

İDARİ UYUŞMAZLIKLARIN ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ İLE HALLİ ÖNÜNDEKİ ENGELLER*

Dr. Nilay Arat**

*Saygıdeğer ve çok Sevgili Hocam Prof. Dr. İl Han ÖZAY'a,
Öğrencilik yıllarımdan en unutulmaz Fakülte mensuplarından ve
akademik hayatımın tartışmasız en önemli yol göstericilerinden...
Kimi zaman hayat bilgisi dersi, kimi zaman İdare Hukuku...
Her türlü ortamda araştırma görevlisi sıfatından arı olarak her
daim yanında isteyen...
Hakkında kurulacak hiçbir cümlemin, adının başına gelecek hiçbir
sıfatın layıkıyla tarif edemeyeceği bir isim...
En doğrusu belki de O'nu kendisinin şahsımı 5 Mart 2006 Hukuk
Devleti gününde bahsi her geçtiğinde uygulandığı kürsümüzün
kurucusu ve yine O'nun deyimiyle "hocaların hocası" Ord. Prof. Dr.
Sıddık Sami ONAR'dan söz ederken uygulandığı anlarda kür-
süye giderek kendisine bir mendil uzattığımda tarif ettiği şekilde
izah etmek...
Sevgili Hocam, siz beni "C'est un trésor d'avoir un tel assistant"
sözlerinizle onurlandırmıştınız, oysa kabul buyurursanız ben size
"avoir un tel professeur est un trésor inestimable" sözlerini
sarfetmek istiyorum... Zira kalbimde sizi ilk tarif eden cümleler
bunlar...
Daha nice güzel zamanları en az bugünlere deyin yaşadıklarımız
kadar birlikte geçirebilmek dileğiyle...*

Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları'nın Türk İdare Hukuku'nun kap-
samına giren idari uyuşmazlıklar bakımından mümkün olup olmaması, ya da
önerilip önerilemeyeceği konusunda birtakım noktaları öne çıkarmak ve bunlar
çerçevesinde alternatif yöntemlerin idari uyuşmazlıkların çözümünde yararlanı-
labilecek yollar olup olmadıklarını söyleyebilmek için, idari uyuşmazlıkların
alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile çözümü önündeki engellerin irde-
lenmesi ve değerlendirilmesi gerekecektir.

* Makale, Armağanın basım aşamasında teslim edildiğinden hakem incelemesine tabi tutulamamıştır.

** Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

1. GENEL OLARAK

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yargı dışı yöntemler olarak kullanıldığı özel hukuk uyuşmazlıkları ile kamusal ilişkiden kaynaklı idari uyuşmazlıkların nitelikleri arasında farklar olduğu gibi, bu yöntemlerin alternatifi olarak kullanıldığı medeni yargılama usulü ile idari yargılama usulü arasında amaçsal ve işlevsel farklılıklar da mevcuttur.

Uyuşmazlığa uygulanacak hukuk bakımından farklılık arzeden özel hukuk uyuşmazlığı ile idare hukuku uyuşmazlığı, çözüm yöntemleri açısından farklı usullere tabidirler. Dolayısıyla eşit ve karşılıklı uyuşan iradeler arasında cereyan eden hukuksal ilişkiden kaynaklanan özel hukuk uyuşmazlığı ile -bir yanı gördüğü işlev ve kullandığı kamu gücü yetkileri bakımından "idari makam"¹ olan- idari uyuşmazlık, gerek nitelik olarak, gerek tabi oldukları maddi

¹ Uyuşmazlığın organik unsurunu hukuksal ilişkinin "tek tarafın idare olması" şeklinde nitelerek yerine "idari makam" olarak belirlemek idarenin faaliyetlerinin günümüz koşullarındaki durumuna daha uygun düşecektir. Nitekim, idarenin asli görevlerinden olan kamu hizmetinin sunulması günümüzde özel hukuk (tüzel) kişileri vasıtasıyla temin edilebilen hizmetler de olduğundan, bu faaliyetin kamu hukuku tüzel kişilerinin icrası dışında kalan hallerinde idare fonksiyonunun gerçekleştirilmesine ilişkin tasarruflarda kamusal yetkilerin kullanılması ile bunu kullananın organik açıdan konumu önem arzetmeden işleve ilişkin değerlendirme yapılarak bir sonuca varılmalıdır. Ancak, bu halde bile, faaliyette bulunan kamu hukuku ve özel hukuk tüzel kişisinin niteliğinde bir değişim olmayacak, sadece, ister kamu hukuku ister özel hukuk tüzel kişisi olsun, idare işlevine ilişkin bir faaliyette bulunması sebebiyle ve bu faaliyetle sınırlı olarak yapmış olduğu tasarruflar bakımından "idari makam" olarak kabul edilebilecektir. "idarenin girmiş olduğu hukuki ilişkilerin tamamının idare hukuku ilişkisi olmadığı" için bkz. Celal Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayınları No.51, Danıştay Matbaası, Ankara 1990, s. 63-73. "... (i)idare işlevinin yerine getirilmesi için çeşitli idari yetkiler kullanan ve idari yapı dışında bulunan idari makamlar da vardır", Delvolvé'den aktaran Erkut, a.g.e. (**İdari İşlemin Kimliği**) s. 62, dipnot 12. "(i)idari makamların "idari" sıfatı, sahip oldukları yapıları dolayısıyla ve kendi kendine oluşmamakta, aksine bu makamların yapmış oldukları işlemlerin "idari işlem" olması, bunların idari makam olarak kabul edilmeleri sonucunu doğurmaktadır.", Benoit'ten aktaran Erkut, a.g.e. (**İdari İşlemin Kimliği**), s. 62, dipnot 14. Yine aynı yönde Waline ve Aubry, özel hukuk tüzel kişilerinin istisnaen kullanabildikleri kamu gücü ayrıcalığı ile yaptıkları işlemleri idari işlem kabul ederken, kamu gücü kullanabilme ayrıcalığına ek olarak de Laubadère, Odent ve Negrin, işlemin kamu hizmetine ilişkin olmasını da aramaktadır, aktaran Erkut, a.g.e. (**İdari İşlemin Kimliği**), s. 64, dipnot 42. "Kamu kesiminde olsun, özel kesimde olsun, tüzel kişiliği bulunsun veya bulunmasın, kamu hizmetlerine şu ya da bu ölçüde doğrudan doğruya katılan bütün özel örgütler, tamamen özel hukuk rejimine bağlı olmakla beraber; kamusal yetkiler kullanarak yaptıkları işlem ve eylemler bakımından, Kamu Hukuku ilke ve kurallarına ve idare yargısına tabi tutulurlar. (...) "kamu hizmeti" kavramı idari faaliyetlerin hukuki rejimini belirlemeğe ve Adalet ve İdari yargı mercilerinin görev alanlarını ayırd etmeğe yetmemekte; ayrıca "kamusal yetki ve usuller" ile birlikte bulunduğu takdirde, bu sonuçları doğurabilmektedir.", Lütfi Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakkütel Matbaası, İstanbul, 1982, (**İdare Hukuku**), s. 344-345. "İdare özel hukuk kurallarına uyduğu faaliyetlerinde de, tacir veya müteşebbis sayılamayacağı gibi, özel değil, kamu hukuku tüzel kişisidir", Lütfi Duran, "Yargıtay'ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülahazalar III", **Amme İdaresi Dergisi (AİD)**, Cilt 18, Sayı:4, 1985, s. 66. "TCDD İşletmesinin, tekel kapsamında, kamu hizmeti yürüten, tüzel kişi-

