



DEVLET İŞLEMLERİNDE KANUN YOLLARI, MERCİLER VE BAŞVURU SÜRELERİNİ GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ (ANAYASA'NIN 40/2. MADDESİ)

*The Obligation to Indicate Legal Remedies, Authorities and the Time Limits of
Applications In State Proceedings (Article 40/2 of the Constitution)*

Mustafa Oğuzhan BÖLÜKBAŞI¹

ÖZ

Anayasanın 40. maddesinin ikinci fıkrasında 2001 yılında yapılan değişiklikle Devlete işlemlerinde başvuru süresi ile başvuru yolunu gösterme yükümlülüğü getirilmiştir. Maddenin yansıması Devletin tüm işlemlerinde gerçekleşmiştir. Yasama, yürütme ve yargı işlemlerinde bu düzenleme uygulanmaktadır. Yasamanın ve yargının idare fonksiyonuna ilişkin işlemleri ile yürütmenin işlemlerinde maddenin uygulanmasında herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Yasama organının, yasama fonksiyonundan doğan işlemlerinde örneğin kanun gibi işlemlerde hükmün uygulanması konusunda tartışma bulunmaktadır. Yargı erkinin bir parçası olan mahkemelerin kararlarında, düzenlemeyi uyguladığı gözlemlenmektedir. Mahkeme kararlarında, kişilerin başvuru yapabilecekleri kanun yolları ile başvuru süresinin gösterildiği görülmektedir. Sayılan işlemlerde henüz doğrudan şekil şartı olarak kabul edilmediğini görmekteyiz. Ancak Danıştay bazı kararlarında, 40. maddenin ikinci fıkrasında yer alan hususlara idari işlemde yer verilmemesinin kişilere sınırsız dava hakkı tanıdığını kabul etmektedir. Buna karşın Danıştay, idari işlemde bulunması gereken şekil unsuru olarak görmemektedir. Bu yorumun yapılmasında, müstakil bir İdari Usul Yasasının çıkmamış olması etkilidir. Çalışmamızda 40. maddenin ikinci fıkrasının düzenleme süreciyle birlikte Devlet işlemlerinde ilgililerin başvuru yapacakları merci ile sürenin gösterilmesi konusunun yargılama usulüne ve idari işlemin şekil unsuru olarak değerlendirilmesine çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Başvuru süresi, Merci, Makam, Şekil unsuru, Süre.

ABSTRACT

With the amendment made in the second paragraph of Article 40 of the Constitution in 2001, the State was obliged to show the application period and the legal remedies path in its proceedings. The reflection of the article took place in all proceedings of the State. This regulation is applied

1 Konya Bölge İdare Mahkemesi Üyesi, hakimoguzhanbolukbasi@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-3683-2776.



in legislative, executive and judicial proceedings. There is no hesitation in the implementation of the article in the procedures regarding the administrative function of the legislative and the judiciary bodies and in the acts of executive organ. There is a debate about the application of the article in the legislative body's acts arising from the legislative function, for example laws. It is observed that the courts, which are part of the judiciary, implement the regulation in their decision. It is seen in the court decisions that the duration of the application in shown by the legal means through which the persons can apply. We see that the administrative acts are not yet accepted as a formal condition. However, in some of its decisions, the Council of State admits that the fact that the elements in the second paragraph of Article 40 are not included in the administrative acts, gives individuals unlimited term of litigation. On the other hand, the Council of State does not see it as an element of form that it should take in administrative action. The fact that a separate Administrative Procedure Law has not been issued is effective in making this comment. In our study, together with the regulation process of the second paragraph of Article 40, it will be tried to evaluate the issue that indication of the limits and authorities in state proceedings in the context of judicial procedure and the formal condition of administrative acts.

Keywords: Application period, Authorities, Public office, Formal condition, the limit.

GİRİŞ

Kişilerin tesis edilen bir işleme veya kendileri hakkında verilmiş bir yargı kararına karşı başvuru yapabilecekleri idari makam ya da yargı mercini bilmeleri, haklarını elde etmelerini kolaylaştıracaktır. Bunun için Avrupa Birliğine uyum sürecinde, Anayasanın 40'inci maddesine ikinci fıkra olarak yeni bir hüküm ilave edilmiştir. Düzenlemenin üzerinden uzun zaman geçmesine karşın kanuni alt yapısı oluşturulmasa da Anayasada yer alan hüküm varlığını muhafaza etmektedir.

Kişilerin başvuru yollarının karmaşıklığı içinde hukuk bilgilerinin yeterli olmayabileceği varsayımıyla, başvuru yapabilecekleri süreleri ve mercileri bilmelerinin sağlanması hukuk devletinin bir gereğidir. Hukuka bağlı idarenin kanuniliği ilkesi, Anayasanın 123'üncü maddesinde düzenlenmiştir. İdarenin Anayasa hükmünü uygulamaması gibi bir durum kanunla bağlı idarenin yapmaması gereken bir davranıştır. Elbette idarenin tüm eylem ve işlemleri hukuka uygun olamayacaktır. Aksi bir durum, idari yargının varlığının gerekliliğini sorgulamamıza neden olabilir. Ancak ortada hukuka uygun olmayan eylem ya da işlem varsa

bunlara karşı yapılacak başvuru yolları ile süreleri işlemde gösterilmek suretiyle yargının önüne gelmesi sağlanmalıdır.

Çalışmamızın konusunu Anayasa madde 40/2'nin idari işlemde şekil şartı mı yoksa işlemin yargı denetimi sırasında gözetilen usule ilişkin bir hüküm mü olduğunun değerlendirmesi oluşturmaktadır. Birinci bölümde, madde 40/2'nin düzenleme süreci ile mevcut hukuki durum, ikinci bölümde, kanun yolları ve merciler ile başvuru sürelerinin hukuki niteliği üzerinde durulacaktır. Son olarak, yasama, yürütme ve yargı işlemlerinde Anayasanın 40/2. maddesinin uygulaması incelenecektir.

I. ANAYASA'NIN 40/2. MADDESİNİN DÜZENLENME SÜRECİ VE HUKUKİ DURUMU

Anayasa'nın 40'ıncı maddesi "*Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması*" başlığıyla 1982 Anayasasının ilk halinde düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında, "*Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.*" düzenlemesine yer verilerek temel hak ve hürriyetlerin kişiler açısından korumaya alınması amaçlanmıştır. Diğer taraftan, maddenin ikinci fıkrasında da "*Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.*" hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeler maddenin ilk halinde bu şekilde yer almaktaydı.² Sonradan 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanunla madde yeniden düzenlenmiş ve maddeye "*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.*" düzenlemesi ikinci fıkra olarak eklenmiştir. Eklenen ikinci fıkranın gerekçesi şu şekildedir: "*Bireylerin yargı ya da idari makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkân sağlanması amaçlanmaktadır. Son derece dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, mercii ve sürelerin belirtilmesi hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk haline gelmiştir.*"³. 40'ınci maddenin ilk halinde temel hak ve hürriyetlerin korunması konusunda zararların tazmin edilmesiyle ilgili somut bir düzenleme yer almaktayken ikinci fıkra eklenmek suretiyle temel hak ve hürriyetlerin korunması daha sağlam bir zemine oturtulmuştur.

2 40. Maddenin ilk halinin gerekçesinde, "*Bu madde ile temel hak ve hürriyetlerin korunmasında diğer bir güvence öngörülmüştür. Temel hak ve hürriyetleri ihlal olunan kişi, yetkili makama başvurma hakkına sahiptir; bu ihlalin resmi görevliler tarafından görevlerinin ifası sırasında yapılmış olması görevli için bir mazeret sebebi teşkil etmez. İhlalden doğan zarar Devletçe ödenecek ve Devlet, bu ödeme nedeniyle, sorumlu görevliye rücu hakkı vardır.*" ifadeleri yer almaktadır.

3 Anayasa Mahkemesi, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)**, Ankara, 2019, s.231.



2001 yılında 40'ncü maddede yapılan değişiklikte yer alan, idarenin ve yargı organlarının başvuru süresi ile başvuru yolunu gösterme yükümlülüğü iç hukukumuzun Avrupa Birliği mevzuatıyla uyumlu hale getirilmesi amacıyla yapılmış bir düzenlemedir.⁴ (1977) 31 sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Kararında, başvuru yollarının ve süresinin gösterilmesi konusunda üye devletlere tavsiyede bulunulmuştur.⁵ Avrupa Birliği'nin birçok birimi de, mevzuatında personeline yönelik çeşitli düzenlemeler yapmaktadır. Bu konuda genel bir kanun olarak kabul edilebilecek 6 Eylül 2001 tarihli Avrupa İyi Yönetim Kanununun 19 uncu maddesinde başvuru yolları ile süre gösterme yükümlülüğü düzenlenmiştir.⁶ Tavsiye kararları, Bakanlar Komitesinin Avrupa Konseyi Statüsünün 15/b maddesinde yer alan düzenlemeye dayanan, ulusal kanun koyuculara ve idarelere kriterler getiren ve üye devletlerin yönetimleri için öngörülen kararlardır. Bu kararlar bağlayıcı olmamakla birlikte, uzlaşma sonucu alınması ve hükümetlerin tavsiyeler doğrultusunda karar alıp almadıklarını bildirmeye davet edilmeleri nedeniyle, üye devletleri dikkate almaya zorlamaktadır.⁷

Anayasa'nın 40/2. maddesi, temel hakların korunması ile ilgili olması nedeniyle, bir idari işlemle kişilerin haklarını – hukukunu etkileyen bir durum söz konusu olduğunda, idari işleme karşı başvuru yapılabilecek tüm yargısal ve idari başvuru yollarının belirtilmesi gerekmektedir. Bu durum Anayasanın 36'ncı maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğü ile doğrudan ilgilidir.⁸ Kişilerin yargı veya idare mercileri önüne giderek hukukunu etkileyen işlemlere karşı savunma yapma hakkını 40/2. madde güçlendirmektedir. Devlet, kişiler yönünden bu hakların kullanılabilmesi için pozitif yükümlülük altındadır ve bunu sağlayabilmek için önlem alma yükümlülüğü bulunmaktadır.⁹

Anayasa'nın 40/2. maddesinin yansımaları kanuni düzeyde görememekteyiz. Kanunla düzenlenmemiş olması idarenin başvuru yapılacak makam ile başvuru süresini gösterme yükümlülüğünü ortadan kaldıracak mıdır? Yahut 2001 yılından bu güne kadar Anayasa hükmünün var olması ve uygulanabilmesi için kanuni düzenleme yapılması şart

4 AKBULUT Emre, "İdari İşlemlerde Kanun Yolu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 81, 2009, s. 5.

5 AKYILMAZ Bahtiyar, "İkibinli Yıllarda Türkiye'de İdari Usul: Yoksa Var mı?", **Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu**, 2016, s.214.

