle - önleyici hukuki koruma olduğu gerekçesiyle - reddedilemez<sup>108</sup>. Daha açık bir ifadeyle, ilgilinin bu ret işlemine karşı dava yoluna başvurmasında engel bulunmamaktadır. Bu davanın türünün ne olacağı sorusuna verilecek cevap ise, teminatın ve güvencenin yukarıda tartışılan hukuki niteliğine bağlı olarak değişecektir. Burada da savunulduğu gibi teminat ve güvence idari işlem olarak kabul eden sav benimsenirse, açılacak dava türü öncesinde bir idari itiraz yolu işletilmek kaydıyla yükümlülük (Verpflichtungsklage) davasıdır<sup>109</sup>. Bu kurumların idari işlem nitelikleri reddedilmesi durumunda ise, genel eda (Allgemeine Leistungsklage) davası açılması gerekmektedir<sup>110</sup>.

### 2. Verilen Teminata/Güvenceye Uyulmaması Halinde

İdarenin verdiği teminata ya da güvenceye aykırı davranması halinde, teminatın muhatabın sübjektif kamusal bir hakkının ihlal edildiği şüphesizdir. Bu durumda, bu kişi dava açarak ihlalin giderilmesini isteme hakkı doğacaktır. Bu davanın türü; vadin içeriğine göre değişmektedir. Şayet idare, bir idari işlemi tesis etmeyi temin etmiş ve bunu gerçekleştirmemişse, açılacak dava yükümlülük davası olacaktır<sup>111</sup>. Buna karşılık tesis edilmeyeceği yönünde teminat verilen bir idari işlem tesis edilmişse, bir görüşe göre teminata aykırı olarak tesis edilen idari işlemin hükümsüz kılınması (geri alınması<sup>112</sup>) talepli yükümlülük davası açılması gerekir<sup>113</sup>. Öğretinin bir kısmı ise, bu durumda teminata aykırı olarak

<sup>108</sup> OVG Münster NWVBl 1988, 49, 50 vd.; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 117; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 167.

<sup>109</sup> Alman idari yargılama hukukunda bir dava türü olan yükümlülük davası ile ilgili detaylı bilgi için bkz. A. Çağrı Yıldız, *Alman İdari Yargılama Hukukuna Özgü Bir Dava Türü - Yükümlülük Davası*, XXI Levha, İstanbul, 2021; Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 95.

<sup>110</sup> Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 167.

<sup>111</sup> BVerwGE 97, 323, 326; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 122; Huck/Müller, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 15.

<sup>112</sup> Geri alma ayrı bir idari işlem olduğundan bir nevi yeni bir idari işlem tesisi talep ediliyor.

<sup>113</sup> BVerwG 17.10.1975 - IV C 66.72, DVBl 1976, 222 vd.; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 170.

çıkarılan idari işleme karşı iptal davası açılması gerektiği haklı olarak savunmaktadır<sup>114</sup>. İdare, idari işlemin tesis edilmesi ya da edilmemesi dışında başka vaatte bulunmuş ve bu vaadine uygun hareket etmemişse açılacak dava genel ifa davası olacaktır<sup>115</sup>. Teminatın varlığına ve geçerliliğine ilişkin bir ihtilaf olması durumunda ise tespit davası gündeme gelecektir<sup>116</sup>.

## V. TEMİNATIN BAĞLAYICILIĞINI/GEÇERLİLİĞİNİ YİTİRMESİ

Geçerlilik şartlarına uygun verilen teminat, idare tarafından AİUK 38. maddesi 2. fıkrası atfına binaen aynı Kanunun 48. ve 49. maddeleri uyarınca idare tarafından geri alınabilir veya kaldırılabilir. Bunun dışında teminat, 3. kişiler tarafından da mahkemede iptal ettirilerek geçerliliğini kaybedebilir. AİUK 38. maddesi 3. fıkrası teminatın bağlayıcılığını yitirmesine ilişkin özel bir hüküm getirmiştir. Buna göre; teminat verildikten sonra maddi veya hukuki durumda bir değişiklik olması ve bu değişiklik teminatın verilmesi sırasında idare tarafından biliniyor olsaydı teminatı vermeyecek idiyse ya da hukuki sebeplerden dolayı vermeyecek idiyse teminat bağlayıcılığını kaybeder.

### A. İdare Tarafından Hükümsüz Kılınması

Yukarıda açıklanan geçerlilik koşullarına uyularak verilen teminat idare tarafından hükümsüz kılınabilir<sup>117</sup>. Bu imkân, AİUK 38. madde 2.fıkrasında, hukuka aykırı idari işlemlerin geri almasını düzenleyen 48. maddesi ile hukuka uygun idari işlemlerin kaldırılmasını düzenleyen 49. maddelerinin aynen uygulanacağı açıkça ifade edilerek tanınmıştır. Bu hükümlerin aynen uygulanacağına ilişkin açık atıf yapıldığından, teminatın bir idari işlem olarak görülmesi veya görülmemesi bu normların aynen uygulanmasında bir rol olarak oynamaz. Yine bu

<sup>114</sup> Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 122; Huck/Müller, *VwVfG Kommentar*, § 38 k.n. 15; Bu halde iptal davasının ancak, teminatla sağlanan hakkın aynı zamanda mevzuattan da kaynaklandığı hallerde açılabileceği yönündeki kanaat için bkz. Schröder, in: Schoch/Schneider, *VwVfG Kommentar*, § 38 k.n. 96.

<sup>115</sup> Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, *Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar*, § 38 k.n. 170.

<sup>116</sup> Schröder, in: Schoch/Schneider, *VwVfG Kommentar*, § 38 k.n. 98; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, *Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar*, § 38 k.n. 170.

