

İDARE HUKUKUNA VE İDARİ YARGIYA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER -I-*

Dr. Kahraman Berk**

1. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun 11. Maddesinin İdari Vesayet Yetkisi Dahilinde İncelenmesi :

5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun 11. maddesinde, "(b)üyükşehir belediyesi, ilçe ve ilk kademe belediyelerinin imar uygulamalarını denetlemeye yetkilidir. Denetim yetkisi, konu ile ilgili her türlü bilgi ve belgeyi istemeyi, incelemeyi ve gerektiğinde bunların örneklerini almayı içerir. Bu amaçla istenecek her türlü bilgi ve belgeler en geç onbeş gün içinde verilir. İmar uygulamalarının denetiminde kamu kurum ve kuruluşlarından, üniversiteler ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından yararlanılabilir. /Denetim sonucunda belirlenen eksiklik ve aykırılıkların giderilmesi için ilgili belediyeye üç ayı geçmemek üzere süre verilir. Bu süre içinde eksiklik ve aykırılıklar giderilmediği takdirde, büyükşehir belediyesi eksiklik ve aykırılıkları gidermeye yetkilidir. /Büyükşehir belediyesi tarafından belirlenen ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapılar, gerekli işlem yapılmak üzere ilgili belediyeye bildirilir. Belirlenen imara aykırı uygulama,

* Değerli Hocam Prof.Dr. Sait Güran, "İdare Hukukundan Kesitler" başlıklı makaleler yayınlamıştı. Bu başlık benim de ilgimi çekmiş ve makalelerin yazılış şeklinin yerinde olduğu sonucuna varmışım. Gerçekten, makale konusunu oluşturmayacak uzunlukta olmamasına karşın, yazılması gereken önemli hususların bir arada belirli bir başlık altında incelenmesi akademik açıdan faydalı olduğunu fark ettim. Sadece, Prof.Dr. Sait Güran değil, bir evvelki kuşak Hocaların da aynı metot ile bir çok yayın yapması beni cesaretlendirdi. Bu tip çalışmalarda, konunun özüne doğrudan girip, inceleme daha verimli yapılabilmektedir. Böylelikle, konunun ilgisiz veya herkes tarafından bilinenleri tekrar edilmeyip içerik uzatılmamaktadır. Bu nedenle, başlığı, bir serinin başlangıcı olarak kabul edip, "İdare Hukuku ve İdari Yargıya İlişkin Değerlendirmeler -I-" olarak seçtim.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

ilgili belediye tarafından üç ay içinde giderilmediği takdirde, büyükşehir belediyesi 03.05.1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32 ve 42 nci maddelerinde belirtilen yetkilerini kullanma hakkını haizdir. Ancak 3194 sayılı Kanununun 42 nci madde kapsamındaki konulardan dolayı iki kez ceza verilemez." ifadesi bulunmaktadır.

Yukarıda belirtilen 11. maddenin içeriğine bakıldığında, büyükşehir belediyesinin imar uygulamalarına ilişkin ilçe belediyesi kayıtlarını inceleme, incelettirme, eksikliğin giderilmesini isteme ve kendisi tarafından belirlenen eksikliğin giderilmemesi halinde, İmar Kanununa yapılan atıfla belirlenen yetkilerin "ilçe belediyesi" yerine geçerek kullanılması düzenlenmektedir. Bu bağlamda, hukuki sorun, Kanun ile tanınan yetkinin "Anayasa" aykırılık oluşturup oluşturmadığı, bunun ötesinde, büyükşehir belediyesinin tek başına "yıkım" konulu işlem tesis edip, yıkımı gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceğidir.

Bu hususun değerlendirilmesi için büyükşehir belediyesine tanınan yetkinin içeriğine bakılması gerekmektedir. 5216 sayılı Kanununun 11. maddesinin başlığı, "Büyükşehir Belediyesinin İmar Denetim Yetkisi" olup birinci fıkrada, "büyükşehir belediyelerinin salt bir denetim yetkisi olduğu" anlaşılmakta ve bu yetkinin kapsamının sadece kayıtlara dayalı "inceleme" ve "adına" "incelettirme" olduğu anlaşılmaktadır. Maddenin devamında, imar hukukuna aykırı bir uygulamanın büyükşehir belediyesince tespiti halinde, ilçe/ilk kademe belediyelerinin belirli bir süre ile sınırlı olarak "halen" yetkili olduğu görülmektedir.

İlçe/ilk kademe belediyesinin, büyükşehir belediyesi tarafından kendisine bildirilen hukuka aykırı durumu ortadan kaldırma konusunda eylemsiz kalması, işlem tesis etmemesi halinde belirli bir süre sonunda büyükşehir belediyesi kendisi tarafından belirlenen aykırılıkların giderilmesi konusunda "bizzat" yetkili, görevli olmaktadır¹. Başka bir ifadeyle, ilçe/ilk kademe belediyesinin yerine geçerek işlem tesis edecek, eylemde bulunacaktır.