6 AKYILMAZ Bahtiyar, "İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, VII, 2003, s.158.

7 KARAHANOGULLARI Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2011, s.394.

8 Ayrıntılı bilgi için bkz. Anayasanın 36. maddesi.

9 AKBULUT, s. 3.



mıdır? soruları gündeme gelmektedir. Elbette normlar hiyerarşisinde Anayasa kanunların üzerinde bulunmaktadır. Kanunda düzenleme bulunmaması durumunda, Anayasa hükmünün olaya uygulanması ve buna göre hüküm verilmesine Anayasanın doğrudan uygulanması ilkesi denilmektedir.¹⁰ Kanun hükmünün Anayasa ile çelişmesi veya Anayasaya aykırı durumun varlığı halinde, kanun hükmünün yargı mercilerince uygulanmaması gibi bir durum olabilir ancak bunun dışında düzenlemenin iptal müessesisiyle ya da yasama organı işlemi ile ortadan kaldırılması gerekmektedir.¹¹ Anayasanın üstünlüğü ilkesi, Anayasanın içeriğinde de yer almaktadır. Anayasanın 11 inci maddesinde, Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu düzenlemesine yer verilmiştir. Görüleceği üzere Anayasa hükmünden, en üst norm olan Anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğu sonucunu çıkarabiliriz. Danıştay bir kararında, *“Anayasal düzenlemeler, kural olarak doğrudan uygulanacak hükümlerden olmayıp, kanunlarda gerekli düzenlemeler yapılarak yaşama geçirilirler. Ancak, öğretilerde ve Anayasa Mahkemesi’nin kimi kararlarında, yürürlüğe konulması gereken yasal düzenlemede yer verilmesi gereken konuların Anayasa metninde açıkça kurala bağlandığı durumlarda, bir özel kanun ya da yürürlükteki kanunlarda uygun değişiklik yapılması gerekmeksizin Anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanacağı kabul edilmektedir.”*¹² değerlendirmesinde bulunmuştur. Kararda Danıştay, kural olarak kanun ile düzenleme yapılması gerekliliği olduğunu ancak, istisnaen Anayasa hükmünde açıkça düzenlenen bir konuda kanuni düzenlemeye ihtiyaç olmadan söz konusu hükmün uygulanabileceğini belirtmiştir. Biz de kanuni düzenleme olmasa da Anayasa’da açıkça düzenlenmiş bir konunun kanuni düzenlemeye ihtiyaç olmaksızın doğrudan uygulanabilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

II. ANAYASA MADDE 40/2’YE GÖRE İŞLEMLERDE GÖSTERİLMESİ GEREKEN KANUN YOLLARI VE MERCIİLER İLE BAŞVURU SÜRELERİ

Anayasanın 40/2. maddesinde Devletin işlemlerinde, kişilerin hangi kanun yolları ve mercilerine başvuracağını ve başvuru sürelerini göstermek zorunda olduğu düzenlenmiştir. Düzenleme kapsamında yer alan *“işlem”* sözcüğünden ne anlamamız gerektiği, söz konusu kuralın uygulanmasını göstermek bağlamında önemli bir yere sahiptir. *“İşlem”* kelimesinin idare yönünden değerlendirilmesinde idari işlemin tanımına bakılmalıdır.

10 TANÖR Bülent, YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 10. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2011, s.123.

11 ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s.449.

12 D. 13. D., 11.06.2019 tarih ve E. 2018/3874, K. 2019/1998 sayılı kararı.



İdari işlem, doktrinde farklı şekillerde tanımlanmaktadır. AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA idari işlemi, *“idare veya idare adına hareket eden özel hukuk kişilerince ya da yasama veya yargı organınca yasama ve yargı fonksiyonu dışındaki, idare fonksiyonuna ilişkin olarak, kamu gücü kullanılarak yapılan; doğrudan ya da belli bir süreç içinde, rızaları olsun ya da olmasın kişi veya onlara ait nesnelere hukuki durumlarını etkileyen, kamusal nitelikli tek yanlı irade açıklamasıdır”*¹³ şeklinde, GÖZLER ise, *“hukuki sonuç doğurmaya yönelik, kamu gücü ayrıcalığına dayanan irade açıklamasıdır.”*¹⁴ şeklinde, son olarak GÜNDAY idari işlemi, *“idare fonksiyonunun yerine getirilmesi için yapılan kamu hukuku işlemleridir.”* şeklinde tanımlamıştır.¹⁵ 40/2. madde devletin sorumluluğunu işlemlere hasretmiştir. Elbette idarenin yükümlülüğü idari işlemler boyutunda olacaktır. Tanımlardan da anlaşılacağı üzere kişilerin hukukunu etkileyen icrai özellik arz eden işlemlerin, 40/2 kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bunun yanında, idari işlem niteliği bulunmayan iç düzen işlemleri, tavsiye işlemleri, danışma işlemleri, bilgi verici nitelikteki işlemler icrai niteliği bulunmadığından idari davaya konu edilemeyecek işlemlerdir.¹⁶ Bu türden işlemlerin kişiler üzerinde bir etkisi yoktur, bu nedenle kanaatimizce bu işlemlerde başvuru yapılacak merci ile başvuru süresinin gösterilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.

Maddede yer alan ve devletin işlemlerinde göstermekle yükümlü olduğu diğer önemli husus kanun yolları ile mercileridir. Kişiler haklarında tesis edilen bir işleme karşı, eğer başvuru yapılması zarureti bulunan zorunlu bir idari başvuru yolu öngörülmemişse doğrudan dava açabilirler. Ancak dava açma yoluna gitmeden öncelikle ihtiyari bir yol olan idareye başvurmayı da deneyebilirler.¹⁷ Örneğin; 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 54'üncü maddesinde ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabileceklerin, şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunabilecekleri öngörülmüştür. Ayrıca, şikayet ve itirazın şikayet başvurularının, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolları olduğu öngörülmüştür. Danıştay bu konuda verdiği bir kararında; *“İdari işlemlere karşı başvuru yollarının ayrıntılı düzenlemelerde yer alması, başvuru süresinin kısa olması veya olağan başvuru yollarına istisna getirilebilmesi nedeniyle işlemlere karşı hangi idari birime, hangi sürede başvurulacağının*

13 AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s.312.

14 GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku Cilt I**, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009, s.660.

15 GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, 6. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002, s.109.

16 ERKUT Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990, s.133.

17 Ayrıntılı bilgi için bkz. 2577 sayılı Kanunun 11. maddesi.

idarelerce işlemde belirtilmesi hukuk güvenliği ilkesinin gereğidir. Anılan Anayasa hükmü ile de bireylerin yargı ya da idari makamlar önünde haklarını arayabilmelerine kolaylık ve olanak sağlanması amaçlanmıştır; idareye işlemlerinde, ilgililerin kaç gün içinde, hangi mercilere başvurabileceklerini bildirme yükümlülüğü getirilmiştir.

İdare Mahkemesince, davacının yapmış olduğu itirazın şikayet başvurusunun süresinde olup olmadığı ve Kamu İhale Kurulu kararının bu yönü ile hukuka uygunluğunun denetlenmesinde, ihalenin iptaline ilişkin işlemin davacı şirkete bildirilmesinde hangi kanun yolları ve mercilere başvuru yapılmasının ve sürelerinin belirtilip belirtilmediğinin incelenmesi, bildirim işleminde başvuru yolları ve sürelerinin gösterilmemiş olması halinde Anayasa'nın 40. maddesindeki düzenleme gözetilerek karar verileceği açıktır." gerekçesine yer vermiştir.¹⁸ Yüksek Mahkeme, zorunlu idari başvuru yolu bulunan Kamu İhale Kurulu kararlarına karşı 40/2'nin uygulanması ve kararlarda başvuru süresi ile merciin gösterilmesi şartını aramaktadır.

Zorunlu idari başvuruya verilecek örnekleri çoğaltabiliriz.¹⁹ Bunun gibi yargı yoluna başvurmadan zorunlu olarak başvuru yapılması gereken durumlarda, işlemde başvuru yapılacak merciin gösterilmesi gerekmektedir. İdareye başvurunun ihtiyari olduğu durumlarda da kişilerin hak arama özgürlüğünün zedelenmemesi ve hak kaybına uğramaması bakımından başvurabilecekleri merciin gösterilmesinde fayda bulunduğu mülahaza edilmektedir.

