

ONAR-SARICA-DURAN HUKUK DEVLETİ GÜNÜ

5 Mart 2012

Aydın Gülan: Hoş geldiniz.

Hukuk Devleti Günü dolayısıyla bugünü ihdas eden, hararetle takip eden hocamız da burada o da konuşma lütfedecekler.

Çeşitli programlar yapmaya çalışıyoruz, bu programlar vesilesi ile hem çeşitli mesleğin çeşitli kesiminde olanların bir araya gelmesi, birbirlerini dinlemesi bakımından bir fayda ümit ediyoruz. Hem de bu konuda bilimsel toplantılar yapıldıkça bir katkı olacağını düşünüyoruz ve burada konuşan saygıdeğer hocalarımızın konuşmalarını daha sonra basıp yazılı olarak değerlendirmelerinize sunacağız. Hatta başarabilirsek bir sonraki seneye konuşmaları önceden basılmış bir biçimde dağıtmaya çalışacağız. Tekrar teşekkür ediyoruz, Dekan Bey Ankara'da olmak zorunda olduğu için konuşma yapamayacak, saygıdeğer hocamız İl Han Özay'a öncelikle bugün vesilesiyle konuşmalarını yapmak için davet ediyorum daha sonra da Bölge İdare Mahkemesi Sayın Başkanı başkanlığında bilimsel tebliğler değerlendirmelerinize sunulacak.

İl Han Özay:

Efendim bütün katıldığım toplantılarda “büyüklerimi saygı küçüklerimi sevgi ile selamlıyorum” diye başlıyorum. Sizin nasıl yetiştiğinizi bilmiyorum da biz Türküm Doğruyum Çalışkanım marşıyla büyüdük. Onda öyle diyor zaten, neyse bu arada elimde bir şemsiye var baston yerine geçen şemsiye, Malta'da bir toplantıya katılmıştım orada düştüm, parmağım o kazada sakat kaldı, otele tehditler savurdum sizi dava edeceğim bilmem ne diye korkudan bana bu şemsiyeyi armağan ettiler bende onu baston yerine kullanıyorum, o bakımdan elimde. Şimdi geçen Hukuk Devleti Günlerinden gazetelere yansımış olan iki yazıyı sizlerle paylaşacağım. Elimizde olanlar. Bunlardan Türkiye'de Hukuk Devleti Günü hiç oldu mu? nun komik bir hikâyesi var. İtalyan Kültür Merkezi'nden bir dostum bana telefon etti. Yazını okudum dedi Radikal ekinde yayınlanmıştı çünkü. Çok beğendim fakat yazının başlığı ile içeriği arasında hiçbir ilgi göremedim dedi. Doğrudur bütünü okusanız Türkiye'de Hukuk Devleti Günü hiç oldu mu? nun açıklaması yok orada, ama hiç olmazsa işte ikinci yazıdaki Sayıştay Üyesi ve Daire Başkanı Sayın Tülay Demirkan'ın yazısı o da Cumhuriyet'ten alınma,

1868 de Divan-ı Ahkam-ı Adliye'nin ikiye ayrılması ve birinin Yargıtay diğzerinin de şimdiki Danıştay olarak göreve başlamalarını anlatıyor.

Sıddık Sami Onar hocamız Türkiye'de idari rejimin temelinin atılması olarak nitelemiştir 1868'in 5 Mart gününü. 5 Mart günü Yargıtay tarafından kuruluş yıldönümü olarak kutlanıyor. Ama Danıştay kuruluş günü olarak 10 Mayıs'ı kabul etmiş. 10 Mayıs Sultan Abdülaziz'in yanmış bulunan Şura-yı Devlet binasının yenisinin açılışına gitme töreninin tarihi.

Halbuki 10 Mayıs'tan önce kararları var biz onları yayınladık Ahmet Akgündüz isimli bir tarihçinin izinden giderek. O tarihçi de şimdi Hollanda'ya mı gitmiş Almanya'da mı bulunuyormuş vs. artık Türkiye'de değil. Bu Danıştay yanlış olarak 10 Mayıs'ı kutladığına göre biz de 5 Mart'ı burada kutlayalım fikri Yıldızhan Yayla tarafından ortaya atılmıştı. Ben de Enstitü Müdürü olarak o zaman Yıldızhan Yayla'nın bu fikrini benimsedim ve 5 Mart'a bir isim bulmak gerekince de Hukuk Devleti Günü ismini verdik. Bizim sevgili arkadaşlarımızdan biri ki burada yok, bir doktora tezinde şeyi eleştirmişti. Şeyi eleştirmişti tez yazanı. Niye çoğulu kullanıyorsun? Ben de müdahale ettim. Çoğul bir tevezu alçak gönüllülük ifadesi olarak kullanılır Türkçede. Yani anonimleştirir verdik ettik yaptık vs. diye.

O ise bunun farkında değildi, halbuki benim diplomamda biz Roma Üniversitesi Rektörü İl Han Özay'ı doktor yaptık vesaire diye Latince anlamında çoğul kullanır bir de çoğul kullanılan başka şık vardır ABA, bunlar tabi alçak gönüllükten dolayı çoğul kullanıyor değil, o şeyin de işte (mais tartis) çoğulu diyebilir Latince. Son olarak bir şeyle bitireceğim. O da aramızda olabilir ama ismini vermeyeceğim onun, bir insan için en acı şey babasının ölümünü beklemektir demişti. Çünkü babası çok zengindi, çocuklarını da o zenginlikten fazla istifade ettirmiyordu. Ben de şimdi şu sırada haberim oldu. Adem Sözüer'in Ankara'da bulunmasına sevindim. Çünkü programa bakarsanız 10 dakikalık bir şey var. 10 dakika da ne Adem'e yeter ne bana yeterdi onun için bunları dağıttım ettim. Hiç olmazsa bulunsun diye o bakımdan da Malta Oteli'nin armağan ettiği şemsiyeyi kaybeder gibi oldum. 10 sene geçmedi daha aradan yani Malta'lılara söyleyin. Session Oteli diye hiç açmıyorum onu çünkü o zaman otelden alınma olduğu meydana çıkar ama çalıntı değil bana onlar armağan etti bunu, kanıtlayabilirim her zaman. Bu sene yine o Malta'da bir konuşma yapmaya davet ettiler, parlamento davet ediyor fakat bir not düşmüşler: Artık elimizde şemsiye kalmadı. Onu bil ve ona göre söyle diye. Hepinizi tekrar saygıyla selamlıyorum ve Malta yardımıyla şu merdivenlerden ineceğim ama burada düşersem ve bir yerime birşey olursa bu sefer İstanbul Üniversitesi'ni dava etmek gerekecek çünkü burası İdare Mahkemeleri mensupları ve başkanı ile dolu. İstanbul Üniversitesi'ni böyle bir

kazadan dolayı dava edersen o davayı mutlaka kazanırım. Torpil yaparlar çünkü. Teşekkür ederim ve tekrar saygılarımı sunarım.

Aydın Gülan: Sayın Başkan ve Hocalarımızı o zaman konuşmaları için davet ediyorum.

İl Han Özay: Ayağımda da bir şey yok aslında İngiliz asilzadeleri gibi bastonla dolaşmak moda.

Başkan Ali Yaşar Yurdabak: Efendim herkese saygılarımla, bir protokol hatası yapmamak için hazırım diyeceğim, tüm burada bulunan haziruna selam ve saygılarımı sunuyorum. Değerli hocalarıma açılış konuşmalarını yaptıkları için çok teşekkür ediyorum. Bilgilendirmeleri içeren konuşmalar yaptı Sayın İl Han Özay hocamız kurucu müdürümüz sağolsun kendileri, şimdi ben bu güzel konuşmalara teşekkürümü sunduktan sonra yine bu yıl düzenlenen Hukuk Devleti Gününe İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Başkanlığımızı da dahil ettikleri için sayın merkez müdürümüz Profesör Doktor Aydın Gülan hocamıza ayrıca teşekkür etmek istiyorum.

Bu uygulayıcılar olarak ilk yılımız olacak belki ama inşallah ileride daha güzel şeyler hep beraber üretmeye, sunmaya çalışacağız.

Ayrıca Ankara'dan buraya kadar gelen misafirlerimiz var onların da isimlerini zikretmeden kendilerine hoş geldiniz diyorum bizleri onurlandırdılar sağolsunlar.

Evet şimdi hukuk devleti günü kutlama programımıza baktığımız zaman önce Sayın Tekin Akıllıoğlu hocamıza söz vermek istiyorum. Konusu nedir Hukuk Devleti Bağlamında Türkiye'de İdare Hukukunun ortaya çıkışı konusunu bizlere sunacaklar. Şimdiden kendilerine teşekkür ediyorum. Sayın hocam süremiz aşağı yukarı yarım saat 40 dakika kadar, biliyorum siz daha uzun konuşmak istiyorsunuz ama buradaki süremiz yetersiz.

Buyurun.

Tekin Akıllıoğlu:

İDARE HUKUKUNUN ORTAYA ÇIKIŞI KONUSUNDA BİR KARŞILAŞTIRMA...

Sayın Başkan, sayın meslektaşlar burada bulunmaktan hakikatten büyük bir heyecan duyuyorum, çünkü bu okuldan mezun olmuşum ve böyle bir yerde konuşmayı hiçbir zaman düşünmemiştim. O bakımdan bunu sağlayanlara teşekkür ediyorum.

Bir şey daha söylemek istiyorum. Böyle bir konuşma duyurusu benim elime geçseydi, doğrusu konuşmacının ne söyleyeceğini merak ederdim. Yani “*bu konuda acaba ne söylenmemiştir ki, daha başka ne söylenebilir*” diye düşünürdüm. Ama bu defa korktuğum başıma geldi, idare hukukunun ortaya çıkışı gibi söylenmedik şey kalmamış bir konuda konuşacağım.

Toplantının ana düşüncesi olan hukuk devleti ile bu konunun bağlantısını kurmak da ayrı bir sorun. İdare hukukunun ortaya çıktığı sıralarda Fransa’da *yeni bir anlayışa göre devletin yapılandırılması*, Osmanlı Devletinde ise *devletin muhafazasına çalışma* fikri hakimdi. O zaman bugünkü hukuk devleti kavramı görünürlerde bile değildi. Günümüz anlayışına göre ise her devlet, tanımını üzerinde anlaşma olmasa bile, hukuk devleti olduğunu söylüyor, ancak tanım ne olursa olsun idare hukuku ile hukuk devleti arasında bağlantıyı idari yargı kuruyor. *İdari yargının başat özelliği devletin davalı konumunda olmasıdır*. Devletin yargı önünde hesap vermesi hukuk devletinin başarısı, temel özelliği sayılmıştır.

Bu düşünceden hareketle bir örnek vermek gerekirse, 1991’de eski komünist ülkeler özgürlükçü düzene geçtiği zaman Avrupa Konseyi bir siyasi karar aldı, bu ülkelere Venedik Komisyonu aracılığı ile hukuki teknik yardım olarak idari yargıyı önerdi. Anayasa yapımlarında ve idare-anayasa sistemi kurulurken, bu ülkelerin -11 kadar ülkenin- idari yargıyı benimsemeleri önerildi ve bu idari yargı modeli Fransız modeliydi.

Bunu da şöyle açıkladılar; “*hukuk devleti aslında devletin olabildiğince çok yargı denetimi altına sokulmasını iyi sayıyor, bunu hedefliyor, dolayısıyla kamu işlemlerini ve faaliyetlerini yargı yolu ile gözden geçiren en mükemmel sistem, idari yargı sistemidir*”. Diğer sistemler bunu daha az sağlıyor, yani Venedik Komisyonu’nun *motto*’su bu idi, o devletlere bu tavsiye edildi.

Şimdi bu noktada dikkatinizi başlığa çekmek istiyorum. Konuşma konum ekranda görüldüğü gibi *idare hukukunun ortaya çıkışı, nasıl çıktığı meselesi* değil, öyle gibi görünen başka bir mesele: “*idare hukuku kavramı nasıl çıktı ve çıktığı sırada onu nasıl algıladılar*”?

KÜLTÜR TARİHİ YAKLAŞIMI

İDARE TARİHİ – İDARE HUKUKU TARİHİ?→	BİRİNCİSİ İDAREYİ KONU ALIYOR. İKİNCİSİ İDARE HUKUKUNU...FARK?
İDARE TARİHİ GENİŞ KAPSAMLI→	İÇİNDE İDAREYİ İLGİLENDİREN HER ŞEY VAR. ÖĞRETİ TARİHİ DE VAR.
İDARE HUKUKU TARİHİ→	ÖĞRETİ TARİHİDİR...
İDARE HUKUKU TARİHİNE ÖĞRETİ MENSUPLARININ DÜŞÜNCE TARİHİ GÖZÜYLE BAKILABİLİR →KOSKENNİEMİ→ INTELLECTUAL HISTORY OF INT LAW	KAVRAMLARIN ZAMAN İÇİNDE ORTAYA ÇIKIŞLARI, ÇEŞİTLİ DÜŞÜNÜRLERDE VE ÖRTAMLARDA İFADE EDİLİŞ BİÇİMLERİ→ M.FOUCAULT→ L'ARCHÉOLOGIE DU SAVOİR
KONUŞMA KONUM: İDARE HUKUKUNUN ZAMAN İÇİNDE ÜÇ ÜLKEDE NASIL ALGILANDIĞI MESELESİ...	TÜRKİYE'DE İDARE HUKUKU BAŞLANGIÇTAKİ DURUMU: İDARE HUKUKUNU BESLEYEN DÜŞÜNCELER? VE GÜNÜMÜZ.

Bu yaklaşım yeni bir yaklaşım, bu bir kültür tarihçiliği, hukuk alanında da bunu yapanlar var, iki isim verebilirim. Martti Koskenniemi, Finlandiya'lı hukukçu, devletler hukuku öğretilerinde, çeşitli ülkelere mensup öğreti mensuplarının bir takım kavramları nasıl algıladıklarına, daha doğrusu devletler hukukunun kurucu kavramlarını nasıl şekillendirdiklerine ilişkin çalışmaları var¹, halen geniş kapsamlı bir çalışma yürütüyor². Bu, öğretti tarihi dediğimiz şey olabilir veya böyle denebilir buna, bizde idare tarihi var, idare hukuku tarihi yok. İdare hukuku tarihinin ne olduğu meselesine gelince, buradan çeşitli yaklaşımlar, mesela öğretti mensuplarının yaşayış şekilleri, yapıtları ve düşünceleri anlatıla-

¹ George Rodrigo Bandeira Galindo, "Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law", *The European Journal of International Law (EJIL)* (2005), Vol. 16 No. 3, 539–559.

² <http://www.helsinki.fi/intlawhistory/> (24.11.2013):The research project "Intellectual History of International Law: Empire and Religion" is funded by the Academy of Finland through a research grant awarded for Academy Professor Martti Koskenniemi. The first stage of the project runs from 2012 until 2014. A second stage is planned for the years 2015-16.

bilir veya belli kavramların çeşitli öğreti mensupları tarafından nasıl ele alındığı ve bunun tarih içinde nasıl biriktiği ele alınır.

İkinci örnek Michael Foucault Fransız filozof, *Archéologie du Savoir* adlı, bilginin dönüşümü ve yapılanması diyebileceğim bir çalışması var tıp, ekonomi politikası ve biyoloji ile ilgili. Hukukla ilgili olarak *Surveilles et Punir, Naissance de la Prison* (1975) ve *Les anormaux, Cours au Collège France* (1974-1975), hatırlayabildiklerim. Daha birçok düşünür- yazarın da onun gibi yaptığı varsayılabilir. Bu tür çözümlerinin yapılmasında çok büyük yararlar var, benim burada söylediklerimin içerik olarak belki çok fazla bir değeri olmayabilir. Ancak böyle bir düşünceyi ortaya attığım için genç meslektaşlarımın bir gün bu konuda çalışmalar yapacaklarını ümit ettiğim için, kendimi tatmin olmuş hissediyorum ve şu andan itibaren konuşmayı yapmış, bitirmiş olarak mutlu bir şekilde ayrılabilirim. Yani böyle bir fikir var ve bunu önemsemek gerekiyor ve bir gün bunu muhakkak genç arkadaşlarım yapacaklar ve çok iyi yapacaklar, o zaman hukuki düşüncemizin niteliği ve/veya hukuki düşünce yeteneğimiz çok artacak.

Her konuşmanın sonunda faydacı bir yaklaşımla öneriler yapılır. Benim de önerilerim olacak, belki oraya kadar gelemeyeceğim, bunu baştan söyleyeyim. *Danıştay'ımızın bir yorum mahkemesi olarak şekillenmesi, zaten öyle ama belki daha bu söyleyeceğim istikametlerde şekillenmesi, idare hukukunun algılanış biçiminin iyice analiz edilerek kendi işlevini benimsemesi, kanunların yapılışında, uluslararası antlaşmaların uygun bulunmasında, kanunların hazırlanmasında, uluslararası denetim organları kararlarının Türkiye'de, Türk iç hukukunda etkilerinin belirlenmesinde, Danıştay'ımızın oynayabileceği büyük işlevler, üstlenebileceği büyük işlevler vardır, diye düşünüyorum.* Şimdiden konuşmamın sonunu da söyledim ve dolayısıyla bu açıdan konuşmayı yapmış sayabilirim, şimdi arada ne var ona değinmek istiyorum.

ACHILLE MESTRE ya da FRANSIZLARI İNGİLİZLERE ANLATMAK...

ACHILLE MESTRE→	UNE VUE D'ENSEMBLE SUR LE DROIT ADMINISTRATIF FRANCAIS 1928
BİR FRANSIZ İNGİLİZLERE İDARE HUKUKU ANLATMAYA KALKARSA →	BAZI KAVRAMLARIN ORTAK OLDUĞUNU GÖRÜR VE RAHATLAR, BAZILARINI BİR TÜRLÜ ANLATAMAZ, RAHATSIZ OLUR.

DICEY: İNGİLİZ HÜKÜMET SİSTEMİNDE FRANSIZ BENZERİ DÜŞÜNCELER HİÇBİR ZAMAN YER ALMADI...	BİR FRANSIZ'IN İNGİLİZ'LERE ONLARDA OLMAYAN BİRŞEYİ ANLATMAYA KALKMASI GARİP EN AZINDAN KABALIKTIR...
İNGİLTERE'DE DE COMMUN LAW'A İSTİSNA TEŞKİL EDEN YENİLİKLER VAR... ÖZELLİKLE 1. SAVAŞTAN SONRA ORTAYA ÇIKAN BU İSTİSNALAR	FRANSIZ İDARE HUKUKUNUN ORTAYA ÇIKIŞINDA DA O ZAMANA KADAR HALKIN TABİ OLDUĞU HUKUKTAN AYRI HUKUK ANLAYIŞI VAR...
İNGİLTERE'DE İDAREYE ORTAK HUKUK DIŞINDA BİR HUKUK UYGULANMASI FİKRİ HÂLÂ GELİŞEBİLMİŞ DEĞİLDİR.	FRANSIZ İDARE HUKUKU ÖZEL HUKUKUN NE KURALLARINI NE DE YÖNTEMİNİ BENİMSEDİ. DOLAYISIYLA BU İH ÇOK YADIRGANMIŞTI...

Burada bir takım düşünürlerden özellikle Achille Mestre'den yararlanarak bazı açıklamalar yapacağım. Achille Mestre, çok yazmış olan bir hukuk düşünürü, 20 yüzyılın ilk yarısında bir çok kitabı olan idare hukuku anayasa konusunda kitapları olan tanınmış birisi, bu zat Cambridge Üniversitesi'nde 1928'de bir konuşma yapıyor ve Fransa idare hukuku üzerine toplu bir bakış başlığı altında yapıyor³. O zamana kadar İngiliz hukuk çevreleri Fransa İdare Hukuku hakkında onun ne olduğu hakkında bir Fransız çağırılmamışlar, yani ilk çağırılan Cambridge'e Achille Mestre oluyor ve orada duygularını şöyle ifade ediyor. Konuşmasının başında diyor ki: *Böyle iki birbirine benzemeyen sistemi karşılaştırma amacıyla ortaya çıkan kişinin karşılaştığı iki durum vardır:*

-birinci durumda, kullandığı kavramların diğer tarafta da olduğunu görerek memnun olur,

-ikincisi de kullandığı kavramların bir kısmının diğer tarafta hiç olmadığını görerek çok huzursuz olur, diyor.

Yani hem söylediği sözlerin kavramların bir kısmının İngiltere'de olduğunu, ama bir kısmının da olmadığını baştan bildiğini söylüyor, hakikatten de öyle. İngilizlerin yalnız anayasa konusunda değil, bütün hu-

³ < <http://journals.cambridge.org> Downloaded: 17 Apr 2009 > ACHILLE MESTRE., "DROIT ADMINISTRATIF", THE CAMBRIDGE LAW JOURNAL Vol. EL—No. 3. 1929 (The summary of a lecture on ' Une vue d'ensemble sur le droit administratif français ' delivered to the University of Cambridge on October 26, 1928. Translated by the Editor C. L. J.)

kuk dallarında etkili düşünürlerinden Dicey, İngiliz hukukunun, aslında common law'ın, bir bütün olarak ya da tek hukuk olarak ülkeyi tatmin ettiğini ve bunun da yargıç yaratısı olduğunu ve bu tekniği de eski Yunandan ve Roma'dan aldıklarını söylüyor ve Fransızlara hiç ihtiyaçları olmadıklarını yazmış Dicey. Dolayısıyla Achille Mestre bu büyük düşünürün bu tavrını bildiği, biraz da İngilizlerin hoşuna gidebilmek için diyor ki, bakın *sizin bu hakim yaratısı hukukunuz gibi bizim de idare hukukumuz var, bizim belki özel hukukumuz kanuncu bir hukuk ama idare hukukumuz tamamen yargıç tarafından yaratılmış bir hukuktur, bu bakımdan anlayabileceğimizi zannedirim* diyor. İngiltere'de, özellikle diyor, *Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra idare içinde, idarenin işlemlerini denetleyen bir sistem kuruldu, dolayısıyla bu bakımdan da common law dışında ona istisna teşkil eden bir hukuk İngiltere'de de var, bu bakımdan da birbirimize benziyoruz*, diyor.