¹ Kanımızca, ilçe/ilk kademe belediyelerinin, büyükşehir belediyesinin tespit ettiği hukuka aykırılıkları ve bu aykırılıkların giderilmesi istemli iradesine karşı genel hükümler çerçevesinde "iptal davası" açabilme hakkı bulunmaktadır. Çünkü, bu istem, ileride, ilçe/ilk kademe belediyelerinin yetkisini ortadan kaldıracığından, bu belediyeler üzerinde hukuksal sonuçlar doğurmakta ve dava edilebilir bir işlem halini almaktadır.

Sonuç itibariyle, iki ayrı tüzelkişilik arasında birinin diğerinin yerine geçerek işlem tesis etmesi ve eylemde bulunması söz konusu olmaktadır. Bu yetkinin içeriği de, 11. maddenin göndermede bulunduğu 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32. ve 42. maddeleri belirlemektedir.

3194 sayılı Kanununun 32. maddesinde, "Bu Kanun hükümlerine göre ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılar hariç; ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığı ilgili idarece tespiti, fenni mesulce tespiti ve ihbarı veya herhangi bir şekilde bu duruma muttali olunması üzerine, belediye veya valiliklerce o andaki inşaat durumu tespit edilir. Yapı mühürlenerek inşaat derhal durdurulur. Durdurma, yapı tatil zaptının yapı yerine asılmasıyla yapı sahibine tebliğ edilmiş sayılır. Bu tebligatın bir nüshasında muhtara bırakılır./Bu tarihten itibaren en çok bir ay içinde yapı sahibi, yapısını ruhsata uygun hale getirerek veya ruhsat alarak, belediyeden veya valilikten mührün kaldırılmasını ister. Ruhsata aykırılık olan yapıda, bu aykırılığın giderilmiş olduğu veya ruhsat alındığı ve yapının bu ruhsata uygunluğu, inceleme sonunda anlaşılırsa, mühür, belediye veya valilikçe kaldırılır ve inşaatın devamına izin verilir./Aksi takdirde, ruhsat iptal edilir, ruhsata aykırı veya ruhsatsız yapılan bina, belediye encümeni veya il idare kurulu kararını müteakip, belediye veya valilikçe yıktırılır ve masrafı yapı sahibinden tahsil edilir." hükmü bulunmaktadır. 3194 sayılı Kanununun 42. Maddesinde de imara aykırı yapılan hakkında uygulanacak cezai hükümler bulunmaktadır. Bu bağlamda, büyükşehir belediyesi kanunda belirtilen şartın gerçekleşmesi ile kendisine tanınan yetkiyi kullanabilecektir.

5216 sayılı Kanununun Tasarısında ve Genel Gerekçesinde, "3030 sayılı Kanunda, büyükşehir belediyesi ile ilçe ve ilk kademe belediyeleri arasındaki imar yetkilerinin paylaşımı konusunda açıklık bulunmamakta; büyükşehir belediyelerine kaçak yapılaşma ile mücadele konusunda etkin ve uygulanabilir yetkiler de verilmemektedir. Bu nedenle, özellikle seçim dönemlerinde ilçe ve ilk kademe belediyeleri imar denetim yetkilerini kullanmamış, bunun sonucunda şehirlerimizde kaçak yapılar çığ gibi büyümüştür. Yapılan yeni düzenleme ile büyükşehir belediyelerine etkin, kullanılabilir ve kendiliğinden harekete geçerek gerekli tedbirleri alma gibi önemli denetim yetkileri verilmektedir. Büyükşehir belediyesi tarafından yapılan denetim sonucunda tespit edilen aykırılıkların giderilmesi için, ilgili belediyeye altı ayı geçmemek üzere süre verilmesi, verilen süre içinde aykırılıklar giderilmediği tak-

dirde, büyükşehir belediyesinin re'sen harekete geçerek, İmar Kanunu'nun belediyelere tanıdığı her türlü yetkiyi kullanmak suretiyle aykırılıkları gidermesi imkânı da getirilmektedir." denilmektedir. Kanun Koyucunun, büyükşehir belediyesinin, ilçe/ilk kademe belediyeleri yerine geçerek işlem tesis etme ve eylemde bulunmasını amaçladığı anlaşılmaktadır.

Öncelikle, bu yetkinin Anayasa aykırı olup olmadığı ana hatları ile incelenip sonrasında yetkinin içeriğine bakılmalıdır. Anayasanın 127/5. maddesinde "*merkezi idarenin, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesine, kamu görevlerinde birliğin sağlanması amacıyla kanunda belirtilen esas ve usuller çerçevesinde idari vesayet yetkisine sahip*" olduğu belirtilmektedir. Anayasada ifadesini bulan "*yerel yönetimlerin*" özerkliği, Merkezi İdareye tanınacak idari vesayet yetkisinin sınırını oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle, Merkezi İdare ile mahalli idareler arasında bir denetim mekanizması kurulmasının yegane aracı "*idari vesayet*"².