40/2 düzenlemesi yalnızca başvuru yapılacak mercileri değil aynı zamanda başvuru yapılabilecek kanun yollarının da gösterilmesini zorunlu tutmuştur. Kanun yolunu sadece yargı mercilerinde yargılama usulü kuralı olarak algılanmaması gerekmektedir. Kanun yolu, ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararların yeniden incelenerek değerlendirilmesini sağlamak üzere davanın taraflarına tanınan hukuki bir haktır.²⁰ Bu yargısal kanun yoludur. Ayrıca idari kanun yolu bulunmaktadır. İdari kanun yolları, hukuk düzeninin kişilere haklarında tesis edilen işleme karşı işlemin iptali veya değiştirilmesi istemiyle üst idare makamlarına başvuru yapmak için sağlanan bir idari denetim

18 D. 13. D., 29.05.2013 tarih ve E. 2013/13, K. 2013/1604 sayılı kararı.

19 SEZER Yasin, BİLGİN Hüseyin, "Danıştay Kararlarında İdari Başvurular", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:57, 4, Ankara, 2008, s.355.

4458 sayılı Gümrük Kanunu 242 ve 243 üncü maddeler, 4081 sayılı Çiftçi Malları Koruma Kanunu 8/3, 10 uncu maddeler, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu 213 üncü maddesi, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 7,8,20,64,70,74,142,153,157 nci maddeler.

20 KALABALIK Halil, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, 6. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2013, s.360, GÖZÜBÜYÜK Şeref, **Yönetmelik Yargı**, 14. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001, s.493.



yoludur.²¹ Ancak idari işlemler tesis edildikten sonra bunlar için başvuru yapılabilecek yargı yolu da kanun yolu olarak anlaşılmalıdır. Hakların korunmasına yönelik bir düzenleme, doğru olarak verilmediği iddia edilen yargı kararına özgülenemeyeceği gibi, yükümlülüğün devlet ve onun işlemleri yönünden kurgulanması da bu sonucu gerektirmektedir.²²

Hukuki olarak başvuru, bir kişinin, herhangi bir istekte bulunmak için devlet makamlarına başvurmasına denir.²³ Başvuru hakkı ile ilgili, Anayasanın 36'ncı maddesinde, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." hükmü, 40'inci maddesinde; "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir." düzenlemesi, 74'üncü maddesinde, "Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir." şeklinde düzenlemeler yer almaktadır. Bu başvurular, yargısal ve idari başvuruları içinde barındıran kamusal başvurular olarak değerlendirilebilir.²⁴ İlgililerin idari veya yargısal başvuru haklarını zamanında ve doğru makama karşı kullanması sonucunda hak kayıpları önlenebilir. Böylece hak arama özgürlüğü azami ölçüde sağlanarak hakkın teslimi doğru şekilde gerçekleşmiş olur.

40/2'de Devletin işlemlerinde göstermekle yükümlü olduğu diğer önemli unsur başvuru süreleridir. Bu sürelerin geçirilmesi hakkın kaybıyla neticelenmektedir.²⁵ İdarenin işlemlerinde istikrarın sağlanması, idarenin sürekli bir biçimde dava tehdidi altında kalmasının önlenmesi amacıyla idari başvuru yolları veya dava açma yahut yargı usulüne dair süreler öngörülmektedir.²⁶ Yargıya ilişkin olan süreler ile zorunlu idari başvuru yoluna ilişkin süreler hak düşürücü sürelerdir ve kamu düzenindedir.²⁷ Bu sebeple işlemlerde gösterilmesi hayati önemi haizdir. Özellikle 2577

21 ÖZKAN Gürsel, "İdari Usul Kanununda Düzenlenmesi Gereken İdari Usul İlkeleri", **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Sempozyumu**, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998, s.65.

22 ATAY ŞANLI Yeliz, "İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 96, 2011, s. 305.

23 DURAN Lütfi, "İdari Müracaatlar ve Bunların Karşısında, İdarenin Sükutu Meselesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C: 12, 1, 1946, s.132.

24 SEZER Yasin, BİLGİN Hüseyin, s.340.

25 KAPLAN Gürsel, **İdari Yargıda Dava Açma Süreleri**, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s.117.

26 AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, s.285.

27 CANDAN Turgut, **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.334, MURATOĞLU Tahir, "İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. Maddesi Kapsamındaki Başvurularda Başvuru Gününün Dava Açma Süresinin Hesabında Dikkate Alınmıyacağı Sorunu", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:21, 34, 2016, s.4.



sayılı Kanunun 7'nci maddesinde düzenlenen genel dava açma süresi dışında farklı bir süre söz konusu ise bunun gösterilmesi gerekmektedir. Aksi halde bu durum hak kayıplarına neden olabilecektir.

Danıştay bir kararında, *“Devletin, işlemlerinde, bireylerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğunu öngören Anayasanın 40'inci maddesinin ikinci fıkrasının, ayrı bir yasal düzenlemenin varlığını gerektirmeyen, doğrudan uygulanabilir nitelik taşımasından dolayı yasama, yürütme ve yargı organlarının, idare makamlarının ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının işlemlerinde, bu işlemlere karşı başvurulacak idari veya yargı mercileri ve kanun yolları ile sürelerini belirtmesi zorunludur.*

Bu durum, Anayasanın 40'inci maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin gerekçede belirtildiği gibi son derece karışık olan mevzuat karşısında bireylerin yargı yeri ve idari makamlar önünde haklarını sonuna kadar arayabilmelerini olanaklı kılmak amacıyla öngörülen zorunluluğa aykırı ve dolayısıyla, Anayasanın 36'ncı maddesinde öngörülen hak arama hürriyetini sınırlayıcı bir sonuç doğurmuş ve Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin korunmasını düzenleyen 40'inci maddesine açıkça aykırılık yaratmıştır.” gerekçesine yer vererek 60 günlük genel dava açma süresinden farklı 7 günlük dava açma süresinde dava açılmadığı gerekçesiyle davayı süreaşımı nedeniyle reddeden yerel mahkeme kararını hukuka uygun bulmuştur.²⁸ Sadece özel dava açma sürelerinde dava açma süresinin gösterilmesi zorunluluğu aranması hak arama hürriyeti ile bağdaşmamaktadır. 40/2. madde, herhangi bir ayırım yapmadan tüm işlemlerde başvuru süresinin gösterilmesini zorunlu tutmuştur. Bu nedenle kanaatimizce, Danıştay'ca özel dava açma süresi bulunan durumlarda, davanın süresinde açılıp açılmadığı değerlendirmesinden ziyade, 40/2. maddede öngörülmesi nedeniyle işlemde başvuru sürelerinin gösterilmesi zorunluluğu aranmalı ve şekil unsuru kapsamında değerlendirme yapılmalıdır.

İdari usul doktrinde, *“kamu idaresi, kamu kurumları ve kamu kuruluşları ile bunlar adına kamu hizmeti yapan özel hukuk kişilerinin, idari faaliyetin yapılmasında hukuki sonuç doğurmaya yönelik her türlü işlemlerin tabi olacağı süreç”* olarak tanımlanmıştır.²⁹ Ülkemizde idari usule ilişkin bir kanun bulunmamaktadır. Bu durum idarenin eylem ve işlemlerinde farklı uygulamaların gerçekleşmesine neden olmaktadır. Hukuk devletinin bir gereği olarak idarenin uyacağı usul kurallarının bulunmasının hak

28 DVDDK, 19.2.2014 tarih ve E. 2013/222, K. 2014/89 sayılı kararı.

29 ODYAKMAZ Zehra, *“Hazırlanmakta Olan İdari Usul Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar”*, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:1, 2, 1998, s.3.



arama özgürlüğünü güçlendirecek bir etkiye sahip olacağına kuşku bulunmamaktadır. Ağırlıklı olarak bireyler için güvence getirirse de idare içinde bir güvencedir.³⁰ Bireylerin güvenliğine yönelik olarak yukarıda bahsedilen (77) 31 sayılı “*Bireyin İdari İşlemler Karşısında Korunması*” başlıklı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi kararında “*işlemlere karşı başvuru yollarının gösterilmesi*” idari usul ilkelerinden birisi olarak sayılmıştır.³¹ Bu husus, inceleme konumuzu oluşturan Anayasanın 40/2. maddesinde değişiklik yapılarak iç hukukumuzda dâhil edilmiştir. Ancak idari usule ilişkin kanun çalışması tamamlanamadığından kanunlarımıza girmemiştir. Kanımızca, idari usulün müstakil bir kanunu çıkmasa dahi Anayasanın 40/2 maddesi açık hükümler ihtiva ettiğinden uygulanmasında bir sakınca bulunmamaktadır. Hatta Danıştay, Anayasanın emredici normu haline gelmiş olan 40/2. maddenin idari işlemlerde bulunması zorunlu şekil şartı olduğu kuralını içtihat edebilir.

III. ANAYASA 40/2'NİN DEVLET İŞLEMLERİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Anayasa 40/2. madde, Devleti işlemlerinde başvuru yapılacak makam ile başvuru süresini göstermekle yükümlü tutmuştur. Burada öncelikle yukarıda belirtildiği üzere ilk olarak idari işlemler akla gelebilir. Ancak Anayasa koyucu, “*Devlet*” ibaresiyle idare dışında tüm erkleri yasama ve yargıyı da bu yükümlülük altına sokmuştur. İşlem tabiri ile sadece idari işlemleri mi anlayacağız yoksa yasamanın kanun koyma işlemleri veya yargı kararlarını da mı anlayacağız? Tüm bu hususları yasama – yürütme – yargı işlemleri bölümünde inceleyeceğiz.