<sup>117</sup> Alman idare hukukunda idari işlemin, idare tarafından hükümsüz kılınmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Dilşat Yılmaz, "Alman İdari Usul Hukuku'nda İdari İşlemin İdare Tarafından Hükümsüz Kılınması" *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, C. XV, S. 2, s. 253 - 272; Dursun Çelik, "Alman İdare Hukukunda Güvenin Korunması İlkesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, C. 10, S. 1, s. 117-147.

açık atıf sebebiyle, teminatın borçlar hukuku hükümleri uyarınca iptali yolu açık değildir<sup>118</sup>.

İdari işlemde olduğu gibi idare, teminatı yeni bir idari işlem ile açıkça AİUK 48. maddesi uyarınca geri alabilir veya 49. madde çerçevesinde kaldırabilir. Lakin hükümsüz kılma mutlaka açıkça olmak zorunda değildir, bu zımnen de - temin edilen idari işlemi tesis etmemesi ya da tam tersi durumda zımnen teminatı hükümsüz kıldığı varsayılabilir- gerçekleştirilebilir<sup>119</sup>. Hukuka aykırı teminatın geri alınması, idari işlemlerin geri alınmasından herhangi bir farklılık bulunmazken, hukuka uygun teminatın kaldırılması AİUK 38. madde 3. fıkrasıyla idari işlemin kaldırılmasından ayrıştığını saptamak gerekir. AİUK 49. maddesi 2. fıkrası 3 ve 4. bentlerinde maddi ve hukuki olgularda sonradan bir değişiklik meydana gelmesi bir kaldırma sebebi olarak düzenlenmiştir. Ancak bu durum teminat için söz konusu olduğunda, AİUK 38. maddesi 3. fıkrasındaki özel hüküm sebebiyle, teminatın kaldırması gündeme gelmeyecektir<sup>120</sup>.

AİUK 49a maddesi, teminatın hükümsüz kılınmasında uygulama alanı bulmayacaktır. Çünkü bu norm, geçmişe etkili olarak hükümsüz kılınan bir idari işlem sebebiyle yapılan ödemenin iadesini düzenlemektedir. Teminatta ise henüz böyle bir ödeme bahis konusu olmadığından bu maddenin uygulanması gündeme gelmez<sup>121</sup>.

## B. Mahkeme Tarafından İptal Edilmesi

Bir idari işlemin tesis edilmesi/edilmemesi muhatabı için olumlu, üçüncü kişi(ler) için ise olumsuz etkiler doğurabilir. Ya da tam tersi, olası bir idari işlemde olumsuz etkilenecek üçüncü kişilere idari işlemin gerçekleşmeyeceği yönünde teminat verilebilir. Bu iki olasılığı literatürde verilen en yaygın örnekler açıklayacak olursak; ileride bir arazide bir tesis kurmayı düşünen arazi sahibinin idareye başvurarak orada kurulacak tesisin inşaat ruhsatı için bir teminat alması durumunda, komşuları bu teminattan etkilenecektir. Diğer olasılıkta ise komşuların idareye başvurarak, orada olası bir tesis inşaatı için ruhsat verilmeyeceği yönünde bir teminat almaları halinde ise, arazi sahibi bu teminattan etkile-

<sup>118</sup> BVerwGE 97, 323 (329); Kyrill-Alexander Schwarz, in: Fehling/Kastner/Störmer, *Handkommentar Verwaltungsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2021, VwVfG, § 38 k.n. 37.

<sup>119</sup> Kopp-Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 35a.

<sup>120</sup> Bu konu ayrıca ele alınacaktır.

<sup>121</sup> Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 90.

necekti. Bu tür üçüncü kişileri etkileyen (Drittwirkung) teminatlara karşı, teminatın muhatabı olmayan ancak etkilenen üçüncü kişiler iptal davası açabilir<sup>122</sup>. Bu iptal davasında, temin edilen asıl idari işleme karşı açılması için gerekli olan dava şartları aranacaktır<sup>123</sup>. Bir iptal davası söz konusu olduğundan öncelikle idari itiraza başvurulması zorunludur<sup>124</sup>.

Bir teminatın üçüncü kişiler için bağlayıcı olabilmesi için, bu teminatın onlara usulüne uygun bir şekilde bildirilmesi ya da o kişilerin bu teminata haberdar oldukları ispatlanması gerekir. Şayet teminattan etkilenen bir üçüncü kişi için bu şartlar var ise, o kişi süresinde bu teminata karşı dava açmalıdır. Aksi takdirde teminat artık onun için bağlayıcı hale gelecek ve temin edilen idari işleme karşı da dava açma hakkını kaybedecektir<sup>125</sup>.

Üçüncü kişilerin açacakları bu davada yukarıda açıklandığı gibi hem teminatın hem de temin edilen idari işlemin hukukilik şartları incelenecektir. Özellikle AİUK 38. maddesi 1. fıkrasında öngörülen katılıma ilişkin (katılımcıların dinlenilmesi ve diğer makamların iştiraki) şartlarda bir eksiklik varsa ve 45. madde uyarınca da bu eksiklik de sonradan giderilmemişse, teminat iptal edilecektir. Ancak hukuka aykırılık sadece bu eksiklikten kaynaklanmayabilir, bunun dışındaki sebeplerle de hukuka aykırılık olabileceğini belirtmek gerekir.

Her ne kadar, teminatı düzenleyen 38. madde, 50. maddenin uygulanacağına dair açıkça bir atıfta bulunmasa da, öğretinin büyük çoğunluğu yerinde bir görüş olarak AİUK 50. maddesinin teminatta da uygulanması gerektiği kanaatinde dirler<sup>126</sup>. Buna göre; etkilenen üçüncü kişi tarafından teminatın iptal edilmesi halinde, teminatın lehtarının güvenin korunması hükümlerinden yararlanması oldukça sınırlı hale gelecektir<sup>127</sup>.