Anılan 127. maddeye göre, idari vesayet yetkisi "*Merkezi İdare*" ile "*mahalli idareler*" arasında gerçekleşmesi gereken bir ilişkidir. Anayasanın tanımı, uygulama ile bağdaşmamaktadır. Nitekim, "*mahalli idareler*" yerine "*yerinden yönetim*" kuruluşları ifadesi konulduğu zaman³ kısmen de olsa idari vesayet yetkisinin organik tanımı yerine oturacaktır. Bu tanım dahilinde, Merkezi İdare ve yerinden yönetim kuruluşunun denetiminde yine "*özerklik*" ilkesi uygulama alanı bulacaktır. Buna karşın, büyükşehir belediyesi ile ilçe/ilk kademe belediyesi arasındaki ilişkinin birebir Anayasanın kalıbına sokmak mümkün değildir. Çünkü, Merkezi İdarenin herhangi bir denetimi söz konusu olmamakta, iki yerinden yönetim kuruluşu arasında hizmetin bütünlüğünün sağlanması, kamu yararı amacıyla "*kanunla*" belirlenen bir görev paylaşımı söz konusu edilmektedir⁴. Doktrinde,

² Turan Yıldırım, Türkiye'nin İdari Teşkilatı, Alkim Kitapevi, 1999, sayfa (s). 18.

³ Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, Turhan Kitapevi, Ankara, 2006, s. 130.

⁴ İdari vesayet, merkez(denetleyen) ile merkez dışı(denetlenen) idareler arasında kanun ile kurulan bir ilişki olduğu belirtilip, sonrasında örneğin Merkezi İdare ile yerinden yönetim kuruluşları arasında ilişkinin sınırlarının çizilmesi doğru olacaktır.

yerel yönetimler arasındaki denetim ilişkisinin “iç idari denetim” olarak adlandırılması gerektiği belirtilmiştir⁵.

Büyükşehir belediyesi ile ilçe/ilk kademe belediyelerinin ayrı tüzelkişilikleri bulunmaktadır. Her iki tüzelkişiliğin görevlerine bakıldığında, aslında tek bir belediyenin yerine getirmesi gereken faaliyetin⁶, “aynı alan içinde farklı tüzelkişilikler” eliyle yürütülmesi amaçlanmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, oluşumu, görev paylaşımı, yetkileri ile büyükşehir belediyesinin ilçe/ilk kademe belediyelerine göre daha önemli hizmetleri yerine getirdiği, aynı zamanda koordine ettiği anlaşılmaktadır. Büyükşehir belediyesi ile ilçe/ilk kademe belediyeleri arasındaki denetim ilişkisi “organik” açıdan Anayasada tarif edilen “idari vesayet” yetkisi değildir. Fakat, yetkinin içeriğine bakıldığında hizmetin bütünlüğünü temin, kaliteyi artırma gibi nedenler, bu denetimi “maddi” açıdan “idari vesayete” yaklaştırmaktadır.

Nitekim, Danıştay da idari vesayet yetkisinden kaynaklanan bir uyuşmazlıkta, “Kültür Bakanlığı ile bağlı kuruluşu olan (ayrı tüzelkişiliği bulunan) Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü üzerindeki denetimi hiyerarşi ilişkisine yakın bir vesayet denetimi” olarak tanımlamıştır⁷. Bu örnekte, idari vesayet yetkisi açısından organik şart gerçekleşmiş, Merkezi İdari ile merkez dışı yerinden yönetim kuruluşu arasında bir denetim söz konusu olmuştur. Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü, mahalli idare olmamakla birlikte, yargı yerleri olması gerekenden hareketle hizmet yerinden yönetim kuruluşu üzerindeki denetimin kavram olarak ancak idari vesayet yetkisi olarak tanımlanabileceğini belirtmiştir.

Bu bağlamda, büyükşehir belediyesi ile ilçe/ilk kademe belediyeleri arasındaki denetim ilişkisi “idari vesayet” bir türü, alt başlığı olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim, bu tip idari vesayet yetkisinde “yerel yönetimlerin özerkliğinden, belirli işlemleri yerel idarelerin yerine getirmesi” gibi Anayasa Mahkemesi tarafından sıklıkla kullanılan kavramların uygulanma alanı olmayacaktır. Çünkü, Anayasa hükümleri karşısında, denetleyen ile denetlenen aynı hukuki statüde, yerel yönetimler(mahalli idareler) içinde bulunmaktadır.

⁵ İl Han Özay, Günışığında Yönetim, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2004, s. 174-175.

⁶ Büyükşehir Belediyesinin kurulması istisna olup, genel belediye tipi “Belediye Kanununda” belirtilen usul ile idare edilenlerden oluşmaktadır.

⁷ D.8.D., 14.11.1995, E. 1995/3706, K. 1995/3622, Danıştay Dergisi Sayı 91, s. 817.