A. Yasama İşlemleri

Organik anlamda yasama organınca çıkarılan işlemler yasama işlemidir. İdari işlemlere benzese de yasama organı tarafından çıkarıldığı için bu isim verilmektedir.³² Bu işlemlere en iyi örnek kanundur. Yasama organının kanun, karar gibi işlemleri yasama fonksiyonuna ilişkin işlemlerdir.³³ Bunun dışında yasamanın işlemleri maddi anlamda değerlendirildiğinde, yasamanın idari işlemleri de bulunmaktadır.³⁴ 40/2. madde, “*Devlet*” in tüm işlemlerini kapsadığından kanaatimizce yasama organının, gerek yasama faaliyetinden gerekse idari faaliyetleri dolayısıyla tesis ettiği işlemlerde düzenlemeyi uygulaması gerekmektedir. Anayasa değişikliği sonrasında

30 DURAN Lütfi, “*İdari Usul İlkeleri ve Kapsadığı Konular*”, *İdari Usul Kanunu Hazırlığı Sempozyumu*, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998 s.32.

31 ÖZKAN, s.58.

32 GÖZLER, s.620.

33 ERKUT, s.73.

34 ATAY Ender E., *İdare Hukuku*, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s.27.

yasalaşarak yürürlüğe giren Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Ceza Muhakemesi Kanununda mahkemeler, başvuru yolları, mercileri ve süreleri kararda göstermekle yükümlü tutulmuştur.³⁵ Yani yasama organı 40/2'nin yürürlüğe girmesinden sonra çıkan yargılama usulüne ilişkin iki kanunda Anayasanın emredici hükmünü uygulamıştır.

Ancak, yasama organının 40/2'nin yürürlüğe girmesinden sonra çıkardığı bir kanunu inceleyen Anayasa Mahkemesi kararında; “*Özel kanunlarda aksi yönde bir kural bulunmaması halinde idari yaptırımlara karşı ilgililerin belirtilen düzenlemeler uyarınca idari yargı yoluna başvurabilecekleri kuşkusuzdur. Bu bağlamda, 5225 sayılı Kanun'da iptali istenen kurallar yönünden başvurulacak kanun yolu ve süresinin özel olarak öngörülmemiş olması, Anayasa'nın 40. maddesine aykırılık oluşturmaz. Kaldı ki, 40. maddenin ikinci fıkrasıyla Devlet'e verilen görev, somut olaylarda ilgili kişiler hakkında tesis edilen işlemlere karşı başvurulacak kanun yolları ve merciler ile sürelerin belirtilmesi zorunluluğu olup, bu hususlara ilişkin olarak her yasada özel bir düzenleme yapma yükümlülüğü içermektedir.*” gerekçesiyle söz konusu maddeyi Anayasaya aykırı görmemiştir.³⁶ Anayasa Mahkemesi, kanunda yapılan bir düzenleme ile uygulanacak bir yaptırım için kanun yolu ve başvuru süresini gösterme zorunluluğu aramamıştır. Elbette bunlarla ilgili bir başvuru veya dava açma süresi söz konusudur. Ancak yukarıda yer alan kararda da belirtildiği üzere bu yaptırımları uygulayacak idare işlem tesis ederken, 40/2. maddede yer alan başvuru süresi ile merciyi gösterecektir. Her kanuna bu konuda bir hüküm yazılması, çok sayıda işleme ilişkin hüküm içeren kanunlarda her işlem için ayrı olarak yasama organına düzenleme yapma sorumluluğu yüklemek olacaktır. Bugün kanun koyucunun tüm kanunların sonuna bir yürürlük bir de yürütme maddesi koyduğunu görmekteyiz. İki madde her kanun için zorunlu görülmektedir. Çünkü kanunun ne zaman yürürlüğe gireceği ve kim tarafından yürütüleceğinin düzenlenmesi gerekmektedir. 40/2. maddenin Anayasal zorunluluk olduğu da gözetildiğinde her işleme karşı 40/2'yi uygulamak kanun tekniği bakımından zor olabilir. Ancak zorunlu olarak eklenen iki maddeye ek olarak üçüncü bir madde ilave edilerek işlemlerde genel olarak idarelere başvuru süresi ile başvuru yapılacak merciyi gösterme yükümlülüğü getirilebilir.

Anayasa Mahkemesi başka bir kararında, maddede yer alan “*Gıda maddeleri ve gıda ile temas eden madde ve malzemeleri üreten, ithal ve ihraç eden ve satan işyeri yetkilileri, kontrol ve denetim sonuçları hakkında, ilgili mercilere itiraz edebilir.*” hükmü ile ikinci fıkrada yer alan “*İtiraz hakkına*

35 ATAY ŞANLI, s.302.

36 AYM, 8.12.2004 tarih ve E. 2004/84, K. 2004/124 sayılı kararı, R.G.S. 26011, 02.12.2005.



ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.” düzenlemesini incelemiştir. Yüksek Mahkeme, “ilgili mercilere itiraz edilebileceğine dair bir kural bulunmasa bile Anayasa ve yasalar gereğince ilgililerin kontrol ve denetim sonuçları hakkında yargı yoluna başvurma olanakları vardır. Bu durum karşısında, işyeri yetkililerine tanınan ilgili mercilere itiraz hakkının, yasayla düzenlenmesi ve hatta itiraz hakkı için özel bir düzenleme yapılması da gerekmez. Bu hakka ilişkin esas ve usullerin yönetmelikle belirlenmesi, asli düzenleme yetkisinin devredilmezliği ilkesini ihlâl etmediğinden Anayasa'nın 2. ve 40. maddelerine aykırı değildir.” gerekçesiyle düzenlemeyi Anayasaya aykırı bulmamıştır.³⁷ Ancak, temel hak ve hürriyetlere ilişkin kanunilik ilkesinin geçerli olması nedeniyle, itiraza ilişkin hükümlerin düzenlenmesinin yönetmeliğe bırakılması kanaatimizce uygun olmamıştır. Burada dikkat çeken diğer bir hususta “itiraz hakkı için özel bir düzenleme yapılması da gerekmez.” ifadesidir. Kanaatimizce bu ifadeyle kanun hükümlerinde başvuru yolu öngörülmesi zorunluluğunun aranmayacağı belirtilmektedir. Bu konuda yukarıda yer verilen kısımda belirtildiği üzere, başvuru yapılacak merci ile başvuru süresine ilişkin kanunlarda yer alması zorunlu bir maddeyle bu sorun çözülebilir.

B. Yürütme İşlemleri

Anayasanın 125 inci maddesine göre, idarenin tüm eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. İdari karar ve muamelelere karşı çok sayıda idari ve kazaî başvuru yolları bulunmaktadır.³⁸ Dolayısıyla idarenin, kişilerin hukukunu etkileyen icrai nitelikteki işlemlerinde 40/2. madde hükmünün tartışılması lazım gelir. Elbette idare sadece kişilerin aleyhine olacak şekilde işlemler tesis etmez. Düzenleme tüm idari işlemleri kapsamakta, ancak ilgisine yükümlülük getirmeyen, hak bahşeden olumlu işlemlerde başvuru yapılacak makamın ve başvuru süresinin gösterilmesine gerek bulunmamaktadır.³⁹ Danıştay, 40/2'yi dava açma süresi bağlamında değerlendirmektedir. İdari Usul'de ise başvuru süresi ile başvuru yapılacak merci, işlemin bir unsuru olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle, başvuru süresi ile başvuru yapılacak kanun yolları ile merciin işlemin şekil unsuru olup olmadığı hususu tartışılmalıdır.

1. İdari İşlemin Şekil Unsuru Olarak Başvuru Yolu ile Süresi

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2'nci maddesinde, idarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için dava açılabileceği

37 AYM, 8.12.2004 tarih ve E. 2004/69, K. 2009/6 sayılı karar, R.G.S. 27255, 08.01.2009.

38 ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C:1, 3. Baskı, Akgün Matbaa, İstanbul, 1966, s.104.

39 GÖZLER, s.828.



düzenlenmiştir. Maddeden, idari işlemin beş unsurunun yetki, şekil, sebep, konu ve maksat olduğu anlaşılmaktadır. Bu unsurlardan birisi olan şekil unsurunda sakatlık olması halinde idari işlem iptal edilecektir. Ancak Danıştay kararlarında kabul edilmiş ve doktrinde de benimsenen görüşe göre, şekil unsuru incelenirken ikili bir ayırım yapılmaktadır.⁴⁰ Şekil yönünden eksiklik içeren bir idari işlemdeki aykırılık asli nitelikteyse, işlem idari yargı merciince iptal edilecek, tali bir şekil noksanlığı söz konusuysa eksiklik sonradan tamamlanarak işlem hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.⁴¹

Ülkemizde müstakil bir idari usul kanunu bulunmadığından, idari işlemde yer alması gereken şekil kuralları konusunda tam bir belirlilik bulunmamaktadır. Ancak başvuru yapılacak makam ile başvuru süresi doktrinde idari işlemin şekline ilişkin bir unsur olarak kabul edilmektedir.⁴² Buna bağlı olarak idari işlemde başvuru yolu ile süresine yer verilmemesi işlemi şekil unsuru bakımından sakatlayacağı ileri sürülmektedir. Ancak İdari Usul Kanunu bulunmadığından Danıştay idari eylem ve işlemlerin denetimini yaparken başvuru süresi ile mercinin gösterilmemesini salt şekle aykırılık olarak görmemektedir. Şekil unsuru bakımından hukuka aykırılık halinde idari yargı merci uyuşmazlığın esasına girerek karar vermektedir. Danıştay ise 40/2. maddede yer alan hususları, yargılama usulü bağlamında değerlendirmekte ve dava açma süresi açısından incelenmektedir. Danıştay 13'üncü Dairesi kararlarında, 40/2 konusunda herhangi bir ayırım yapılmamakta, uyuşmazlık hakkında genel veya özel dava açma süresinden hangisi söz konusu olursa olsun idarece, başvuru yapılacak merci ile süresinin gösterilmesi gerektiği aksi halde tarafların sınırsız dava açma hakkına sahip olacağı kabul edilmektedir. Bu kararlardan birisinde; *"40. maddeye eklenen fıkrayla idari işlemlerde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağı ve sürelerinin belirtmesi zorunluluğu getirildiğinden, kişilere bildirilen idari işlemlerde başvuru süresi ve başvuru yerinin de gösterilmesi gerekmektedir. Dava açma süresini başlatacak olan Anayasa'nın amir hükmü gereğince başvuru mercii ve süresini de gösteren yazılı bildirimdir. Bunun dışındaki yazılı bildirimler, Anayasa'nın 40. maddesinin amir hükmüne uygun olmadığından, dava açma süresi işlemeye başlamaz.*