<sup>122</sup> Timo Hebel - Björn Schäfer, „Versprechungen“ der Verwaltung - Zusagen, Zusicherungen und ähnliche behördliche Erklärungen“, *Juristische Ausbildung*, 12/2010, s. 884.

<sup>123</sup> Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, *Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar*, § 38 k.n. 174.

<sup>124</sup> Schröder, in: Schoch/Schneider, *VwVfG Kommentar*, § 38 k.n. 99.

<sup>125</sup> Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 119 vd.

<sup>126</sup> Kopp-Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 32; Schröder, in: Schoch/Schneider, *VwVfG Kommentar*, § 38 k.n. 66; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 93; Huck/Müller, *VwVfG Kommentar*, § 38 k.n. 11.

<sup>127</sup> Schröder, in: Schoch/Schneider, *VwVfG Kommentar*, § 38 k.n. 66; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 93.

### C. AİUK § 38/3 Uyarınca Bağlayıcılığın Kalkması (Clausula rebus sic stantibus)

Teminatın geleceğe ilişkin olması hasebiyle AİUK 38. madde 3. fıkra özel bir düzenleme içermektedir. Buna göre teminatın verilmesinden sonra maddi veya hukuki durumda bir değişiklik meydana gelmesi hallerinde teminatın bağlayıcılığı ortadan kalkar. Anılan madde ile kanun koyucu, sözleşme hukukunda geliştirilen işlem temelin çökmesi kuramının spesifik bir halini kurala bağlamıştır. Bu madde, teminat için özel hüküm olduğundan, hukuka uygun bir idari işlemin tesisinden sonra maddi ve hukuki koşullarda değişiklik olması sebebiyle ilga imkanı veren AİUK 49. madde 2. fıkra 3 ve 4 numaralı bentlerinin uygulanmasının<sup>128</sup> önünü kapamaktadır.<sup>129</sup>

AİUK 38. madde 3. fıkrada hüküm altına alınan clausula rebus sic stantibus teminat dışında kalan idari güvencelerde de geçerli olacağı yargı kararlarında<sup>130</sup> ve doktrinde<sup>131</sup> haklı olarak belirtilmektedir.

Maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere, teminatın bağlayıcılığının ortadan kalkması için iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki teminatın verilmesinden sonra maddi veya hukuki koşullarda değişiklik, ikincisi ise bu değişikliğin ‘ehemmiyetli’ olmasıdır.

#### 1. Maddi veya Hukuki Koşullarda Değişiklik Şartı

Bu anlamda maddi veya hukuki koşullarda bir değişikliğin mevcudiyetine, teminatın veriliş zamanındaki olgular ve hukuk kuralları ile bağlayıcılığın kalktığı gündeme geldiği zamandaki maddi ve hukuki durumlar objektif kıstaslar çerçevesinde karşılaştırılarak karar verilir<sup>132</sup>. Teminatın verilmesi anında aslında var olan, ancak idarenin sonradan bunu öğrenmesi teminatın bağlayıcılığını yitirmesine neden olmaz. Yine aynı şekilde bir vakıa ya da olgunun teminat

<sup>128</sup> Bu konuda bkz. Çelik, “Alman İdare Hukukunda Güvenin Korunması İlkesi”, s. 140, 141.

<sup>129</sup> Kopp-Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 36; Tiedemann, in: Bader/Ronellenfitsch, *Beck’scher Online Kommentar Verwaltungsverfahrensgesetz*, § 38 k.n. 43.

<sup>130</sup> BVerwG 15.12.1992 - 1 WB 35/92, NVwZ-RR 1993 643 vd.; BVerwG 30.08.2001 - 1 WB 45/01, OVG Hamburg 15.12.1981, VG Würzburg 30.09.2014 - W 1 K 12.767; BGH 28.09.1995 - III ZR 201/94, NVwZ-RR 1996, s. 66.

<sup>131</sup> Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 95; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, *Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar*, § 38 k.n. 153.

<sup>132</sup> Guckelberger, “Behördliche Zusicherungen und Zusagen”, s. 362; Schröder, in: Schoch/Schneider, *VwVfG Kommentar*, § 38 k.n. 71.

verme anında yanlış değerlendirilmesi ve bu yanlışın daha sonradan fark edilmesi bu anlamda bir değişiklik olarak değerlendirilemez. Ancak bu durumlarda teminatın geri alınması veya ilgası gündeme gelebilir<sup>133</sup>.

Bu madde kapsamında bağlayıcı etkiyi ortadan kaldıran bir değişiklikten söz edebilmek için, değişiklik gösteren hususun teminat verilmesinde bir rol oynaması gerekmektedir. Bir başka deyişle, teminat için bir anlamı olmayan hususların sonradan değişmesi veya ortaya çıkması, teminatın bağlayıcılığına halel getirmez. İdarenin teminat ile ilgili takdir yetkisini kullanırken etken olan olgu ve vakıalar, teminat için önem taşımaktadır. Yani bu olgu veya vakılarda meydana gelen değişiklik, burada aranan değişiklik şartını sağlamaya yetecektir<sup>134</sup>.

Buradaki şartı sağlayan bir değişikliğin bizzat idareden kaynaklanması, teminatın bağlayıcılığının yitirmesine engel olmadığı kanaati hâkimdir<sup>135</sup>. Aynı şekilde idarenin bir parasal yardımı temin ettiği hallerde, bütçenin öngörülemez şekilde kötüleşmesi de bu anlamda bir değişiklik olarak görülmektedir<sup>136</sup>.