Bu değerlendirmeler ile, Sayın Özay tarafından belirtilen “*iç idari denetim*” ifadesinin gerçekten yerinde olduğunu düşünmekteyiz. Çünkü, büyükşehir belediye sistemine ilişkin bir kanuni düzenleme olmasa, yerel yönetim hizmetleri ülkenin başka yerlerinde olduğu gibi, “bir bütün olarak tek bir belediye modeli tarafından yerine” getirilecekti. Hizmet açısından olaya bakıldığında, yerel hizmet bir bütün olarak kabul edilerek, hizmetin içsel denetimi, dışarıya yani asıl “*idari vesayet yetkisine yansımalarının*” yerinde olması temin edilmektedir. Bu bakımdan, hizmetin bütünlüğünün yerel idareler arasında teminine yönelik denetim, “içsel” olarak gerçekleştirilmektedir. Açıklanan nedenler ile, büyükşehir belediyelerine, 5216 sayılı Kanununun 11. maddesi ile tanınan yetkinin özünde hizmetin daha verimli olması, kamu yararını barındırması nedeniyle Anayasaya aykırı hükümler getirmediği düşünülmektedir.

5216 sayılı Kanunun içeriğine bakıldığında ise, 3194 sayılı Kanununun 32. maddesinde belirli şartların gerçekleşmesi halinde, “*inşaat ruhsatının iptal edilebileceği*” belirtilmektedir. 5216 sayılı Kanundaki atıf nedeniyle, ilçe/ilk kademe belediyesi tarafından tanzim edilen inşaat ruhsatı, şartlar gerçekleştiği takdirde “büyükşehir belediyesince” iptal edilebilecektir. Başka bir ifadeyle, inşaat ruhsatı, yetki ve usulde paralellik ilkesine⁸ uygun olarak hukuk aleminden geçmişe veya geleceğe⁹ yönelik olarak kaldırılacaktır.

Anılan Kanununun 11. maddesinin üçüncü fıkrasında, “*ruhsata aykırı veya ruhsatsız yapılar*” için ilçe/ilk kademe belediyesinden işlem yapılmasının talep edileceği ve gereği yapılmadığı takdirde büyükşehir belediyesince İmar Kanunu’nun 32 ve 42. maddelerinde yer alan hükümlerin uygulanacağından bahsedilmektedir. Bu bağlamda, büyükşehir belediyesinin İmar Kanunu’ndan kaynaklanan yetkilerini kullanabilmesi için, öncelikle iki şarttan birisinin, yani yapının *ruhsatsızlığın veya ruhsata aykırılığının* “hukuka uygun” olarak tespit edilmesi gerekmektedir¹⁰.

⁸ Kanunda yetki – usulde paralellik ilkesine göre geri alma ve kaldırma yetkisini kullanacak makam açık bir şekilde belirtildiğinden, ilçe/ilk kademe belediyelerinin bu konuda yetkisi şarta bağlı olarak ortadan kalkmaktadır.

⁹ İmar Hukukunda kazanılmış hakların önemi nedeniyle bu ifade tercih edilmiştir.

¹⁰ Kanımızca, inşaat ruhsatının büyükşehir belediyesi istemi üzerine ilçe belediye başkanlığı tarafından iptali üzerine, bu işleme karşı açılacak iptal davasında davanın ilçe ve büyükşehir belediye başkanlıkları husumeti ile yürütülmesi gerekmektedir.

Bu hukuka aykırılığın ilçe/ilk kademe belediyelerince ortadan kaldırılmaması halinde, büyükşehir belediyesinin yerine geçerek işlem yapma "görevi" doğmaktadır. Kanımızca, imar mevzuatına aykırılığı tespit edilen yapılara ilişkin öncelikle ilçe/ilk kademe belediyelerine verilen görevlerin yerine getirilmemesi halinde, yetkinin büyükşehir belediyesine geçmesi ile "aykırılığın kaldırılmasında adeta tek sorumlu, yükümlü" büyükşehir belediyesi haline gelmektedir. Bunun dışında, ilçe/ilk kademe belediyesinin inşaat ruhsatını iptal etmesi üzerine herhangi bir eylem, örneğin yıkımı gerçekleştirilmemesi üzerine, yine aynı sürecin sonunda büyükşehir belediyesinin yıkımı kendisinin gerçekleştirmesi gerekmektedir.