hukuk, gerekse çözümlerinde izlenen usul bakımından farklılık arz etmektedirler.² Özel hukuk uyuşmazlıklarının kaynağı olan hukuksal ilişki ile kamusal ilişki arasındaki nitelik ve öncelik farklılıkları ile bu uyuşmazlıkların çözümünde izlenen yargılama usullerindeki amaçsal farklılıkların kamusal uyuşmazlıkların alternatif yöntemlerle çözümünde bir engel olarak karşımıza çıkıp çıkmayacağını irdelemek gerekmektedir.

Özel hukuk ilişkisi ile idari uyuşmazlığı niteleyen “ayrıcılık³ kamusal ilişki” arasındaki, gerek bu ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlığa uygulanacak hukuk, gerekse bu uyuşmazlığı çözecek yargılama usulü amaç ve yöntemi ba-

liğe sahip bir kamu kurumu olduğu tartışmasızdır. 233 sayılı KHK ve ana Statü ile, özerk bir tarzda ve ekonomik gereklere uygun olarak karlılık ve verimlilik ilkeleri doğrultusunda yönetilmesi amacıyla, İşletmenin iktisadi faaliyetleri bakımından özel hukuk hükümlerine tabi kılınmış olması, onun kamu hizmeti yürütmesine ve kamu kurumu niteliğine engel teşkil etmemektedir.” Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 05.11.2007 tarih ve E.2007/243, K.2007/216 sayılı kararı (R.G. 05.08.2008/26958). Benzer bir karar olarak bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 05.11.2007 tarih ve E.2007/251, K. 2007/217 sayılı kararı. (R.G. 05.08.2008/26958). (Çevrimiçi www.rega.basbakanlik.gov.tr. 15.05.2009). “... “idari makam” kavramı, ... sadece İdare Cihazı içinde yer alan birimlerin tekelinde olmayıp, İdare işlevine ilişkin faaliyetleri dolayısıyla, İdare Cihazı dışındaki kamu makamları ile bazen de özel hukuk tüzel kişilerine atfedilebilir niteliktedir.”, Erkut, a.g.e. (**İdari İşlemin Kimliği**), s. 66. Bahtiyar Akyılmaz, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Yayınları, 2000 Ankara, (**İdari İşlemin Yapılış Usulü**), s. 35-37..

² “... bağımsız bir idari yargı sisteminin Anayasaca ve idare hukukunda kabul edilmiş olmasının nedeni, kamu hizmetlerinden doğan uyuşmazlıkların yapılarındaki özellikler; bunlara uygulanacak kuralların hukuki ve teknik bir nitelik taşıması; özel hukuk dalı ile idare hukuku arasında büyük bir bünye, esas ve prensip farkının var olması; idari işlemlerin, idare hukuku dalında uzmanlaşmış ve kamu hukuku alanında bilgi ve tecrübe edinmiş hakimlerce denetlenmesinin zorunlu sayılmış olmasıdır. Adli yargı ile idari yargının birbirinden ayrılmasının temelinde, özel hukukla idare hukukunun ayrı ilke ve kurallara oturmaları; uyuşmazlık alanlarının ve bu uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk kurallarının değişik olması yatmaktadır. Gerçekten özel hukuka egemen olan temel ilke, kişiler arasında hak ve menfaat eşitliğinin irade hürriyetinin bulunmasıdır.”, Anayasa Mahkemesi’nin 25.05.1976 tarih ve E.1976/1, K.1976/28 sayılı kararı, (R.G. 16.08.1976/15679). “... idari yargı, idari uyuşmazlıkların özellikleri ve adli mahkemelelerin bu uyuşmazlıkları çözümlenmeye ihtisas ve özel hukuk alanında edinmiş oldukları melekeleri itibarıyla yetersiz kalışları nedenine dayanır...”, Aydın Tuncay, **İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No.14, Ankara 1972, s. 67-129, s. 63.

³ “İdare hukuku bir ayrıcalık(=imtiyaz=privilege) hukukudur.”, Süheyp Derbil **İdare Hukuku Cilt I (İdari Kaza-İdari Teşkilat)**, Üçüncü Bası, Güney Matbaacılık, Ankara, 1950, (**İdare Hukuku**), s. 48; “Kamu hukukunda “ayrıcılık” kavramı, “Devlet organlarının ve İdare Cihazının tabi olduğu istisnai ve üstün hukuki rejime bağlı faaliyetler ile bu nitelikteki faaliyetler sırasında üçüncü kişiler üzerinde onların iradelerinden bağımsız biçimde sonuçlar yaratabilme imtiyazı” olarak tanımlanabilir.”, Celal Erkut, **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı**, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2004, (**Kamu Kudreti Ayrıcalıkları**), s. 53; “Kamu hukuku kuralları eşitsizlik ve imtiyaza dayanır”, Rüştü Aral, “İdari Yargı Alanı ve Cumhuriyet Döneminde Danıştay”, **Cumhuriyet’in 50. Yılı Özel Sayısı Danıştay Dergisi**, Güven Matbaası, Ankara, 1973, (İdari Yargı Alanı), s. 18-142, s. 29.

kımından, farklar⁴ şu şekilde ortaya konabilir: “İrade serbestisi” karşısında “yetki”, “şahsi(özel/bireysel) yarar” karşısında “kamu yararı”, şekil serbestisi karşısında şekle bağlılık, “kanuna aykırı olmadan” hukuksal ilişkiye girmek karşısında “kanunla bağlı kalarak ve kanuna dayanarak” hukuksal ilişkiye girmek zorunluluğu, “hukuksal ilişkiye son vermenin/yön vermenin (değişiklik yapmanın) iradi olması” karşısında “kanuni sebebe dayanarak” hukuksal ilişkiye son/yön vermek zorunluluğu”. Yukarıda ayrı kalemlerde belirtilen farklılıkları birbiriyle içiçe, bir bütün olarak değerlendirmek gerekir; nitekim, biri diğerinin sebebi ya da sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