ÖZEL HUKUK – İDARE HUKUKU

<p>IN ENGLAND, ACCORDING TO TRADITION, IT DOES NOT EXIST, BECAUSE THE AGENTS OF THE CROWN ARE NOT, IN THEORY, SUBJECT TO ANY LAWS OTHER THAN THOSE WHICH GOVERN PRIVATE PERSONS</p>	<p>ADM LAW CONSISTS OF ALL THE LEGAL RULES GOVERNING THE RELATION OF PUBLIC ADMINISTRATIVE BODIES TO ONE ANOTHER OR TO INDIVIDUALS.</p>
---	---

Ama bunun dışında tabii hiç birbirine benzemediklerini kendisi de biliyor. İngiltere'de ortak hukuk dışında bir hukuk uygulaması fikri aslında hâlâ da benimsenmiş değil, işin ilginçliği burada. Bu durumun tam tersi Fransa'da var, çünkü onlar ortak hukuk dışında idare hukuku oluşturmuşlar ve bunu benimsemişler, yeni olduğu halde. Biz ise idare hukukunu sanki çok eskiden varmış gibi algılıyoruz.

18. yüzyılda Fransa'da idari yargı adli yargı ayrımı ilk defa ortaya çıktı. Bu ortaya çıkışı ile bizdeki ortaya çıkışı arasında bir benzerlik kurulabilir mi oraya gelmek istiyorum. Fakat galiba da gelemeyeceğim. Fransa'da ortak hukukun dışına çıkmak zaruridir, bir zaruret olarak ortaya çıkmıştır, yani bir lüks olarak yahut yasa koyucunun siyasi bir tavır olarak ortaya çıkmamıştır, sosyal bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır: “Çünkü *Eski İdare* yani *Ancient Régime*, krallık düzeni, ihtilalle yıkılmıştır. Dolayısıyla yeni idare kendi geçerliliğini, sürekliliğini sağlamak için yeni bir hukuka ihtiyaç duymuştur”, Achille Mestre böyle söylüyor.

FRANSADA YENİ HUKUK, İHTİLAL SONRASI YAPILANMA İHTİYACINA CEVAPTIR...

BU YENİ HUKUK, ESKİ SİTEMİN YIKILARAK NAPOLEON'UN ÖNGÖRDÜĞÜ YENİ SİSTEMİN KURULUŞU SIRASINDA ORTAYA ÇIKTI→	BU KEYFİLİKTİR İTİRAZLARI YAPILDI.→ THE TREE OF DROIT ADMINISTRATIF WOULD STIFLE ALL LIBERTY UNDER ITS SHADOW
AMA ÖYLE OLMADI AKSİNE ÖZGÜRLÜKLER ONUN ALTINDA GELİŞTİ	BUGÜN (1928) KİMSE İDARE HUKUKUNA BAŞLANGIÇTAKİ GİBİ DÜŞMANCA BAKMIYOR?

Tabii, diyor, devamla, bu arada bunun büyük bir keyfilik, büyük bir saygısızlık olduğunu öne sürenler oldu, hatta “*bu idare hukuku ağacının altında ot bitmez*” diyenler oldu, yani idare hukuku ağacının gölgesi, altında yetişecek olanları boğar, yetiştirmez. Hürriyetleri kastederek “*hürriyetleri boğar dediler*” diyor ve düşmanca baktılar ama günümüzde -ki o zaman 1928- burada artık o gözle bakılmıyor ve herkes hayatından memnun diyor.

İNGİLTERE'DE	FRANSA'DA
KRAL, MAGNA CARTA (MC) İLE HER COUNTY'DE MAHKEME KURULACAĞINI BİLDİRDİ. (YANI HER İŞ İÇİN LONDRA'YA GELMEYİN DİYOR) ↓	KRAL NEZDİNDE BİR ANLAŞMAZLIK ÇÖZME KURULU VARDI (İDARE İÇİ). HALK ARASINDAKİ DAVALAR İÇİN PARİS'TE VE TAŞRADAKİ PARLEMENT'LER NEZDİNDE KENDİ SEÇTİKLERİ HAKİMLERDEN KURULU MAHKEMELER VARDI.
MC 17. OLAĞAN DAVALARA KRAL MAHKEMESİNE DEĞİL OLDUKLARI YERDE BAKILACAK. MC 18. BU DAVALARA BÖLGEYE (COUNTY) GÖNDERECEĞİMİZ 2 YARGIÇ VE ONLARA KATILACAK 4 YEREL SEÇİLMİŞ (Earl) YARGIÇ ÖNÜNDE YILDA 4 DEFA BAKILACAK.	1789 ÖNCESİ DURUM; HER ŞEHRİN KENDİ MECLİSİNCE SEÇİLMİŞ MAHKEMESİ VARDI; ONLAR ŞEHİR MECLİSİNİN ONAYLADIĞI KURALLARA GÖRE KARAR VERİRDİ. KRALIN ÇIKARDIĞI BUYRUKLARIN MAHKEMELERDE UYGULANMASI MECLİSİN KABULÜNE BAĞLIYDI.

Burada İngiltere’de niçin böyle bir durum hasıl olmadı, niye orada bir sosyal zaruret ortaya çıkmadı, meselesine şöyle cevap vermek mümkün. İngiltere’de kralın emirleri, yani mevzuat olarak, common law dışında, kralın emirleri de mahkemelerde uygulanıyordu ve buna uyulmasında kralın, daha doğrusu common law uygulamasında, kralın emirlerinin uygulanmasında değil, kral kendi yargıçlarını yerel mahkemelere gönderip orada yerel seçilmiş yargıçlarla beraber yargılama yapılmasını sağlamış, Magna Carta’da bu her iş için Londra’ya krallık mahkemesine gelmeyip bölgelerde, *countylar*de mahkemeler kurulacaktır ve oradaki işlere o mahkemeler bakacaktır, yılda dört defa buradan iki tane yargıç göndereceğim ve orada dört yargıçla beraber bunlar yargılama yapacaklar diyor⁴. Dolayısıyla yerel mahkemelerin kralın hukukunu tanımama gibi bir tavrı, hiçbir zaman vaki olmamıştır.

ADALET DİVANI (LIT DE JUSTICE)

<p>KRALIN EMİRLERİNİN PARİS’TE VE YEREL MAHKEMELERDE UYGULANMASI İÇİN MECLİSLERİN KAYDINA GEÇMESİ GEREKİYORDU. BU DURUM KRALI VE TEMSİLCİLERİNİ MECLİSLERLE PAZARLIK ETMEK ZORUNDA BIRAKIYORDU.</p>	<p>FRANSA’DA ORTAÇAĞDA ADALET DİVANI BÜYÜK SOYLULARIN ÖNEMLİ SUÇLARINI YARGILAMAK İÇİN TOPLANIRDI. 16Sİ .YYDA KRALIN EMİRLERİNİ KAYDA GEÇİRTİLME İÇİN KULLANILMAYA BAŞLADI. BU DURUM 1789 İHTİLALİNE KADAR SÜRDÜ.</p>
---	---

Tam tersi Fransa’da olmuş, Fransa’da kralın emirlerinin yerel mahkemeler tarafından uygulanabilmesi için o yerel mahkeme siciline kayıt mecburiyeti vardır. Yerel mahkemeler o bölgenin meclisleri tarafından seçiliyor idi ve o meclisler adına karar veriyorlardı, dolayısıyla bu mahkemelerin kayıtlarına uygulayacakları kurallar arasına kralın emirlerini de kaydetmeleri gerekiyordu ve bu her zaman kolay olmuyordu. Dolayısıyla 1789 öncesi durum, her şehrin kendi meclisince seçilmiş mahkemesi vardı, onlar şehir meclisinin onayladığı kurallara göre karar

⁴ Magna Carta Libertatum, no18. Inquests of novel disseisin, of mort d’ancestor, and of darrein presentment shall not be held elsewhere than in their own county courts, and that in manner following; We, or, if we should be out of the realm, our chief justiciar, will send two justiciaries through every county four times a year, who shall alone with four knights of the county chosen by the county, hold the said assizes in the county court, on the day and in the place of meeting of that court.

verirdi, kralın çıkardığı buyrukların mahkemede uygulanması meclisin kabulüne bağlıydı.

FRANSA'DA ADLİ YARGI - İDARİ YARGI AYRIMI

PARLAMENTONUN KRAL KARARNAMESİNİN KAYDA GEÇMESİNE İTİRAZ HAKKI VARDI: LE DROIT DE REMONTRANCE.→	KRAL İTİRAZA KARŞI BİR MEKTUPLA CEVAP VERİR VE KAYDIN YAPILMASINI EMREDERDİ↓
PARLAMENTO İTİRAZDA İSRAR EDEBİLİRDİ→	BUNA KARŞILIK KRAL PARLAMENTOYA GELEREK ADALET DİVANI KURULUDUR. LIT DE JUSTICE↓
BU UYGULAMA 14. LOUIS TARAFINDAN KALDIRILMIŞ (1673) AYAKLANMAYA YOL AÇMIŞTIR (LA FRONDE) →	1715'DE TEKRAR UYGULAMAYA KONMUŞ; 15.LOUIS TARAFINDAN 1766'DA BİR LIT DE JUSTICE SONUCU KALDIRILMIŞ↓
LA MEFIANCE DES <u>REVOLUTIONNAIRES</u> A L'EGARD DES <u>JUGES</u> LES INCITE A INTERDIRE AUX TRIBUNAUX DE CONNAITRE DES AFFAIRES DE L'ADMINISTRATION PAR LA <u>LOI DES 16 ET 24 AOUT 1790</u> ET LE <u>DECRET DU 16 FRUCTIDOR AN III</u> , QUI SONT TOUJOURS EN VIGUEUR AUJOURD'HUI→	LA LOI DES 16 ET 24 AOUT 1790 PROCLAME QUE « LES FONCTIONS JUDICIAIRES SONT DISTINCTES ET DEMEURERONT TOUJOURS SEPARÉES DES FONCTIONS ADMINISTRATIVES ». LE DECRET, QUANT A LUI DISPOSAIT CECI: DEFENSES ITERATIVES SONT FAITES AUX TRIBUNAUX DE CONNAITRE DES ACTES D'ADMINISTRATION, DE QUELQUE ESPECE QU'ILS SOIENT, AUX PEINES DE DROIT.

1789'da işte bu, bozuldu ve şimdi oraya gelmeden önce kısaca sunu da söyleyeyim *Lit de Justice*, (adalet divanı diye çevirilebilir), kralın Paris parlamentosuna gelerek kendi huzurunda oturum yapılması ve eğer buyruklarının Paris mahkemelerinde kayıt geçirilmediği bir durum varsa, bunun onlardan sorulması ve onlara bunu niçin yaptıklarının sorulması yani onlardan hesap sorulması amacı ile yapıyordu ve bu da kralın oraya gelmesi nedeniyle caydırıcı oluyor ve kayıt sağlanıyordu, ama bir kral, XV. Louis zamanında yerel mahkemeler kralın emirlerini kaydetmemeyi *-lit de justice-* yapılmasına rağmen sürdürüyorlar ve ayaklanma oluyor, yani bir küçük savaş çıkıyordu, dolayısıyla bu, Fransa'da çok ciddi bir rahatsızlık olarak ortaya çıkmıştı.

İngiltere'de böyle bir durum olmamış, Mestre karşılaştırmasında Fransa'da idare hukuku yargıç eliyle yapılmıyor, İngiltere'de yapıyor diyor. Hakikaten *common law* emsal üzerine kurulu bir hukuk, dolayısıyla aşağıdan yukarı doğru çıkan bir anlayış söz konusu. Fransa'da durum ters, dediğim gibi yargıçlar kayıtlarından yazılı kurallara bakarak işlem yapıyorlardı ve bu sistem ihtilalle beraber terk edilmiş, idari yargı kurulmuş, bu defa bu idari yargı, idareye ilişkin kanunların sayıca az olmasına da dayanarak tamamen idarenin hareketlerini, ihtilaf çıktığı durumlarda, ne yapılması gerektiğini adeta kararlarında söyleyerek, bir çeşit içtihadı yasalastırma diyebileceğim, bir sistem kurmuşlar ve Fransa bundan çok mutlu olmuşlardır bu yaklaşımdan.

FRANSA'DA YARGIÇ ELİYLE HUKUK ANLAYIŞI

İNGİLTEREDE COMMON&EQUITY YARGIÇ YARATISI İKEN	FRANSA'DA DURUM TERSTİR. PARLEMLANTLARIN SEÇTİĞİ YARGIÇLAR REGİSTREDE NE YAZIYORSA ONU UYGULAMIŞTIR. İÇTİHADİ OLAN MOEURS'ÜN REGİSTRE'A GEÇMESİDİR.
İNGİLTERE'DE İDARE İÇİ İDARE HUKUKU/YARGISI TAMAMEN STATUTORY'DİR	FRANSA'DA 20.YY İLK YA- RISINA KADAR İDARE HU- KUKU BÜYÜK ÖLÇÜDE İDARİ YARGI İÇTİHADINA DAYANMIŞTIR.
İNGİLTERE'DE BÖYLE BİR ŞEY YAŞANMAMIŞTIR. BİZDE DE!	ÖTE YANDAN İDARE HAKİMİ İDARENİN YAPTIĞI KURALLARI STATUTORY LAW BASKISI OLMADAN YARGILAMIŞ ONLARI GENİŞ BİÇİMDE YORUMLA- YABİLMİŞTİR. JUGER C'EST ENCORE ADMINISTRER!

İNGİLTERE'DE STATUTORY LAW DIŞINDA HER İDARİ ALAN "HÜKÜMET TASARRUFUDUR". BİZ HÜKÜMET TASARRUFUNU İNKAR ETTİK, ANCAK ANAYASA VE YASA KISINTISI GETİRDİK...	FRANSADA CONSEIL D'ETAT'NIN TAKDİRİNE BAĞLI OLARAK "HÜKÜMET TASARRUFU" ALANI GENİŞLER.
İNGİLTEREDE DELEGATE LEGISLATION ALANI GENİŞ OLSA BİLE SUBORDINATE NİTELİKTEDİR.	FRANSA'DA 1958'DEN BU YANA YÜRÜTME YASAMA ALEYHİNE DÜZENLEME ALANINI GENİŞLETTİ, YASAMA KONULARI SINIRLI İKEN, YÜRÜTME ALANI ONUN DIŞINDA HER ALANI KAPSAR.
İNGİLTEREDE BÖYLE BİR ŞEY YAŞANMADI, BİZDE YAŞANMAK İSTENİYOR...(BAŞKANLIK SİSTEMİ?)	YÜRÜTMENİN BU OLAĞANÜSTÜ KUDRETİNİ FRANSIZ DANIŞTAYI DİZGİNLEYEMEDİĞİ İÇİN ANAYASA YARGISININ YETKİSİ GENİŞLETİLDİ.

Şimdi kısacası İngiltere'de kralın görevlileri özel bir hukuka kendilerine özgü bir hukuka hiçbir zaman ihtiyacı olmamıştı. İngiltere'de böyle bir sosyal zaruret hiçbir zaman hasıl olmamıştır ve kralın görevlileri özel kişiler gibi common law'a tâbi olarak yaşamışlar, bu da şu demektir ki, İngiltere'de çok uzun yüzyıllar kamusal işlemlerin denetimi, yargısal denetimi hiç düşünülmemiş ve böyle bir ihtiyaç duyulmamıştır.

FRANSA'DA ADLİ - İDARİ AYRIMININ ÖZELLİKLERİ↓	TÜRKİYE'DE ADLİ - İDARİ AYRIMININ ÖZELLİKLERİ↓
AYRIM ADLİYEDEN BAĞIMSIZ YARGI FİKRİNE DAYANIR, İKİ YARGI DÜZENİ VARDIR.	AYRIM 1971'E KADAR BENZER İKEN DÖRTLÜ YARGI DÜZENİ KURULDU, HERBİRİ DİĞERİNE KARŞI KORUNDU.
FRANSADAKİ AYRIM İDARENİN HIZININ ADLİYE TARAFINDAN KESİLMEMESİ FİKRİNE DAYANIR	1971'DEN SONRA DÖRTLÜ YARGI TAMAMEN UZMANLAŞMA FİKRİNE DAYANILDIĞINI GÖSTERİYOR.

<p>LE DUALISME JURIDICTIONNEL REPOSE DONC SUR UNE CONCEPTION SPECIFIQUE DE L'ÉTAT ET DE LA SEPARATION DES AUTORITES JUDICIAIRES ET ADMINISTRATIVES ET LA RAISON D'ETRE DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE SUR LE PRINCIPE SELON LEQUEL « JUGER L'ADMINISTRATION, C'EST ENCORE ADMINISTRER ».</p>	<p>TÜRKİYEDE 1971 ANAYASASINDAN SONRA ZİT İKİ İSTİKAMET BELİRDİ: BİR YANDAN İDARİ YARGI DEVLETİN TEMELİ SAYAN VE ANYM TARAFINDAN VURGULANAN, DANIŞTAY TARAFINDAN DA ÜRKEK BİÇİMDE SÖYLENEN BİR ANLAYIŞ VAR;</p>
<p>FRANSA'DAKİ AYRIMIN SEBEBİ "DEVLET KURULUŞU" CORPS CONSTITUÉ ANLAYIŞIDIR. BUNA GORE BAZI KURULUŞLAR DEVLETİN TEMELİDİR. BUNLARA DOKUNMAZ CAİZ DEĞİLDİR.</p>	<p>DİĞER TARAFTAN İDARİ YARGI YETKİLERİNİ ALABİLDİĞİNE KISAN, İDARİ YARGI GÖREV ALANINI ADLİ YARGIYA DEVRETME, HATTA İŞLEYİŞ BİÇİMİNİ DE ADLİ YARGILAŞTIRAN BİR YASAMA/HÜKÜMET ANLAYIŞI VAR.</p>

Bu da ilginç bir konudur. Fransa'da ise çok eskiden 13 yy' dan itibaren kralın bir danışma meclisi var ve bu aynı zamanda idare içi ihtilafları da çözme yetkisiyle donatılmış, burada şimdi itiraz hakkı parlamentonun kralın kararnamesinin kayda geçirilmesine itiraz hakkı vardır ve bu itiraza rağmen kral mektupla cevap verir kaydın yapılmasını emrederdi buna karşı parlamentoya gelerek eğer halen daha kayıt yapılmazsa o zaman –lit de justice- kuruluyor. Kral bizzat gelerek başbakan ya da şansölyesi vasıtası ile parlamentoyu sorguya çekiyor idi. Dediğim gibi XV. Louis tarafından son bir defa yapılmış ondan sonra uygulama kaldırılmış.

Fransa ihtilali olunca bu, adli yargı için çok dikkate alınıyor ve hemen Fransa ihtilalinden sonra çıkan ilk *Décret* adli mahkemelerin idari işlemlere bakmaması, idari işlemlerin hiçbir şekilde adliye mahkemesi önünde söz konusu edilmemesi, tartışma konusu edilmemesi ve adli mahkemelerin idareye herhangi bir şekilde karışmaması sert bir şekilde kaleme alınmış ve karşılığında da ağır ceza verileceği hükme bağlanmış ve bu hüküm halen yürürlüktedir. Fransa'da yani 24 Ağustos 1790 da çıkarılmış, bugün halen bu yürürlüktedir.

Şimdi Fransa'dan aldığımız idari yargı ile bizim idari yargı arasında bir benzerlik kurmak yahut bir karşılaştırma yapmak istiyorum,

benzerlik olduğunu sanmıyorum. Fransa’da adli yargı - idari yargı ayrımının özellikleri deyince, idari yargı adliyeden bağımsız olması akla gelir.

Yani adliye, idari yargıdan bağımsız ve idari yargı da adliyeden bağımsız diye düşünülmemek gerekir. Tek yanlı bir ayırmadır, bu, yani adli yargıdan idari yargı bağımsızdır demek, aslında adli yargının bir hegemonyası vardı, ondan ayrı kendine mahsus bir alan idari yargı oluşturuldu, fikrine dayanır.

Bizde 1970’lere kadar bu fikir vardı, yani biz bunu aldık, sebebi çok izah edilmemekle beraber bu şekliyle alındı. Fakat 1971’de, yine çok tartışılmadı ama dikkatimi çekti, birden bire Uyuşmazlık Mahkemesi kanunu değişiyor. Anayasa’da hüküm değişiyor ve dördü bir yargı düzeni kuruluyor bizde ve bunların her biri diğerine karşı korunuyor, yani her biri diğerine karşı bağımsız.