40 GÜNDAY, s.135.

41 BİLGİN Hüseyin, **İdari Davalar ve Çözüm Yolları**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s.79.

42 KARAHANOGULLARI, s.398, ATAY, s.500, aksi yönde görüş için bkz. ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, 2011, Seçkin Yayınevi, s.331. Hatta başvuru süresi ile mercinin gösterilmediği işlemlerin yok hükmünde olduğunu savunanlarda bulunmaktadır. Bilgi için bkz. ATİK ÇOBAN Ayşegül, *"İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi ve İdari Yargıda Dava Açma Süresi Çerçevesinde Danıştay 13. Dairesinin 26.11.2014 Günlü ve E.2014/3745, K.2014/3772 Numaralı Kararının İncelenmesi"*. **5. İdare Hukuku Buluşması "Danıştay Kararları İncelemeleri"**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s.128.



Bu itibarla, Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, başvuru süresi bildirilmeyen işlemlerin ilgisine tebliği dava açma süresini başlatmayacağından, bu tür davalarda dava açma süresinin geçmesinden sonra açılan davaların süre yönünden reddedilmemesi gerekmektedir."⁴³ Danıştay bu kararında açıkça Anayasanın 40/2. maddesinde yer alan hususları şekil unsuru bakımından değerlendirdiğini belirtmemekle birlikte, davanın süresinde açılıp açılmadığına ilişkin bir belirlemede yapmamıştır. Kanaatimizce, bu kararda sadece işlemde idari başvuru yolu ile süresine yer verilip verilmediğini denetlemiştir. Açıkça başvuru süresi ile merciye yer verilmemesinin şekil unsuru olduğu söylenmemiş ancak kararın sonucu bizi 40/2. maddede yer alan unsurların şekil unsuru çerçevesinde değerlendirildiğini söylemektedir. Hak arama özgürlüğü bağlamında takdire şayan bir karar olarak değerlendirilebilirse de, idari istikrar ilkesi ile kamu düzeni gereğince bu karar idarenin uzun müddetler dava tehdidi altında kalmasına neden olabilecektir. Aynı zamanda bu kararla Danıştayın, Anayasa 40/2'yi doğrudan uygulamak suretiyle başvuru yapılacak merci ile süreyi idari işlemin şekil unsuru olarak değerlendirdiğini ve işlemde bu hususlara yer verilmemesini asli şekil noksanlığı olarak gördüğünü söyleyebiliriz. Danıştay ilk derce mahkemesince verilen süre ret kararından sonra bu kararı vermektedir. Yüksek Mahkeme, süresinde açılan bir davada ise, işlemin hukuka uygunluğunu denetlerken başvuru süresi ile merciyi idari işlemin şekil unsuru olarak değerlendirmemektedir. Eğer bu şekilde bir denetim yapsaydı süresinde açılan davada, idari işlemin şekil unsuru bakımından hukuka aykırı olduğuna karar vererek iptal ederdi. Danıştay'ın 40/2 uygulamasında idari işlemin şekil unsuru bakımından bir değerlendirme yaptığına kararlarında rastlamamaktayız.

Danıştay 13'üncü Dairesinin başvuru yolu ile sürenin gösterilmediği uyuşmazlıklarda, ilgili idari işlemin şekil unsuru bakımından sakatlanacağı ve bu nedenle dava açma süresinin sınırsız olarak değerlendirildiği davalardan bir diğerinde, yerel mahkeme süre ret kararında ısrar etmesi üzerine konu İdari Dava Daireleri Kuruluna (İDDK) intikal etmiştir. İDDK, başvuru yolu ve sürenin gösterilmemiş olmasını salt iptal nedeni olarak görmemiş dava açma hakkının sınırsız olmadığını ve kişinin işlemi öğrendiği tarihten itibaren süresinde dava açması gerektiği görüşüyle yerel mahkemenin kararını onamıştır.⁴⁴ Kanımızca kararda İDDK, idari istikrar ilkesi gereğince idari işlemlerin sonsuza kadar dava tehdidi altında kalmaması gerektiği görüşünü benimsediğini düşünmekteyiz. Ancak

43 D. 13. D., 7.3.2019 tarih ve E. 2016/1466, K. 2019/704 sayılı karar, Aynı yönde Danıştay 13 üncü Dairenin çok sayıda kararı bulunmaktadır. Bkz. D.13.D., 31.10.2018 tarih ve E. 2015/2204, K. 2018/3000, D. 13. D., 23.11.2015 tarih ve E.2016/478, K. 2018/2404 sayılı karar.

44 DiDDK., 13.12.2017 tarih ve E. 2015/2783, K. 2017/4274 sayılı karar.

İDDK'nın bu kararlarına karşın, Danıştay 13'üncü Dairesinin görüşünü sürdürdüğü görülmektedir. Yüksek Mahkeme bu kararlarında, başvuru süresi ile başvuru yapılacak mercinin gösterilmesini idari işlemin şekil unsuru olduğunu değerlendirmesi halinde idareler işlem tesis ederken dikkat edecek ve tesis ettiği her işlemde bu hususlara yer vermeye özen gösterecektir. Kanaatimizce bu durum bireyler için hak arama hürriyeti bakımından olumlu bir adım olacak ancak aynı zamanda mahkemelerce verilecek süre ret kararlarının da azalmasını sağlayacaktır.

Başvuru süresinin gösterilmemesi veya yanlış gösterilmesi yanında başvuru yapılacak merciinde doğru gösterilmiş olması hak arama özgürlüğünün sağlanmasıyla birlikte kişilerin hak kaybına uğramasını engelleyecektir. Karmaşık mevzuat karşısında ilgililer, başvuru yapacakları makamı belirlemede yanılabilirler. Danıştay bir kararında, *“dava konusu olayda, tütün fonu ve KDV ile gümrük vergisi gibi farklı mevzuata tabi kamu alacağının idarece aynı işlemle tahakkuk ettirildiği, işlemde, dava konusu tütün fonu ve cezai faizine karşı başvurulacak kanun yolları gösterilmediğinden davacı tarafından itiraz usulü uygulanmak suretiyle 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 242. maddesindeki itiraz yolunun işletildiği, bu haliyle olayda gümrük mevzuatının uygulanmasına ve davacının bu yönde başvurular yapmasına idarenin işlemlerinin neden olduğu; davacının, idarenin yönlendirmesi sonucu gümrük mevzuatındaki itiraz ve başvuru sürecini işlettiği anlaşılmaktadır.*

İdarelerin, tesis edilen işleme karşı ilgililere, hangi kanun yollarına ve mercilere başvuracaklarını ve sürelerini bildirmek zorunda oldukları, olayda ise idarece bu yükümlülüğün gereği gibi yerine getirilmediği ve davacının yanlış yönlendirildiği açıktır.” gerekçesine yer vererek yerel mahkeme kararını bozmuştur.⁴⁵ Danıştay burada ilgilinin idarenin başvuru sürecini ve merciyi göstermemesi nedeniyle yanlış yönlendirildiğini, böylece zorunlu itiraz prosedürüne tabi olmayan bir uyuşmazlıkta itiraz sürecini işlettiğini belirtmiştir. İdare, başvuruya kapalı olan bir işleme karşı başvuru yolu göstererek kişilerin hak kaybına neden olmaktadır. Kararda, dava açma süresi idarenin yanlış yönlendirmesi sonucu kaçırılmıştır. Ancak bu kararda da Danıştay'ın, idari işlemin şekil unsuru bakımından bir değerlendirme yapmadığını, yargılama usulüne ilişkin dava açma süresi bağlamında değerlendirdiğini görmekteyiz. Yüksek Mahkeme, başvuru yolları ile başvuru yapılacak makamın gösterilmemesini sorun etmemekte, bunu idari işlemi hukuka aykırı hale getiren bir unsur olarak görmemektedir.⁴⁶

45 D. 10. D., 27.10.2008 tarih ve E. 2006/7298, K. 2008/7138 sayılı karar.

46 ÇOBAN ATİK, s.125.