2. ÖZEL HUKUK İLİŞKİSİ - KAMUSAL İLİŞKİ FARKLILIĞI

Gerek idarenin gerekse idare karşısındaki bireylerin arzu ve istekleri dışında, bunları “aşan” bir takım “dış şartlar, nesnel olaylar ve ihtiyaçlar”⁵ ve böylelikle objektif hukuk kurallarıyla belirlenen/düzenlenen kamusal ilişkinin⁶ nesnel bir çerçevede belirlenmesi söz konusuysen, özel hukuk alanındaki ilişkiler kural olarak ilişkinin taraflarının dışındaki unsurların etkisi altında, en azından kamusal ilişkideki kadar, kalmamaktadır.⁷ Bu nesnel unsurlar, özneliğin ön plana en çok çıktığı sözleşmelerde dahi kendini göstermektedir. Nitekim, konusu bir hizmetin ifasını içeren idari sözleşmenin tarafları sözleşmenin yenilenmesi ya da hükümlerinin değiştirilmesi bakımından hizmetin özellikleri olan süreklilik, değişkenlik, uyarılma gibi, kendi iradeleri dışında, bir takım unsurları gözönünde bulundurmaya zorunluluğundadırlar.⁸ Bu nesnel dışsal unsurlar, söz konusu ilişkiden kaynaklanan uyumsuzlukların çözümünü için varolan idari yargılamayı “idari hizmet ve faaliyetlerin, kamu yararının ve hukuka ve kanunlara uygunluğun ... denetleyicisi” konumuna koymaktadır.⁹

Buradan hareketle, irade ve sözleşme serbestisine hakim olan ilişkiler bir yanda, idare adına hareket eden “yetkilendirilmiş” ve yasal-yönetimsel düzenlemelerle bağlı hareket eden görevliler diğer yanda durmakta¹⁰; bireyler kendileri gibi eşit şartlarda hukuksal ilişki kurdukları bireylerle herhangi bir yetkilen-

⁴ Bkz. Siddık Sami Onar, “Amme Hukukunda Hukuki Tasarruflar ve Kazai Mürakebe”, **Prof. Dr. Cemil Bilsel’e Armağan**, Kenan Basımevi, İstanbul, 1939, s. 275-335 ve Aral, a.g.m. (İdari Yargı Alanı).

⁵ Yıldızhan Yayla, “İdari Yargılamanın Özelliği”, **Atatürk’ün 100. Doğum Yılı Kutlama Sempozyumu**, Danıştay Başkanlığı, Yayınları, Ankara 15-16 Mayıs 1981, (İdari Yargılamanın Özelliği), s. 129-140, s. 131-132.

⁶ Aral, a.g.m. (İdari Yargı Alanı), s. 27.

⁷ Yayla, a.g.m. (İdari Yargılamanın Özelliği), s. 132.

⁸ Yayla, a.g.m. (İdari Yargılamanın Özelliği), s. 133-134.

⁹ Yayla, a.g.m. (İdari Yargılamanın Özelliği), s. 134. “İdari yargının diğer ayrıksı özelliği de, İdarenin işleyişini, idare fonksiyonunu ve dolayısıyla idari faaliyetlere egemen olması gereken nitelikleri bilen ve gözetilen bir yargılama işlevini yürütmesidir. ... idare yargıcının “yargılama” işlevinde, kamu hizmetlerinin ve kamu düzeninin gereklerinin gözetilmesi yönündeki bakış açısı Kanuni İdare anlayışının da bir güvencesidir.”, Erkut, a.g.e. (**Kamu Kudreti Ayrıcalıkları**), s. 69-70.

¹⁰ “İdari uyumsuzluklara yol açan ilişkilerde, taraflardan biri olan idare, öznel haklarını kullanan bir kişi değil, yetkilerini kullanan bir görevlidir.”, Yayla, a.g.m. (İdari Yargılamanın Özelliği), s. 132.

dirmeye ihtiyaç duymadan kendi hür iradeleriyle ilişkiye girebilirken, idare ve onun adına hareket eden görevliler açık bir yetkiye dayanarak¹¹ ve bu yetkinin yasal-yönetimsel sınırları çerçevesinde bireylerle ilişki kurabilmektedirler.

Hukuka uygun hareket etmesi zorunlu olan idarenin faaliyetlerini gerçekleştirme aracı olan işlem, eylem ve sözleşme kurarken özel hukuktaki hareket serbestisine, kural olarak, sahip olmaması sebebiyle tasarruflarında iradesini ortaya koyarken özel hukuktaki “irade özerkliği”ne sahip değildir.¹² Nitekim, özel hukukla düzenleme konusu yapılan fertler arası eşit iradeye dayanan ilişkiler olmakla birlikte, kamu hukukunda “kamusal kişilerin” davranışları düzenlenir.¹³ Bu nedenle de, özel hukuktaki hukuksal ilişkilerin esaslı dayanağının “irade” olması karşısında idare hukukunda “yetki” ancak yasal düzenlemeler ya da bunlara dayanılarak elde edildiğinden kural yetkisizliktir, buna bağlı olarak da idarenin tasarruflarını gerçekleştirirken ortaya koyduğu iradesi önceden belirlenmiş “objektif” kurallara uygun olmak zorundadır.¹⁴ Bu durum da yine aynı şekilde idarenin tasarruflarının “hukukilik” denetimi dışında bir denetime bırakılmayacağını ortaya koyar. Tüm bunların neticesinde, bir yandan idareyi özel hukuk ilişkilerindekinden daha ayrıcalıklı bir konuma sokan “kamu gücü”ne sahip oluşu, bir yandan da iradesinin önceden belirlenmiş ilkelerle kısıtlanmış olması, alternatif yöntemlerle idari uyuşmazlıkların çözümü önünde engel teşkil edebilmektedir.