Şimdi işte bir tespit burada yapmam gerekirse, idari yargının adli yargıdan bağımsızlığı fikri aslında idari yargının özgün bir anlayışı olduğu temeline dayanır. Bu özgün anlayışın ne olduğunu anlayabilirsek idari hukukunun ve idari yargının dayandığı ihtiyacı buluruz ya da “*şekil olarak bir idari yargı var, ben bunun niçin ortaya çıktığını, ne işe yaradığını çok ya da hiç merak etmiyorum, bunlar tarihte kaldı*” dersanız, bu konuda ilerleme sağlayamayız.

Şimdi maalesef 1971’de yapılan değişiklik, bu düşünce ile oldu gibi görünüyor, idari yargı da diğerleri gibi bir ihtisas/uzmanlık olarak telakki edildi, dört yargı kolunun her biri kendi ihtisasına hürmet etsin, kendi alanında kalsın, Uyuşmazlık Mahkemesi bunların arasında bir *vana* gibi bir *regulator*, bir musluk gibi, bir sağa bir sola, yani dört yargı koluna göre *vanayı* açıp kapatsın ve uyuşmazlıkları bu şekilde dağıtsın diye düşünüldü.

Bu *regulation scheme*/tevzi düzeni, bugün de işliyor ve idari yargı bu yüzden bir ihtisas yargısı ve adli yargıdan da farkı olmayan bir yargı olarak algılanmakta ya da farklı algılanmamaktadır. Bu durumda idare hukuku da, *légaliste* bir hukuk olarak, hiçbir özgün yaratıya dayanmayan bir hukuk olarak, özel hukuktan pek farkı olmayan bir hukuktur. Bugünkü Türkiye’de belki çok eski tarihten beri, yani 1971 diyeceğim ama daha eskiler döneminde de, idare hukukunun özgünlüğü idari yargının ne işe yaradığı konusu etraflıca incelenmediği, irdelenmediği için bu noktaya gelmişiz.

Rahmetli Lütfi Duran 1983 idari yargı *reformuna* şiddetle karşı çıkarak “*idari yargı adliyeleşti*” diye iki yazı yazdı, arka arkaya, dergiye sığmadı çok uzun olduğu için, iki yazı olarak çıktı. Lütfi Bey o zamanki açıklamasını, kendisinden dinleme fırsatım da oldu, o zaman itiraf edeyim ki onu anlamamıştım, idari yargı üzerine bu kadar titizlenmesini içimden eleştirmiştim. *Şimdi anlıyorum ki doğru düşünmüştü ama, bü-*

yüklerimizin hiçbirisi idare hukukunun temel anlayışını, metodolojisini anlatmış veya açıklayabilmiş değildir.

İdare hukuku kitaplarında *idare hukukunun özellikleri* başlığı altında *Türk idare hukuku içtihadı dayanan bir hukuktur*, yani medeni hukuktan farkını vurgulamak için, Türk idare hukuku içtihadı dayandır, yazılmıştır. Aslında Türk idare hukukunda içtihadı dayanan en ufak bir kısım bile yoktur veya yok denilecek kadar azdır, o zaman niçin Türk idare hukuku içtihadı dayandır diye yazılıyor, çünkü başka ülkelerde öyle yazıldığı için, beni affetsinler. Türk idare hukukunda içtihadı nitelik bulunduğu savını, kanıtlanmış olmadığı için, hâlâ kavrayabilmiş değilim. Sadece iki örnek belki: 1402'lerin dönmesi için hakikaten *contra legem* bir yorum yaptı Danıştay'ımız, hatalı ödemenin dava açma süresi içinde geri alınabilmesi konusunda da, kısaca *yasa değerinde* iki içtihat söz konusudur. Ama bunun dışında hatırlayabildiğim bir şey yok ve buraya da not almamışım zaten. Dolayısıyla bizde idari yargı, *kendisi anlaşılmasın bu dünyadan geçip gitmiştir* diyemeyeceğim belki, *halen bu dünyada*, ama anlaşılmasın, mutsuz olmuş bir hukuk alanıdır diyeceğim. Dünyadaki *globalisation* eğilimi, idare hukuku içine özel hukuk sızmalarının yada istilasının artışı da ayrı bir meseledir.

Fransa'daki ayrımın ideolojik siyasi ve hukuki temelleri vardır ve sadece *Conseil d'État* değil, *droit administratif*, yani idare hukukunun kendisi bir anayasal kuruluştur, *corps constitué*. Dolayısıyla pek *républicaine* olmuyor ama *corps constitué*, devletin temelinde olan bir kurumdur.

Türkiye'de Danıştay'ın ve idare hukukunun anayasal niteliği, Anayasa Mahkemesi'nin *ODTÜ Kararı* ile vurgulandı. 1970'li yıllarda, ODTÜ kararı ile idari yargının görev alanının anayasal bir sistem olduğunu, buna aykırılığın devleti temelinden sarsacağı, bireyin korunmasının ancak idari yargı sisteminde mümkün olduğu, bireyin adli yargı önünde gerektiği gibi korunamayacağını, Anayasa Mahkememiz hatırlatmıştır⁵. Tabii bu yaklaşım, bu ateşli yaklaşım bugün çoktan kullenmiştir, bunun da tabii sebepleri var, burada konuyu uzatmamak için atlıyorum.

⁵ ANAYASA MAHKEMESİ, Resmi Gazete tarih/sayı:3.12.1975/15431 E. Sayısı: 1973/38 K. Sayısı: 1975/23 Karar günü: 11, 12, 13, 14 ve 25 Şubat 1975.

TÜRKİYE’DE İDARİ YARGININ SİYASİ SEBEPLERİ

<p>ÂLÎ PAŞA: DANIŞTAY’IN WEB SAYFASINDAKİ RESMÎ AÇIKLAMA⁶:</p> <p>Sebepler üç küme altında toplanabilir:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Fransız etkisi, 2. Genç Osmanlıların faaliyetleri, 3. Âlî Paşa’nın Girit’teki görevi sırasında yaptığı gözlemler. 	<p>Girit İsyanı çözüme kavuşturulduktan sonra -ya da isyanla eşzamanlı olarak- Tanzimat Dönemi’nde yeni bir ıslahat penceresi açıldığı ve özellikle hukuk alanında bir takım düzenlemeler yapıldığı görülür. Bu anlamda, Âlî Paşa’nın Girit’ten Fuad Paşa’ya gönderdiği mektupta, bütün unsurun tâbi olacağı ortak bir Medeni Kanun arayışı gündeme getirilir.</p>
<p>MİDHAT PAŞA’NIN İCRAATI: 1860’TAN BAŞLAYARAK VİLAYET İDARESİ, MECLİSİ UMUMİ UYGULAMASI, SEÇİM UYGULAMASI... →</p>	<p>ŞURAYI DEVLET (1868), MECLİSİ MEBUSAN, KANUNİ ESASİ...</p>

Şimdi Türkiye’de idari yargının sebepleri üzerine kısaca durursak Danıştay’ın resmi web sayfasında 3 tane sebep söylüyor, Fransa etkisi, Jöntürklerin faaliyetleri ve Âlî Paşa’nın Girit’ten dönüşteki izlenimleri. Âlî Paşa Girit’te Rum isyanını gördü ve orada dini cemaatlere eşit muamele isteklerini gördü vs. Zaten *Girit isyanı* sırasında *Paris Konferansı* yapılıyor, sonunda 1856 da *Islahat Fermanı*’na geliniyor. *Islahat Fermanı* ile biliyorsunuz azınlıklara eşit hukuk vaadinde bulunulmuştur. Şimdi bu vaad Âlî Paşa’yı Osmanlı Devleti’nde toplumsal gelişmeleri yani özel hukuk ilişkilerinin *Mecelle* ile düzenleniyor oluşu, *Mecelle’nin* dini niteliği itibarı ile farklı dine mensup kimselere farklı muamele esasına dayandığı ve ekalliyetin mağduriyet iddia etmelerini dikkate alarak, Türkiye’ye 1917 yılında, daha önce Azerbaycan’ın benimsediği, Fransız esinlenmesi bir çeşit medeni kanun olan, *Kanunnamei Aile Kararnamesi* önerisine getiriyor, fakat savaş şartları nedeniyle öneri kabul görmüyor.

⁶ Ben konuşmamı hazırlarken (2012) Danıştay web sayfasında Türkçe tarihçe kısmında çok basit bir açıklama yer almıştı (hâlâ da öyle), ne hikmetse Fransızca kısmında işin mutfak kısmını da yazılmış, Enver Ziya Karal’dan aktarılarak. Şu sırada Fransızca açıklama kaldırılmış, fakat aynı sözler İngilizce’ye çevirilerek konmuştur. Şöyle düşünülmüş olabilir: “*Türkler bilir ayrıca yazmaya gerek yok, Fransızlar da okumaz zaten, ama İngilizler gerçeği bilsinler*”.

Âlî Paşa neden Türkiye’de laik bir medeni kanun oluşturmak istiyor ve bunun idare hukuku ile ne ilgisi var diyeceksiniz. İdare hukuku ile şu ilgisi var: Fransa’daki idare hukuku, Napolyon’un pek önem verdiği *Code Civil’in*, yeni oluşturulan *memur sınıfı* aracılığıyla ülkede çapında tanıtılması, böylece *sivil toplumun şekillendirilmesi* fikrine dayanmaktadır.

Fransız idare hukukunun çıkış nedeni tam olarak pratik nedenlere dayalıdır. Yani hükümetin başarısı medeni kanunla resmedilen örneğin halk içinde tutmasına bağlı sayılmıştır. Napolyon’un 1804’de bir medeni kanun yapması, hatta o medeni kanunu yine Fransız Devlet Şurasındaki üyeler yapmıştır, bu büyük isimler Napolyon’un yaptığı taslakta değişiklik yaptığı zaman, Napolyon bunu Elbe’de haber alıyor o sırada ne durumdaydı bilmiyorum, “*Ô, les lâches, ils ont détruit mon code*” (*Ah, o alçaklar, kanunumu mahvettiler*) sözü meşhur, Achille Mestre bunu İngiltere’deki konuşmasında söylüyor. Dolayısıyla Napolyon niçin medeni kanunda bu kadar hassasiyetle duruyordu, şu bakımdan duruyordu, tahayyül ettiği merkezi sistem, tek düze memur eliyle işleyecek, bir hiyerarşik sistem, fakat seçilmiş yerel yönetimle desteklenmiş dengeli bir sistem, iyi yetişmiş memurlar eliyle halka anlatılırsa başarıya ulaşabilir. O zaman idarenin faaliyetlerinin de idarenin dilinden anlayabilecek bir sosyal ilişkiler kolu ile desteklenmesi gerekiyor, diye düşünmüş.

Napolyon yapacağı idari reformların halk nezdinde tutması için, daha önce halk arası (toplumsal) ilişkilerin bir temel kanuna yani *code’a* bağlı olmasını istemiş, bu yüzden Fransa’nın sıçramasını, yani ihtilal sonrası kurduğu rejimin başarıya ulaşmasını, bu *code’a* bağlamış. Onu *benim kanunum* diye nitelendiriyor, üstüne titriyor. Şimdi bu düşünce Fransa medeni kanunu ile idare hukukunu irtibatını, Grenoble Hukuk Fakültesinde idare hukuku hocası olarak, ilk idare hukukçusu olarak, hoş idare hukuku hocalığı diye bir meslek yok Fransa’da o zaman, 1856’da, idare hukuku ders kitabı nasıl yazılır, diye bir kitap yazmış, kuruyor. *Napolyon başarının şartını, sadece memurları bilgili, halkı cahil olan bir sistemde idare hukukunun yaşayamayacağını, yapacağı işlerin kamusal işlerin başarıya ulaşamayacağını düşündüğü için medeni kanunun tutmasını istiyordu*, diyor Jules Mallein.

İDARE HUKUKUNUN ORTAYA ÇIKIŞI

BUGÜNE KADAR “İLK” İDARE HUKUKU KİTABI SAPTANMIŞ DEĞİLDİR. BİLİNEEN İLK DERS KİTABI İBRAHİM HAKKI’YA AİTTİR. DAHA DOĞRUSU DERS TAKRİRİ ÖĞRENCİ TARAFINDAN BASTIRILMIŞTIR. BİRİNCİ CİLDİN İKİNCİ BASKISI 1896’DIR (1312). YAZARIN İFADESİYLE YÖNETİM HUKUKU “AVRUPA’DA 100 YIL KADAR ÖNCE” ORTAYA ÇIKMIŞTIR. KİTABIN GÜNÜMÜZDEN YÜZYIL ÖNCE YAZILDIĞI GÖZ ÖNÜNDE TUTULURSA, YÖNETİM HUKUKUNUN HUKUK TARİHİ İÇİNDE ANCAK 200 YILLIK BİR GEÇMİŞİ BULUNMAKTADIR⁷.

ONAR’IN GÖZLEMİYLE: “Tanzimat döneminde Avrupa’dan birçok kanun iktibas edilmiştir. Fakat bunların dayandıkları kuramlar ve fikir hareketleri Türkiye’de olmadığı için, halk, memurlar hatta devlet adamlarının çoğu bunların ruhuna, maksadına nüfuz edememiş, bu yüzden tatbikat yanlış mecralara dökülmüş, bu mevzuatın bir kısmı da çorak bir sahaya düştüğünden yok olup gitmiştir”⁸.

İBRAHİM HAKKI PAŞANIN DERS KİTABINA BAKTIĞIMIZDA YAZARIN SÜREKLİ YENİ MEVZUATI TANITMA ÇABASI İÇİNDE OLDUĞU GÖRÜLÜYOR. HATTA KENDİSİ DE “HUKUK ÖĞRENCİLERİ PEK ÇOK MEVZUAT HÜKMÜNÜ ÖĞRENMEK ZORUNDADIR, MEZUN OLDUKTAN SONRA DA UYGULAMAK ZORUNDA KALACAKTIR. BİZ MEVZUATIN TAMAMINI ANLATAMAYACAĞIMIZA GÖRE, SİZE İŞİN ÖZÜNÜ (RUHU İDAREYİ) VERİYORUZ”, DEMEKTEDİR.

BU ÖZ (YA DA RUHU İDARE) DÖNEMİN FRANSIZ HUKUKUNDAN ESİNLENEN KAMU HİZMETİ KURAMIDIR. PAŞA KİTABININ İLK SAYFALARINDA YAPTIĞI GİRİŞTE (MUKADDİME) YÖNETİM HUKUKUNUN ÖTEKİ HUKUK DALLARI İÇİNDEKİ YERİNİ TANITMAKTADIR. BU AÇIKLAMALAR KAMU HUKUKU-ÖZEL HUKUK AYRIMI KONUSUNDA BİZDE YAPILMIŞ İLK YORUM NİTELİĞİNDEDİR.

İBRAHİM HAKKI PAŞA KİTABININ PLANINI AÇIKLARKEN, BU KONUDA BAŞLICA İKİ FRANSIZ YAZARDAN, BATBİE VE MALLEIN’DEN YARARLANDIĞINI BELİRTMİŞTİR. ESKİ YAZIDA (MALLEIN) SÖZCÜĞÜ (MALE) BİÇİMİNDE YAZILDIĞINDAN BUNUN FRANSIZCA YAZILIMI ÜÇ SEÇENEK İÇERMEKTEYDİ (MALLÉ, MALLEET, MALLEİN). BU NEDENLE BEN YAZIMDA BUNU

⁷ T. Akıllıoğlu, "Hukuku İdare Üzerine...", Amme İdaresi Dergisi, Cilt 16, Sayı 2, Haziran 1983, s.56-69.

⁸ Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Birinci Tab’ın Önsöz’ü, İstanbul 1952.

“GRENOBLE DARÜLFÜNUNU MUALLİMLERİNDEN JÜL MALE” BİÇİMİNDE ÇEVİRMİŞ VE EMİN OLAMADIĞIM İÇİN DE PARANTEZ İÇİNDE (JULES MALLET ?) BİÇİMİNDE TEREDDÜTÜMÜ İFADE ETMİŞTİM.

VARDIĞIM BU NOKTADA ADINI TAM BİLEMEDİĞİM (MALE'Yİ) OKUMAYA KARAR VERMİŞTİM. YAZIMIN YAYINLANMASINDAN BİR YIL KADAR SONRA PROF.CARTER FİNDLEY'DEN BİR MEKTUP ALDIM. ÇOK İYİ BİR TÜRKÇE İLE YAZILMIŞ MEKTUPTA ŞU SATIRLARI BANA “HEDİYE” EDİYORDU: “MAKALENİZDE, HAKKI PAŞA'NIN FRANSIZ KAYNAKLARINDAN BİR YAZARI BULAMADIĞINIZI YAZDINIZ. BEN DE BULAMADIM. FAKAT AŞÇIDEDE VE TASAVVUF HAKKINDA YAZDIĞIM SAHİFELERİ UZMANIN GÖZÜNDEN GEÇİRMEK ÜZERE BÜTÜN FİKİR HAYATI BÖLÜMÜNÜ LONDRA'DA MEŞHUR PROF.ALBERT HOURANİ'YE GÖNDERDİM.

O BU KONU İLE İLGİLENİP BRITISH MUSEUM LIBRARY'DE ARAŞTIRMA EDİP “JULES MALLET” SANDIĞIMIZ İNSANI, “JULES MALLEİN” ADI ALTINDA BULMUŞ. YANİ HUKUKU İDARE KİTABINDA “JÜL MALLE'NİN” OKUDUĞUMUZ KELİMELER “JÜL MALLEİN'İN” OLARAK OKUMAK GEREKİR. JULES MALLEIN, CONSIDÉRATIONS SUR L'ENSEIGNEMENT DU DROIT ADMINISTRATIF ADLI BİR KİTAP YAYINLAMIS (PARİS 1857). BUNUN PLANINI TANIYACAKSINIZ.

SAYIN FİNDLEY BANA GERÇEKTEN İŞİK TUTMUŞTU. 1990'DA BİR YOLUNU BULARAK UĞRADIĞIM BRITISH MUSEUM LIBRARY'DE JULES MALLEİN'İN *CONSIDÉRATIONS SUR L'ENSEIGNEMENT DU DROIT ADMINISTRATIF* ADLI KİTABINI BULDUM. ÇOK ESKİ, CİLDİ DAĞILMIŞ, (445 SAYFA) SAYFALARI ZEDELENMİŞ OLAN BU KİTABIN FOTOKOPİSİNE İZİN VERMEDİLER. BU NEDENLE KISA ZAMANDA EL YAZISI İLE ALDIĞIM NOTLARDA YALNIZCA BANA ÖNEMLİ GÖRÜNEN SATIRLARA YER VERMİŞTİM.

MALLEİN KİTABINI GÖZLERİNİ TEDAVİ EDEREK GÖRMESİNİ SAĞLAYAN PROF. NÉLATON'A İTHAF EDİYOR. KİTAP ASLINDA FRANSIZLAR DA DAHİL BÜTÜN İDARE HUKUKÇULARININ “GÖRMESİNİ” SAĞLAYACAK BİR POLEMİK ÜSLUP VE BİLİMSSEL ÖZENLE YAZILMIŞ. GERÇEKTEN YÖNETİM HUKUKU İLE UĞRAŞANLAR, BU HUKUKUN PEK YENİ OLDUĞUNU SÖYLEDİKLERİ HALDE, KARŞILAŞTIĞI GÜÇLÜKLER ÜZERİNDE DURMAMIŞLAR YA DA YÖNETİM HUKUKUNUN İŞLEVİNİ SORUŞTURMAMIŞLARDIR. JULES MALLEİN'İN KATKISI BU NOKTADADIR.

JULES MALLEİN TÛMÛYLE YÖNETİM HUKUKUNUN NE OLDUĞU VE NASIL OKUTULMASI GEREKTİĞİ SORULARINA YANIT ARADIĞI BU KİTABINDA, BU HUKUKUN FRANSA'DA NASIL ORTAYA ÇIKTIĞINI ŞÖYLE ANLATMAKTADIR. YÖNETİM İŞLEVİ EN GENEL ANLAMıyla, BİR MAL VEYA HAKKIN İŞLETİLMESİNİ KAPSAR. BU MAL VEYA HAKKIN KORUNMASI VE GELİŞTİRİLMESİ İÇİN ALINACAK EN UYGUN TEDBİRLER, YÖNETİM İŞLERİNİN KONUSUDUR.

KISACA YÖNETİM, HER TÛRDEN HAK VE MENFAATLERİN KORUNMASI, GELİŞTİRİLMESİ VE BUNLARDAN YARARLANILMASINI İÇERİR. BU ÖZEL TÛRDEN OLACAĞI GİBİ GENEL DE OLABİLİR. BİR KİŞİNİN MALVARLIĞININ İDARESİNDEN SÖZ EDİLEBİLECEĞİ GİBİ DEVLET SERVETİNİN İDARESİ DE SÖZ KONUSUDUR. AYNI ŞEYLER İLLER VE BELEDİYELER İÇİN DE SÖYLENEBİLİR. BUNLARA BAĞLI KURUMLAR DA YÖNETİM KONUSUDUR.