İdarenin kendi pratiğini (takdir yetkisi kullanma pratiği) ya da hukuki değerlendirmesini değiştirmesi, haklı olarak buradaki değişiklik şartını sağlayan bir değişiklik olarak kabul edilmemektedir<sup>137</sup>.

AlUK 38. madde 3. fıkrasına göre teminatın bağlayıcılığının kalkması sadece maddi koşullarda değişiklik durumunda değil, hukuki durumun değişmesi

<sup>133</sup> Tiedemann, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online Kommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, § 38 k.n. 44; Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 37.

<sup>134</sup> Hebler - Schäfer, „Versprechungen“ der Verwaltung - Zusagen, Zusicherungen und ähnliche behördliche Erklärungen“, s. 883; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 153.

<sup>135</sup> Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 99; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 154; haklı olarak idarenin kendi davranışlarıyla, kendi bağlayıcılığını ortadan kaldırmasının hakkaniyete uygun bulmayan görüş için bkz. Guckelberger, „Behördliche Zusicherungen und Zusagen“, s. 362.

<sup>136</sup> OVG Berlin 16.12.2004 - 5 B 4.04, JZ 2005, 674; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 100; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 154.

<sup>137</sup> OVG Lüneburg, NJW 1977, s. 74; NdsOVG, NVwZ-RR 1994, s. 12; Guckelberger, „Behördliche Zusicherungen und Zusagen“, s. 362; Tiedemann, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online Kommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, § 38 k.n. 44; Hebler - Schäfer, „Versprechungen“ der Verwaltung - Zusagen, Zusicherungen und ähnliche behördliche Erklärungen“, s. 883.



halinde de gündeme gelir. Diğer bir anlatımla, teminatın verilmesine esas olan hukuk normlarının değişmesi ile Clausula rebus sic stantibus ilk şartı gerçekleşmiş olur. İçtihatların değişmesi kural olarak, bu anlamda bir değişiklik olarak kabul edilemez<sup>138</sup>. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin teminatın verilmesinde belirleyici olan bir kanun için verdiği yokluk kararları ile idari yargı yerlerinin, idarenin düzenleyici işlemlerini geçersiz sayan kararları bu şartı sağlamaya elverişlidir. Zira bu kararlar, teminatın dayanak normlarını hiç hukuk aleminde olmaması gibi muamele görmesine neden olan kararlardır<sup>139</sup>. Yine Avrupa Adalet Divanı'nın bir içtihadının değişmesi sonucu bir hukuk normu uygulanamaz hale gelmişse değişiklik koşulu sağlanmış olur<sup>140</sup>.

## 2. Ehemmiyet Şartı

AlUK 38. madde 3. fıkra uyarınca yukarıda açıklanan değişiklik şartının var olması, tek başına teminatın bağlayıcılığını yitirmesi için yeterli değildir. Aynı zamanda bu değişikliğin teminat için ehemmiyetli olması gerekmektedir. Kanun, bu hususu iki alternatifli olarak düzenlemiştir. Birinci alternatifte; idare bu değişikliği biliyor olsaydı, teminatı vermeyecek idiyse bağlayıcılık düşer. İkinci alternatif ise; meydana gelen değişiklikler sebebiyle teminatın verilmesi artık hukuken mümkün olmamasıdır.

Birinci ihtimal; idarenin yeni durumu (değişikliği) biliyor olsaydı teminatı vermeyecek olmasıdır. Bu bağlamda; teminatın verilmesinden sonra meydana gelen değişikliği, idarenin teminatı verme anında biliyor olması halinde bağlayıcılık kalkmayacaktır<sup>141</sup>. Farzı misal teminat verilen idari işlemle alakalı bir kanun değişikliği teklifinin olduğunu bildiği halde idare teminat vermişse, teklifin aynen kabul edilmesi koşuluyla teminat bağlayıcılığını yitirmez. Çünkü idare bu halde ilerideki değişikliği bilmediğini iddia edemez. Ancak belirtmek gerekir ki; bu halde ikinci alternatif gündeme gelebilir. Yani eğer bu değişiklik sebebiyle idarenin teminatı vermesi hukuken mümkün değilse, o zaman teminatın bağlayıcılığı yine düşecektir.

İdari merciin, teminatı verme sırasında değişikliği biliyor olsaydı nasıl hareket edeceğini belirlemek her zaman kolay olmaz. İdarenin mevcut koşullar altın-

<sup>138</sup> Kopp-Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 37.

<sup>139</sup> Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, *Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar*, § 38 k.n. 154

<sup>140</sup> Schröder, in: Schoch/Schneider, *VwVfG Kommentar*, § 38 k.n. 73.

<sup>141</sup> Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", s. 362.