Nitekim, idarenin, ifa ettiği bir hizmetin ihtiyacı için bir hizmet veya mal alımı konusunda idareye ihale düzenlemek, bu ihale çerçevesinde de daha önceden belirlenmiş kurallara uymak ve buna göre ihtiyacını karşılamak zorunluluğu karşısında özel kişiler ihtiyaçlarını temin ederken arzularına göre hür iradeleriyle sözleşme ilişkisi kurabilmektedirler.¹⁵ Bunun gibi, idare, kendi bünyesinde kendi adına çalışacak görevlileri istihdam ederken belirli kurallar ve usullere uymak zorunluluğundayken, özel kişiler çalışmak istedikleri kişileri yine kendi iradeleriyle, önceden belirlenmiş bir takım usul ve kurallara uymak zorunluluğunda olmadan görevlendirebilmektedirler.¹⁶ Ayrıca idare, bireyler gibi hür irade sahibi olmak, başka bir deyişle “öznel haklarını kullanan” birey olmak karşısında “yetkilerini kullanan” taraf olarak hareket ettiğinden¹⁷ yerine

¹¹ “Her memurun hangi hadiseler karşısında ne gibi tasarruflar yapabileceği evelden tayin ve tespit edilmiş ve memura bu tasarrufun icap ettirdiği salahiyet verilmiştir. ... Memur bu tasarrufları ancak evvelce düşünülmüş ve tesbit edilmiş olan, bu muayyen hallerde icra edebilir.”, Onar, a.g.m. (Kazai Mürakebe), s. 305-306.

¹² Erkut, a.g.e. (**İdari İşlemin Kimliği**), s. 9-10.

¹³ Derbil, a.g.e. (**İdare Hukuku**), s. 46, dipnot 34.

¹⁴ “... fertlerin hareketlerini düzenleyen özel hukukta fertlere mümkün olduğu kadar irade serbestliği sağlamak esastır. Kamu hukukunda ise kamusal kişilerin kararları bir takım kurallara bağlı tutulur, işlemleri bir takım şekillere bağlanmıştır. Özel hukukta yetki genişliği, kamu hukukunda yetkilerin sınırlanması ilkesi vardır. Özel kişilerin yetkileri sosyal zaruret olmadıkça sınırlanmamalı, kamusal kişilere ise ancak gerekli olduğu kadar yetki verilmeli düşüncesi üstün tutulur.”, Derbil, s. 46, dipnot 34.

¹⁵ Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş İkinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990, (**İdare Hukuku**), s. 77-78.

¹⁶ Yayla, a.g.e. (**İdare Hukuku**), s. 77-78

¹⁷ Yayla, a.g.m. (İdari Yargılamanın Özelliği), s. 132.

getirmekle yükümlü olduğu görevleri, hizmetleri, sunduğu kişileri de serbestçe seçme iradesine de sahip değildir.

Hak ve yetkiler bakımından serbest irade sahibi olmayan idare, sorumluluklar bakımından da bireylerden farklı bir konumdadır. Nitekim bireyler bakımından özel hukuk alanındaki sorumluluk şahsi olarak karşımıza çıkarırken, idarenin sorumluluğunda esas alınan objektif, başka bir deyişle “kişilerin dışında olan ve kamu hizmetinin kuruluşu işleyişi gibi fertlerin dışında, dış âlemle ilgili” bir sorumluluktur.¹⁸

İdarenin yetkilendirilmesi halinde bu yetkilerin kendisine verilmesinin sebebi olan görevlerini ifa edebilmesi, harekete geçip tasarrufta bulunabilmesi, aynı zamanda onun bir takım kamu kudretlerinden yararlanarak icrai kararlar almak ve bunları -gerekirse- re’sen icra yoluyla uygulamak yetkisine de kavuşturmuştur. Bu yetkilendirme, idari faaliyetlerin nihai amacı olan kamu yararını sağlamak için söz konusu olmaktadır. Bireyler arası ilişkilerde ise kamu yararına karşılık gelen noktada “bireysel yarar”lar söz konusudur.

Bunun yanında, aslında yukarıda bahsedildiği üzere idarenin tasarruflarında yetkilendirilmesinin “kural” olması, bireylerin kanunun emredici hükümlerine ve ahlaka – kamu düzenine aykırı olmamak koşuluyla kanunen yasaklanmamış konularda ilişki kurabilmeleri ve bu ilişkiyi kendi yararları doğrultusunda istedikleri sonuca vardırabilmek hürriyetine sahip olmaları karşısında, idarenin kuracağı kamusal ilişki yasal – yönetsel düzenlemeler çerçevesinde oluşturulmak ve bu düzenlemelerin emrettiği sebeplerle ortaya çıkmak ve emredilen sonuçları yine bu düzenlemeler çerçevesindeki şekli şartlara bağlı olarak doğurmak zorunluluğu çıkmaktadır. İdarenin bu denli irade kısıtına tabi olmasının sebebi, bu hukuk dalının “statüler hukuku” olmasından kaynaklanmaktadır.¹⁹

Bireyler arasındaki özel hukuk ilişkisinin kural olarak sözleşmeler hukuku olması, eşit iradelerle ortaya çıkan sözleşmesel ilişkinin yine karşılıklı uyuşan iradelerle değiştirilip ortadan kaldırılabileceği sonucunu doğurmaktayken, idare hukuku alanında statüler söz konusu olduğundan ve bu statüler de yasal – yönetsel düzenlemeler çerçevesinde belirlendiğinden, bunların değiştirilmesi ya da hukuk âleminde kaldırılması da yine aynı kurallar çerçevesinde söz konusu olmaktadır. Özel hukuktaki irade serbestisi gibi şekil serbestisi de kamusal ilişkide söz konusu olmamaktadır. Nitekim kamu hukukundaki, özel olarak da idare hukukundaki, şekil şartları -yazılılık esası-²⁰ gerek idarenin hukukla bağlı kalmasının bir göstergesi, gerekse de bireylerin haklarının bir teminatı fonksiyonuna hizmet etmektedir.

3. ADLİ YARGI – İDARİ YARGI: AMAÇSAL VE İŞLEVSEL FARKLILIKLAR

Yargılama faaliyeti, genel olarak, yürürlükteki hukuk normlarının somut olaya bağımsız mahkemelerce uygulanarak hüküm verilmesi olarak tanımlanırken; bu esnada maddi vakıaların gerçekleşip gerçekleşmedikleri tespit edile-

¹⁸ Aral, a.g.m. (İdari Yargı Alanı), s.34.

¹⁹ Aral, a.g.m. (İdari Yargı Alanı), s. 31; Duran, a.g.e. (İdare Hukuku), s. 13-14.