ÖZEL YÖNETİM KİŞİNİN MENFAATLERİ VE DOĞRUDAN İRADESİYLE BAĞLIDIR. BİREY KENDİSİNE AİT OLANI YÖNETİR, İŞLETİR. BİR VEKİLE İHTİYACI VARSA ONU SERBESTÇE ATAR VEYA GÖREVDEN ALIR. BUNA KARŞILIK AYNI İŞLEV KAMUSAL ALANDA DAHA KARMAŞIK BİR KAPSAMDADIR, SOYUT VE GENEL ANLAMLAR YÛKLENİR. BU BAĞLAMDA YÖNETİM KONUSU BELLİ BİR KİŞİNİN MALİ DEĞİLDİR. NE YÖNETENLER NE DE ONLARIN AMİRLERİ MAL SAHİBİ DURUMUNDA DEĞİLDİR. BURADA ÖZEL HUKUKTAKİ MALİK KONUMUNDA OLMAYAN BİR FARAZİ SAHİP SÖZ KONUSUDUR.

FRANSA YÖNETİMİ, KANUNLARIN KAMU KURULUŞLARINA ÖZEL KİŞİLERDEN FARKLI USULLERLE UYGULANMASINI ÖNGÖREN İLKELER ÜZERİNE KURULMUŞTUR. BU ÛLKEDE MERKEZİ NİTELİKTE VE BÛTÜNÜ KAPSAYAN BİR YÖNETİM VARDIR. BU KAPSAYICILIK NEDENİYLEĞİR Kİ YÖNETİM HUKUKU EN AZ YÖNETİCİ VE UYGULAYICI KADAR SADE VATANDAŞLAR İÇİN DE GEREKLİĞİR. BU KONUDA FİKİR SAHİBİ OLABİLMEK İÇİN HUKUK ÖĞRETİMİ HAKKINDA HAZIRLANAN VE MECLİSE SUNULAN 9 MART 1847 TARİHLİ YASA TASARISINA BAKMAK YETERLİĞİR.

HUKUK ÖĞRETİMİ İLKELERİ İLK OLARAK NAPOLYON KANUNU'NUN^[18] GEREKÇESİNDE AÇIKLANMIŞTIR. EĞİTİM HALKIN HÛKÛMETLERDEN YARARLANMAYI BEKLEDİĞİ İLK KONUDUR. 13 MART 1804 TARİHLİ KANUNLA, HUKUK PROGRAMI BELİRLENDİ.

BU ÇERÇEVEDE FRANSIZ KAMU HUKUKU İLE MEDENİ HUKUKUNUN YÖNETİM İLE İLİŞKİLERİNİ DÜZENLEYEN HUKUK ALANI BUGÜN YÖNETİM HUKUKU DENİLEN HUKUK DALIDIR. 1804 TARİHLİ BİR İMPARATORLUK KARARI İLE 12 KENTTE HUKUK OKULLARI KURULDU. ARADAN ÜÇ YIL GEÇTİĞİ HALDE (1807) DE YÖNETİM HUKUKU BAŞLIĞI ALTINDA NE OKUTULACAĞI BELLİ DEĞİLDİ. BU BELİRSİZLİK 15 YIL DAHA SÜRDÜ. PROF.LAR BU DERSİ OKUTMAKTAN VAZGEÇMİŞLERDİ. 1819 DA BAKAN DECAZES ZAMANINDA PARİS HUKUK FAKÜLTESİNDE DENEME OLARAK YÖNETİM HUKUKU OKUTULMASINA BAŞLANDI.

FRANSA'DAKİ BU GELİŞMENİN ANA ÇİZGİLERİ NASIL ÖZETLENEBİLİR? BİZDEKİ GELİŞME BUNA GÖRE NASIL OLMUŞTUR? YA DA ARADA NE GİBİ FARKLAR VARDIR? İKİSİNİ VURGULAYALIM. FRANSA'DA YÖNETİM HUKUKU, O ZAMANIN YENİ MEDENİ HUKUKU İLE AYNI ZAMANDA ORTAYA ÇIKMIŞTIR. BU YENİ BİR ANLAYIŞA DAYANAN "CODIFICATION"DUR. BU YENİ ANLAYIŞ FRANSIZ İHTİLÂLİ İLE GELEN BİREYSEL ÖZGÜRLÜKLERDİR. BU ÖZGÜRLÜKLER İLE GELEN YENİ HUKUK ANLAYIŞININ TEMELLERİ ÜNLÜ 1789 BİLDİRGESİ İLE İLÂN EDİLMİŞTİ. KISACA; SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ, EŞİTLİK, MÜLKİYET HAKLARININ YANI SIRA, KAMU YARARININ KANUNLA BELİRLENMESİ, MEMURLUK YADA SİYASAL KATILMA HAKKI, KAMULAŞTIRMA, KAMU DÜZENİNE UYMA ZORUNLULUĞU DA AYNI BİLDİRGE'DE YER ALMAKTAYDI. BİLDİRGE BİR YANDAN ÖZEL HUKUKUN İLKELERİNİ, ÖTE YANDAN DA KAMU HUKUKU İLKELERİNİ GÖSTERMEKTEYDİ. ÖZEL HUKUK ALANINDA GETİRİLEN İLKELER CODE CIVIL İLE YASALAŞTIRILMIŞTIR. BUNA KARŞILIK YÖNETİM ALANINDA YASALAŞTIRMA YAPILMASI UZUN YILLAR TARTIŞILMIŞ SONUNDA OLUMSUZ GÖRÜŞLER AĞIR BASMIŞTIR.

PAŞA, BATBİE'NİN DERS KİTABINDAKİ PLANINI DA İNCELEMİŞ FAKAT JULES MALLEİN'İN PLANINI DAHA UYGUN BULMUŞTU. BUNA GÖRE KİTABININ PLANI; İDARİ KURULUŞLAR (HEYETİ İDARE), İDARENİN SAĞLADIĞI MANEVİ YARARLAR (MENAFİİ MANEVİYE), İDARENİN SAĞLADIĞI MADDİ YARARLAR (EMVAL VE EMLAKİ MİRİYE, ORMANLAR VE MAADİN VE UMURU NAFİA VE İSTİMLAK) VE İDARENİN SAĞLADIĞI HEM MADDİ HEM MANEVİ YARARLAR (SANAYİ VE TİCARETE DAİR KANUNLAR, MÜESSESATI HAYRİYE, TEKAÜT SANDIKLARI) VE SON BÖLÜMDE DE ÇEŞİTLİ İCRA KONULARI (ORDUNUN YÖNETİMİ, DEVLETİN

MALİ HUKUKU, BÜTÇE VE VERGİ KONULARI ELE ALINMAKTAYDI.

İBRAHİM HAKKI PAŞA, BATBİE’NİN 1840’LARDA YAZDIĞI TRAITÉSİ’NE PLAN OLARAK MEDENİ HUKUKUN ÜNLÜ ÜÇLÜ TASNİFİNİ ESAS ALDIĞINI BELİRTMEKTEDİR: “EŞYA, EŞHAS, MUAMELÂT” (İDARENİN MALLARI, PERSONEL VE İŞLEMLER). DAHA SONRA “KAMU HİZMETİ” KURAMI GELİŞTİRİLMİŞ VE YÖNETİM HUKUKU MEDENİ HUKUK DERS KİTAPLARININ YAKLAŞIMINDAN AYRILARAK KENDİ ÖZGÜN PLANINA KAVUŞMUŞTUR. İBRAHİM HAKKI PAŞA’NIN KİTABINDA GENEL KONU BAŞLIKLARI İDARİ TEŞKİLÂT, KAMU HİZMETLERİ (MANEVİ, MADDİ VE KARMA), İDARİ İCRA (ORDU VE MALİYE) BİÇİMİNDE SIRALANMAKTADIR. BU, TRAITÉ’LERİN PLANIDIR. İLK DEFA JULES MALLEİN TARAFINDAN GELİŞTİRİLMİŞTİR.

Prof. Dr. Carter Findley’in Türkiye’de Mülkiye Tarihi konulu, “*Mülkiye; Ottoman civil officialdom*” adlı kitabı 1987’de yayınlandı. Findley, Osmanlı memur sınıfının gelişmesini, bu sınıfı yetiştiren mektep olarak, Mektebi Mülkiyeyi incelemiş ve Türkiye’ye idare hukuku nasıl girdi meselesini de ele almıştır. Findley’in açıklamalarına göre, “19 yüzyıl sonu, 20 yüzyıl başlarında Osmanlı devleti memurluğunda iki anlayış vardı. Garpcılar, laikler, alafranga züppeler ve bir de iyice muta-assıplar yada islami düşünenler vs”⁹. İslami düşünceyi devlet hayatında Cevdet Paşa temsil etmekteydi. Garpcıları, Mithat Paşa. Bu arada her ikisini de idare eden Âlî Paşa’nın mevcudiyetini dikkate almak gerekiyor. Cevdet Paşa aslında *idare hukukuna lüzum yoktur* düşüncesindeydi, o zamanki Yargıtay’ın başına geçmişti. Mithat Paşa da *idarenin hukukiliği* düşüncesini savunarak o zamanki Danıştay’ın başına geçmişti. Kısaca, biri idare hukukuna lüzum vardır, diğeri de yoktur demiştir. Bu iki kişi arasındaki mücadeleyi, birbirini sevmeyen, çekemeyen iki insanın itişmesi olarak algılamamak gerekir¹⁰. Aslında birisi *ortak hukuk* (common law) sistemini savunuyor, diğeri de *yargı ikiliğini*. Bu ikilem bugün de zaman zaman ortaya çıkmaktadır.

Özetlemek gerekirse; 1)Türkiye’de idare hukukunun cevap verdiği ihtiyaç Fransa’dakine benzemez, benzediği nokta yeni bir devlet kurulmuştur ve merkezîyet fikrine ihtiyaç vardır, bu merkezîyeti koruma fikri Osmanlı’nın son döneminin siyasi endişesidir, Cumhuriyet tarafından paylaşılmıştır.

⁹ Carter Vaughn Findley, *Ottoman Civil Officialdom, A Social History*, Princeton University Press New Jersey, 399 p. (p.209: Contrasting cultural orientations)...

¹⁰ Yalçın Küçük, *Aydın Üzerine Tezler 1830-1980 Cilt 2*, Mızrak yay.İstanbul 2011, s. 130 vd: “Üç Ahmet: Mthat, Vefik, Cevdet”...

2) İdare Hukuku buna en iyi cevap veren sistemdir, yani siyasi geri planı budur, ama Fransa'daki sistem bunu yaparken, geniş ölçüde özgürlük tanıyarak ve yerel demokrasileri yaşatarak yapmıştır. 3) Bizde yerel demokrasinin yenileştirilmesi ancak 1985 sonrasında başlayabildi ve günümüzde de tamamlanmış değildir. İki sistemin karşılaştırılmasında bunlar önemli noktalar olarak görünüyor. 4) Bugün Danıştay'ın dinamik idare hukuku yaratabilmesi, idare hukukuna katkı yapabilmesi için yorum mahkemesi haline tamamen gelmesi, idari istinaf yargısının kurulması ve Danıştay'ın aynı zamanda hükümete yardımcı bir kuruluş olduğunu, eskiden yasama organının da danışmanı olduğunu düşünmek ve ona o yönde de büyük görevler vermek, oluşumunu da buna göre yeniden tasarlamak gerekir diye düşünüyorum.

SONUÇ: FR – TR KARŞILAŞTIRMASI

<p>FRANSA'DA YÖNETİM HUKUKU YÖNETİMİN ÜSTÜN YETKİLERİNİ DÜZENLER. ANCAK MERKEZİ İDARENİN BUYURMA-UYMA İLİŞKİSİNE DAYANAN ASKERLİK BENZERİ YAPISINA KARŞILIK YEREL YÖNETİMLERDE SEÇİM VE AÇIKLIK İLKELERİ GETİRİLEREK BİR DENGE SAĞLANMAYA ÇALIŞILMIŞTIR.</p>	<p>BİZDE YERİNDEN YÖNETİM, MERKEZİ İDARE İÇİNE ALINARAK SINIRLI BİR BELEDİYE UYGULAMASI ÖNGÖRÜLMÜŞ, İSTANBUL DIŞINDA DA UYGULANAMAMIŞTIR. FRANSA'DA İDARİ YARGI YEREL YÖNETİM DEMOKRASİSİNE İLİŞKİN BİR İÇTİHAT GELİŞTİRDİĞİ HALDE BİZDE İDARİ YARGI CUMHURİYET DÖNEMİNDEN ÖNCE MEMUR CEZA YARGISINDAN VE DANIŞMA/YASAMA HAZIRLIĞI İŞLEVİNDEN İBARET KALMIŞTIR.</p>
<p>BİZDE MECELLE DİNSEL HUKUK SUÇLAMASINDAN KURTULAMAMIŞ, BUNA KARŞILIK LAİK BİR ANLAYIŞA DAYANDIĞI SÖYLENEN VİLÂYAT NİZAMNAMESİ (1864) ÇIKARILMIŞ, MEMUR SINIFI DÜZENLENMİŞ, ÇAĞDAŞ YASAMA TEKNİKLERİNE UYGUN YASALAR YAPILMAYA BAŞLANMIŞTIR.</p>	<p>BU DURUM TOPLUM İLE BÜROKRASİNİN ARASINDA HİÇBİR ZAMAN YAKINLAŞMA OLMAMASINA NEDENDİR. İKİ TOPLUMSAL SİSTEM BİRBİRİNE ZIT İKİ AYRI DİL KULLANMIŞTIR. KISACA, SİVİL TOPLUM DİNİ HUKUKLA, İDARE ÇAĞDAŞ HUKUKLA YÖNETİLİR OLMUŞTUR. BU, ZAMANIN</p>

	AVRUPASI İLE ARAMIZDA EN ÖNEMLİ FARKTIR. MAHKEMELERDE DE DİNİ HUKUK-LAİK HUKUK AYRILIĞI SÖZ KONUSUDUR.
--	--

ASIL SORUN DAHA DERİNDİR. BUGÜN DE DEVAM ETMEKTEDİR. CARTER FINDLEYİN BELİRTTİĞİ GİBİ 19.YY'DA İDARİ KANUNLAR LAİK AMA MEMURLAR DİNİ KÜLTÜRLE YETİŞMEKTEDİR. NE KADAR LAİK? HAURİOU: “ <i>DR ADM. EST BASE SUR LA MORALE CATHOLIQUE</i> ”...(İdare hukuku Katolik ahlâkına dayanır).	FINDLEY: “BİR KISIM MEMURLAR İSLAM KÜLTÜRÜNÜ MEVLEVİ YAKLAŞIMI İLE BATIYA YAKLAŞTIRMAYA ÇALIŞMIŞTIR. BİR KISIM İSLAM KÜLTÜRÜNÜ REDDEDEREK İÇERİĞİNİ DOLDURAMADIKLARI BİR LAİK KÜLTÜR TAVRI BENİMSEMİŞTİR”.
--	--

FRANSA'DAKİ YÖNETSEL SİSTEME BENZER BİR YÖNETİM HUKUKUNA GİDİŞ NEDENLERİMİZ ÇOK OLMAKLA BİRLİKTE, KISACA MERKEZCİ VE TEKÇİ BİR DEVLET YAPISININ ÖNGÖRÜLMÜŞ OLMASI, MERKEZİN ÇIKARDIĞI KANUNLARIN ÜLKENİN HER YERİNDE TEK DÜZE KURALLARA VE EĞİTİME BAĞLI OLARAK YETİŞTİRİLMİŞ PERSONEL ELİYLE UYGULANMASI (MEMUR SINIFI) DEVLET ADAMLARIMIZA CAZİP GELMİŞTİR.	BİZDE İSE, KAMU KESİMİ ÇAĞDAŞ KANUNLARLA İDARE EDİLDİĞİ HALDE TOPLUM KESİMİNE YENİLEŞME GETİRİLEMEMİŞ, TOPLUMLA YÖNETİM ARASINDAKİ İLİŞKİ KOPUKLUĞU YAŞANMIŞTIR. FRANSTAN YÖNETİM HUKUKU, MEDENİ KANUN UYGULAMASININ TOPLUMSAL İLİŞKİLERDE BAŞLATTIĞI YENİLEŞMENİN KAMUSAL ALANDA İZDÜŞÜMÜ OLMUŞ, ONUNLA ETKİLEŞİM HALİNDE GELİŞMİŞ, HER İKİ SİSTEM DE ORTAK AMAÇLARLA HAREKET ETMİŞTİR.
---	--

<p>CUMHURİYET DÖNEMİNDE YÖNETİM HUKUKUMUZ ETKİN BİR YARGI (DANIŞTAY) İLE DESTEKLENMİŞ, TOPLUMSAL İLİŞKİLER DE LAİK VE ÇAĞDAŞ KANUNLARLA DÜZENLENDİĞİNDEN SİVİL-RESMİ KESİM ARASINDAKİ FARKLILIK KALKMIŞTIR. BUNUNLA BİRLİKTE ESKİ DÖNEMDEKİ DUALİSME'İN KÜLTÜREL ETKİLERİ HEP SÜRMÜŞTÜR. BU AYRI BİR İNCELEME KONUSUDUR.</p>	<p>CUMHURİYET DÖNEMİ YÖNETİM HUKUKUMUZ ANAYASALAR TARAFINDAN DÜZENLENMİŞTİR. 1961 ANAYASASINDA YÖNETİME İLİŞKİN KURALLARIN SAYISI AŞIRI BİÇİMDE ARTMIŞ, 1982 ANAYASASI'NDA İSE BU KONUDA AŞIRILIK REKORU KIRILMIŞTIR. BU ANAYASAL KURALA BAĞLAMA MERAKİ ÇOĞU KEZ İÇİNDEN ÇIKMADIĞIMIZ SORUNLARA NEDEN OLMUŞ VE OLMAKTADIR.</p>
--	--

<p>BAŞKA BİR ANLATIMLA FRANSIYAN ANAYASALARINDA YÖNETİM HUKUKUNA İLİŞKİN ANCAK TEK KELİME BULABİLİRSİNİZ. FRANSIYAN YÖNETİM HUKUKU'NUN BAŞARISI ESNEK VE İÇTİHADİ YAPISINA BAĞLI OLARAK ORTAYA ÇIKMIŞTIR. BU ÖZELLİK BİZİM YÖNETİM HUKUKUMUZDA YOKTUR.</p>	<p>ANAYASADAKİ PEK ÇOK KURALIN YANI SIRA, KANUNLARIMIZDA İDARENİN ESNEKLİĞİNİ ORTADAN KALDIRAN SAYISIZ DÜZENLEME VARDIR. KISACA TÜRK YÖNETİM HUKUKUNUN DANIŞTAY İÇTİHADINDAN ÇOK KANUNLARLA KURULDUĞUNU SÖYLEMEK GEREKİR.</p>
--	---

Ali Yaşar Yurdabak: Çok değerli sunumlarından dolayı sayın Hocamıza teşekkür ediyoruz, ikinci konuşmacımız İdare Hukukunda Yaşanan Birey Odaklı ve Usul Ağırlıklı dönüşümün Hukuk Devleti Açısından Önemi konusunu sunacaklar Sayın Hocam. Buyurun.