Çalışmamızı yaparken elde ettiğimiz, İstanbul Büyükşehir Belediyesi İmar ve Şehircilik Daire Başkanlığı'nın 29.03.2007 tarih ve 43212 sayılı bu yazısında aynen, "5216 sayılı Kanun ile Büyükşehir Belediyesine verilen imar denetim yetkisi ilçe ve ilk kademe belediyelerinin imar uygulamalarını denetlemeye ilişkindir. Bu nitelikteki denetim yetkisinin, ilçe ve ilk kademe belediyelerinin görev, yetki ve sorumluluğunda bulunan imar denetim yetkisini içerdiği kabul edilemez. Yetkiler kamu düzenine ilişkin olup, yasa ile açıkça verilmesini gerektirir. İmar denetim yetkisi, büyükşehir belediyesi bulunan yerlerde açıkça ilçe ve ilk kademe belediyelerinin imar uygulamalarını denetleme yetkisini içermektedir. Bu nedenle Büyükşehir Belediyesi, 5216 sayılı Kanundaki imar uygulamalarını denetleme yetkisini, Kanununun 11. maddesi hükmüne göre yerine getirmektedir. Yukarıda izah edildiği üzere, ruhsatsız veya ruhsat veya eklerine aykırı yapılarla ilgili İmar Kanunu'nun 32. maddesi gereği yapı tatil tutanağı düzenlemek ve aynı Kanununun 32 ile 42. maddeleri gereği alınan encümen kararlarını uygulamak ilçe ve ilk kademe belediyelerinin asli görevleri arasındadır" ifadelerine yer verildiği görülmektedir.

Görülebileceği üzere, bir örnek olarak verilen İstanbul Büyükşehir Belediyesi "kendisine kanun ile görev olarak verilmiş bulunan yetkiyi dar yorumladığı görülmektedir. Çünkü, Kanun Koyucu, imara aykırı durumun ortadan kaldırılması hususunda büyükşehir belediyesini görevlendirmiştir. Bu bakımdan, 5216 sayılı Kanununun 11. maddesinin gereklerini yerine getirme konusunda sadece ilçe/ilk kademe belediyeleri yetkili olmaktan çıkarılmıştır.

2. Tam Yargı Davalarında İdareye Başvurma Ön Şartının İhlaline Bir Örnek :

İdari Yargılama Usulü Kanununun (İYUK) 14. maddesinde ilk inceleme konularından biri olarak “*idari merci tecavüzü*” düzenlenmiştir. İYUK 11. maddesinde “*ilgililerin idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem tescimi için üst makamlara üst makam yoksa işlemi tescim eden makama*” başvurabilecekleri belirtilmiştir. Anılan 11. maddede belirtilen itiraz, ortada dava konusu edilebilecek idari bir işlem var iken, dava açma yoluna gitmeden varsa üst makama veya üst makam yoksa işlemi tescim eden makama başvurarak işlemin yargı yoluna gitmeden “*yeniden gözden*” geçirilerek talep doğrultusunda yeniden incelenmesi istemidir¹¹.

İdari müracaatların temel felsefesi, “*özel hukuk şahıslarının uzlaşmak veya karşı tarafı temerrüde düşürmek için yapılan muamelelerden farklı olmadığı, iki özel hukuk kişinin anlaşamadıkları zaman nasıl mahkemeye başvurmaları gerekiyor ise, idari müracaatların idareyi mütemerrit duruma düşürerek yargı yoluna gidilmesi sağlanabilmesine*¹²” dayanmaktadır. “*Tüm bu maddelerde idare sulh yoluyla tasarruflarını hukuk kaidelerine tevkiye davet olunur*”¹³. Söz konusu 11. maddede belirtilen idari başvuru yolu “*ihtiyaridir*”. Yani, *dava açma hakkına sahip olan ilgilinin takdirine bırakılmıştır*. Nitekim, 11. madde dışında özel kanunlarda ihtiyari başvuruyu düzenleyen metinlerde “*başvurabilirler, istenebilir, itiraz edebilirler*” gibi takdiri ifadeler içeren kelimeler kullanılmaktadır¹⁴.

Bunun dışında, Kanun Koyucu kesin bir idari işleme yani, dava konusu edilebilir olana karşı yargı yoluna gidilebilmesi için “*zorunlu*” idari başvuru usulü öngörmektedir. Kanun Koyucu, itiraz prosedürü içinde “*zorunlu olarak itiraz edilecek makamı*” açık bir şekilde belirtebileceği gibi üst makam veya eylemi yapan idare gibi belirgin olmayan tabirler ile de tanımlayabilir. Bu tak-

¹¹ İdari merci tecavüzünde, idari işlemin ancak itiraz üzerine oluştuğunu, bu aşamadan evvel yani denetlenen işlemin idari işlem niteliğinde bulunmadığı belirtilmektedir.(Sabri Çoşkun, Müjgan Karyağdı, İdari Yargılama Usulü, Seçkin Kitapevi, Ankara, 2001, s. 187.

¹² Lütfi Duran, İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükutu Meselesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XII, s. 138.

¹³ Duran, İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükutu Meselesi, s. 149.

¹⁴ Razaman Yıldırım, İdari Başvurular, Mimoza Yayınları, Konya, Genişletilmiş II. Bası, 2006, s. 112.

tirde, belirtilen makama itiraz yapılmadan, onun itiraza ilişkin iradesi alınmadan "iptal dava açılması" mümkün değildir.