²⁰ Yazılılık esası kural olmakla birlikte, bunun dışındaki şekil şartları ilgili yasal-yönetsel düzenlemelerde belirtilebilmektedir.

rek doğru bir hükme varılmaya çalışılır.²¹ Bu amaca ulaşmak için gerekli olan usuli kuralları düzenleyen yasal düzenlemelerin amaçları da, diğer yasal düzenlemeler gibi, toplumun içinde bulunduğu dönemin hukuk politikası ve genel politika ile bağlantılı olmaktadır.²² Dolayısıyla, liberal görüşün etkisiyle oluşturulan usul kuralları bireylerin menfaatleri odaklı iken, sosyalist görüşün etkisinde kalan ülkelerde sosyalist toplum düzeninin korunması odaklı bir yaklaşım ve kurallar dizini oluşturulmakta; adı geçen ilk sistemde yargılamayı yapan mahkemeler pasif bir durumda aktif tarafların uyuşmazlığında hakem konumunda iken, ikinci sistemde uyuşmazlığın çözümünde hâkim daha etkin bir biçimde karşımıza çıkmaktadır.²³ Farklı hukuk sistemleri, politik tercihler ve geçen zaman içinde medeni yargılama hukukunun farklı amaçlara sahip olduğu tartışılmıştır.

19uncu yüzyıl liberal görüşüne göre medeni yargılama hukukunun amacı “şekli gerçek”e ulaşmak iken²⁴, uyuşmazlık neticesinde ikame olunan davanın “sosyal barışı ve toplumu” da ilgilendiren bir yönü olduğundan yola çıkılarak amacın “maddi gerçek”e ulaşmak olduğu üzerinde durulmuştur.²⁵ Ortak hukuk anlayışında ise bu amaç, “herkese hakkını vermek ve bu hakkın haksız olarak çiğnenmesini önlemek” şeklinde bireylerin subjektif haklarının gerçekleştirilmesi olarak algılanmıştır.²⁶ Ancak, subjektif hakların korunması yargılama hukukundan ziyade davanın amacı olacağından hareketle, subjektif hakların korunması yanında “hukuksal koruma yoluyla özel hukuk düzeninin korunması” da medeni yargılama hukukunun amaçları arasında telaffuz edilmiştir.²⁷

Günümüzde artık medeni yargılama usulünün bir tek amacı olduğunu söylemek doğru olmayacaktır.²⁸ Zira, medeni yargılama usulünün amacını – bir yarar sağlamayacağından hareketle- sorgulamayı reddeden görüşler²⁹ dışarıda

²¹ Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, Değiştirilmiş 21. Baskı, Yetkin Kitabevi, Ankara 2010, (**Usul Hukuku**), s. 58; Ejder Yılmaz, **Medeni Yargılama Hukukunda İslah**, Kazancı Matbaacılık, Ankara, 1982, (**İslah**), s. 2; Yavuz Alangoya, **Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, (**Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**), s.86.

²² Yılmaz, a.g.e. (**İslah**), s. 2; Erdal Tercan, **Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2001, (**Tarafların İsticvabı**), s. 40.

²³ Yılmaz, a.g.e. (**İslah**), s.2-4; Tercan, a.g.e. (**Tarafların İsticvabı**), s. 40-41; Saim Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku**, Cilt I-II, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Baskı, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000, (**Medeni Yargılama Hukuku**), s. 3-4.

²⁴ Nitekim bu görüş, “maddi gerçek”in medeni yargılama hukukunun amacı değil “tesadüfi bir sonucu” olduğunu iddia etmektedir, Alangoya, a.g.e. (**Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**), s.86.

²⁵ Tercan, a.g.e. (**Tarafların İsticvabı**), s. 40-41.

²⁶ Yılmaz, a.g.e. (**İslah**), s.4-5; Sema Taşpınar, “Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu”, **Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Afşaroğlu Matbaası, Ankara 1999, (Amaç Sorunu), s. 759-787, s.761.

²⁷ Yılmaz, a.g.e. (**İslah**), s.5.

²⁸ Haluk Konuralp, **Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, (**İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**), s. 6.

²⁹ Taşpınar, a.g.m. (Amaç Sorunu), s.759-760. Bunun yanında usuli sorunları çözmek bakımından etkili olmasa da medeni yargılama usulünün amacının şekli hukuk ile maddi hukuk arasındaki bağlantıyı belirlemek gibi yararları olduğundan, bu amacın

tutulacak olursa, bu amacı “objektif hukukun korunması”, “hukuksal barışı sağlamak ve korumak”, “hukuki güvenliği ve kesinliği gerçekleştirmek”, “gerçeğe ulaşmak”, “adalete ve gerçeğe ulaşmak”, “ taraflar arası uyuşmazlığı çözmek/ortadan kaldırmak”, “ taraflar arasında mevcut hakları tespit etmek, hakları ve özel hukukça korunan menfaatleri gerçekleştirmek”, “adaleti gerçekleştirmek”, “hukuk düzenini gerçekleştirmek”, “hukukun gelişimini sağlamak”, “ihkakı hakkın ikamesi olmak” şeklinde açıklayan görüşler³⁰ mevcuttur.

Medeni yargılama usulündeki amaçların – hukuk düzenin korunması, toplumsal barışın sağlanması gibi – bir kısmı idari yargılama usulü için de geçerli olmakla birlikte bu amaçların da ötesinde ve özellikle “çözümlenen uyuşmazlığın boyutlarını aşan” bir durum idari yargılama usulünde söz konusudur.³¹ Yukarıda belirtildiği şekliyle birçok amaca hizmet eden medeni yargılama usulünde özgür iradeleriyle hareket eden eşit bireylerin arasındaki hukuksal ilişkiden doğan menfaat uyuşmazlıklarının çözümü söz konusudur ve bu tür uyuşmazlıkların çözümü de özel hukuka tabi olmaktadır. Eşitler arasındaki bu ilişkinin, idare hukukunun uygulama ve dolayısıyla da idari yargının görev alanında bulunan kamusal ilişkiden bir takım farklılıkları, daha doğru bir deyişle bu ilişkinin özelliklerine zıtlıkları söz konusudur. Bu zıtlıklar, yukarıda da belirtildiği üzere, aslında özel hukuk ilişkisinin “şahsi menfaatler arasında³² eşit bir biçimde irade serbestisine dayalı olarak oluşturulan ve kural olarak yine ilişkiye bu sayılan şartlarda son verilebilen” bir ilişki olarak tanımlanmasıyla ifadesini bulabilir.

Tüm bunlardan, böylesine özellik arzeden bir kamusal ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlığın çözüm yeri ve usulünün, eşit “hak, menfaat ve irade”den kaynaklanması sebebiyle “nisbi ve dar” bir alana etki eden hukuksal ilişkilere özel hukuk ilke ve kuralları uygulayarak, karşı karşıya gelen menfaatleri uzlaştırmaya yönelik amaca sahip³³ medeni yargılama usulünden konu, amaç ve yöntem bakımından farklılık göstereceği sonucu çıkmaktadır. Sonuç olarak, özel hukuk ilişkisi ile kamusal ilişkinin doğma noktasından sona ermesine kadar geçen süreçte ortaya çıkış sebebi, yöneldiği amaç, doğurduğu sonuç,

irdelenmesini savunanlar da vardır, bkz. Hans Friedhelm GAUL, “Yargılamanın Amacı Güncelliğini Koruyan Bir Konu”, Çev. Nevhis-Deren Yıldırım, **İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku**, Alkım Yayınları, İstanbul, 2006, s. 72-103.