Turgut Tan: Teşekkür ederim Sayın Başkan,

Sayın Başkan, Değerli katılımcılar öncelikle böyle değerli bir toplantıyı düzenledikleri ve de bizlere konuşma olanağı sağladıkları için İdare Hukuku ve İlimleri Enstitüsü ile İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Başkanlığı'na teşekkürlerimi sunmak isterim. Değerli meslektaşım bir

anlamda benim konuşmama da giriş niteliğinde bazı bilgiler vermiş oldu. Benim üzerinde durmak istediğim konu şu, Anglosakson sistemiyle Kara Avrupası sistemi karşılaştırıldığında, bazen kalıplaşmış bir ifadeyle Kara Avrupası'nda İdare Hukuku var, İngiltere'de, Amerika Birleşik Devletleri'nde İdare Hukuku yok gibi yüzeysel ifadelerin kullanıldığını gördük. Halbuki bu ülkelerde de İdare Hukuku vardır. Bu ülkelerde Hukuk Devleti'nin olmadığını kimse iddia edemez. Ayrıca bizdeki içtihatlara baktığımızda genellikle Anayasa Mahkemesi kararlarında özellikle Hukuk Devleti tanımı verilirken işte kamusal işlemlerin yargısal denetime tabi olduğu sistem gibi deyimler kullanılmaktadır. Burada vurgulanmak istenen şey hep yargısal denetim. Şimdi Anglosakson sisteminde İngiltere'de, Amerika'da İdare Hukuku yok değil, İdare Hukuku var, fakat oradaki İdare Hukukuyla kara Avrupası'ndaki İdare Hukuku arasında farklılık var. Farklılık şu, değerli meslektaşım İl Han Özay'ın hocası olan Profesör Gannini'nin Roma Hukuk Fakültesi son sınıftaki derslerini izlemiştim, derdi ki, Anglosakson sisteminde hep idarenin karar almasından önceki aşama üzerinde durulur o geliştirilmeye çalışılır, buna mukabil Kara Avrupası sisteminde ise idare karar aldıktan sonra bunu nasıl denetleyebiliriz konusu üzerinde yoğunlaşılır. İki sistem arasındaki temel farklılık aslında bu gibi görünüyor. Bu ilkelerin toplumsal değerleri, kültürleri arasındaki önemli farklılıklar da gözden uzak tutulmamalıdır. Bir tarihte bir grup İdare Hukukçusu Amerika Birleşik Devletlerine gitmiş orada bir üst düzey yerel yöneticiyle konuşurken demişler ki, sizi görevden alsalar siz ne yaparsınız? Düşünmüş demiş ki bu kararı alana gidip aldığı kararın doğru olmadığını anlatırım. Peki anlattınız hiçbir şey değişmedi ne yaparsınız, bir basın toplantısı düzenlerim demiş, bunun yanlış olduğunu anlatmaya çalışırım. Basın toplantısı düzenlediniz gazetelerde yer almadı veyahut da küçük gazetelerde arka sayfalarda yer aldı. Bu sorularla bakın bizde olsa hemen yargıya gidersiniz İdari Yargı var, orada iptal davasını açarsınız demeye getirecekler. Yönetici demiş ki, onların hiç birisinden sonuç çıkmıyorsa demek ki alınmış olan karar haklı. Şimdi bir yaklaşım farklılığıdır bu ve bu yaklaşım farkı bunların sistemlerine de yansıyor. Değerli meslektaşım Akıllıoğlu İngiltere'den söz etti yine bu farklılığı anlatmak için bir örnek veriyim 76-77 de Achille Mestre'in ziyaret ettiği Cambridge'deydim. Ben bir özel evde kirada oturuyordum fakat Ankara Üniversitesi'nden bir meslektaşımız belediye evleri dedikleri evlerden birinde oturuyordu, kendisine bir gün bir mektup geldi, işte sizin oturduğunuz dairenin kirası haftada 40 pound'dan 50 pounda çıkartılacak buna eğer itirazınız varsa şu kadar süre içerisinde şuraya müracaat edin. Arkadaş da o süre içerisinde gitti oraya müracaat etti. O konutun olduğu yerde gelip inceleme yapacağız diyorlar. Hatta şu kadarını söylüyorlar sizin için hangi gün daha müsaittir diye de soruyorlar, idare bireye kendisi için uygun olan zamanı soruyor ve belli bir zamanda yerinde incelemeye geliyorlar. Arkadaş ekstra misafir

odası yok, garajı yok vesaire diye bir takım gerekçeler ileri sürüyor. Bunun üzerine tutanağı düzenleyip gidiyorlar. Gittikten sonra tekrar yazı geliyor deniyor ki işte yapılan inceleme sonunda kiranın 40 pound'dan 50 pounda değil 45 pounda yükseltilmesine karar verilmiş, buna da eğer bir itirazınız varsa şu kadar süre içerisinde filan yere müracaat edin. Tabii arkadaş da artık yeter elde ettik bir sonuç daha fazla ileri gitmeye gerek yok. Bunu şunun için söylüyorum idare karar almadan önce idarenin muhatabı olan bireyi bu karar sürecine katmazsa, yani karar alıncaya kadar kararın muhatabı olan kişi bir anda kararla karşılaşılıyor, kararlar karşılaştıktan sonra gidebileceği yer yargı oluyor. Bu tek çare olan yargıya gitmek, bir süre sonra çaresizlik haline geliyor. Neden? Çünkü tek çarenin yargıya gitmek olduğu sistemde yargı organı tıkanma noktasına geliyor dava sayısının artması karara bağlanma sürecini uzatıyor, karara bağlandıktan sonra da maalesef Türkiye'de bazı örneklerin gösterdiği gibi idarenin kararı yerine getirmesi söz konusu olmuyor, kararı uygulamıyor. Kararın uygulanmaması yönünde idari kararlar ortaya çıkıyor. Dolayısıyla çare bir anlamda çaresizlik haline geliyor. Ama yetmişli yıllardan itibaren artık özellikle Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği'nin de üye ülkelere gönderdiği tavsiye kararları sonucu idari karar sürecinin, bir başka ifadeyle söylemek gerekirse, idari usul konusunun geliştirilmeye başlandığı görülmekte ve yetmişli yıllardan itibaren çeşitli kara Avrupası ülkelerinde idari usul yasaları çıkarılmakta. Bizde de 98 yılında hatırladığım kadarıyla bir Genel İdari Usul Yasası Tasarısı hazırlandı hatta yurtdışından yabancı uzmanların gelmesiyle tartışıldı. Fakat nedense o tasarı tasarı olarak kaldı. Son görüş bildirmek üzere bize gönderilen 2008 yılına ait bir yeni idari usul kanunu tasarısı vardı; ancak o da bildiğim kadarıyla henüz parlamentoya intikal etmiş değil. Görüldüğü gibi, Kara Avrupası hukuk sisteminde de artık usule ağırlık veren bir değişiklik var; yalnız yargı denetiminin geliştirilmiş olmasının tüm sorunları çözümleyen bir formül olmadığı görüldü. Yargıdaki yükün arttığını söyledim, bir örnek veriyim: İdare Mahkemeleri konusunda belki İdare Mahkemesi Başkanımız verebilir, ama ben Danıştay'la ilgili baktığımda rakamlara 2010 yılı itibarı ile Danıştay'da bekleyen dava sayısı 172654 ve giderek her yıl dosya sayılarının arttığını görüyoruz. Dolayısıyla İngiltere örneğinde olduğu gibi artık idare sürecine katılan birey yani dinlenen, dinlendikten sonra söylediklerinden bir takım sonuçlar çıkarılıp kabul edildiğini gören birey yargıya gitmekten vazgeçiyor. Bu hem bireyi tatmin edici bir yol, hem de yargı yolumuzun tıkanmasına yol açmayan bir çözüm olarak ortaya çıkıyor. Tabii ben 70'li yıllardan itibaren Kara Avrupası'nda bu yönde gelişmenin olduğunu söyledim ama tabii çok eski tarihlerde de Kara Avrupası'nda da idari usul örnekleri var. Örneğin, 1925 yılında Avusturya'da ilk defa usul yasası yapılmış ve sonradan işte demir perdenin kalkmasından sonra da Çekoslovakya'da Polonya'da bu usul yasalarının çıkarılmasına örneklik

yapmış. Örneğin, 1925 Avusturya Yasası, İspanya'nın 1958'de yapmış olduğu yasa, bazı Latin Amerika ülkelerine de örneklik yapmış Kara Avrupası'nda modern anlamda idari usul yasalarının çıkarılması dediğim gibi 70'li yıllardan itibaren görülüyor, örneğin Almanya idari usul yasasını 1976'da yapmış 78 ve 79'da Fransa'da yasal düzenlemeler yapıldığını görüyoruz. İtalya 1990 da usul yasasını çıkarmış.

Bütün bunlara temel oluşturan gelişme, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği'nin tavsiye kararları olmuştur. Avrupa Konseyi'nin 1977'de aldığı tavsiye kararında beş tane önemli ilkenin yer aldığını görüyoruz idari usul açısından. Bunlardan biri savunma hakkı tanınması. Tabii eskiden beri bizde disiplin hukukunda bu hak zaten anayasal dayanağı bulunan bir hak olarak mevcut ama burada bu hak genişletiliyor; deniyor ki haklarını, özgürlüklerini ya da çıkarlarını zedeler nitelikteki her idari işleme karşı ilgililerin görüşlerini açıklaması, gerekiyorsa kanıt göstermeleri ve idarece işlem yapılırken bunların dikkate alınması gerekir. Savunma ilkesinden anlaşılması gereken bu, diğeri bilgi edinme hakkı. Bu savunma hakkının aslında bir parçası, siz ne ile itham ettiğinizi söylemezseniz savunma hakkı tanımanızın her hangi bir anlamı yok. Ne ile itham ettiğinizi, o ithamınıza yol açan bilgileri ve belgeleri ilgiliye vermeniz göstermeniz gerekir ki, ona göre bir savunma yapsın. Dolayısıyla ikinci önemli ilke bilgi edinme hakkı olarak ortaya çıkıyor. Burada da söylenen şey Avrupa Konseyi tavsiye kararında ilgiliye isteği üzerine karar alınmadan önce karar alınmasına yol açan ve açıklanması mümkün bütün öğeler hakkında uygun biçimde bilgi verilmesi. Biraz sonra bizim mevzuatımıza bunun nasıl yansıdığına ilişkin, bazı örnekleri vereceğim. Üçüncüsü hukuksal yardım beklentisi. İlgili idari usulde kendisine hukuki yardımcı tutabilir veya kendisini temsil ettirebilir. Dördüncüsü gerekçe gösterme zorunluluğu. Gene haklarını özgürlüklerini ve çıkarlarını zedeler nitelikte bir işlem söz konusu olduğunda ilgiliye işlemin dayandığı temeller konusunda bilgi verilmesi zorunluluğu. Nihayet sonuncu beşinci önemli ilke. Başvuru yollarının gösterilmesi. İşlem ilgiliye bildirilirken işlem metninde olağan başvuru yollarının bu işleme karşı olağan başvuru yollarının nereler olduğunu ve hangi sürelerde kullanılabileceğinin gösterilmesi. Avrupa Konseyi daha sonra özellikle idari yaptırımlara ilişkin olarak 1991 yılında bunu tamamlayıcı nitelikte tavsiye kararı da almıştı. Avrupa Birliği ise 2000 yılında Nice zirvesinde temel haklar bildirgesi içerisinde <iyi yönetim hakkı>. Bu başlık altında da diyor ki, herkesin kendisini olumsuz yönde etkileyebilecek önlemler alınmadan önce görüşlerinin dinlenmesini isteme hakkı vardır. Avrupa Konseyininine benzer bir hak. İkincisi herkesin gizliliğin meşru yararlarına ve meslek sırrına saygı göstermek kaydıyla dosyasına erişme hakkı. Nihayet üçüncüsü gerekçe gösterme yükümlülüğü.

Şimdi bu usul konusunu biraz somutlaştırarak, bireyin idareye herhangi bir karar almak üzere başvurması aşamasından başlayarak, idare-

nin karar almasına kadar olan sürecin değişik aşamalarında nasıl sorun olarak ortaya çıktığını ve bu sorunların nasıl giderilmeye çalışıldığını birkaç örnekle anlatmaya çalışacağım. İdareye yapılan başvurunun belgelendirilmesi önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Neden? Çünkü bunun, yani bildirim idareye bildirim yapılmasının belgelendirilmesinin bir kere her şeyden önce dava açma süresinin işlemeye başlaması açısından önemi var. İkincisi bir faaliyetin yerine getirilmesini engelleyebilir idarenin yanlış tutumu, Bildiğiniz gibi idarenin kolluk faaliyetlerini yerine getirmesini iki rejim söz konusu olmaktadır. Biri izin sistemi, ikincisi bildirim sistemi, yani bir faaliyetin yerine getirilmesi ve bir özgürlüğün kullanılması bakımından bazı durumlarda idareye bildirim yapılması yeterli sayılmaktadır. Fakat uygulamada baktığımızda bazen bu faaliyetin yerine getirilmesi veya özgürlüğün kullanılmasını engellemek isteyen idare, kendisine yapılan bildirim kabul etmiyor. Almayınca bildirimde bulunulmamış durumu yaratmaktadır ve bildirimde bulunulmadan faaliyetin yerine getirilmesine kalktığımız zaman hukuka aykırı hareket etmiş oluyorsunuz. Danıştay bildirim sistemini izin sistemine dönüştürdüğü gerekçesi ile bu uygulamaları hukuka aykırı saymıştır haklı olarak. Bunun üzerine yasal düzenlemelerde değişiklik yapmak yoluna gidilmiştir buna bir örnek vermek istiyorum. 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 10. maddesinde yapılan değişiklik, bu tür uygulamalara engel olmak için yani idarenin bildirim almama uygulamalarına engel olmak için getirilmiş. Diyor ki bu bildirim valilik veya kaymakamlıkça kabul edilmez veya karşılığında alındı belgesi verilmeye ise keyfiyet bir tutanakla tespit edilir bu halde noter vasıtasıyla ihbar yapılır ihbar saati bildirim verilme saati sayılır. Dolayısıyla idarenin bir faaliyeti engellemesini bu şekilde önlenmektedir. Nitekim Genel İdari Usul Kanun Tasarısının 8 maddesinde de bu bildirimlerde nasıl bir yol izleneceği gösterilmektedir. Daha sonra idari karar alma sürecinde ilgilinin katılımının sağlanması aşamasına gelmekteyiz. Bilgi alma, idareden bilgi edinme, belgelere giriş, savunma hakkı tanınması vesaire hep bu aşamada kendisini göstermektedir.

Özellikle bizim bağımsız idare otorite veya bağımsız kurullar düzenleyici kurullar adını verdiğimiz işte Sermaye Piyasası Kurulu, Rekabet Kurulu, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, RTÜK gibi bağımsız kurullar konusunda bu uygulamalar yani bu aşamada meydana gelen uygulamalar ilginç bir örnek oluşturmaktadır. Dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ulusal hukuklardaki nitelendirmeye bağlı olmaksızın, zira ulusal hukuklarda biz bağımsız idari otorite diyoruz bunlar kamu tüzel kişileri yani idarenin bütünlüğü içinde yer alan kuruluşlardır sahip oldukları önemli yaptırım yetkileri dolayısıyla bunları mahkeme olarak kabul etmiş ve dolayısıyla da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 maddesindeki adil yargılanma ilkesine uygun karar vermeleri gerektiğine hükmetmiştir. Nitekim örneğin tarafsız bir mahkeme önünde

yargılanma, adil yargılamanın bir parçası. Bunun gerek Fransa'da gerekse bizim hukukumuzda yansımaları olmuştur. Şöyle ki Rekabet Kuruluna yapılan şikayetlerde Rekabet Kurulu soruşturma açtığı zaman Rekabet Kurulu üyelerinden birinin başkanlığında Rekabet Kurulu uzmanlarından oluşan soruşturma heyeti soruşturmayı yürütüyordu. Daha sonra soruşturma heyetinin hazırladığı rapor Rekabet Kurunun önüne geliyordu ve Rekabet Kurulu karar veriyordu. Oysa, Rekabet Kurulu üyelerinden biri, demin söylediğim gibi aynı zamanda soruşturmayı yürüten heyetin başkanı. Fransa'daki bir bağımsız kurulla ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bunun tarafsızlık ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Çünkü bu kişi soruşturmayı birlikte yöneten kişidir, dolayısıyla soruşturmayı yürüten kişinin aynı zamanda gelip o soruşturma raporuna dayanarak yaptırım kararı verecek olan heyette yer alması tarafsızlık ilkesine aykırıdır demiştir. Fransa gerekli yasal düzenlemede değişiklik yapmıştır, bizim Rekabet Kurulu da kanununda değişiklik yapılmıştır, artık bundan böyle soruşturma heyetlerine kurul üyesi başkanlık yapmamaktadır. Yaptırımların önemine paralel olarak bireylere tanınan güvenceler de arttırılmıştır. Nitekim şimdi Fransız hukukunda <regülasyonun usul hukuku> adı altında yeni bir usul hukuku geliştirilmektedir. Hatta ceza hukukundaki soruşturma ve kovuşturmalarda yargıcının benzer yetkilerin bu kurullara tanındığı görülmektedir. Bir örnek vereceğim Sermaye Piyasası Kanunu 45. maddesine göre Yasa'nın 45. maddesinde birinci ve ikinci fıkra hükümleri çerçevesinde kendilerinden bilgi istenilen gerçek ve tüzel kişiler özel kanunlarda yazılı gizlilik ve sır saklama hükümlerini ileri sürerek bilgi vermektense edemezler. Yani bu gelen uzmanlara her türlü bilgi ve belgeyi vermek durumundadırlar. Denetimle görevlendirilen uzmanlar tarafından istenecek defter, evrak, dosya, kayıt ve diğer belgelerin ibraz veya teslim edilmemesi halinde ihraççılar, Sermaye Piyasası Kurumları, bunların iştirak ve kuruluşları nezdinde arama yapabilirler, arama kurulunun gerekli bir yazı ile arama kararı verdiğinin yetkili sulh ceza hakiminden talepte bulunulması üzerine sulh ceza hakiminin istenilen yerlerde arama yapılmasına karar vermesi halinde yapılabilir. Yani ceza yargıcından karar alıp kurul uzmanları gidip yerinde arama ve inceleme yapmak durumundalar. Tabi savunma hakkının tam olarak tanınabilmesi için başta da söylediğim gibi ilgililere ne ile itham edildikleri, neyle suçlandıkları konusunda gerekli bilgi ve belgelerin verilmesi, ona göre savunmalarını yapma imkanının tanınması söz konusu olmaktadır. Burada 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'dan örnek vereyim. Kurul başlattığı soruşturmaları soruşturmaya başlaması kararının verildiği tarihten itibaren 15 gün içinde ilgili taraflara bildirir ve tarafların ilk yazılı savunmalarını 30 gün içinde göndermelerini ister, taraflara tanınan ilk yazılı cevap süresinin başlayabilmesi için, kurulun bu bildirim yazısı ile birlikte iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgiyi ilgili taraflara göndermesi gereklidir. Kurulun soruşturma safhasında bu kanunu ihlal

ettiği iddia edilen kişi ve kişiler kararı etkileyebilecek her türlü bilgi ve delili her zaman kurula sunabilirler. Ayrıca düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş her türlü delilin bir nüshasının kendilerine verilmesini isteyebilirler. Kurulun elinde ne varsa suçlanmalarıyla ilgili her türlü bilginin ve belgenin örneğinin kendilerine verilmesini istemektedirler.

Genel düzenleyici işlemler açısından örneğin, İmar Kanunu'nun 8. maddesinde olduğu gibi ilan söz konusu olmaktadır. Nitekim bu kanuna sonradan eklenen ek üçüncü maddede özelleştirme programına alınmış olan kuruluşlar bakımından, imar planı yapma yetkisi özelleştirme idaresine ve Özelleştirme Yüksek Kuruluna tanınmıştır. Yüksek Kurulca onaylanarak ve Resmi Gazete'de yayımlanmak suretiyle kesinleşip bu kanunun 8. maddesinde yer alan ilan ve askıya dahil hükümlerden muaf olarak yürürlüğe girer hükmü, yani Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun yapmış olduğu imar planlarında ilan zorunluluğunu kaldırmaktadır Anayasa Mahkemesi'ne gidilmiştir, Anayasa Mahkemesi bunu şeffaflığa ve dava hakkının kullanılmasına engel olarak görmüştür. Genel idari usul tasarısında buna benzer bir takım düzenlemeler yer almaktadır, bir başka tipik örnek daha vereceğim. Bankacılık Kanunu 93. maddesi diyor ki kurumun hazırlayacağı ikincil düzenleme taslakları en az 7 gün süreyle kurumun internet sayfası başta olmak üzere uygun vasıtalarla kamuoyunun bilgisine sunulur. Yani burada da düzenleyici işlemlerin yapılmasında duyurma esası getirilmektedir. Başta değindiğim Avrupa Konseyi tavsiye kararlarında iki önemli husus var. Bir kararda gerekçenin yer alması, iki bu karara karşı gidilebilecek olan yasa yollarının ve bu yasa yollarına gidilmede uyulacak süre koşullarının gösterilmesi. Zaten bizim Anayasada da bu yönde bir değişiklik oldu. Şimdi gerekçe bakımından tabii bütün idari işlemlerde gerekçe zorunluluğu söz konusu değil; Avrupa Konseyi'nin tavsiye kararlarında da belirtildiği gibi, kişilerin haklarını özgürlüklerini ve menfaatlerini zedeler nitelikteki yani kişilerin aleyhine olan işlemlerde gerekçe gösterilmesi zorunludur. Avrupa Birliği'nden örnek alınarak çıkarılmış olan yasal düzenlemelerimiz var, orada bu gerekçe zorunluluğuna rastlıyoruz. Örnek 1611 sayılı Gümrük Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu. Bu Kamu İhale Kanunu ile ilgili olarak örnek vermek istiyorum, Kamu İhale Kanunu'nda diyor ki isteklilerin talepte bulunması halinde ihalenin iptal gerekçeleri bildirilecektir., İhale yetkilisi gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle ihale kararını iptal edebilecektir; ihale sonucunun bildiriminde değerlendirmeye alınmama veya uygun bulunmama gerekçelerine de yer verilecektir. Bugün halen yürürlükte olan biliyorsunuz 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu var. Bu Devlet İhale Kanunu yürürlükte olduğu dönemde pek çok yasal düzenleme çeşitli kamu kuruluşlarını 2886'nın dışına çıkarmıştır. Şimdi örneğin Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü'nün bir ilanından örnek vermek istiyorum bir havaalanı yapımı ile ilgili olarak, diyor

ki genel müdürlüğümüz 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na tabii olmayıp ihaleyi yapıp yapmamakta, veya kısmen ihale yapmakta, veya tercih ettiği talibe vermekte tamamen serbest olup nedenleri açıklamak mecburiyetinde değildir. Aynen ihaleden alınmış metindir yani ben istediğime veririm diyor, niye ona verdiğimin gerekçesini açıklamak zorunda değilim diye ilanında açıkça söylüyor. 4734 sayılı Yasa bu uygulamaları ortadan kaldıran bir yasal düzenleme yani gerekçe gösterme zorunluluğu getirmek suretiyle.