Nitekim, "(idari merci tecavüzü) bir idari işlemin idari davaya konu edilmeden önce bir başka idari merciin incelemesinden geçmiş olması zorunluluğu bulunan hallerde, bu yapılmadan doğrudan doğruya idari davaya konu edilmesi hali olarak tanımlandığından, bir konuda idari işlem tesis edilmesi için görevli idareye ilk defa yapılması gereken başvuru yapılmadan doğrudan doğruya dava açılması halinde idari yargı yerince¹⁵", bu usuli eksiklik giderilmeden karar verilmesi kural olarak mümkün değildir.

Doktrinde, ihtiyari olarak yapılan itirazlarda da idari merci tecavüzünün gerçekleşebileceği ifade edilmektedir¹⁶. Bu görüşe göre, "isteğe bağlı idari başvurular yapıldıktan sonra idarenin vereceği cevap veya karar beklenmelidir. Eğer, idarenin vereceği cevap veya karar başvuru sahibinin haklarını veya çıkarlarını hukuksal açıdan korumaya yeterli değilse bundan sonra yargı yoluna gidileceği" belirtilmektedir. Bu bağlamda yapılan tanım gereği "idari başvuru süresi içinde zorunlu veya isteğe bağlı idari başvuru yollarına idari başvuru süresi içinde başvurup da idarenin cevabı veya kararını beklemeden idari yargıda dava açmak idari merci tecavüzü olarak" tanımlanmaktadır¹⁷. İhtiyari başvuru yapıldıktan sonra, idarenin açık veya zımni red işlemi beklenmeden açılan iptal davalarında idari merci tecavüzü söz konusu olamaz. Bu gibi durumlarda, "süresinden önce açılan" iptal davası söz konusudur. Çünkü, ilgili idare önünde itiraz sürecine ilişkin zorunlu olmayan başvurusunu gerçekleştirmiş ve bunun sonucunu beklemeden süresinden önce dava açmış olmaktadır. İtiraz eden ilgili, kendi istemi ile başlattığı sürecin sonucunu beklemelidir. Kaldı ki, İYUK 11. maddesinde, itiraz edilmesi halinde dava açılmayacağına ilişkin herhangi bir yasaklayıcı hüküm bulunmamakta, fakat, başvuru sahibi lehine, dava açma süresinin tatile uğrayacağı belirtilmektedir. İtiraz edilmesinin yaptırımının idari merci tecavüzü olarak değerlendirilmemesi gerektiği düşünülmektedir.

İYUK 13. maddesinde, idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren 1 yıl içinde ve herhalde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili

¹⁵ D.3.D., 13.03.1986, 1986/44, K. 1986/851, DBB.

¹⁶ Yıldırım, İdari Başvurular, s. 202.

¹⁷ Aynı yerde(a.y.)

idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gerekmektedir. Görüleceği üzere, İYUK eylemden kaynaklanan tam yargı davalarının mahkemeler önünde görüşülebilmesi için ilgili idareye belirli süreler içinde başvurulmasını zorunlu olarak öngörmektedir. Nitekim, Kanununun 13. maddesinde, idarenin zımni veya açık red işlemini takiben ilgilinin dava açabileceğine karar vermiştir. Bu bağlamda, tam yargı davası idareye yapılan başvurunun uzantısı konumundadır.

Konuya ilişkin bir diğer örnek, Gümrük Kanunundan kaynaklanan gümrük vergisi ihtilaflarında tahakkukların tebliği üzerine doğrudan dava açılmayağı, tahakkuklara itiraz edilmesinin zorunlu olarak öngörüldüğü; itirazları inceleme konusunda yetkili gümrük başmüdürlükleri veya Gümrük Genel Müdürlüğü işlemlerine karşı iptal davası açılabileceği öngörülmüştür.

Mahkeme kararlarına konu olan örneklerde, eylemden kaynaklanan tam yargı davalarında ilgilinin, zararının tazmini için idareye başvurması ve idarenin bu talep hakkında iradesinin alınması gerekliliği vurgulanmıştır. Başka bir ifadeyle, idarenin talep karşısında temerrüde düşmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca, mevzuatımıza, ön karar sistemini ilk olarak getiren 521 sayılı Danıştay Kanununun 72. maddesinin gerekçesinde *"bu usul, idari dava açmak için idari bir kararın verilmesi yolunda idare hukukunda genel olarak kabul olunan esasa uygun düşmektedir. Öte yandan, idarenin tazminat istemini yerine getirmesi de varit olup bu taktirde davaya mahal kalmamış olacaktır. Aynı zamanda, dava açılması için ferde doksan güne nispetle daha uzun bir süre verilmiş bulunmakta"* olduğu belirtilmiştir¹⁸.