İdarenin işlemleri, sadece belirli kişi ya da kişilerin yahut nesnelere hukuki durumunu değiştiren, başka bir hukuki duruma sokan, hukuki durumdan çıkararak birel işlemler değildir. Genel, soyut, objektif ve sürekli uygulanabilir nitelikte düzenleyici idari işlemler de bulunmaktadır.⁴⁷ 40/2, bir ayrıma gitmeden Devletin tüm işlemlerinde başvuru yolu ile sürenin gösterilmesini mecbur kılmıştır. Bu durumda, düzenleyici işlemlerde de 40/2'nin uygulanması söz konusu olmalıdır. Ancak düzenleyici işlemlerde 40/2'nin uygulanması, kural koyma tekniğine ve sanatına aykırı, garip bir uygulama olacaktır.⁴⁸ Danıştay bir kararında, maden arama ruhsatının iptaline ilişkin Maden İşleri Genel Müdürlüğü işlemi ile dayanağı Maden Kanunu Uygulama Yönetmeliği'nin 20'nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan, "*İşletme ruhsat talebi ile ilgili olarak tespit edilen teknik eksikliklerin üç ay içinde tamamlanması talep sahibine tebliğ edilir. Verilen sürede istenilen eksikliklerin tam olarak tamamlanmaması halinde ruhsatın teminatı, talep sahibine ikinci bir bildirim yapılmadan iki katına çıkarılır ve süre üç ay daha uzatılır. Bu sürede de eksikliklerini tamamlamayanların talepleri reddedilerek mevcut teminatı irat kaydedilir.*" hükmünün ikinci cümlesinde geçen "*talep sahibine ikinci bir bildirim yapılmadan*" ibaresinin iptali istemiyle açılan davada; "*hukuki güvenlik*" ilkesinin ve Anayasa'nın yukarıda aktarılan 40. maddesinin ikinci fıkrası hükmünün gereği olarak, tespit edilen yeni eksikliklerin ve ikinci bir süre verildiğinin davacıya bildirilmesi gerektiğinden, "*Maden Kanunu Uygulama Yönetmeliği'nin 20. maddesinin 1. fıkrasının 2. tümcesinde geçen "talep sahibine ikinci bir bildirim yapılmadan" ibaresinde ve bu düzenleme uyarınca davacı hakkında tesis edilen birel işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir.*" gerekçesine yer verilerek düzenlemeye dayanak olarak tesis edilen birel işlemde, teminatın iki katına çıkarılacağına 40/2. madde gereğince belirtilmesi gerektiği söylenmiştir.⁴⁹ Kanaatimizce yönetmelik hükmünde birel işlemlerle ilgili de olsa kişilerin hukukunu doğrudan etkileyen hususlara yer verilmesi zorunluluğu aranması 40/2. maddenin düzenleyici işlemlerde de uygulanabileceğini göstermektedir. Yönetmelik gibi idarenin düzenleyici işlemlerinde de kanunlar gibi bir yürütme birde yürürlük maddesi yer almaktadır. Kanunlarla ilgili yukarıda yapılan açıklamalar yönetmelikler için de uygulanabilir. Üçüncü ve zorunlu bir madde ihdası ile 40/2. maddenin uygulanması sağlanabilir.

47 YILDIRIM Turan, YASİN Melikşah, KAMAN Nur, ÖZDEMİR H. Eyüp, ÜSTÜN Gül, TEKİNSOY Okay, *İdare Hukuku*, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.407

48 GÖZLER, s.838.

49 DİDDK, 1.12.2014 tarih ve E. 2011/2203, K. 2014/4592 sayılı karar.

2. Anayasa Madde 40/2'nin İ.Y.U.K. Madde 10 ve 11 Kapsamında Değerlendirilmesi

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 10 uncu maddesine⁵⁰ göre, ilgili kişi hakkında, önceden yapılmış olan başvuru ile oluşturulmak istenen eylem veya işlemle aynı nitelikte bir eylem ve işlem olmamalıdır.⁵¹ 40/2 ile söz konusu hüküm bir arada değerlendirildiğinde, başvuru yapılacak merci ile başvuru süresini göstermekle yükümlü olan idarenin sükutu düşünülemez. Ancak 10 uncu madde idarenin sükutunu yani zımni reddi düzenlemektedir. Ortada böyle bir hüküm varken ve hali hazırda yürürlükteyken; öte yandan uygulamada idarenin kişilerin başvuruları karşısında suskun kalabildiği durumlarla karşılaşıldığından, 40/2'nin zımni ret durumunda uygulamasının nasıl olacağına ortaya konması gerekir. Danıştay bir kararında; *"Olayda, mahkemece verilen merciine tevdi kararı sonrasında idarenin cevap vermemesi sonucu oluşan ve dava konusu edilen zımnen ret işleminde, ortada yazılı bir işlem bulunmadığı, dolayısıyla, bu işleme karşı başvurulacak yargı mercii veya idari makam ile başvuru süresinin gösterilmediği açık olduğundan, Anayasanın 40'inci maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin gerekçede belirtildiği gibi son derece karışık olan mevzuat karşısında bireylerin yargı yeri ve idari makamlar önünde haklarını sonuna kadar arayabilmelerini olanaklı kılmak amacıyla öngörülen zorunluluğa aykırı ve dolayısıyla, Anayasanın 36'ncı maddesinde öngörülen hak arama hürriyetini sınırlayıcı sonuç doğuran zımnen ret işleminin, dava açma süresini başlatan yazılı bildirim olarak kabul edilmesi mümkün bulunmadığından, davanın süresinde açılmadığından söz edilemez."*⁵² gerekçesiyle idarenin başvuru karşısında susması zımni ret işleminin oluşması durumunda da 40/2'nin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Zımni ret durumunda ortada idarece tesis edilen bir işlem bulunmamaktadır. Dolayısıyla idarenin başvuru yapılacak merci ile süresini göstermesi gibi bir durum da söz konusu olamaz.⁵³ Kanaatimizce, Danıştay'ın kararı 40/2. maddenin uygulanması bağlamında doğru bir karar ancak 40/2'nin idari işlemin zorunlu unsuru olarak kabul edilmesiyle birlikte zımni ret kurumunun ortadan kalkması gerekmektedir. Çünkü idarelerin kişilerin başvurusu karşısında 40/2. maddede yer alan hususlara işlemin şekil unsuru olarak yer vererek işlem tesis etmesi gerekmektedir.

2577 sayılı Kanunun 11 inci maddesinde ise; dava açmadan önce, işlemi yapan merciin üstü olan idari mercie, üstü makam yoksa işlemi yapan mercie başvurulmasının işlemeye başlamış olan dava açma süresini

50 Ayrıntılı bilgi için bkz. 2577 sayılı Kanunun 10. maddesi.

51 KAPLAN, s.191.

52 D. 7. D., 24.12.2018 tarih ve E. 2016/9084, K. 2018/6223 sayılı karar.

53 ÇOBAN ATİK, s.124.



durduracağı düzenlenmiştir.⁵⁴ 40/2. maddenin uygulaması bağlamında değerlendirildiğinde kanaatimizce, üst makamın üst makam yoksa işlemi yapan makamın neresi olduğunun işlemde gösterilmesi gerekmektedir. Bu gösterilmediğinde kişi nereye başvuru yapacağını bilemez farklı bir makama başvuru yaptığında hak kaybına uğrayabilir.

İvedi yargılama usulüne tabi davalar, özel dava açma sürelerinin geçerli olduğu önemli davalardır. Bu husus, 2577 sayılı Kanununun 20/A ve 20/B maddelerinde düzenlenmiştir. Anılan maddelerde, genel dava açma süresinden farklı çok kısa süreler öngörülmüştür.⁵⁵ Bu nedenle, maddelerde düzenlenen uyuşmazlıklarda başvuru süresi ile başvuru yapılacak mercie yer verilmelidir. Örneğin, 20/A ve 20/B maddelerinde 2577 sayılı Kanununun 11 inci maddesinin uygulamasının olmayacağı öngörülmüştür. Bu nedenle üst makama başvuru yapan kişilerin hak kaybının önlenmesi sağlanarak hak arama özgürlüğü garanti altına alınmalıdır. Bu maddeye göre tesis edilen işlemlerde 11 inci madde yolunun kapalı olduğu açıkça belirtilmelidir. Bu uyuşmazlıkta, ilk derece mahkemesince; *"Anayasa'nın 40. maddesi uyarınca devlete, tesis edilen idari işlemlerde kanun yolları, başvuru süresi ve başvurulacak mercie ilişkin hususları belirtme yükümlülüğü getirildiği, bu nedenle bilhassa özel Kanun hükümleriyle başvuru yolları, süresi ve mercii daraltılan işlemlerde bir hak kaybı doğmaması açısından idari işlemin tarafı olan kişiler lehine yorum yapılabilmesi ve bu sakıncadan bireyleri koruma amacıyla bu hükmün düzenlendiği ve Anayasa gerekçesinde yer alan amaca uygun düşeceği göz önünde bulundurulduğunda, davaya konu kurul kararında Anayasa hükmü uyarınca bir belirleme yapılmaması nedeniyle davacıya yüklenebilecek bir kusur bulunmadığından, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulu Kanunu'nun 20/B maddesinde; dava açma süresi 10 gün olarak öngören ve söz konusu idari işlemle ilgili dava açılmadan önce işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem tesis edilmesi talebiyle üst makama yapılabilecek başvuru usulünü düzenleyen 11. maddenin uygulanmayacağını belirten özel düzenlemenin uygulanamayacağı ve dava sürelerinin 7. maddede yer alan 60 günlük genel dava açma süresinin esas alınması ve 11. madde uyarınca üst makama bahsi geçen taleplerle başvurulabileceğinin kabulü gerektiği sonucuna varıldığından"* gerekçesiyle dava açma süresi 60 gün olarak uygulanmış ve 11 inci maddenin uygulamasının olamayacağını işlemde gösterilmemiş olması nedeniyle Danıştay ilk derece mahkemesinin bu kararını onamıştır.⁵⁶ Danıştay bu kararında, ivedi yargılama usulünün uygulandığı davalarda merci ile başvuru süresinin işlemde belirtilmesini aramaktadır. Yüksek Mahkeme şekil unsuru bağlamında değerlendirme yapmamakta yargılama usulüne dair bir inceleme yaparak davanın süresinde açılıp açılmadığını

54 ÇAĞLAYAN, s.204.

55 Bilgi için bkz. 2577 sayılı Kanununun 20/A ve 20/B maddesi.

56 D. 12. D., 25.06.2015 tarih ve E. 2015/2441, K. 2015/4304 sayılı karar.

incelemektedir. Kanaatimizce, işlemde 2577 sayılı Kanunun 11 inci maddesi kapsamında başvuruya kapalı olup olmadığına yer verilmesi gerekmektedir. Aksi halde başvuru yolu kapalı olan bir işleme başvuru yapılarak hak kaybına neden olunabilir. Bu nedenle, idari işlemlerde bu hususlarda şekil unsuru bağlamında değerlendirilmelidir.