Son nokta kararda yer alması gereken hususlar bakımından başvurulabilecek yasa yolları ve sürelerinin gösterilmesi. 2001 yılında Anayasa'nın 40. maddesinde yapılan değişiklikle Devlet, işlemlerinde ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilerine başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır. Şimdi tabii devlet işlemlerinde dediğine göre devletin organları yürütmeden ibaret değil, yasama da var yargı da var. Yasama için böyle bir şeyin gösterilmesi söz konusu olamaz, asıl burada önemli olan idarenin yapması gerekenler. Gerçi Anayasa Mahkemesi 2004 yılında verdiği bir kararda diyor ki Anayasanın 40. maddesi 2. fıkrasıyla devlete verilen görev, yani benim okuduğum zorunlu somut olaylarda ilgili kişiler hakkında tesis edilen işlemlere karşı başvurulacak kanun yollarıyla sürelerin belirtilmesi zorunlu olup bu hususlara ilişkin olarak her yasada özel bir düzenleme yapma yükümlülüğünü içermektedir. Şimdi burada idari yargı kararlarına da konu olmuş olan iki örneğe değinerek konuşmamı tamamlamak istiyorum. Bunlardan bir tanesi idare mahkemelerinden biri sanıyorum, işlemin içerisinde gidilecek yasa yolları ve süresi gösterilmemiştir diyerek şekil yönünden işlemi iptal etmiş fakat Danıştay'a geldiğinde Danıştay eğer dava zamanında açılmışsa artık işlemde yasa yolları ve süresi gösterilmemiştir diye işlemin iptal edilmesi mümkün değildir diye kararı bozmuştur. İkinci bir uygulama bazı yasalarda yer alan genel dava açma süresi dışında özel dava açma süreleri ile ilgilidir. 15 gün veya Amme Alacakların Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da olduğu 7 gün gibi. Danıştay başvurulacak yasa yolu ve süresini gösterme yükümlülüğünün ancak genel dava açma süresi dışında özel dava açma süresi söz konusu ise o takdirde gösterilmesi zorunluluğunun kabul etmektedir. Nitekim özel dava açma süresi geçirilmiş ama dava genel dava açma süresi olan 60 günlük süre içerisinde açılmışsa bu davaları kabul etmek yoluna gitmektedir. Süre geçildi diye ret yoluna gitmemektedir. Benim idari usul açısından çok süratle genel çizgileri itibariyle söylemek istediğim bunlar. Özetle artık günümüzde idare hukuku bir usul hukuku haline gelmektedir. Yani sadece yargı denetimi ağırlıklı bir hukuk olmaktan çıkıp karar alınmasından önceki aşamalarda karar sürecinin geliştirilmesi ve ilgilinin bu sürece katılımının sağlanmasına yönelik bir takım düzenlemelerin de yer aldığı bir usul hukuku haline gelmektedir, beni dinlediğiniz için teşekkür ediyorum.

Ali Yaşar Yurdabak: Değerli sunumlarından dolayı Turgut Tan hocamıza teşekkür ediyoruz, yorulmuşsunuzdur diye 10-15 dakikalık bir mola verelim sonra değerli konuşmacı arkadaşımızı dinleriz, küçük bir ikramımız var, saat 4'te buluşmak üzere efendim bu ikinci bölümde Doktor Selami Demirkol arkadaşımız yargısal denetimi etkin kılmaya yönelik gelişmeler ve yapılması gerekenler konulu sunumunu yapacaklar.

Selami Demirkol:

Bende hepinizi saygılarımla selamlıyorum. Konuşmacılardan feyz aldım teşekkür ediyorum kendilerine. Ankara'dan teşrif edip beni onurlandıran Sayın Danıştay üyemize teşekkür ediyorum. Yine, İstanbul Üniversitesi'nin Ordinaryüs Profesör Doktor Sıddık Sami Onar İdare Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Müdürümüze, bu kutlama programına bizi yani İstanbul İdari Yargısını da düzenleyen olarak kabul ettikleri için kendilerine ayrıca teşekkür ediyorum. Bu güzide toplumun huzurunda konuşmak beni heyecanlandırıyor hatam olursa başışlarsınız. Bana verilen bilgide **“Yargısal Denetimi Etkin Kılmaya Yönelik Gelişmeler ve Yapılması Gerekenler”** ana başlığı altında bir tebliğ hazırlamam istendi. Ben bu tebliği hazırlama sürecine girdiğimde kendimce bir alt başlık buldum buna: **“Yasa ile Yapılan Monte Reformlar Yerine Hukukun Üstünlüğü İlkesinin Pratiğe Geçirilmesi Adımları”** olarak seçtim ve bunun üzerine yoğunlaştım. Ben tebliğimi sekiz başlık altında sizlere aktarmaya çalışacağım. Birinci başlıkta mahkemelerin toplumun adalet duygusunu tatmin etmesi gerektiğini, yine yargılama bariyerlerini aşan yargıç beklentisi olduğunu, yargıcın yargılama bariyerleri oluşturmaması gerektiğini, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türk Mahkemeleri'ni aşırı usulcü olarak nitelendirmesini, İnsan Hakları Mahkemesi'nin tabiri ile mahkemelerin soyut ve teorik olmaması, somut ve gerçek bir varlık göstermeleri hatta görünebilmeleri, artık hukuk devleti ilkesi değil hukukun üstünlüğü ilkesinin pratiğe geçirilmesi gerektiğini ve yine yargılama usulümüze yasal düzeyde reform girişimlerini de yedinci başlıkta aktaracağım ve son olarak da hepimizin beklentisi olan her derde deva bir idari yargı özlemimizi sizlere aktarmaya çalışacağım.

Mahkemeler, uyuşmazlıkları çözdükleri sürece saygı duyulan yerlerdir. Saygı duyulan yer olma olgusu yargıçların yargılama işlemleri ve hükümleri ile kazanılmaktadır. Hemen hemen dünyadaki bütün ülkelerde idareler hukuk dışına çıkma eğilimi taşımaktadırlar. Bu eğilimlerini ancak idari yargının varlığı ve işlerliği ile bu eğilimlerine duraksama göstermektedirler. İdari yargılamanın etkin ve yetkin olduğu ülkelerde idari yargı yerleri idarelerin bu eğilimine caydırıcı bir tablo çizmektedir. O halde idari yargılamanın idari yargıcın yargılama usul ve enstrümanlarını kullanabilmesi daha önemli bir özellik arz etmektedir. Nitekim önüne

gelen uyuşmazlık ile aktifleşen idari yargıç, idari mahkemeler, idareyi hukuk içine çekme, hukukun üstünlüğünü öğretme, kollama ve korumada artık aktif olmak durumundadır. İşte aktif roldür birinci başlığın altında belirttiğim idari yargıya idari yargılamaya ağırlık ve saygınlık kazandırma. Hepimizin bildiği gibi idari yargı yerleri pasif konumdadırlar ancak önlerine, menfaatleri ihlal edilen veyahut da hakları muhtel olanlar tarafından açılan davalar ile aktifleşebilmektedirler. Yargıçlara hukukun üstünlüğü ilkesinin uygulanmasında çok önemli görevler düşmektedir. Yargıç yargılama usulünü uygularken toplumun adalet duygusunu tatmin etmede de hukuki ve vicdani sorumluluk taşımaktadır. Usule dair incelemelerde mümkün olduğu kadar geniş yorumlama yapılmalı, sınırlayıcı yorumlar hakkın özüne dokunacak biçimde bireyin mahkemeye erişimini kısıtlamamalıdır. Sınırlamalar ancak yasal bir amaç gütmeli ve uygulanan araçlarla ulaşılmak istenilen amaç arasında makul bir orantı kurulmalıdır. Yargı yeri önüne getirilen ancak usul kurallarının katı uygulanması nedeni ile hukuka aykırı da olsa birçok işlem ve eylem yargılamadan bağışık kalabilmektedir. Yargılanmadığı için de hukuk aleminde yer bulmaktadır. Hem de idari yargının varlığına rağmen. Burada vurguladığım, hukuka uygunluğun resmini işin kolayına kaçmadan çizebilmektir. İdari otoriteye verilen icra kararı alma ve bunu gerektiğinde zor kullanarak yerine getirme ayrıcalığı çok önemli ve güçlü bir mekanizmadır. Hukuk içinde kalması beklenen idarenin bu ayrıcalığa dayanarak, hukuk üstüne çıkma eğiliminde ve pratiğinde olduğunu idari yargı yerleri önlerine gelen davalarla ilgili yargılamada görmekte, hukuka aykırılık tespitleri yapmaktadır. Yasa yapıcı, nitekim 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nu yazarken yargısal denetimin sınırını önemle ve özellikle çizmiştir. Sınırlamanın istisna olmadığı 2577 sayılı yasa 2709 kanun numaralı Anayasamıza altlık oluşturmuştur. İstisnalar adeta kural halini almıştır. Anayasayı yazanlar bu şekilde kaleme alınmış yasa ile bağışıklık aramışlardır. Doktora tezim olduğu için ayrıntılı incelediğimden rahatlıkla söylüyorum, Anayasa'da 23 madde, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda 8 madde idari yargı denetimini sınırlayıcı hükümler barındırmaktadır. Anayasa'nın 125. maddesi 5. fıkrası ve İdari Yargılama Usulü Kanunu'muzun 21. maddesi 2. fıkrası birlikte değerlendirildiğinde, yürütmenin durdurulmasına karar verici şartlar olması gerekirken bunun tam tersine adeta yürütmeyi durdurma karar verilmemesi için 5 ayrı şart oluşturulmuştur. Bu şartlar idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç ve imkansız zararların doğması, idari işlemin hukuka aykırı olması, yine hukuka aykırılığın açıkça aranılabilir olması ve bu koşulların veya değil de ve bağlacıyla birlikte gerçekleşmiş olmasının aranması ve nitekim son olarak da gerekçe gösterilmesi. Yani adeta yürütmeyi durdurma kararı verilmemesi için yazılmış bir madde. Ama idari yargıç, mahkemelerimiz, Montesquieu'nun (1689-1755) 18. yüz-

yılda söylediği yasa ölü yargıç ise diridir sözünü günümüzde adeta pratiğe indirgemektedir. Yürütmenin durdurulması savunmaya kadar kabul kararı vererek Yasa'da olmayan bir düzenlemeyi monte etmiştir. Yargıç, yargılama tekniğini kullanarak bunu yapmıştır. Nitekim Anayasa Mahkememiz de hepimizin malumu yürürlüğün durdurulması müessesesini monte ederek, yargılama tekniğini onlar da kullanarak böylesi kurumlarda toplum istediği için yargılamanın gerekliliğine inanıldığı için uygulamaya koymuştur. Yine dava açılmakla pasif konumdan aktif hale gelmiş olan idari yargı yeri ve idari yargıç hukuka uygunluğu söylemede artık tutuk olmamalı yargılama usulünü zorlamalıdır. Davacı, dava açarak yargılama kapısını çalmıştır. Yargılama kapısı aralanıp kapatılmamalı, açılmalı, açık tutulmalıdır. İdari yargıçların ilk inceleme konuları hakkında dar yorum yapmaları, birçok idari eylem ve işlemin anayasal denetime tabi tutulmalarını engellemektedir. Yargıcin kendisi yargılama bariyerleri oluşturmamalıdır. Zira, yasanın lafzına uygun yorum yöntemiyle daha ilk inceleme aşamasında dava dilekçesine birçok usule aykırılıklar bulunabilecektir. Kimi durumlarda ise dava reddedilebilecek ve hak kaybına sebebiyet verilebilecektir. Bunun açıklaması, idari yargı yerinin yargısal denetimden kaçınması pratiğidir. İlk inceleme konuları ile ilgili olarak idari yargıçların teferruata girmeleri yargısal denetimin gerçek anlamda yerine getirilmesini güçleştirmektedir. Böylesi durumlara meydan verildiği sürece yargısal denetimden kaçınılacak ve yargı yeri kendini de sınırlamış olacaktır. Burada, İngilizlerin deyimi ile judicial self restraint yani yargıç kendini sınırlama rolünü üstlenmiş olacaktır. Bu anlattıklarımı teyit eden ve Türk İdari Yargısını aşırı usulcü olarak nitelendiren İnsan Hakları Mahkemesi'nin bana göre çok önemli Mesutoğlu kararı tipik bir örnektir. 14 Ekim 1999'da Elazığ'da bir trafik kazası meydana geliyor ve başvuranların yakını hayatını kaybediyor. 3 Mart 2000'de kazaya sebep olan aracın sürücüsü hakkında ceza kovuşturması kapsamında Adli Tıp Kurumu sorumluluk kurallarını belirleyen bir bilirkişi raporu hazırlıyor. Raporda, yolların bakımından sorumlu Elazığ Belediyesi 3/8 oranında kusurlu bulunuyor. 5 Haziran 2000'de başvuranlar bilirkişi raporu uyarınca Belediye aleyhine Elazığ Asliye Hukuk Mahkemesi'ne tazminat davası açıyorlar. İşte sorunun başı burada. Nitekim 14 Kasım 2000 de Elazığ Asliye Hukuk Mahkemesi görevsizlik kararı veriyor. Başvuranların talebi üzerine dosya 21 Aralık 2000 tarihinde Malatya yetkili idare mahkemesine gönderiliyor. 11 Ocak 2001 tarihinde ara kararı ile dosyadaki eksikliklerin giderilmesi başvuranlardan istenmiş ve bu ara kararı 14 Mart 2001 tarihinde tebliğ olmuş. 2 Nisan 2001'de dava dilekçesi karşı tarafa tebliğ olmuş tekemmüle çıkarılmış ancak 12 Aralık 2001 tarihinde dava dilekçesindeki usul sakatlığı nedeniyle dosya Elazığ Asliye Hukuk Mahkemesi'ne geri gönderiliyor. Geri gönderme kararının gerekçesi, başvuruçuların doğrudan

idare mahkemesine başvurmak zorunda olduklarıdır. Yani bunun özü, niye direkt idare mahkemesine dava açmadınız, Elazığ Asliye Hukuk Mahkemesi'ne bu davayı açtınız? Bu karar 2 Haziran 2003'te Danıştay'da temyiz olunmuş, 18 Haziran 2004 tarihinde de karar düzeltme talebi reddedilerek kesinleşmiştir. Bilahare başvuranların idare mahkemesince öngörülen usule uygun olarak idare mahkemesinde açılan dava ise haliyle süre yönünden reddedilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne başvuru olarak geliyor ve mahkeme tereddütsüz başvuruyu kabul ediyor. Başvuranlar, Sözleşme'nin 6. maddesi 1. fıkrasına dayanarak usulden, yani adil olmayan yargılama usulünden şikayetçi olmuşlardır. 6. maddenin 1. fıkrasının ihlalini belirtiyorlar. Yine, başvuran iç yargı makamlarının davalarının esasının incelenmesi olanağının adalete aykırı olarak ellerinden alındığını ve mahkemeye başvurma haklarını ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi iç mevzuatta en başta yorumlayacak olanın ulusal makamlar ve özellikle mahkemeler olduğunu hatırlatıyor yaptığı incelemede. Kendi rolünün, ulusal mahkemelerce yapılan yorumun sonuçlarının sözleşme hükümleriyle bağdaşıp bağdaşmadığını doğrulamaktan ibaret olduğunu vurguluyor ve başvurana uygulanan sınırlamaların hakkın özüne dokunacak biçimde bireyin, açık başvuru hakkını kısıtlamamalıdır yorumunu yapıyor. Yine eğer başvuru hakkı yasal koşullara tabi olacaksa mahkemeler usul kurallarını uygularken hem usuldeki hakkaniyete zarar verecek bir aşırı usulcülüğün hem de yasalar tarafından belirlenmiş usul koşullarının ortadan kaldırmaya varacak bir aşırı esnekliğin önüne geçmek zorundadır demiştir.

Diğer başlık altında göreceğimiz hukukun üstünlüğü ilkesinin yani caselaw birey odaklı yargılamanın gereği artık kendini hissettirmeye başlıyor. İnsan Hakları Mahkemesi sonuç olarak, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 9. maddesinin son derece dar uygulanması ile Türk İdari Yargı makamlarının bir aşırı usulcülük içine düşerek başvuru haklarının mahkemeye başvuru hakkından ve böylece sözleşmenin 6/1. maddesi anlamında adil yargılanma hakkından yoksun bırakmış olduklarına karar vermiştir. Mahkemelere yapılacak başvuru için uyulacak işlemlere ve sürelerle ilişkin düzenleme adaletin iyi yönetimini ve özellikle hukuki güvenliğe saygıyı sağlamaya yönelik olması gerektiği belirtilmiştir. Mahkemelere başvuru için öngörülen sınırlamalar hakkın özüne dokunacak biçimde bireyin açık başvuru hakkını kısıtlamamalıdır yorumunu mahkemenin diğer kararlarında da görmekteyiz. Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 2007 yılı rakamları elimde. Karara bağladığı 1503 davadan 331'i Türkiye hakkında. Yani her 5 karardan biri Türkiye ile ilgiliydi. Karara bağlanan 331 davadan 319 unda Sözleşme'nin en az

bir maddesinin ihlaline karar verilmiş olduğunu görüyoruz ve yine bu 319 ihlalden neredeyse 2/3 ü oranındaki 194 kez 6. maddenin ihlaline tanık oluyoruz. Bu şekilde de Türk Mahkemeleri'ne gözler çevriliyor. Etkili ve adil bir yargılama sürecinden söz edilebilmesi için öncelikle bireylerin yargı organından beklentilerinin tatmin edilebilmesinin sağlanması gerektiğini İnsan Hakları Mahkemesi vurgulamaktadır. Nitekim benim seçtiklerim örneklerden Delcourt / Belçika'ya karşı kararında (17 Ocak 1970 tarihli) Sözleşme bağlamında demokratik toplumlarda adaletin hakkaniyete uygun olarak yerine getirilmesi hakkının çok önemli bir yere sahip olduğu ve kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanmaması gerektiği vurgulanmış, yine Henings / Almanya ve Philips / Yunanistan kararında mahkeme teorik ve teorik özgürlük vermekten ziyade gerçek somut ve fiilen kullanılabilir güvence sağlamalıdır demektedir. Academy Trading / Yunanistan kararında da mahkemenin bir merci olarak varlığı, topluma verdiği güven duygusu ile doğru orantılı soyut ve teorik olmaması, somut ve gerçek bir varlık göstermesi gerektiği belirtilmektedir. Yine Delcourt / Belçika kararında adaletin yerine getirilmesi yetmez aynı zamanda yerine getirildiğinin görülmesi de lazımdır. Yine İnsan Hakları Mahkemesi, kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenim yani hak arayanlara güven veren bir görünüme sahip olunması tarafsızlığı sağlamak için alınmış bulunan tedbirlerin organın tarafsızlığı konusunda makul her türlü şüpheyi ortadan kaldırır nitelikli olması da objektif taraflılık olarak tanımlanmıştır. Sağolsun Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı'ndan Dr.Gülay Aslan Öncü de burada. İnsan hakları kürsüsünden, kendisinden de yardım istemiştin. İnsan Hakları Mahkemesi'nin aşırı usulcü nitelendirmelerini araştırmış. Sayın Gülay bana bir tane Yunanistan ile ilgili karar buldu, orada şöyle diyor: Katolik Kilisesi'nin bir tüzel kişiliği olmadığı bu nedenle dava açma yetkisine sahip bulunmadığı gerekçesi ile başvuru iç hukukta reddediliyor. Konu İnsan Hakları Mahkemesi'ne taşınmıyor. Bu başvuruda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; söz konusu basit formalitelerin yerine getirilmemesinin cezalandırılmasının başvuru- rucunun mahkemeye başvurma hakkının özünü zedelediği ve dolayısıyla da İnsan Hakları Sözleşmesi 6/1' in ihlal edildiği kanısına varmıştır. Bu çok önemli. Bizde böyle bir şey olamaz. İnsan Hakları Mahkemesi İspanya ile ilgili bir kararında diyor ki, temyiz başvurusunun 3 günlük temyiz süresi aşıldığı gerekçesi ile reddedilmesi konusu İnsan Hakları Mahkemesi'ne taşınmıyor, yani temyiz süresini 3 gün kaçırmış, bizde bir gün bile olmaz İnsan Hakları Mahkemesi diyor ki somut olaylar bir usuli kuralın 3 günün hak düşümü süresi böylesine katı bir şekilde uygulanmış