³⁰ Bkz. Taşpınar, a.g.m. (Amaç Sorunu), Yılmaz, a.g.e. (**İslah**), s.5-6. Yılmaz, medeni yargılamanın amacını “adaletli karar vermek” olarak belirlerken, bunun, tarafların tatmin olacağı bir biçimde uyuşmazlığın giderilmesi ile birlikte kararın maddi gerçekleri yansıtması ve yargılamanın basit, çabuk ve ucuz yapılarak toplumsal barışı sağlamaya yönelmesi anlamına geldiğini ifade etmektedir. Alangoya, a.g.e. (**Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**), s.86-93. Konuralp, a.g.e. (**İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**), s.6; Üstündağ, a.g.e. (**Medeni Yargılama Hukuku**), s.3-16; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammed Özekes, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usûl Hukuku**, 10. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, (**Medeni Usûl Hukuku**), s. 47-52.

³¹ İl Han Özay, “Türkiye’de İdari Yargı’nın İşlev ve Kapsamı”, **İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu**, (10-12 Haziran 1982), Danıştay Başkanlığı, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara 1983, (İdari Yargı’nın İşlev ve Kapsamı), s. 11-31, s. 14.

³² Özel hukukta bireylerin menfaat eşitliği söz konusuysen, İdare Hukukunda idarenin üstünlüğü söz konusudur. Bkz. Turan Yıldırım, “İdari Uyuşmazlıkların Adli Yargıda Çözümlemesi”, **Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2004, s. 37.

³³ Aral, a.g.m. (İdari Yargı Alanı), s. 28-29.

yapılış usulü, tabi olduğu şekil şartları bakımından yukarıda izah edildiği şekliyle varolan farklılıklar, bütünüyle bünyesel bir farklılığa işaret etmekte ve bu farklılıklar bütünü de iki farklı ilişkinin tabi olduğu hukuk ve yargılama usulünde farklılıklar yaratmaktadır.

Yukarıda ele alındığı üzere özel hukuk uyuşmazlıklarında “özel haklar”ın çatışmasının giderilmesi söz konusuysen, idari yargı önüne gelen idari uyuşmazlıkta bir tarafı özel menfaat ve haklar diğer tarafı ise bir hak iddiası olmaktan ziyade bir görev³⁴ ve yetkinin kullanımına ilişkin kamusal yarar arasındaki dengenin sağlanması karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla, idari yargılama hukukunda, medeni yargılama hukukunda – ve aynı zamanda da alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında – olduğu gibi tarafların çıkarlarını uzlaştırmaya yönelik menfaat odaklı bir amaca hizmet yerine, “kamu gücü”nün kullanıldığı “idare işlevine” yönelik faaliyetlerin bireylerin temel hak ve özgürlükleri ile dengelenmesine yönelik bir “hukuka uygunluk” denetimi söz konusu olmaktadır.³⁵

Bir tarafta özel menfaatlerin dengelenmesinde “hakem işlevi”yle hareket eden adliye (medeni yargılama) yargıcı, diğer tarafta tarafların menfaatleri ya da iradelerinden bağımsız olarak “anayasal ve yasal düzenin”, dolayısıyla hukuk düzeninin gereklerine göre yargılama yapan idare yargıcı karşımıza çıkmaktadır.³⁶ Bu bağlamda adliye yargıcı, önüne gelen uyuşmazlıkta taraflararası uyuşmazlığı giderirken hukuk kuralları ile “hak ve nesafet” kurallarına göre bir irdeleme yaparak haksızlığın giderilmesi ve ortaya bir zarar çıkmışa bunun giderilmesi amacını güderken, idari yargılama yargıcı “idarenin idare hukuku alanı ve kanun çerçevesi içinde kalmasını” amaçlamaktadır.³⁷

“(İ)dari yargı, bir uyuşmazlık çıktığında, bir yandan idarenin etkinliğini; idari hizmet ve faaliyetlerin düzenli işlemesi gereğini gözetirken, bir yandan da, bu işleyişin hukuk kuralları dışına çıkmamış; kamu yararından sapmamış olmasını arar.”³⁸ Öyleyse adliye yargıcından farklı olarak idare yargıcı, idarenin hukukla bağlı kalmasını sağlayan, bireylerin temel hak ve özgürlükleri ile ka-

³⁴ “Özel kişiler arasındaki bir davada karşılıklı iddialar ve istemler ortaya konur. Mahkemenin rolü hangisinin haklı olduğunu beyan etmektir. Buna karşılık, bir idari işlemin hukuka aykırılığı ileri sürülüyorsa bir uyuşmazlıkta, görünüşte bir benzerlik vardır ama bu yüzeyledir... aradaki temel farklılardan başta geleni, özel kişiler arasındaki davada, karşılıklı ileri sürülen özel haklar çatışır. Bu hakların varlığı, neticeleri ve ölçüleri tartışılır. İdari davada ise, genellikle, karşılıklı haklar değildir söz konusu olan. İdare, idare edilene karşı bir hakkını ileri sürüyor değildir; savunduğu bir hak değil, işlevdir, görevdir”, H. Berthelemy, **Traite Élémentaire de Droit Administratif**, Paris, 1933, s. 1080-1081’den nakleden Yayla, a.g.m. (İdari Yargılamanın Özelliği), s. 132.

³⁵ Medeni yargılama usulünde de, yukarıda belirtildiği üzere, hukuk düzeninin sağlanması amacı söz konusudur ve bu sebeple hukuka uygunluk denetimi yapılır ancak bu denetim “şahsi menfaatler”in dengelenmesi çerçevesinde yapılır. İdari yargılamada ise hukuk düzeninin sağlanması “kamu yararı” ile “özel yarar” arasındaki denge çerçevesinde söz konusudur.

³⁶ Erkut, a.g.e. (**Kamu Kudreti Ayrıcalıkları**), s. 68-69.