Diğer taraftan, süresinde Türkiye gümrük bölgesinden çıkış yapılmadığı gerekçesiyle verilen idari para cezasına karşı açılan davanın süre aşımından reddedilmesi nedeniyle ilgilinin mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuru yolunun kullanılması üzerine, Anayasa Mahkemesince başvuru, Anayasanın 36'ncı maddesinde yer alan hak arama özgürlüğü ile AİHS'in 6'ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı çerçevesinde incelenmiştir. Kararda; “İdari işlemlerin sürekli bir biçimde dava açılma tehdidi altında kalmasını engellemek, kamu hizmetinin hızlı, düzenli ve etkin biçimde yürütülmesini sağlamak düşüncesi ile idari davaların açılması kanunlarla belli sürelerle bağlanmıştır. Ancak dava açma süresinin başlangıcı, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolunun bulunup bulunmadığı, başvurulacak merci gibi konularda mevzuatta dağınık bir şekilde bulunan hükümlerin özellikle yabancı uyruklu kişilerce bilinebilmesi, süresi içinde ve doğru mercie dava açılması çoğu zaman mümkün olmamaktadır.

Dava açma sürelerini düzenleyen, son derece karışık ve dağınık olan bir mevzuatın aşırı şekilci (katı) yorumu, mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir. Özellikle başvuru mercii ve süresi gösterilmeyen işlemlerle ilgili davalarda mahkemelerin usul kurallarını yorumlarken mahkemeye erişim hakkının özünü zedeleyecek şekilde katı yorumdan kaçınmaları gerekir.

Kaldı ki Anayasa'nın 40. maddesine “Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır. “ ilave edilen hükümlerle, somut olaylarda ilgili kişiler hakkında tesis edilen işlemlere karşı başvurulacak kanun yolları ve merciler ile sürelerin belirtilmesi zorunluluğu vardır ve bu hususlara ilişkin olarak her kanunda özel bir düzenleme yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır.” gerekçesine yer verilmiştir.⁵⁷ Yüksek Mahkeme, mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirme yapmıştır. Her uyuşmazlığın dayanağı kanunda başvuru yolu ile süresinin gösterilmesi zorunluluğu aranmamış, ancak idari işlemlerde bu zorunluluk haklı olarak vurgulanmıştır. AİHM de benzer şekilde, karmaşık mevzuat nedeniyle dava açma süresinin zorluğuna atf yaparak AİHS'in 6'ncı maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. (De Geouffre de la Pradelle v. France)⁵⁸

57 AYM, 23.2.2016, Başvuru No: 2013/8896, R.G.S. 29663, 24.3.2016.

58 İNCEOĞLU Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s.220.



Danıştay kararlarında görüleceği üzere, başvuru yapılacak merci ile başvuru süresinin idari işlemde gösterilmemesi hali, söz konusu kararlarda açıkça belirtilmese de işlemi şekil unsuru bakımından sakatlamaktadır. Ancak Danıştay, söz konusu hususları işlemin şekil unsuru bakımından değerlendirmekten ziyade, davaların süreden reddedilmesi halinde başvuru süresi ile mercie yer verilip verilmediğini araştırmaktadır. Böylece, doğrudan şekil unsuru bakımından hukuka aykırılık görmemekte işin esasına girmeden usule ilişkin hükümleri uygulayarak ilk derece yargı mercilerince verilen süre ret kararlarını bozmaktadır. Süre ret kararının bozulmasından sonra idari işlem yargı mercilerince denetlenirken, usule aykırılık ortadan kalktığından esas bakımından denetim yapılmaktadır. Bu kapsamda yapılan denetimde, işlemde başvuru süresine ve mercie yer verilmediği gerekçesiyle şekil unsuru bakımından hukuka aykırılık görülerek işlemin iptali yoluna gidilmemekte, Anayasanın amir hükmü ihmal edilerek işlemin diğer unsurları bakımından bir değerlendirme yapılmak suretiyle dava sonuçlandırılmaktadır. Bu durum, Anayasa 40/2'nin getiriliş amacıyla bağdaşmamaktadır. Çünkü idareler işlem tesisinde bu durumun şekil unsuru olarak kabul edilmemesi nedeniyle ihmal etmeye devam etmektedir. Halbuki idari işlemlerin hukuki denetimi yapılırken usulden ziyade esas bakımından şekil unsuru bağlamında iptal kararı verilse, idareler de buna uymak zorunda kalacak ve işlem tesis ederken 40/2. maddeyi uygulayacaktır.

C. Yargı İşlemleri

Anayasanın 9 uncu maddesinde yer alan, “*Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.*” düzenlemesiyle yargılama yapacak mercilerin mahkemeler olduğu belirlenmiştir. Mahkemelerin yargı yetkisi dışında herhangi bir işlem yapamayacağına dair bir düzenleme Türk Hukukunda yer almamaktadır. Devletin işlemleri organik kıstas bakımından değerlendirildiğinde idari işlemi yalnızca idarenin tesis edebileceğini söyleyebiliriz. Ancak, maddi açıdan yani işlemin içeriği itibarıyla değerlendirildiğinde yargı tarafından alınan bir karar da olsa muhtevası itibarıyla idari işlem olarak değerlendirme yapılabilir.⁵⁹ Örneğin, yargı mercilerince tesis edilse de yargı mercilerinde görev yapan personelin izin, disiplin, atama gibi işlemleri yargı mensuplarınca tesis edilse de maddi kriter bağlamında değerlendirildiğinde idari işlem olduğunu söyleyebiliriz. Mahkeme veya hâkimlerin, maddi kritere göre idari nitelikteki işlemleri hakkında 40/2. maddenin uygulanmasında yukarıda yürütme işlemleri bölümünde yaptığımız açıklamalar aynı şekilde geçerlidir.

59 GÖZLER, s.626.



Bir olgunun, kanuna ve hukuka göre değerlendirilmesi ve sonrasında bir karara varılması şeklinde iki unsurun bir araya gelmesiyle yargısal işlemler oluşur.⁶⁰ Yargısal işlemlerde 40/2'nin uygulanması idari işlemlere göre farklılık oluşturmaktadır. 40/2. madde yukarıda bahsedildiği üzere yargı mercilerini de kapsamaktadır. Bu nedenle yargısal işlemler sonucu ortaya çıkan ilam adı verilen mahkeme kararlarında istinaf ve temyiz yolunun açık olmasına göre, kararda başvuru yapılacak üst yargı merci ve başvuru süresinin belirtilmesi gerekmektedir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 359 uncu maddesinde kararda bulunacak hususlarda *"kanun yolu ve süresi"* yer almaktadır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 34'üncü maddesinde, kanun yolu süresi ve merciin gösterilmesi gerekmektedir. İlgili düzenlemelerde, kanun koyucu mahkemeleri, 40/2'yi uygulayarak kararlarında başvuru süresi ile merciin gösterilmesi konusunda yükümlü tutmuştur. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 24'üncü maddesinde kararda bulunacak hususlar içinde başvuru süresi ile mercie yer verilmemesine karşın Danıştay tarafından ilk derece mahkemelerin kararlarında bu hususlara yer verilmesi zorunlu tutulmuştur. Bu konuda verdiği bir kararda; *"Temyize konu temyiz edilmemiş sayılması kararında, temyiz edilmemiş sayılması kararları için 30 günlük genel temyiz süresinden daha kısa olmak üzere 7 gün olarak belirlenen temyiz süresinin belirtilmemesi, Anayasa'nın 40/2. maddesinin amir hükmüne aykırı bulunmakta ve temyiz süresinin 30 günlük genel temyiz süresi olarak kabul edilmesini gerekli kılmaktadır."* gerekçesiyle genel temyiz süresinin 30 günlük süreden daha kısa olduğu durumlarda bunun gösterilmemesi halinde ilgilinin hak arama özgürlüğünün engellendiği kabul edilerek genel temyiz süresinin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir.⁶¹ Burada Yüksek Mahkeme, ilk derece mahkemesinin kararını ilamda başvuru süresine yer verilmediği gerekçesiyle bozmaktadır ancak ilgilinin temyiz süresini kaçırdığı için bozmaktadır. Yoksa kararda başvuru süresi şekil unsuru bağlamında görülmemektedir. İlgili temyiz süresine kararda yer verilme ve süresinde temyize gelse bu durum göz ardı edilerek mahkeme kararının diğer hususlar yönünden temyiz incelemesi yapılarak karara bağlanacağını söyleyebiliriz. Ancak mahkemeler zaten 40/2. maddedeki hususları göstermede kanun ile yükümlü tutulmuşlardır. Bu hususları kararlarında göstermeleri konusunda kanuni yükümlülükleri bulunmaktadır. Buna bağlı olarak Yüksek Mahkemece 40/2'de yer alan hususlara yer verilmemesi bir bozma nedeni olarak görülme de kararı yazan mahkemenin disiplin veya terfi sorunu gündeme gelebilecektir.

60 ERKUT, s.78.

61 DİDDK, 7.5.2014 tarih ve E. 2014/1116, K. 2014/2001 sayılı karar.



Adli yargıda da Anayasa 40/2. maddenin uygulamasına sıkça rastlamaktayız. Yargıtay bir kararında; “Her ne kadar kanun yolu ve süresi, ilgili kanun maddelerinde açıkça belirtilmiş ise de, Anayasa Mahkemesinin yukarıda açıklanan kararları ile Anayasa'nın 40/2. maddesi ve 6100 sayılı Kanun'un 297. maddesinin “ç.” bendi gereğince yargı organlarının yanlış yönlendirmesi sonucunda ilgililerin hak kaybına uğramayacaklarının kabul edilmesi gerekir.