olmasının başvuru hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Katı yorumlanmaması gerektiğini bir çok kararda görüyoruz. Yine benden önceki konuşmacılarımız sayın hocalarımızın da vurguladığı birey odaklı yargılanma. Benim bu başlık altında anlatacağım hususlar ise, bir yanda bireyi birincil alan ve bireyden kalkılarak devlete varılan Hukukun Üstünlüğü ilkesi ki bu Anglosakson ülkelerine uygulanmakta ve bu ülkelerde mahkemeler caselaw yani somut olaylarla emsal kararlardan hareketle uyuşmazlıkları çözmekte. Diğer yanda ise devleti birincil alan ve devletten kalkılarak bireye varılan hukuk devleti ilkesi. Kara Avrupası ülkelerinde uygulanmakta yani kanuna uygunluk sağlanmakta buradan hareketle uyuşmazlıkları çözmektedirler. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi deminki içtihatlarından da çıkarabileceğimiz gibi hukukun üstünlüğü ilkesi ve caselaw pratikleri içtihat oluşturmakta. Biz ise devlet olarak hukuk devleti ilkesi pratikleriyle inatlaşmaktayız ve halihazırda bir direnç sergilemekteyiz. Sert çekirdekli bir yapımız var kırılmamak için reaksiyon gösteriyor. Yine hepimizin bildiği 15 Ocak 1989 tarihli Viyana Belgesinde, Viyana toplantısına katılan devletler iç hukuklarını ve eylemlerini, pratiklerini, taraf oldukları milletlerarası antlaşmalar ve 1 Ağustos 1975 tarihli Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı nihai belgesi uyarınca izlenim ve toplantılarını kararlarla uyumlu hale sokmak taahhüdünde bulmuşlardır. Biz de yoğun bir uğraşı içindeyiz bununla ilgili olarak, bunun anlamı, bundan böyle insan hakları ve temel hürriyetleri ile ilgili hiçbir konunun sadece bir iç hukuk sorunu olarak görülemeyeceğidir. Yine 29 Haziran 1990 tarihli Copenhaque Belgesi fert merkezli pülüralist demokrasi ve hukukun üstünlüğü anlayışı ile Avrupa ortak hukuk mekanı ve Avrupa demokratik mekanına önemli bir katkı sunmaktadır, sunmuştur. Copenhaque Belgesinde düzenlenen İnsan Hakları Kataloğunun 2. maddesinde artık hukuk devleti formülünden ziyade insan kimliğinin üstün değeri anlayışını kurumsallaştıran hukukun üstünlüğü formülü getirilmiştir. Bunun da anlamı Avrupa ortak mekanında hukuk devletten kalkılarak değil artık fertten kalkılarak düşünülecektir. Hukukun üstünlüğü ilkesi İngiliz anayasa ve idare hukukçusu Albert Van Dicy tarafından hukuk önünde eşitlik keyfi idare olmaması herkesin aynı yargı yerlerinde aynı hukuka tabi olması kavramlarıyla açıklanmıştır. Şimdi yasa koyucu yoğun bir uğraşı içerisinde en son bildiğimiz kadarıyla bir paket hazırlanıyor. Bu paketlerden birisi de 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve kanun tasarısı, burada bizi ilgilendiren idari yargıyla ilgili olan bölge idare mahkemelerinin oluşumu ve

oradaki heyetlerin teşekkülü konusunda bir düzenlenme gündemde. İki ayrı kurum olarak çalışılması. İki'den daha fazla kurul halinde çalışılabileceği öngörülüyor. Yine tek hakim sınırı 9.230 TL olarak uyguluyoruz yeniden değerlendirme oranından hareketle bu rakama ulaştı, 50.000 e çıkartılıyor. İnsan Hakları Mahkemesi bunu çok yoğun bir şekilde eleştiriyordu, Danıştay savcısının düşüncesinin taraflara tebliğ edilememesini silahların eşitliği ilkesine aykırı buluyordu. Bununda taraflara tebliğ edileceği ve 15 gün içerisinde tarafların cevap hakkının olacağı öngörülüyor. Yine idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinde tek hakimle görülen davalarda bilgi ve belgelerin istenmesi yani ara karar yapılmasını tek hakim de yapabileceğini heyette görüşülmeden kendisi gerek görüyorsa heyetli dosyalar için de yapabileceği belirtiliyor. Dosyaların süratli bir şekilde karara bağlanması için yine uygulanmakla etkisi tükenen olan idari işlemlerin ki burası önemli az önce anlattığım başlıkla ilgili idari işlemlerin yürütülmesi 2577 sayılı Kanun'un 27'inci maddesi 2. fıkrası hüküm çerçevesinde yeni bir karar verilinceye kadar savunma alınmadan durdurulabilir ki bu halihazırda yasada yoktur. Yine karar düzeltme dilekçesinin Daire üyelerinden biri tarafından inceleneceği ve kabul edilemez kararının verilebileceği yeniliklerini getirilmektedir. Yine bunlarla beraber bence olması gereken bu zaten Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Elektrik Piyasası Kanunu, Şeker Kanunu, Doğalgaz Piyasası Kanunu, Petrol Piyasası Kanunu, Sıvılaştırılmış Petrol Gazları Piyasası Kanunu, Matbaacılık Kanunu, Elektronik Haberleşme Kanunu ve diğer bir kanun da Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararname uyarınca verilen idari yaptırım kararlarına karşı idari yargı yerlerinde idare mahkemelerinde dava açılabilirliği, yine bu tasarı meclise götürülme aşamasında, ancak yürürlüğe girmiş olan 659 sayılı Kanun Hükümünde Kararname'de ise 12. maddede idari uyuşmazlıkların sulh yoluyla halli ve vazgeçme yetkileri başlıklı bir düzenleme getirilmiş bunda da idari işlemler dolayısı ile haklarının ihlal edildiğini iddia edenler idareye başvurarak, uğramış oldukları zararların sulh yoluyla giderilmesini dava açılması süresi içerisinde isteyebilirler. Yani bu bizim klasik 13. maddemizin bir genişletilmiş. İdari eylemler nedeniyle hakları ihlal edilenlerce idari dava açmadan önce 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu 13. maddesinin 1. fıkrası uyarınca yapılan başvurularda sulh başvurusu olarak kabul edilir ve bu maddede yer alan hükümler çerçevesince incelenir denmiştir. Yani bu ne demek, yargıya başvurmadan önce, sulh yoluyla bir çözüm getirilebilir mi? Onu öngörüyor. Yine basından

duyduğumu aktarıyorum, hakimlerin verdikleri kararlarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına ve Sözleşme'ye uygunluk aranılacağı ve bunun hakimlerin performanslarının değerlendirilmesinde ölçüt alınacağı. Önemli ve olması gereken bir gelişme. Ayrıca yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru yapılmadan önce Danıştay, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi üyelerinden oluşan bir karma komisyonun incelenmesine tabi tutulacağı yani Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gitmeden önce komisyona başvuruların götürüleceği ve onların incelemesinin ardından ayrıntılarını çok iyi bilmiyorum tahminen söyleyebilirim onlar belki sulh yoluyla anlaşılabilir başvurunun İnsan Hakları Mahkemesine taşınması engellenebilir ki sayı çok yüksek bunun azaltılması düşünülmekte, böyle bir çalışma var. Ben bitirirken şunu ifade etmek isterim bunu daha önceki konuşmalarımda dile getirdim çok da seviyorum, Bilge Konfiçyus öğrencileriyle Tha-i Dağı'nın eteklerinde yürürken ders anlatıyormuş şehir dışına çıkmışlar ormanlık bir yere varmışlar yaşlı bir kadını ağlarken görmüşler neden ağladığını sormuş Konfiçyus, yaşlı kadına, yaşlı kadın buralarda bir canavar var, kaynımı parçaladı, oğlumu ve eşimi yedi diyerek başına gelenleri anlatmış. Bilge adam iyi de demiş sen buradan korkmuyor musun burası ıssız bir yer şehre gitsene dediğinde, şehirde devlet var demiş yaşlı kadın. İşte biz idari yargıçlar böylesi zor bir uğraşı içerisindeyiz. Devlet birey barışıklığını test etmedir yaptığımız hukukun ne olduğunu söyleme bağlamında. Yapılması gereken ise Sayın İl Han Özay Hocam burada ondan alıntı Amerikalı bilim adamı Bernard Shwartz'ın Administrative Law adlı idare hukuku kitabında, idari yargı sistemi için kullandığı a general remedy - her derde deva deyimini idari yargı için hayata geçirmemizdir. Bizden de beklenen budur, bu doğrultuda üzerimize düşeni yapmaya çalışıyoruz. Ben, beni sabırla dinlediğiniz için teşekkür ediyorum, soru cevap bölümünde de daha ayrıntılı konuşuruz. Saygılarımla.

Ali Yaşar Yurdabak: Değerli sunumlarından dolayı arkadaşımıza teşekkür ediyoruz, Sayın hocam sanıyorum bir ek olmak üzere bir iki dakikamızı istedi, Hocam buyurun lütfen.

Tekin Akıllıoğlu: Ülkü Azrak Armağan'ındaki yazımda belirtmiřtim¹¹, İYUK'nda telifisi imkansız zarar, açıkça kanuna aykırılık, kararın gerekçeli yazılması biçiminde üç şart konmuştur. *Telifisi imkansız zarar* sözünün, dil ve mantık kurallarına uymadığını düşünüyorum. Bunun yerine *ödenebilecek boyut* ayrımı yapmak daha doğru görünmektedir. Tazminat hukukunda normal olarak zararlar, bireysel boyutta ve ödenebilir zararlardır. Ödenebilir türden zarar-büyük zarar idare hukukunda yaygın doğal afetlerde olduğu gibi herkesin zarar görmesi halinde devletin bunu ödeyebilir mi meselesi vardır. Ancak meclis telifi kanunu çıkararak, altından kalkılabilirse öder. İdare hukuku içtihadında genel zarar olduğunda, herkesin karşılama zorunluluğu, herkesin başına gelen şey zaten paylaşılmıştır, biçiminde bir anlayış vardır. Birçok durumda zarar çok büyüktür, zaten ödenemez. İdari yargıda ödenemeyecek zarar meselesinde sorumluluk sınırları tayin edilirken, zararın bir kişinin omzuna yüklenmemesi düşüncesini dikkate almıştır. Herkesle beraber meydana gelen zarara tahammül gerektiği düşünölmüştür. Telifisi imkansız olan zarar değil eski hale iade veya aynen ifanın mümkün olmadığı hallerdir. Eski Roma hukukunda *restitutio in integrum* mümkün değilse iade ödevi, tazminata dönüşür. Bu, önemli aynen ifa imkansız ve manevi değer de söz konusu olacak. Kanunumuz durdurmaya, birlikte tahakkuku aranan üç koşul getirerek hukuki düşünce de inceliği yok etmiştir. Telifisi imkansız zarar, tazminat hukukuna göre yoktur, her zarar iyi kötü tazmin edilir, tatmin edicidir veya değildir o başka. İkincisi, *kanuna açıkça aykırılık* koşulu da mantığa aykırı, kanuna açıkça aykırı olduğu belliyse hakim in zaten iptal kararı vermesi gerekir, durdurma yerine. Kanunumuzun mutlaka değiştirilmesi gerekir, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tedbir kararlarında “*dava şu aşamada çok çetin hukuk sorunları içerdiğinden yürütmenin durdurulmasına karar verilmiştir*” deniliyor. Burada bir gerekçe yok, *durumun ciddiyeti* varsayımına dayanılıyor. *şu anda çetin sorunlar var, tedbir almalıyım*, diye düşünölüyor. Çok teşekkür ederim.

Ali Yaşar Yurdabak: Estağfurullah hocam.

¹¹ Tekin Akıllıoğlu, “Yönetmel Yargı Yönteminin Doğru Yargılama İlkesine Göre Yeniden Okunması...”, Ali Ülkü Azrak 75. Yaş Armağanı, (Haz.N.ř.Sayhan-Y.Karlıklı), İstanbul Çizgi Basım Yayın Ltd, 2008, s. 7-16.

Vaktimiz bitti ama ben burada ufak bir anekdotumu anlatmak istiyorum, sanıyorum bakış açımızla ilgili olaylara, hukuka bakış açımız önem arz ediyor burada, yurtdışına göndermişti devletimiz beni bilgi ve öngörümüzün artırılması amacıyla, orada bizim muadili işte Danıştay başkan yardımcısı bize konuyu anlatıyor idi, bir dava tabi bu pratik de olsun diye; bir havaalanı varmış zaten o şehirde bir havaalanı ikinci bir havaalanı kurulması için çalışmalar başlamış idare böyle bir çalışma başlatmış, fakat yaklaşık bine yakın dava açılmıştı. Tabii gerekli incelemelerini yaptıktan sonra Danıştay bir karar vermiş ve bu karar da aynen benim aklımda kaldığı şekliyle şöyleydi: Evet bu ülkenin üstün yararı için bu havaalanına ihtiyaç var ancak hemen bizim gibi iptal etmiyor en başa döndürmüyor yani işlemi, böyle bir havaalanına ihtiyaç var bu şekilde bunun kurulması gerekiyor ancak diyor ve başlıyor; şunları şunları şunları şunları da yerine getirdiğiniz takdirde diye idare diyor tabi teferuat değil ama ben kısa kesmek için bu şekilde bitirmek istiyorum. Ben dayanamadım tabi dedim acaba bunları bunları bunları bu şartları yerine getirmese ne olur idareyi nasıl takip edersiniz, bir savcılık müessesesi mi var yoksa başka bir organınız mı var takibi nasıldır dedim. Danıştay başkan yardımcısı benim yüzüme öyle bir baktı ki, ben dedim acaba çok abes bir soru mu sordum. Tabii benim mantığım benim havsalam belli bir yere kadardı, ben dedi 32 yıllık yargıcım böyle bir şeyle karşılaşmadım, verdiğimiz idari yargının veya mahkemelerin verdiği bir kararın uygulanmaması diye bir durumla karşılaşmadım onun için de cevap da veremiyorum kusura bakmayın dedi, ben alacağımı almıştım. Evet süremiz doldu ama teknik arıza nedeniyle ve molamızın da biraz uzun sürmesi nedeniyle süreyi de biraz erken doldurmuş olduk, tabi kafalarımızda birkaç soru olabilir. Biz sizlerin de kıymetli vakitlerini almamak adına değerli hocalarımıza, konuşmacılarımıza sormak istediğiniz sorular varsa lütfen buyurun.

Ali Yaşar Yurdabak: Sayın Hocam, buyurun.

Aydın Gülan: Ben konuşmaları açmak için, çünkü genel bir konuşmaya ihtiyaç oluyor biraz esprili bir şey söylemek istedim Selami Bey'in slaytının zeminde görünen terazi tam dengede durmuyor, acaba özel bir durum var mı?

Ali Yaşar Yurdabak: Hocam bu kadar konuşmaya rağmen eğik duruyor öyle mi? Teşekkür ediyoruz hocam.

Ali Yaşar Yurdabak: Buyurun.

Katılımcı: Adil yargılama konusunda bu temyiz süresinin getirilmiş olması benim ilgimi çekti yani o zaman temyiz süresi geçirilen bütün davalar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gider işi kurtarır, hem de süreyi uzatırlar o şekilde yani birtakım şeyler yaratır insanlar bazı ceza davalarında özellikle, yani bu nasıl bir şey, ne kadar süre 3 gün mü, 5 gün mü, 7 gün mü hangisi adildir? Bu benim başından beri merak ettiğim bir konu?

Yine önüne gelen başvurularda mutlak bir denetim yapmıyor olayın cevherine özüne iniyor ve bundan hareketle sözleşmenin ilgili maddelerinin ihlal edilip edilmediği tespitini yapıyor ve şimdi yine bunu yaparken de başvuranın neyi yitirdiğine bakıyor yani böyle uygulayacak üç gün beş gün geçerse sorun yok İnsan Hakları Mahkemesi bunu kabul eder. İdare hukuku meselemiz sayar diyemiyoruz bunu bu davada söylüyorum o yüzden bunu içtihat olarak değil, bu dava da yine burada vurgu ne 3 günlük süreye çok takılmayın siz ne diyor onu ben az önce okudum, tekrar okuyorum; somut olayda diyor yine bakın somut olayda bir usuli kuralın ki burada üç günlük hak düşümü süresi böylesine diyor katı bir şekilde uygulanmış olmasının başvurucunun diyor İnsan Hakları tarafındaki mahkeme başvuru hakkını zedeler, zedelemektedir diyor yani bunu her somut olayda ayrı bir yorum getirebiliyoruz niye işte mesela diğerlerine takılalım o zaman birinci şartmış dava açma için tüzel kişiliğe sahip olmak, oysa Katolik Kilisesinin böyle bir tüzel kişiliği yok ama iç hukukta böyle bir öngörü var yasal mevzuat açısından, ama İnsan Hakları Mahkemesi sen diyor bunu bu şekilde katı uygulama diyor yorumlama diyor bunu geniş yorumla diyor bakalım bu davanın özünde haklılar mı haksızlar mı onun ayırımına gir onun tespitini yapmaya çalış bununla ilgili bir sürü şey var.

Ali Yaşar Yurdabak: Evet herhalde usul önemli ama esasın da önüne geçmemeli demek istedi herhalde, bunun birlikteliğini, eşitliğini nasıl sağlayacağız zor da birşey şimdilik bakalım izleyeceğiz.

Evet buyurun.

Katılımcı: Turgut Tan hocamıza sormak istiyorum idarenin işlem tesisi anında ilgililerin katılımından gelişmelerden söz etti bir konuda bunun Türkiye'deki uygulamasının olabildiğini düşünüyor musunuz? İdare ajanlarının pasif, korkak, insiyatif kullanmaktan uzak davranışlarının, sorumluluklarının yanı sıra yetkilerini kullanmaktaki çekimser tavırlarının buna izin vereceğini düşünüyor musunuz? Sorum bu yönde.

Turgut Tan: Bu konuda tabii baştan bir şey söylemek pek mümkün değil ama sizin ileri sürdüğünüz duraksamalara ben de katılıyorum şahsen ileri sürüyorum yani doğrudur bunları tam olarak uygulamaya bazı engeller olacağı düşünüyorum.

Yani bir ideal olarak şunu söylemek istiyorum, bırakın hazırlık aşamasını, işlem tesisi aşamasını benim uygulamada yaklaşık 20 yılım geçti, gördüğüm şu idare mahkeme kararlarını bile çoğu zaman uygulanırken çekimser davranıyor yani sonuna kadar direniyor, yani mesela en basitinden bugünkü küçük bir şeyi aktarayım, ben vergi mahkemesinde görev yapıyorum idare ihbarname tenzil etmiş bir mudi hakkında edemiyor usulüne uygun olarak bulamadığı için ve ne diyor usulüne uygun olarak bulunamadığı için ilan ettim diyor arkasından da alacak kesinleşti diye altını çize çize ilan ediyor, o aşamada vatandaş malum 6111 sayılı Yasa'dan yararlanarak gidiyor borcu ilgili koşullarda ödüyor bitti. Bu geçerli 2011 yılında oluyor, borç bittikten sonra bu sefer idare vatandaşı yakalıyor normal yollarla tebliğ ediyor aynı ihbarnameyi ilan eden tebliğ ettiği ihbarnameyi normal tebliğ ediyor, vatandaş ödediği borçla ilgili eline ihbarname gelince haklı olarak idareye başvuruyor ve de hayır biz bunu kaldırmayız diyor. Bize dava açtı şimdi bu safhada biz idareye soruyoruz borç ihbarnameye ilan eden tebliğ edildi normal tebliğden önce de ödendi. Şu aşamada siz bu yeni tebliğ ettiğiniz ihbarnameyi kaldırdınız mı? Hayır diyor ihbarnameyi biz kaldıramayız ama diyor davacı borcunu ödediği için borç da yok ortada ama bizim işlerimiz hala ayakta biz bunu geri de almıyoruz diyor düşünebiliyor musunuz buradaki çelişkiyi, yani en ufak bir olayda bile idare mahkeme bir karar verinceye kadar kesinlikle insiyatif kullanmak istemiyor gidin mahkemeden bize bir karar getirin anlayışı hakim, dolayısıyla da ben şahsi fikrim şu andaki idare ajanlarının yapısı itibarıyla ben imkanı olmadığını düşünüyorum, yani işleme katılma anlamında bırakın mahkeme kararlarını uygulamayı işleme katılma anlamında Türkiye'de en azından şu anda hazır değiliz.

Turgut Tan: Doğru sizin verdiğiniz örnek bir başka örneği anımsattı bana.

Katılımcı: Yüzlerce yüzlerce bizde.

Turgut Tan: Mesela Türkiye Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsündeki kamu yönetimi uzmanlığı programına Türkiye'nin pek çok yerinden gelen kamu görevlileri var, şimdi bunlara yolluk ödenecek mi? Ödenmeyecek mi? Gidiyor bir tanesi dava açıyor ve davayı kazanıyor ödenmesi gerekiyor diye. Onun üzerine şimdi normal bir idarede diyelim diğer aynı durumda bulunan kamu görevlileri o kararın örneğini dilekçelerine ekleyerek, bakın Amme İdaresi Enstitüsü programına katılmaya gidenlere işte yargı kararıyla yolluk verilmesi gerektiği ortaya çıktı bana da verin.

Hayır siz de karar getirin. Ne oluyor ondan sonra mahkemede formül kararlar hazırlanıyor sadece işte davacının adı açık ama kararın esası aynı, bu ama meşgul ediyor yargıyı. Bu tipik bir insiyatif sahibi olmaktan kaynaklanıyor ki korkacak da bir şey yok, yargı kararı netice itibariyle dayanılan şey, maalesef böyle.

Katılımcı: Hatta bizim olayımızda borç da yok ortada ya bunu da söylüyor yani bunu da açıklayamıyor işlem de hayatta.