³⁷ “... idari yargının amacı, idarenin kanunların verdiği yetkileri aşması veya kötüye kullanması ya da hukuka ve mevzuata aykırı işlem veya eylem tesis etmesi halinde bu işlem ve eylemleri ... iptal etmek suretiyle idareye hukuk alanı içinde kalmaya zorlamaktır.”, Anayasa Mahkemesi’nin 25.05.1976 tarih E.1976/1, K.1976/28 sayılı kararı. (R.G. 16.08.1976/15679). (Çevrimiçi www.anayasa.gov.tr. 17.03.2011).

³⁸ Yayla, a.g.e. (**İdare Hukuku**), s.80.

musal yarar arasındaki dengeyi gözeten fonksiyonu yanında idarenin iyi işleyişini, faaliyetlerini gereği gibi yerine getirmesini “kamu kudretine olan güvenin korunması kaygısı(ni)”³⁹ da güderek gözetir.

İdari yargılama usulünün amacının izah edildiği şekilde olmasının yanında, bunun, işlevsel bakımdan da medeni yargılama usulünden farklılığı söz konusudur. Nitekim, idari yargılama makamı olan idare mahkemelerinin adliye mahkemelerine nazaran farklı ve çoklu işlevleri⁴⁰ söz konusudur. Bu çoklu işlev, adliye yargıcının eşit iradeler arası menfaat çatışmasında “haklı” olanı tespitte yönelik yargılama işlevinin dışında, bunu aşan, idarenin hukuk sınırları içerisinde kalmasını sağlarken bireylerin temel hak ve özgürlüklerini de koruyan, toplumsal yarar ile bireysel yarar arasındaki dengeyi kamu hizmeti ve kamu düzeninin gereklerine uygun bir biçimde sağlayan idari yargının, bunun yanında da kimi zaman yasama ve yürütmeye danışma niteliğindeki işlevi ile birlikte; yargılama işlevine dahil olan “içtihat yaratma” işlevleri, olarak ortaya çıkmaktadır. Bu farklı iki işlev aslında doğrudukları neticede birbirlerine yaklaşımlarıdır. Zira, gerek Fransa’da gerekse Türkiye’de yüksek idare mahkemelerinin yasal ve yönetsel düzenlemelerin hazırlanması safhasında bu sürece kimi zaman danışma ve kimi zaman da yetki unsurunun bir parçası⁴¹ olarak katılımları söz konusu olmaktadır. Bu katılım neticesinde idari yargı (yüksek idari yargı makamları olarak *Conseil d’Etat* ve Danıştay) yargılama işlevini yerine getirirken kullanılacak olan maddi hukuk normlarının oluşumu sürecinin de bir parçası olmaktadır.

Bunun yanında idare hukukunun bir özelliği ve idare yargıcının yargılama sürecinde adliye yargıcından farklı konumunun bulunduğu nokta olan “içtihat hukuku”⁴² olmak, başka bir deyişle idari yargılama usulü sonucu or-

³⁹ Erkut, a.g.e. (**Kamu Kudreti Ayrıcalıkları**), s. 155.

⁴⁰ “... idari yargı, genelde adli yargının aksine, en azından “bidimensionnel/iki boyutlu”dur. Sadece yargılamamakta, neye göre yargılayacağını saptanmasını da üstlenmiş bulunmaktadır.”, Özyay, a.g.m. (İdari Yargı’nın İşlev ve Kapsamı), s. 19.

⁴¹ Anayasa Madde 155/2: Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmeti ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyumsuzlukları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.” Tüzüklerin Danıştay incelemesinden geçirilmesini şekil unsurundan ziyade “yetki” unsuruna dayandıran görüş için bkz. Duran, a.g.e. (**İdare Hukuku**), s. 453; ayrıca “inceleme”nin “düşünce bildirme”den ayrı olduğuna ilişkin bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 25.12.1987 tarih ve E.1987/38, K.1987/59 sayılı kararı, Lütfi Duran, “Yap-İşlet-Devret”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt 47, Sayı 3-4, Yıl 1991, s.147-170, s. 165, dipnot 9.

⁴² “Amme hizmetlerinin arzettiği tenevvü, bunların devam ve istikrarı; cemiyetin, halkın her gün değişen ihtiyaçlarına uygun bir tarzda ifası zarureti, bu hizmetlerin ifası için icra edilecek faaliyetlerin ve yapılacak tasarrufların; teferruata kadar inen, elastikiyeti haiz olmayan, yeni hallere ve ihtiyaçlara kolayca intibak edemiyen böyle bir kanunla tanzimine imkan bırakmaz. Bütün bu sebeplerden dolayı bu hizmetlerin, bunlara talluk eden tasarrufların ve ihtilafların sadece hukukun ana prensiplerinden, hakkaniyet ve nispet esaslarından müphem olan, gerek hizmet tekniğine ve gerekse bunların tekabül ettiği ihtiyaçlara da vakıf bulunan mütehassıs ve geniş salahiyeti haiz bir içtihat mahkemesinin içtihatlarından doğacak bir hukuk manzumesile tanzim ve hallerine ihtiyaç vardır. Fertler arasındaki hususi ve adi münasebetlere, bu münasebetlerin saik ve maksatlarını, neticelerini hiç nazara almadan, münasebetin içtimai ve teknik hususiyetlerine ve icaplarına hiç temas etmeden, ..., tamamen başka esaslara müstenit olan

taya çıkan yargı kararının etki ve sonuçları bakımından farklı olması dolayısıyla da idari yargılama usulü ile medeni yargılama usulü arasında bir fark söz konusu olmaktadır. Fransa'da da idare hukuku, *Conseil d'État*'nin idari uyuşmazlıklara bakarak idare hukukunu yaratmasıyla, oluşmuştur.⁴³ İdare Hukuku ilke ve kuralları "yargıç yapımı hukuk" ile belirlenmekte, idari yargılama yargıcı sadece pozitif hukuk kurallarını yorumlamakla kalmamakta, bunun yanında hukuk kuralı da yaratmaktadır. Bu noktada idare yargıcının adliye yargıcından daha geniş bir içtihat yaratma alanına sahip olduğu söylenebilir. Nitekim, adliye yargıcı 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı "Medeni Kanun"⁴⁴ madde 1 gereği, "Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir", idare yargıcı hukuka uygunluk denetimi yaparken Anayasa, kanunlar ve düzenleyici işlemler gibi kaynaklara sahip olmakla birlikte "(i)dare hukukunda maddi hukuk kurallarının tedvin edildiği bir kanun mevcut olmadığı için"⁴⁵ adliye yargıcına oranla dar bir çerçevede hareket etmemektedir.