Yukarıda açıklanan mevzuat hükümleri ve Anayasa Mahkemesi'nin kararları ışığında Mahkemenin kanun yolunu ve süresini taraflara doğru gösterme yükümlülüğü göz önüne alındığında, kararda belirtilen 15 günlük süre içinde yapılan istinaf başvurusunun süresinde yapıldığı kabul edilerek Bölge Adliye Mahkemesi tarafından işin esasının incelenmesi gerekirken, yazılı şekilde adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından olan mahkemeye erişim hakkının ihlali sonucunu doğuracak şekilde katı yorumla, süresinde yapılmadığından bahisle başvurunun usulden reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.” gerekçesiyle yerel mahkemenin istinaf yoluna başvuru süresini kararında belirtmemesi sebebiyle 15 günlük süre geçirilse dahi istinaf başvurusu, süresinde kabul edilerek işin esasının incelenmesine karar vermiştir.⁶² Yüksek Mahkeme, başvuru süresini ilamda bulunması gereken bir unsur olarak değerlendirmiştir. Süreye yer verilmemesinin karşılığı olarak da, ilgili kişinin istinaf yoluna süresiz başvuru yapabilme hakkının bulunması olarak kabul edilmektedir. Kararın hak arama özgürlüğü bağlamında bireyleri koruyucu yönü ağır basmaktadır. Ancak sınırsız bir süre tanınması da mahkeme kararının kesinleşmesiyle ortaya çıkan kesin hükmün etkisini zayıflatmaktadır. Çünkü, bu durum kesinleştirilen bir karara karşı uzun bir zaman sonra kanun yoluna başvuru hakkı tanımak anlamına gelecektir.

SONUÇ

İdareler, kişilerin hukukunu doğrudan etkileyen işlemler tesis ederler. Bu işlemler, kişiler için yararlandırıcı nitelikteyse çoğunlukla o kişi tarafından dava konusu edilmezler. İdareler bunlar dışında çok sayıda yükümlendirici işlemler de tesis eder ve bu işlemler ilgililerin dava açmasıyla idari yargı mercilerinin önüne gelir. İlgililer bu işlemlere karşı işlemin gözden geçirilmesi için idareye yeniden başvururken ya da yargı mercilerine giderken, başvuru süreleri ve başvuru mercilerinin karmaşıklığı karşısında zorlanırlar. Buna bağlı olarak hak kaybı gerçekleşebilir.

62 Y. 8. H.D., 09.05.2019 tarih ve E. 2017/10911, K. 2019/48041 sayılı karar.

Kişilerin bu karmaşık ve dağınık mevzuat sistemi içinde, çok çeşitli sürelerin ve başvuru makamlarının yer alması nedeniyle hak arama özgürlüğünün güvence altına alınması ve başvuru şansının kaçırılmasının önlenmesi amacıyla 2001 yılında en üst norm olan Anayasanın 40'ıncı maddesinin ikinci fıkrasına yeni bir hüküm ihdas edilmiştir. Bu hükümle birlikte, Devlet organlarına bir yükümlülük yüklenmiş, başvuru süresi ile başvuru yapılacak mercilerin gösterilmesi emredilmiştir. Anayasal hükmün uygulanmasını göstermek üzere kanunda düzenleme yapılmamıştır. İdari Usul Kanun çalışmalarının tamamlanmasıyla 40/2. maddenin tam anlamıyla uygulanması sağlanacaktır.

Ancak bu kanuni düzenlemelerin yapılmamış olması ilgili hükmün uygulanmayacağı anlamına gelmez. Normlar hiyerarşisinde, en üstte bulunan Anayasada düzenlenmiş açık bir hükmün doğrudan uygulanabilmesinin kabulü gerekmektedir. Danıştay kararlarında, 40/2'nin doğrudan uygulandığını görmekteyiz. Danıştay 13'üncü Dairesi başvuru süresi ile başvuru yapılacak merci veya kanun yolunun gösterilmemiş olması halinde sınırsız bir dava açma hakkı tanımaktadır. Bu durum kişiler için hak arama hürriyeti bağlamında olumlu olsa da idari istikrarın sağlanması bağlamında önemli bir konudur. İDDK 40/2'yi kabul etmekte ancak bunu sınırsız görmemektedir. Bu konuda 13'üncü Daire ile İDDK kararları arasında, bir denge kurulması ve İdari Usul Kanunu çıkarılmaya kadar sınırsız bir dava açma süresi tanınması yerine özel dava açma süresinin öngörülmesi halinde genel dava açma süresi olan 60 günlük süre uygulanması esası kabul edilmelidir. Bunun yanında 13. Daire kararı, hak arama özgürlüğü bağlamında bireyler için sınırsız bir koruma getirmekle birlikte, idari istikrar ve idarenin sürekli dava tehdidi altında kalması bakımından ise kamu düzenini bozucu etkisi gündeme gelecektir. Bu nedenle, idarenin işlevini yerine getirebilmesi kamu hizmetlerini zamanında ve tam olarak yerine getirebilmesi için sınırsız bir dava açma hakkının tanınması yerinde değildir.

40/2. maddenin uygulaması, Yüksek Mahkeme kararlarının tümünde usule ilişkindir. İdari işlemin şekil unsuru bakımında bir değerlendirme yapılmadığı görülmektedir. İlgili, dava açma süresini kaçırmışsa ve mahkemece süre ret kararı verilmişse o zaman süre ret kararı bozulmakta ve ilk derece mahkemesinin esasa girmesi sağlanmaktadır. Esas bakımından değerlendirmede ilk derece mahkemesi Anayasa 40/2. maddede yer alan hususları işlemde şekil unsuru bakımından değerlendirmemektedir. Bu durum bize Anayasanın 40/2. maddesiyle getirilen sorumluluğun bertaraf edildiğini, görmezden geldiğini göstermektedir. İdari Usul Kanunu bu konuda idareyi bağlayacağından idare uygulamazsa



idari yargı mercilerince gözetilecektir denilebilir. Ancak illa böyle bir kanunun çıkarılmasının beklenmesi Anayasa hükmünü işlevsiz hale getirmek olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. İdari yargı mercileri 40/2'nin uygulamasında şekil unsuru bakımından hukuka aykırı görse ve iptal etse idareler sonrasında tesis edecekleri işlemlerde azami gayret göstereceklerdir. İptal kararı ile karşılaşmamak için işlemlerde 40/2. maddede yer alan hususlara yer vereceklerdir.

Son olarak idareler arasında bir birlik sağlanması böylece, 40/2'nin uygulanmasında standardın oluşması, ayrıca Devlet içinde yer alan tüm erklerin aynı şekil ve usulde 40/2. maddeyi uygulaması gerekmektedir.

KAYNAKLAR

AKBULUT Emre, “İdari İşlemlerde Kanun Yolu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 81, 1-21, 2009.

AKYILMAZ Bahtiyar, “İkibinli Yıllarda Türkiye’de İdari Usul: Yoksa Var mı?”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu**, 201-232, 2016.

AKYILMAZ Bahtiyar, “İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, VII, 148-162, 2003.

AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku** 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.

Anayasa Mahkemesi, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)**, Ankara, 2019.

ATAY Ender E., **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, 5. Baskı, Ankara, 2016.

ATAY ŞANLI Yeliz, “İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 96, 293-318, 2011.

ATİK ÇOBAN Ayşegül, “İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi ve İdari Yargıda Dava Açma Süresi Çerçevesinde Danıştay 13. Dairesinin 26.11.2014 Günlü ve E.2014/3745, K.2014/3772 Numaralı Kararının İncelenmesi. 5. İdare Hukuku Buluşması” **Danıştay Kararları İncelemeleri**, , Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.

BİLGİN Hüseyin, **İdari Davalar ve Çözüm Yolları**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.

CANDAN Turgut, **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011.

DURAN Lütfi, “İdari Müraaatlar ve Bunların Karşısında, İdarenin Sükutu Meselesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C: 12, 1, 1946, s.132.

DURAN Lütfi, “İdari Usul İlkeleri ve Kapsadığı Konular”, **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Sempozyumu**, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998.

ERKUT Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990.



GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku Cilt I**, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009.

GÖZÜBÜYÜK Şeref, **Yönetmelik Yargı**, 14. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001.

GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, 6. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002.

İNCEOĞLU Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.

KALABALIK Halil, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, 6. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2013.

KAPLAN Gürsel, **İdari Yargıda Dava Açma Süreleri**, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

KARAHANOĞULLARI Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2011.

MURATOĞLU Tahir, “İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 11. Maddesi Kapsamındaki Başvurularda Başvuru Gününün Dava Açma Süresinin Hesabında Dikkate Alınıp Alınmayacağı Sorunu”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:21, 34, 2016, s.4.

ODYAKMAZ Zehra, “Hazırlanmakta Olan İdari Usul Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:1, 2, 1-21, 1998.

ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C:1, 3. Baskı, Akgün Matbaa, İstanbul, 1966.

ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

ÖZKAN Gürsel, “İdari Usul Kanununda Düzenlenmesi Gereken İdari Usul İlkeleri”, **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Sempozyumu**, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998.

SEZER Yasin, BİLGİN Hüseyin, “Danıştay Kararlarında İdari Başvurular”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:57, 4, 337-366, Ankara, 2008.

TANÖR Bülent, YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 10. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2011.

YILDIRIM Turan, YASİN Melikşah, KAMAN Nur, ÖZDEMİR H. Eyüp, ÜSTÜN Gül, TEKİNSOY Okay, **İdare Hukuku**, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Yayımlanmamış Muhtelif Danıştay Kararları