da teminatı verip vermeyeceğine, kamu görevlisinin sübjektif iradesi ve bakış açısı ile değil, aksine teminat verilen idari işlemin icrasına ya da uygulanmasına hizmet ettiği hukuk normlarının anlam ve amaçları da göz önünde bulundurularak objektif olarak karar verilmelidir<sup>142</sup>. Alman Federal Yüksek İdare Mahkemesi'nin bu konudaki yaklaşımı eleştirilmektedir<sup>143</sup>. Nitekim Mahkeme'ye göre; yukarıda birinci şart olan değişikliğin mevcudiyeti halinde, teminatın yararlanıcısının mevcut şartlar altında da idarenin teminatı vereceğini ispat etmesi gerekmektedir<sup>144</sup>. Gerçekten de Yüksek Mahkeme'nin belirttiği gibi ispat yükünün bireylerle yüklenmesi, 3. fıkradaki idarenin bu değişikliği biliyor olsaydı, teminatı vermeyecek olması şartını boşa çıkarmaktadır. Bir diğer anlatımla, 'değişikliğin' var olduğu kabul edilmesiyle, teminatın bağlayıcılığı kalkacaktır. Çünkü teminatın muhatabının, idarenin değişikliği biliyor olsaydı da teminatı vereceğini ispatlaması neredeyse imkânsızdır<sup>145</sup>. Bu bakımdan, idarenin değişen koşullar altında teminatı verip vermeyeceği bir başka deyişle teminatın bağlayıcılığın bu hüküm kapsamında kalkıp kalkmadığını tespit etmek için, teminatın gerekçesine, idarenin benzer olaylarda nasıl davrandığına, değişikliğin ne derece önemli olduğu gibi hususlar göz önünde bulundurularak genel kontekste göre varsayımsal olarak karar vermek gerekir<sup>146</sup>. AİUK 60. maddesinde yer alan idari sözleşmelerin işlem temelini çökmesine ilişkin değerlendirmelerin<sup>147</sup> - İdareden teminatla bağlı kalmasının beklenemez olması- değişiklik nedeniyle idarenin teminatla bağlı kalıp kalmayacağını belirlemede dikkate alınmaz<sup>148</sup>.

Ehemiyyet konusunda ikinci alternatif, değişiklikle birlikte artık temin edilen işlemin hukuka uygun bir şekilde tesis edilmesinin mümkün olmamasıdır. Bu halde teminatın bağlayıcılığı kalkacaktır. Burada aranan, teminat verilme anında temin

<sup>142</sup> Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", s. 362; Kopp-Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 39; Tiedemann, in: Bader/Ronellenfisch, *Beck'scher Online Kommentar Verwaltungsverfahrensgesetz*, § 38 k.n. 47.

<sup>143</sup> Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 105; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, *Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar*, § 38 k.n. 161.

<sup>144</sup> BVerwGE 97, s. 330; BVerwG, *NJW*, 1995, s. 1977, 1978.

<sup>145</sup> Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, § 38 k.n. 105.

<sup>146</sup> Schröder, in: Schoch/Schneider, *VwVfG Kommentar*, § 38 k.n. 75; Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", s. 362.

<sup>147</sup> Ayrıntılı bkz. Nida Malbeği, *İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerde "Sözleşmede Değişiklik" (Ve Sözleşmede Değişikliğin Özel Bir Türü Olarak "Uyarlama")*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

<sup>148</sup> Gereççeleri için bkz. Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", s. 362, 363.

edilen idari işlemin tesis edilmesinde herhangi bir hukuka aykırılığın olmaması ancak daha sonra meydana gelen değişikliklerden dolayı temin edilen idari işlemin tesis edilmesi hukuka aykırı olacak olmasıdır. Teminat, en baştan hukuka aykırısı bu hüküm kapsamında bağlayıcılığının kaybolması değil, AİUK 48. maddesi uyarınca geri alınması gündeme gelecektir<sup>149</sup>. İdare, temin ettiği idari işlemi talep edilmesine rağmen tesis etmez, daha sonra da meydana gelen maddi veya hukuki bir değişiklikten ötürü idari işlemin tesisi artık hukuken mümkün olmazsa, idare teminatla bağlı olmayacağı ancak bu durumda idarenin sorumluluğuna gidilebileceği kaydedilmektedir<sup>150</sup>. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü bu halde idarenin bağlayıcılığının kalktığı kabul edilirse, birincisi idare haksız bir eylemle (temin ettiği idari işlemin tesisini reddederek) sonuca ulaşmış olacaktır. İkincisi de hukuk devletinin en önemli gerekliliklerinden olan hukuk güvenliği ilkesi zedelenecektir. Bu durum idarenin kanuniliği ilkesi ile de çelişmez, çünkü idare zamanında işlemi tesis etseydi, işlem hukuka aykırı olmayacaktı. Burada idarenin işlemi sanki zamanında tesis etmiş gibi varsaymamız gerekecektir.

### 3. Hukuki Sonucu

Yukarıda açıklanan AİUK'un 38. maddesi 3. fıkrasında aranan şartların mevcudiyeti durumunda teminatın bağlayıcılığı, idarenin herhangi bir irade açıklamasına - 48 ve 49. maddeleri gereği hükümsüz kılmada olduğu gibi yeni bir idari işlem tesis etmek veya 60. maddeye göre sözleşmede olduğu gibi feshe - gerek olmadan yasa gereği (kendiliğinden) sona erer<sup>151</sup>. Lakin iyi yönetim ilkesi gereği, teminatı bağlayıcılığının kalktığı ilgiliye - özellikle kendisinin teminatın devam ettiği yönünde bir güveni olduğu biliniyorsa - bildirilmesi gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir<sup>152</sup>. İdare, böylelikle ileride doğabilecek sorumluluğun da önüne geçebilir.

<sup>149</sup> Tiedemann, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online Kommentar Verwaltungsverfah-  
rensgesetz, § 38 k.n. 48.

<sup>150</sup> Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrgesetz Großkommentar, §  
38 k.n. 162.

<sup>151</sup> Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", s. 363; Kopp-Ramsauer, Verwal-  
tungsverfahrgesetz Kommentar, § 38 k.n. 42.

<sup>152</sup> Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrgesetz Kommentar, § 38 k.n. 42; Stelkens, in: Stel-  
kens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrgesetz Kommentar, § 38 k.n. 106; Schröder, in:  
Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 77; Tiedemann, in: Bader/Ronellenfitsch,  
Beck'scher Online Kommentar Verwaltungsverfahrgesetz, § 38 k.n. 49; Uechtritz, in:  
Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 163.