Bu nedenle, idarenin mahkeme önüne getirilecek iradesi oluşmadan, mahkeme tarafından incelenmesi istenecek iradesi bulunmadan açılan davada "talebin" değerlendirilmek üzere ilgili idareye gönderilmesi zorunludur. İdari işlemlere ilişkin zorunlu itirazlar da ise, ortada kesin, hukuki sonuçlar doğuran ve aslında tek başına dava konusu edilebilecek idari işlem bulunmasına karşın, bu işleme itiraz edilmeden, itiraz makamının iradesi alınmadan dava açılması mümkün olmamaktadır. Bu durumda, itiraz, dava açmanın ön şartı haline gelmektedir. Mahkeme önüne, ön şart olmadan gelen işlemler hakkında yargılama aşamasına geçilemeyeceğinden yapılamayacağından bu şartın(usuli eksikliğin) tamamlanması gerekmektedir. İdari merci tecavüzü

¹⁸ Serdar Özgüldür, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Yetkin Kitapevi, Ankara, 1996, s. 69.

de, “dava açabilmenin ön şartını oluşturan idare beyanının alınmaması anlamına gelmektedir.”

Doktrinde, idari eylemlerde ön karara ilişkin Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 15.03.1979 tarih ve E. 1971/9, K. 1979/7 sayılı kararı örnek olarak verilmektedir¹⁹. Anılan kararın sonuç kısmında, “Danıştay Kanununun 72. Maddesine göre, idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların, idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve herhalde beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeden doğrudan doğruya Danıştay’da dava açmaları halinde, bu hususun idari merci tecavüzü sayılarak, Danıştay Kanununun 74 ve 75. maddeleri gereğince davanın her safhasında dava dilekçesinin ilgili idari mercie tevdiine karar verilmesi gerekeceği” belirtilmiştir. Kararın sadece sonuç kısmı okunduğu takdirde, idari merci tecavüzü olduğu zaman, davanın her safhasında dava dosyasının, daha doğru bir ifadeyle dava dilekçesindeki talebin idare tarafından değerlendirilmek üzere idari merci tecavüzü gerekçesiyle ilgili idareye sunulması gerektiği anlaşılmaktadır.

Halbuki, kararın içeriği okunduğu takdirde²⁰, böylesine kesin bir sonuca varılamayacağı anlaşılmaktadır. Şöyle ki; içtihadın birleştirilmesine neden olan olayda, davalı idareler esas hakkında cevap dilekçesi vermemekte ve sadece idari merci tecavüzü konusunda iddialar ileri sürmektedir. İçtihadı Birleştirme Kurulu kararına konu oluşturan, 11. Daire, “davayı dosyanın tekemmülünden sonra”, 12. Daire ise, “aynı uyumsuzluk hakkında vaktinden önce açılmış” dava gerekçesiyle usulden reddetmektedir. Görüleceği üzere, İçtihadı Birleştirme Kurulu kararına konu olan daire(11, 12), dava dosyalarına “esastan bir savunma” sunulmuş değildir.

Ayrıca, davalı idarenin esastan savunma sunması halinde dahi, dosyanın karar aşamasına geldiği hallerde idari merci tecavüzü nedeniyle yapılan işlemlerin “davacılar açısından hak kaybına neden olduğunun” altında çizilmektedir. Şayet, davalı İdare, dava dosyasına esas hakkında davacının taleplerini reddeden bir beyanda bulunmuş olsa idi, yeniden dava dosyasının davalı konumundaki idareye gönderilmesine gerek olup olmayacağı önem

¹⁹ Şeref Gözübüyük, Güven Dinçer, İdari Yargılama Usulü, Turhan Kitapevi, 2. Bası, Ankara, 1999, s. 574.

²⁰ Ahmet Arslan, Tuncay Dünder, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararları, Seçkin Kitapevi, Ankara, 2002, s. 156.

kazanacaktır. Kanımızca, *artık davalı idarenin mahkeme huzurunda yapmış olduğu beyan, yani talebin reddi gerekçeği yönündeki açıklaması, idari merciin ihlal edilen iradesi yerine ikame edilmelidir ve artık dava dilekçesinin davanın bu aşamasında yeniden davalı konumundaki idareye gönderilmemesi gerekmektedir.*

Bunun yanında, mahkemenin, eylemden kaynaklanan tam yargı davalarında doğru olmayan idareye başvurularak alınan ön karara karşı açılan davada mahkemenin idari merci tecavüzü kararı vererek dosyayı talebi inceleme konusunda görevli gördüğü idareye mi göndermesi veya davaya hasım düzeltme kararı ile devam etmesinin yerinde olup olmadığı önem kazanmaktadır. Kanımızca, *“yargı yerinin hasım düzelterek davaya devamında yarar bulunmaktadır”.*

Nitekim, *“tam yargı davalarında hasım düzeltilerek dava dilekçesinin mahkemece tespit edilecek gerçek hasma tebliğ edilmesinin önünde yasal bir engel bulunmamaktadır. Ayrıca, tam yargı yerince davalı konumuna alınan idareye başvuru şartının aranmayacağı da tabiidir. Zira, dava açmadan önce ilgili idareye başvuran ve konunun başka bir idareyle ilgili olduğu kendisine bildirilmeyen davacı, tam yargı davası açma şartını yerine getirmiş olup, yargı yerince davalı konumuna alınan idareye de başvuru şartının aranması, idari yargılama usulüne özgü hasım düzelterek, idari davanın bir an önce sonuçlandırılması kuralıyla bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla, tam yargı davasında yargı yerince davalı konumuna alına idarenin husumetiyle davaların karara²¹”* bağlanması yerinde olacaktır.