Değindiğim bir hususu daha söz almışken belirtiyim yani belki idari yargı usulü ile ilgili ben idari yargıda çok uzun süre geçtikten sonra kararların uygulanmasında idare isteksiz değil idare istekli fakat aradan geçen süre içerisinde maddi ve hukuki olaylardaki değişme sonucu uygulamada sorunlar çıkan durumlar oluyor, belki idari yargıda tedbir kararlarının geliştirilmesine yarar olduğunu düşünüyorum, bu tip sonuçların ortaya çıkmasına engel olmak bakımından, mesela 4734 sayılı bu yeni Kamu İhale Kanunu bir miktar bunu engeller nitelikte, yani Kamu İhale Kurumu'na gitmeyi zorunlu bir başvuru unsuru olarak görüyor ki hukuka aykırılıklar kısa bir süre içerisinde sona ersin, ondan sonra artık sözleşme imzalanıp da uygulamaya geçirdikten sonra bir yargı kararı gelmesin diye, bir diğer küçük husus idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez anlamını açıklığa kavuşturmak lazım, bu sanıyorum vergi uyuşmazlıklarında diğerlerine göre daha fazla kendisini gösteren bir durum, şimdi para cezası vermiş, diyelim ki bu düzenleyici kurumlardan biri, para cezasını orantısızlık var diye veyahut

da hafifletici nedenler dikkate alınmadan verildi diye iptal ediyor idari yargı. Şimdi bu kararı uygulamak zorunda olan idare ne yapacak yani hafifletici nedenler dikkate alınmamış, yani daha düşük bir para cezası verilmesi. Demek ki idari yargıcının kafasında bu para cezasının ne olması gerektiği konusunda bir fikir var bu kararı verdiği göre, niçin idari yargıcı bu para cezasının ne olduğunu söyleyemesin, bunu söylemesi lazım, vergi bakımından da sorunlar var ortada uyumsuzlukları açısından bu bir sorun, bunu söylemedi idare tekrar uyguluyorum diye bir miktara karar verdi buna karşı gidildiğinde bunun sonu yok yani dolayısıyla ama mesela bazı idari yargı kararlarında onu artık biz idareye yol gösterici idari eylem ve işlem niteliğinde karar değil de idareye yol gösterici karar diyerek yorumlamaya çalışıyoruz. Diyor ki mesela kınama cezası verilmesi gerekirken aylıktan kesme cezası verildiğinden işte hukuka aykırıdır. Orada idareye hangi kararı vermesi gerektiği konusunda bir ışık tutuyor, ama bu da bir uygulamanın sorunu yani idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez meselesi teşekkürler.

Selami Demirkol: Şimdi ben demin söyledim anayasayı yapanlar kusur aramışlar anayasaya aykırılığı iddia edilemesin diye bu kadar güzel oturtmuşlar ki şimdi deniliyor yeniden denetim yapamazlar idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı veremezler yani çift dikiş atmış bir kere yerindelik denetimi bir korkuluk rahmetli Bakır Çağlar hocanın deyimidir bu idare yargıç için getirilmiş olan bir korkuluktur, yargıç çekinsin, girmesin, kenarda dursun. Yani bu bizim vergi mahkemelerimizde aşmakta, ben buna çok ben de çalıştım vergi mahkemelerinde biz bunu aşıyoruz. İşte eskiden vardı şeklinde söylüyorum, kusur cezası verebilirsin, kaçakçı cezası verme diyerekten, idare mahkemeleri duraksıyoruz gerçekten ve gerekli denetimi yapıyor muyuz, yapacak mıyız, yaptık mı sonuçta haklı sebeplerimiz var, bazen korku duvarını aşmak gerekir diye de düşünüyorum.

Ali Yaşar Yurdabak: Buyurun.

Tayfun Aktaş (Avukat): Birkaç sorum var kısa kısa olduğu için hızlıca sorayım. Birincisi sayın Tekin Akıllıoğlu Hocamın asıl tebliğ konusu olmakla beraber sayın Turgut Tan Hocamızın da katkıda bulunarak anglosakson hukukuyla kara hukuku arasında belirgin bir fark ortaya koymuşlardır teşekkür ediyorum. Sayın hocamın Turgut Tan Hocamın güzel bir açıklaması vardı. Anglosakson hukukunda idari yargı yok değildir, vardır, adli yargı içinde fakat yargılama yine yapılıyor aradaki fark budur esas itibarıyla dedi ve anglosakson hukukundaki temel özellik idarenin yapmış olduğu işlemler sırasında, bireyle karşı karşıya gelip müzakere etmesini kolaylaştırmak ve yargıya gitmeyi azaltmayla yapıldı. Bizde ise uzun yıllardır Adalet Bakanlığı sitesinde de var Başbakanlık'ta da vardı bir ara, Genel İdare Usul Yasası tasarısı bildim bileli uzun yıllardır var, neden bu yasa çıkartılmaz, yani bunun bir anlamı var mıdır? Bunu öğrenmek istiyorum kısa bir cevap olsun diye hemen siz sayın başkanım verebilirsiniz, ikinci bir soru ise İdari yargıcın Sayın Selami Bey'i ben uzun yıllardır izliyorum, konuşmalarını da takip ediyorum çok cesur ve hukuku da bilen bir yargıç olarak ben de bir şeyi vardır, kendisine özellikle bir şey sormak istiyorum. İdari Yargıcın şu yetkisi var mıdır? Bir soru soracağım, bir kanun var Kabahatler Kanunu. Kabahatler Kanunu'nda iki tane husus belirgin hale getirilmiş, birincisi genel bütçeye giren para cezasıysa bu karar kesinleşmeden tahsil edilemez birinci ilke, ikinci ilke ise Kabahatler Kanunu'nda kanun yolu dışında bütün hükümler KABahatler Kanunu'na tabidir diyor başka hangi kanunda ne hüküm olursa diyor, kanun yolundan anladığımız eğer çıkan bir para cezasıyla ilgili kanun çıkarsa idari yargı derse idari yargıya gitsin demezse sulh ceza mahkemesine gitsin, temeli de budur yani özel bir hüküm getirirse, fakat bu kanun yürürlüğe girdiği 2005 tarihinden sonra neredeyse idari yargıya gelen tüm kanunlar mesela Rekabet Kanunu'nda Rekabetin Önlenmesi Hakkındaki Kanun'da RTÜK Kanunu'nda, BTİK Kanunu'nda sayacağım bütün üst kurullar her biri bu kanunun hükmünü delebilmek ve kendilerine imtiyaz alabilmek için genel bütçeye girmekle beraber tüm kanunlarda bu kanun gereğince verilen kurum tarafından verilen cezalara yürütme durdurulmaz yürütme durmaz diye hükümler getirdiler, halbuki idari yargıç şimdi Kabahatler Kanunu meclisten çıkmış bir kanun, temel ilkeler getiriyor iki ilke, birincisi kanun yolu dışında tahsilatla ilgili diğer hükümlerle ilgili hiçbir hüküm getiremezsin çünkü ben düzenliyorum bunu düzenlerken de özel düğün bayram yaparak bu kanun çıktı dendi ki tüm kanunlardaki bütün idari para cezalarını bir kanunda toplayalım temelini oturturalım herkes buna uysun dediler,

bizde çok memnun kaldık böyle bir kanun çıktığı için genel çerçeve ve temel kanun. Bunun dışında da hüküm getirmeyelim dediler ama bütün kamu kurumları sanki idari para cezası dünyanın en önemli meselesi, bunu ben derhal tahsil edeyim ve bunu kurtulayım diyor bunu imtiyazladım, yani yargı bana karışmasın diyor bunu idari yargıç şunu diyemez mi, iki mahkeme İstanbul'da dedi çok da mutlu olduk yer yerinden de oynamadı halen de görevlerindeler, demek ki yargıç verebilir diye söylüyorum niçin yargıç diyelim ki Rekabet Kanunu'nda getirilen sonra da üstelikle bu hükümler daha önce vardı 2003 ten önce 2005 ten önce vardı, Kabahatler Kanunu gelmekle aynı hükümler varken yürütmeyi durduramaz hükmü uygulanamadığı için Kabahatler Kanunu son kanun olduğu için sadece birer virgülünü değiştirerek bir kelime ekleyerek aynı tahsilat durmaz hükmünü getirdiler. İdari yargıç buna dur diyemez mi sayın hakim, bu kanun Kabahatler Kanunu, ben önümdeki kanun Kabahatler Kanunu'na tabi cezası başka kanunlara hükümlere serpiştirme yoluyla bakmam dese yer yerinden mi oynar ne olur, bunu idari yargı diyemez mi bu kadar aciz mi işi Anayasa Mahkemesi'ne mi bırakmak lazım, kaldı ki 6083 sayılı Yasa'nın 51. maddesinde gecikme zammı da alınmıyor. Yargıçlar bunu da alamıyor ya da görmek istemiyorlar başka kanunda oldukları için gecikme zammı almamak şu demektir, vergi cezasından mahkeme kararı verdikten sonra ancak gecikme zammı alınır, mahkemeler tarafından verilen para cezaları yani sulh ceza ve asliye cezalarında gecikme zammının yarısı alınmıyor fakat idari kurumlar tarafından verilen para cezalarında gecikme zammı alınmaz demekle şunu diyor yasa ben idari makamın verdiği hükmü yeterli görmüyorum, önce bir yargıdan geçsin daha sonra kesinleştikten sonra gecikme zammı alayım diyor fakat bu kadar kanunlarla bireysel kanunlarla serpiştirildi ki Kabahatler Kanunu da uygulama imkanı kalmadı yargıcın da eli kolu bağlı gibi diyor, bunlara bir dur diyemez mi yargı kararında bu hükmü bu ilişkiyi yaptığınız Danıştay'ın önüne gitse Danıştay bazı kararlarda bunu veriyor verse ne olur yani bunda bir açıklama istiyorum.

Ali Yaşar Yurdabak: Ben şunu söyleyeyim tabii burada erkler ayrımını vurgulamak istiyorum ama hocalarım ve değerli arkadaşlarım.

Turgut Tan: Genel idare usul kanunu neden çıkmıyor? Aynı soruyu bende soruyorum.

Ali Yaşar Yurdabak: Uyuşmazlıkları mahallinde çözecek?

Turgut Tan: Bu kadar böyle bütün Avrupa ülkelerinde de 70'den beri bu kanunlar yapılırken bizde de 98'de bu kadar yabancı uyruklu uzmanlarda geldi tartıştık ettik tasarı ortaya çıktı ama halen bir türlü yasalasamıyor bende soruyorum sizin sorduğunuz aynı soruyu bende soruyorum. Teşekkürler.

Tekin Akılhoğlu: İdare usul kanunu çıkarılması hassas bir konudur. 19. ve 20. yüzyılda bir sürü devlet bunu içine bir girip geri çıkmıştır. Mesela Fransa'da böyle olmuştur ve Fransa böl parçala yönet formülüne göre, genel idare usul kanununda olması gerekenlerin sadece bir kısmını tek kanunla, örneğin gerekçe konusu bir ayrı kanun, idarenin bilgi vermesi ayrı kanun şeklinde parçalama yöntemiyle halletmeye çalışmışlar. Herkes de onları reform yaptı zannetmiştir, böyle tümel genel idare usul kanunu yapan ülkeler eski ülkeler köklü ülkeler. Avrupa Birliği'nin bir zorlaması var, bunu en can alıcı noktada, mesela bilgi verme konusunda. Fransa'da da böyledir. Dolayısıyla idare usul kanununun çıkmamasının sebepleri çok gibi görünür ama, hiç kimse paçasına ufak tefek şeyler dolaşmasını istemez, rahat yürümek ister, tek sebebi budur.

Selami Demirkol: Prof. Dr. Ali Ülkü AZRAK, benim doktora tez danışmanımdı. Kendisi idare usul ile ilgili doçentlik yanılmıyorsam çalışması var, ben de doktora tezinde bir bölüm ayırmıştım bu hususa. Fransa'da var usul yasası, Amerika'da gün ışığında yönetim yasaları var. İl Han Hocamızın kitabının adı da oradan geliyor yine Almanya'da var ayrıntılı bir şekilde var hem de Almanya'da uygulanan yasalardan bunu görüyoruz. Bizde niye yok, idarenin işlem görme sürecini belirleyen bir yasayı idare istemiyor işte, çünkü elini kolunu bağlayacak kendini sınırlayacak şöyle yapmazsa böyle olur veyahut da şu kadar sürede yapacak, yani bunu istemiyor samimi ama ben geldiğimiz noktada artık bunun çıkacağını düşünüyorum çok karamsar değilim; ikinci soru ihsas-ı rey olmasın çünkü, somut bir soru biraz yani sıkıntıya sokabilir verdiğim cevap, ben hemen şunu söyleyeyim Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun üçüncü maddesine gerçekten yani o kadar kötü bir düzenlemeydi ki, adli yargılamadan idari yargıyı idari yargılamadan adli yargıyı görevli sayan insan hakları mahkemesinde açılan tazminat davaları, beni o kadar rahatsız etmişti ki önüme gelen ilk dosyada gelseydi götürecekti-

tim Anayasa Mahkemesine ama sonuçta ana muhalefet partisi götürdü. Açtım telefonda tebrik ettim, ben İzmir birinci idare mahkemesini böylelikle iptal edildi, şimdi Kabahatler Kanunu'nun bana göre kabahati var. Gerçekten diyeceksiniz niye, yazılırken Kabahatler Kanunu idari yargı sadece görevli olarak öngörülmüştür ama haricen duyduğum ama doğru bir bilgi Danıştay Başkanımız kalkıp bu kanunu götürülenlerin yanına gidiyor eğer davalar idare mahkemelerine verilirse biz bu işin altından kalkamayız diye hazırlanmış her şey tamam kanunun o idare yargı denilen idare mahkemeleri denen kısımları çıkartıp sulh ceza yapılırca işte Kabahatler Kanunu oluyor ve kabahatli kanun oluyor ve ne uyuşmazlık mahkemesi işin içinden çıkabiliyor ne biz idari yargı yerleri halen daha oturabilmiş değiliz .

Önümüze bir dava geliyor bu davada sulh ceza mahkemeleri mi görevli biz mi görevliyiz vatandaşın bir de bu soruyu vatandaşa maliyet olarak da yansıtıyoruz. Bizim, bilmediğimiz cevabını aradığımız araştırdığımız bir soruyu biz vatandaşa maliyet olarak yüklüyoruz.

Biz görevli değiliz sulh ceza mahkemesinin görevidir diyoruz. Sulh mahkemesi yok idare mahkemesinin görevidir diyoruz öyle git geller oluyor. Sorunun cevabı bence bunu Anayasa Mahkemesine somut bir olayla götürüp çözüme kavuşturmak lazım. Cesaretli yargıç var mı? Bence tüm yargıçların en birinci özelliğidir cesaretli olmaları, bütün idare yargı da cesaretlidir.

Ali Yaşar Yurdabak: Teşekkür ediyoruz. Başka sorumuz var mı acaba?

Katılımcı: Biliyorsunuz bir hafta on gün önce Sapanca'da toplantıydık. Her şeyi çözecek bir kanun hatta Muhammet Hoca da oradaydı kendisi de yer almış. Üçüncü madde tasarılarında olmadığını, meclis aşamasında monte edildiğini ve zaten sırtıttığını kendi de söyledi. Bunu söyledikten sonra şimdi size şunu söyleyeceğim. İdare Yargı usulü kanunu değişikliğinin belirlenip belirlenmediğini değil zaten o toplantıda bunu konuştuk ben dedim ki biz bu toplantıda hukuk üstünlüğünü değil İdari Yargının daha aktif olmasını istiyorduk. Beni hukuk üstünlüğü hiç ilgilendirmiyor şahsen dedi. Niye belli maddeler aktif olduğu için hukuk üstünlüğü ile ilgiliyiz ama ilgili maddeler bize uymuyor. En basitinden feragati konuştuk. Orada feragat kesin hükmünde gelen vatandaş davasını istediği zaman hiçbir gerekçe göstermeden vazgeçtim diyebiliyor.

Bizde öyle diyemiyor niye diyemiyor bireysel işlemlerinizi dışında biliyorsunuz düzenleyici işlemlerimiz var. Mahkemeye bu kanunla ilgili bir üniversite sorusu hatalı olduğundan açılan bir davada Danıştay yürütmenin durdurulması istemini kabul ediyor. Vatandaş davasından feragat ediyor. Danıştay ne diyor efendim artık yargılamalara intikal etmiş bir konudur. Yargı burada hukuka aykırılığı açıkça ortaya koyduğu bu olayda, artık yargı kararı vardır. Feragati kabul etmiyorum diyor. Şimdi bunu hukuk oluşumu yönünden karşılığını bulamıyorsunuz. Yani bu bizim feragat kesin hükümdür bitti kardeşim diyemiyoruz. Hatta o zaman bir arkadaş dedi ki ben bu maddeyi uygulamazsam hakimim hukuki sorumluluğu doğar. Böyle bir dava da olsa ben ne olursa olsun, düzenleyici işlem de olsa, feragat demeliyim. Şimdi az önce İnsan Hakları Mahkemesi belli konularda işte hakime de sorumluluk yüklüyor. Sonuna kadar getiriliyor ya ben şunu söylemek istiyorum yani kanunlarımız bizim İnsan Hakları Mahkemesi'ne paralel henüz düzenlemelere sahip değil. Önce onu düzenleyeceğiz ondan sonra benden bizden bir beklentisi olacak. Siz feragat için 30 gün koyar da bana bir 33. gün bakmadın davaya deyip hukuki sorumluluğum yok kimse bana bunu sormamaz, sormamalı veya ben feragat için aynı şeyi söylüyorum. Hukuk üstünlüğünde atıyorum feragat, sen niye bu davaya baktın diye biri bana sorduğu zaman benim cevap vereceğim bir hakkım yok. Yani bu şekilde ben şunu da söyledim 82'de çıkmış bir kanun o zaman hukuk usulü artık yerinde olabilir ama şuan ideal yargı oturdu. İdari yargıç sorunun ne olduğunu da biliyor çözümün ne olduğunu da kendi içinde biliyor. Biz kendi kanunumuza gerekiyorsa bu hususun ilgili maddelerini alalım. Düzeltmesini yapalım. Kendi kanunumuza monte edelim dedik. Kanunlardan gelen arkadaş dedi ki; o zaman kanun hala tasarı sunulduğu için onu yaptığımız zaman efendim 150 şeylik bir kanun oluyor biz dedi siyasileri ikna edemiyoruz. Yani verilen cevap buydu. Çok basit ben mesela uyardıktan hariç neden hala yürütme istemiyor. Hiç kimse uyarma kınamaya yd vermez. Bütün hakimlerimiz bilir. Bu yeni kanunla bu hakkı getiriyorsunuz ve yeni kanunda siz bu hakkı getiriyorsunuz biliyorsunuz önceden davayı konu ediniyorlardı buna yürütme istenmesin niye istenmesin. Adam der ki yürütme harcı ödüyorum efendim. Bir de itiraza geliyor bu belge. Bir de bu harcı ödüyor mu ödüyor. Alamayacağı bir hak için vatandaş 100 TL yürütme harcı ödüyor. Ya bunu siyasilere o zaman anlatılması lazım, siz bu yd'yi koyduğunuz zaman vatandaş ekstra 100 TL ödeyecek. Siz bunu söylemezseniz siyasiler diye bunu anlatamazsanız hakim o zaman bu bunu

niye demedi bu şunu niye yapamadı der durursunuz. Önce biz kendi kanunumuza bakıp geniş çaplı tartışalım ve siyasilere de buna çok da karışmasınlar diye düşünüyorum. Yani ihtiyaç için çözüm istiyorsanız yoksa biz daha bunu daha çok tartışır dururuz.

Ali Yaşar Yurdabak: Ben de arkadaşımıza aynen katılıyorum. Toplantıda ben de vardım. İki günlük toplantının sonunda vardığımız tek nokta şuydu. İdari yargının kendi içinde düzenlenmesi gerek. Yani bu mantık maddelerinin İdari Yargının içerisine alınması gerektiği sonucuna vardık. Bir örnek vereyim bunu Muhammet Hocama da sordum ben her yerde işte hakim reddi taleplerine en son diyor ki Yargıtay'a gider. Yargıtay sayın hocam her yerde Yargıtay'dan bahsetmişsiniz güzel de Danıştay da var. Bunu dedim temyiz merci etseydiniz de ikisini de kapsasaydı dedim. Düşündü, yani hazırlıklar sırasında sanıyorum ilgili yerlerden katılım olmuyor gibi veya talep olmuyor gibi. Sonuçta böyle uygulanamaz bir yasa ortaya çıkıyor gibi geldi bize ve vardığımız nokta bize uymuyor. Örneğin, şimdi aklıma geldi ilk duruşmada istenir diyor, şimdi kanunumuz ilk duruşma da istedi. Daha sonraki konuşmalarda istemedi. Şimdi bakıyorsun idari yargı da zaten bir tane duruşma var. Yine uymuyor. Dolayısıyla bizim kendimize has bu çalışmayı yapmamız gerektiği sonucuna vardım.

Evet başka soru?

Turgut Tan: Bir şey daha rica edeceğim. Sizin konuşmanızdan ilham alarak hep bu noktaya değindiniz. Şimdi Anayasanın 125. maddesinde yapılan bir değişiklikle Kamu Hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tahkime gidilebilir diye bir böyle radikal ilke getirildi. Şimdi mesela Türkiye'de hiç konuşulmayan ama Fransız İdare hukukunda bazı İdare hukukçularının tartışmaya başladığı hususlar var. Hakim mahkemesi diyelim çıkan uyuşmazlığı çözümlerken özel hukuk kurallarını uygulayacak İdare hukuku kurallarına göre uygulayacak bir, ikincisi verdiği karara karşı hakim karardır deyip Yargıtay'a mı gidilecek Danıştay'a mı gidilecek. Bu tartışılıyor ama bizde hiç böyle hiçbir sorun olduğuna ilişkin tek kelime ben görmedim. Daha pek çok şey var tartışmaya açık.

Ali Yaşar Yurdabak: Hocam size çok teşekkür ediyoruz.