İdarenin bu maddeye dayanarak sözünü yerine getirmemesi kural olarak dürüstlük kuralına ve güvenin korunması ilkesine aykırılık teşkil etmez<sup>153</sup>. Fakat istisnai hallerde böyle bir aykırılık söz konusu olabilir. Örneğin teminat, ilgisinin bir karşı edimi mukabilinde verilmesi ve bu edimin yerine getirilmesi halinde, eğer edimin artık geri alınması da mümkün değilse, bu hükme başvurularak teminatın bağlayıcılığının kalktığını iddia edilmesi hemen yukarıda anılan ilkele-re aykırılık teşkil edeceği belirtilmektedir<sup>154</sup>.

AİUK 38. maddesi 3. fıkrasındaki şartları taşıyan bir değişiklik, her zaman teminatın bağlayıcı etkisinin tamamen kalkmasına sebebiyet vermek zorunda değildir. Bir başka söylemle bu tür bir değişikliğin varlığı halinde teminat kısmen geçerli olabilir. Özellikle ayrılabilir bir idari işleme yönelik verilen teminatlarda, idari işlemin değişiklikten etkilenmeyen bölümün için bu düşünce yerinde olarak ön plana çıkmaktadır<sup>155</sup>. Bununla birlikte teminatın AİUK 60. maddesinde düzenlenen sözleşmelerin uyarlanması ve ölçülülük ilkeleri çerçevesinde yeni değişiklikler çerçevesinde ayakta kalabileceği ifade edilmektedir<sup>156</sup>.

Bu norm çerçevesinde teminatın bağlayıcılığının kalkması durumunda, AİUK 48. ve 49. maddelerinden ayrık olarak bir tazminat sorumluluğu öngörülmemektedir. Fakat doktrinde 48. maddenin 3. fıkrası ile 49. maddenin 6. fıkrasının kıyasen uygulanarak, teminatın bağlayıcılığının kalkmasından zarar gören kişiye hakkaniyet gereği tazminat ödenmesini öneren azınlık bir görüş bulunmaktadır<sup>157</sup>. Bu görüş, literatürün büyük çoğunluğu tarafından reddedilmektedir<sup>158</sup>. Çoğunluk görüşü savunulara göre; şayet kanun koyucu teminatın değişiklik sebebiyle bağlayıcılığını

<sup>153</sup> Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 78.

<sup>154</sup> BVerwG, *NVwZ-RR* 1993, s. 643; Tiedemann, in: Bader/Ronellenfisch, Beck'scher Online Kommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, § 38 k.n.

<sup>155</sup> AİUK 44. maddesinin 4. fıkrası kıyasen uygulanması gerektiği yönünde bkz. Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 107; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 164.

<sup>156</sup> Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 43; Tiedemann, in: Bader/Ronellenfisch, Beck'scher Online Kommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, § 38 k.n. 51.

<sup>157</sup> Peter Baumeister, "Die Zusicherung - ein Muster ohne Bindungswert?", *Die öffentliche Verwaltung*, 1997, C. 50, S. 6, s. 232 vd.; Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 45.

<sup>158</sup> Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", s. 363; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 107; Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 80; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 165.

yitirmesi durumunda bir tazminat murat etseydi, 3. fıkrayı Kanuna koymaya gerek görmezdi. Ne var ki; kendisi hem bu fıkrayı ihdas etmiş, hem de 2. fıkrada teminatın idare tarafından hükümsüz bırakılmasında 3. fıkraya halez gelmeden 48 ve 49. maddelerin aynen kullanılacağını hüküm altına almıştır. Bu da gösteriyor ki kanun koyucu, teminatta, klasik idari işlemde farklı olarak ilgilinin korumaya değer bir güveni olsa dahi herhangi bir tazminat öngörmemektedir. Gerçekten de; idare bireylere geleceğe dönük bir teminat vermesi her ne kadar hukuk devletinin ve iyi yönetim ilkelerinin bir gereği de olsa; bu teminat yani bir idari işlemin tesis edileceği veya edilmeyeceğini garanti edilmesi ancak mevcut koşullar devam ettiği sürece bağlayıcı olmalıdır. Bu bağlayıcılığın öngörülemez bir değişiklik sebebiyle kalkması halinde, kişiler zarara uğrasalar bile buna kendileri katlanmak durumundadırlar. Ancak idarenin bir değişikliği öngörmesi ona rağmen bir teminat vermesi ve teminatın da öngörülen değişikliğin gerçekleşmesi sebebiyle geçersiz hale gelmesi halinde aynı görüşü paylaşmak mümkün değildir. Bu son varsayımda, idare ağır kusurludur. Bu ağır kusuru sebebiyle de vatandaşın zararının hakkaniyet ölçüleri çerçevesinde tazmin etmelidir.

## SONUÇ

İdarenin yönetilenlere ileride nasıl hareket edeceğine dair güvence vermesi, hukuk devletinin alt ilkeleri olan öngörülebilirlik ve belirlilik ilkeleri açısından önem taşımaktadır. İdare, mevcut koşullar devam ettiği müddetçe bir konuda nasıl hareket edeceği hususunda vatandaşlara bir güvence vermesi, onların da kendi planlarını yapabilmeleri açısından elzemdir. Bu aynı zamanda iyi idarenin de bir gereğidir.

Çalışmada açıklandığı üzere, Alman kanun koyucu sadece idari işleme dair güvenceleri norm haline getirmiş, onun dışındakileri doğrudan uygulama alanı dışında bırakmıştır. İdari güvence, idareye atfedilen tek taraflı bir irade beyanıyla idare hukuku alanına giren somut bir olaya ilişkin nasıl hareket edeceğine dair taahhütte bulunması olarak anlaşılmalıdır. Bir sözleşme hükmüyle de idari güvence verilebileceği savunulsa da, bu çalışma anlamında bir güvence olmaz. Yine idarenin özel hukuka ilişkin bir meselesine yönelik de güvence verebileceği düşüncesine sahip olanlar olsa da, idari güvence ile özel hukuka giren bir davranışa yönelik vaat bulunamaz. Bunu için özel hukukta bulunan -örneğin taşınmaz satış vaadi gibi- enstrümanlar seçilmelidir.