Yukarıda yapılan açıklamalar dahilinde, idari merci tecavüzünü ikiye ayırarak incelemek gerekmektedir. Eylemden kaynaklanan tam yargı davaları ile idari işleme karşı yapılan itiraz başvuruları ayrı kategoriler olarak değerlendirilmelidir, Eylemden kaynaklanan tam yargı davalarında idare ile zarar gördüğünü iddia eden ilgilinin uzlaştırılması ile idari bir beyan elde edilmesinin amaçlandığı izah edilmişti. Buna karşılık, idari işlemlere karşı yapılan “itirazlarda” genellikle, işlemi tesis eden makamdan farklı, ayrı bir tüzelkişiliğin veya aynı tüzelkişilik içinde üst makamın kararı yeniden incelemesi hedeflenmektedir. Bu durumda, üst makamın iradesi olmadan açılan davalarda, husumetin doğru olarak tespit edilmesi mümkün olmamakta,

²¹ D.10.D., 07.03.2006, E. 2003/198, K. 2006/1755, DBB.

kanuna göre iki makamın iradesinin²² sonucunu dava edilebilir işlemin ortaya çıkması amaçlamaktadır. Böylelikle, yetkili yani, itirazın inceleme yapacak makamın iradesi olmadan dava açılmaktadır. Bu durumda, mahkemenin, yargılamanın her aşamasında davacının talebini(dava dilekçesini) yetkili makama iradesini almak yani, dilekçeyi iradesi atlanılan, dava dosyasında bulunmayan makama tevdi etmesi gerekmektedir. Örneğin, Vergi Usul Kanununun 122. maddesine göre yapılan düzeltme başvurularında “dava konusu yapılacak idari işlem” vergi dairesi kararına karşı düzeltme isteminde bulunulacak “Maliye Bakanlığının” iradesidir. Bu nedenle, davanın anılan Bakanlık husumetiyle götürülmesi ve davanın konusunu Bakanlığın işlemi olması gerekmektedir²³.

Eylemden kaynaklanan tam yargı davalarında ise, davada husumetin yöneltildiği idare ile başvuru yapılması gereken idare aynı olup mahkeme huzurunda talebi reddedecek olan idarede farklılık bulunmamaktadır. O halde, yukarıda yapılan açıklamalar ışığı altında mahkeme huzurunda davacının talebini esas bakımından reddeden idarenin, tekrar aynı talebi idari başvuru üzerine değerlendirip kabul etmesi hayatın olağan akışına aykırıdır ve bu durumda davacının korunacak bir usuli menfaati de bulunmamaktadır. O halde, eylemden kaynaklanan davalarında, idare mahkeme huzurunda talebi kabul etmeyeceğini beyan etmiş ise(cevap lahiyaları ile) bu taktirde dava dilekçesinin merci tecavüzü nedeniyle idareye gönderilmesinde yarar bulunmamaktadır.

Buna karşılık, davalı İdarenin, herhangi bir beyanda bulunmadan davacının idareye başvurması halinde talebinin değerlendirileceği yönünde beyanda bulunması halinde, dava dilekçesinin davalı idareye yöneltilmesi yerinde olacaktır. İYUK 13. maddesinde eylemden kaynaklanan tam yargı davalarında ön karar şartının aranmayacağı bir istisna daha yer almaktadır. Bu hükümde, “görevli olmayan adli veya askeri yargı mercilerine açılan tam yargı davasının görev yönünden reddi halinde sonradan idari yargı mercilerinde açılacak davalarda birinci fıkrada öngörülen idareye başvuru şartının” aranmayacağı ifade edilmiştir. Bu durumda, adli yargı veya askeri yargı kararının kesinleşmesinden itibaren, usulüne uygun olarak 30 gün içinde idari yargı makamları önünde dava açılması gerekmektedir. Madde de

²² Bu ifade, birleşme işlem anlamında kullanılmamıştır.

²³ D.7.D., 14.10.2004, 2001/4234, K. 2004/2459, DBB.

belirtilen şartın gerçekleşmesi ile Kanun Koyucu, idareye başvuru şartı aramamaktadır. Nitekim, davacının doğru olduğunu düşündüğü yargı yoluna başvurması ile bu yargı yolunda görev konusunda olumsuz sonuç alan, davacının, idareye başvurma şartı aranmadan doğrudan mahkeme önüne gitmesinde usuli açıdan fayda görmüştür.