AİUK 38. maddesiyle hüküm altına alınan teminat, yalnızca idarenin bireysel idari işlemleri ile genel kararlarına ilişkin belirli ya da belirlenebilir kişilere verilen vaat olarak anlaşılmalıdır.

İdari güvence ve teminatın hukuki nitelikleri çok tartışmalıdır. Kanun koyucu, bu konuda bilerek bir düzenlemeye gitmediğini gerekçede belirtmektedir. Hakim kanaate göre; bu iki kurumda birer idari işlemdir. Ancak teminatı düzenleyen özel bir hüküm bulunduğundan öncelikle bu hüküm uygulanmalıdır. Bu düzenlemenin bir kural barındırmadığı hallerde ise, idari işlem gibi muamele görmelidir. İdari güvence de yine kendine özel geliştirilmiş genel ilkeler doğrultusunda bir idari işlem muamelesi görmelidir.

AİUK 38. maddesi 1. fıkrası teminat için, klasik idari işlemden farklı olarak yetkili idare tarafından verilmesini ve yazılı olmasını bir geçerlilik şartı olarak getirmiştir. Yetkili idareden kasıt, kişi bakımından yetki dışındaki yetki türleridir. Yazılılık ise, 37. maddedeki esaslara uygun olması halinde basit yazılı usul şartı sağlamak için yeterlidir. Bu özel geçerlilik hususları dışındaki diğer konularda idari işlemin geçerlilik şartlarına tabidir.

Güvencenin hukuka uygun verilebilmesi için bazı şartlara riayet edilmesi gerekmektedir. Öncelikle güvence, bir kanuna dayanması aranır. AİUK 38. maddesi teminat için genel bir dayanak olarak görülemez, ancak güvence ve teminat için güvence verilen husustan ayrı hususi bir dayanağa da ihtiyaç yoktur. Bunun dışında Kanun, teminat için katılım şartlarına uyularak verilmesini hukuka uygunluk şartı olarak düzenlemiştir. Bu anlamda katılımcıların dinlenilmesi ve diğer idari mercilerin kanunlarda öngörüldüğü şekillerde karara iştirak etmesi gerekmektedir. Bunlar haricinde de, idari işlemin diğer hukuka uygunluk şartlarına tabidir.

AİUK 38. maddesinde cevap bulunamayan idarenin, teminat taleplerine hangi şartlarda, ne yönde cevap vermek zorunda olduğu hususu öğretide görüş birliği ile kural olarak idarenin takdir yetkisinde görülmektedir. Bazı hallerde ise, idarenin takdir yetkisinin ortadan kalkarak güvence vermek zorunda olduğu belirtilmektedir. İdarenin bir idari işlemde bağlı yetkisi varsa ve o idari işlemin tesisine ilişkin teminat talebinde bulunulması halinde takdir yetkisinin kalkmayacağı belirtilmektedir. Ancak kanaatimizce bu halde takdir yetkisi kalkmalı ve teminat talebi olumlu karşılanmalıdır. Teminat taleplerinin reddedilmesi veya teminat verildiği halde buna uyulmaması hallerinde teminatın muhatabı dava açma hakkına sahiptir.

Teminat ve güvence, idare tarafından geri alınarak veya kaldırılarak hükümsüz kılınabilir. Bunun için İYUK 48 ve 49. maddeleri aynen kullanılacaktır. Bununla birlikte, teminat bundan hakları ihlal edilen 3. kişiler tarafından açılacak dava yoluyla iptal edilebilir. Teminatın idari işlem olduğu görüşüne katıldı-

ğımız için, açılacak davanın türü iptal davasıdır. Teminatın bağlayıcılığının (geçerliliğinin) yiteceği bir diğer durum ise clasula rebus sic stantibustur. Bu, 38. maddenin 3. fıkrasında tanınan teminata özgü bir imkandır. Bu hükme göre; idari işlemin tesis edildiği andaki maddi ve hukuki koşullarda teminatın verildiği ana göre bir değişiklik meydana gelmişse ve bu değişikliği idare bilseydi teminatı vermeyecektiye ya da değişiklik sebebiyle idari işlemin tesisinin artık hukukten mümkün değilse idarenin teminatla bağlayıcılığı kalkar. Bu hükmün teminat dışındaki idari güvencelerde de kıyasen uygulanması yerinde olacaktır. Bu şekilde bağlayıcı kalkan teminat neticesinde zarar gören bireylerin zararları tazmin edilmez. Teminat verilen bir idari işlemin tesisi için, daha koşullarda bir değişiklik olmadan başvurulduğu halde, tesisinden haksız yere kaçınılması halinde sonradan bir değişiklik meydana gelmesi ve bu sebeple de idari işlemin hukuka aykırı olacak olması teminatın bağlayıcılığını kaldırmamalıdır.

Alman idare hukukunda bu şekilde uzun zamandır uygulama alanı bulan ve bir Kanun hükmüyle de düzenlenen idari güvence ve teminatın, Türk hukukunda üzerinde çalışıldığına ve uygulandığına tarafımızca rastlanılmamıştır. Hâlbuki bu kurumlar, hem hukuk devleti ilkesinin hem de iyi yönetim ilkeleri gereği uygulama bulması gerekmektedir. Hakikaten de yönetilenlerin gelecekte nasıl bir muamele ile karşılaşacaklarını önceden bilmeleri, onların rahat ve güvenli plan yapabilmelerine olanak sağlar. En basitinden Erasmus projesi kapsamında yurtdışına eğitime giden bir öğrenci, döndüğünde hangi derslerini saydırabileceğine dair önceden bir bağlayıcı güvence olsa ona göre derslerini seçer ya da gidip gitmeye karar verebilir. Bu bakımdan da idari güvence ve teminat kurumlarının ülkemizde tartışılması ve uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

**KAYNAKÇA**

- A. Çağrı Yıldız, **Alman İdari Yargılama Hukukuna Özgü Bir Dava Türü - Yükümlülük Davası**, İstanbul, XXI Levha, 2021.
- AKYILMAZ, Bahtiyar - SEZGİNER, Murat - KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 14. Bası, Ankara Savaş Yayınevi, 2021.
- BADER, Johann - RONELLENFİTSCH, Michael, **Beck'scher Online Kommentar Verwaltungsverfahrensgesetz**, 57. Bası, Münih, C.H. Beck, 2022.
- ÇELİK, Dursun, "Alman İdare Hukukunda Güvenin Korunması İlkesi", **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, S. 1, 2020, ss. 117-147.
- ÇELİK, Dursun, **Mediation im deutschen und türkischen Verwaltungsrecht**, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2020.
- DETTERBECK, Steffen, **Algemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht**, 10. Bası, Münih, C.H. Beck, 2012.
- ERBGUTH, Wilfried - GUCKELBERGER, Annette, **Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht und Staatshaftungsrecht**, 10. Bası, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2020.
- ERİCHSEN, Hans-Uwe, "Die Zusage." **Juristische Ausbildung**, 1991, ss. 109-112.
- ERKAL, Atila, "İdari İşlemlerde Usul ve Şekil Sakatlıklarının Sonradan Düzeltilmesi ve Almanya Örneği" **AkdHFD** - C. 11 - S. 2, 2021, ss. 183-208.
- ERKAL, Atila, "Türk, Alman ve İsviçre İdare Hukukunda Arabuluculuk" **AkdHFD** C. 12 - S. 1 - s. 39-66
- ERKAL, Atila, "Türk ve Alman Hukukunda Gerekçe Yükümlülüğü", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 1, 2009, ss. 119-150.
- FEHLING, Michael - KASTNER, Berthold - STÖRMER, Rainer, **Handkommentar Verwaltungsrecht**, 5. Bası, Baden-Baden, Nomos, 2021.
- GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku C I**, 3. Bası, Bursa, Ekin Yayınevi, 2019.
- GUCKELBERGER, Annette, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", **Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)**, 2004/9, ss. 357-366.
- GÜVENÇ, Özgür, **Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021.
- HEBELER, Timo - SCHÄFER, Björn, "„Versprechungen“ der Verwaltung - Zusagen, Zusicherungen und ähnliche behördliche Erklärungen", **Juristische Ausbildung**, 12/2010, ss. 881-886.
- HUCK, Winfried - MÜLLER, Martin, **Beck'sche Kompakt-Kommentare Verwaltungsverfahrensgesetz**, 3. Bası, Münih, C.H. Beck, 2020.



- KAĞITCIOĞLU, Mutlu, “İdari İşlemin İcrailiği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 103, 2012, ss. 267-284.
- KİNGLER, Stefan - KREBS, Andreas, “Die Zusicherung, § 38 VwVfG”, *Juristische Schulung*, C.12, 2010, ss. 1059-1063.
- KNACK, Hans Joachim - HENNEKE, Hans-Günter, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 10. Bası, Köln, Carl Heymanns, 2014.
- KOPP, Ferdinand O. - RAMSAUER, Ulrich, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 14. Bası, Münih, C.H. Beck, 2013.
- MALBELEĞİ, Nida, *İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerde “Sözleşmede Değişiklik” (ve Sözleşmede Değişikliğin Özel Bir Türü Olarak “Uyarlama”)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- MANN, Thomas - SENNEKAMP, Christoph - UECHTRITZ, Michael, *Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar*, 2. Bası, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2019.
- MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Bası, Münih, C.H. Beck, 2011.
- MAYER, Otto, *Deutsches Verwaltungsrecht Bd. I*, Leipzig, Duncker und Humblot, 1895.
- MEYER, Hans - BORGS, Hermann Maciejewski, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, Frankfurt am Main, Metzner, 1982.
- PALAURO, Rainer, *Haftungsrelevante Probleme der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Zusage*, Konstanz, Doktora Tezi, 1983.
- SCHMİDT, Rolf, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 21. Bası, Grasberg bei Bremen, Verlag Dr. Rolf Schmidt, 2018.
- SCHOCH, Friedrich - SCHNEİDER, Jens Peter, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, Münih, C.H. Beck, 2021.
- SPROLL, Hans-Dieter, *Allgemeines Verwaltungsrecht II*, Münih, C.H. Beck, 1998.
- STELKENS, Ulrich - BONK, Heinz Joachim - SACHS, Michael, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 9. Bası, Münih, C.H. Beck, 2018.
- YILMAZ, Dilşat, “Alman İdare Hukuku’nda İdarenin Takdir Yetkisi ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. XIX, S. 1-2, 2011, ss. 1019-1032.
- YILMAZ, Dilşat, “Alman İdari Usul Hukuku’nda İdari İşlemin İdare Tarafından Hükümsüz Kılınması” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, S. 2, 2011, ss. 253 - 272.
- YILMAZ, Dilşat, *İdari İşlemin İcrailik Özelliği*, Ankara, Astana Yayınları, 2014.