Bunu yaparken idare yargıcı, toplumsal gelişmeleri dikkate alarak köreltmemeye çalıştığı yaratıcılığını, gereğinden fazla noktalara da sürüklemeyen "hukukun oluşmasında ve içeriğinde kişisel bir etkinli(k)" içinde olmak gerekir.⁴⁶ Bunun da ötesinde idare yargıcının işlevsel olarak "geleceğin yöneticisi" kimliğinde olduğunu, özellikle de Fransa'da son yıllarda "koruyucu yargıç" (*référé conciliation*) kurumunun yasallığa kavuşması ve birtakım şartların varlığı halinde *injunction*⁴⁷ yetkisine de sahip olması ile bunun daha da belirginleştiğini ve "hukuk ötesi" bir yargılama yaptığını ileri sürenler de olmuştur.⁴⁸ Buna karşılık, idare yargıcının hukuk yaratmak işlevinin artık günümüzde mümkün olmadığını, bundan ziyade pozitif hukuk kurallarının yorumlayıcılığını üstlendiği de ifade edilmiştir.⁴⁹ Bunun yanında, Türk Hukuku'nda

hususî hukuk kaidelerini tatbik eden adliye hakiminin bu vazifeyi ifa edemeyeceği gayet tabiidir." Onar, a.g.m. (Kazai Mürakebe), s. 303-304.

⁴³ "İdari yargı organı, idare hukukunu yaratmıştır", Georges Vedel, Pierre Delvolvé, **Droit Administratif**, Cilt I, Presses Universitaires de France, Paris 1992, s. 87'den nakleden Kemal Gözler, **İdare Hukuku, Cilt I, Ekin Yayımevi, Bursa, 2003, (İdare Hukuku Cilt I)**, s. 46.

⁴⁴ R.G. 08.12.2001/24607.

⁴⁵ Mukbil Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, Teksir, Ankara, 1977, (**İdare Hukuku**), s.61, "Görülüyor ki, "İdare hukukunda içtihat", kanun boşluğu doldurmak için değildir; tedvin edilmemiş olan İdare hukukunun, kanun geçerliğindeki kurallarının yaratılmasıdır".

⁴⁶ Yıldızhan Yayla, "İdari Yargılamada Veriler", **2002 Yılı İdari Yargı Sempozyumu**, Ankara, 2002. (Çevrimiçi <http://www.danistay.gov.tr/sempo134.htm>. 18.03.2011) Ancak, idare yargıcı bu sorumlulukla hareket ederken dikkatli olmalı, "yargıçlar sultanı" eleştirilerini haklı çıkartabilecek durumlar yaratmamalıdır.

⁴⁷ Aydın Gülan, "Fransa'da İdari Yargının Etkinliğini Sağlama Arayışları", **2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu**, Ankara 2000, (Çevrimiçi <http://www.danistay.gov.tr/sempo134.htm>. 18.03.2011).

⁴⁸ Yves Gaudemet, "Le juge administrative, future administrateur", **Le Juge Administratif à l'Aube du XXI ème Siècle**, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, s.191-192'den nakleden Erkut, a.g.e. (**Kamu Kudreti Ayrıcalıkları**), s. 157-158.

⁴⁹ Gustave Peiser, "Le bilan jurisprudentiel des dix dernières années", **Le Juge Administratif à l'Aube du XXI ème Siècle**, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, s. 27-28'den nakleden Erkut, a.g.e. (**Kamu Kudreti Ayrıcalıkları**), s. 158-159.

yasalarla düzenlenmeyen konularla sınırlı olmak kaydıyla bu alanlarda Anayasa'nın "somut özel, ayrıntılı, açık ve kesin" olarak uygulanma kabiliyetini haiz hükümlerinin yargıç tarafından uygulanabileceği, aksi bir durumun kuvvetler ayrılığı, kanun önünde eşitlik ve birtakım başka ilkelere aykırı düşeceği ileri sürülmüştür.⁵⁰ Bu bağlamda idare yargıcının kendini sadece yasa, tüzük, yönetmelik ve diğer düzenlemeler ötesinde önüne gelen idari tasarrufların hukuka uygunluğunu denetlerken Anayasa'ya uygunluk denetimi yaptığı yargılamalar da söz konusu olmuştur.⁵¹ Bunun da ötesinde idare yargıcı, önüne gelen uyumsuzlukta yasaların altında gelen idari düzenlemelerin "re'sen ... sıhhatini tartmak ve sahih ve muteber iseler ondan sonra bu düzenlemelerin normlarına uymak" durumunda olduğu da ileri sürülebilmektedir.⁵² Ayrıca, "hukukun genel ilkeleri"ni hukuka uygunluk denetiminde ölçü kullanan⁵³ idare yargıcının yorum yoluyla sonuca ulaşmanın mümkün olmadığı hallerde somut olay bakımından kanun boşluğu doldurma yetkisine sahip olduğu da belirtilmiştir.⁵⁴

⁵⁰ Bkz. Lütfi Duran, "Anayasa, kanun ve hakimler", **Özel Galatasaray Yüksek İktisat ve Ticaret Okulu Dergisi**, Sayı 4, İstanbul, 1970, s. 263-284, s. 279-283, "... yargı organı ... kanun hükmü ortada iken, bunu Anayasaya aykırı olduğu kanısında veya Anayasa'nın açık ve uygulanabilir kuralı ile zımnen kalkmış bulunduğu görüşünde değilse, onu davaya tatbik zorundadır; yoksa bir kenara bırakıp, doğrudan Anayasa kuralını uygulayamaz. ... Anayasamızın kurduğu Devlet düzeni, Anayasaya aykırı olmayan kanunların yargı organınca da mutlaka uygulanması esasına dayanmaktadır. ... Aynı temel ilkenin bir gereği ve zorunlu sonucu olarak, her hangi bir konunun düzenlenmesinde, Anayasa çerçevesinde ilk takdir ve tercihi yapmak yetkisi yasama organına aittir. Ne yürütme organı, ne de yargı organı, kural olarak, bir sorun hakkında, Anayasa sınırları içinde kalsa bile, ilk ve yeni bir çözüm biçimi getiremez. ... Öte yandan, hâkimlerin kanunu kapalı ve yetersiz bulmaları halinde, Anayasa hükümlerini kendi anlayış ve inanışlarına göre yorumlayıp somutlaştırmak suretiyle bir olaya uygulamalarını tecviz ve kabul etmek, Anayasanın Devlet organları arasında yaptığı yetki ve görev ayrımını hiçe saymağa ve bunların kullanılmasında veya yerine getirilmesi hususunda izlenmesi gereken sırayı bozmağa yol açar. ...".

⁵¹ Danıştay İçtiharları Birleştirme Kurulu'nun 12.02.1970 tarih ve E.1969/2, K.1970/1 ve 07.12.1989 tarih ve E.1988/6, K.1989/4 sayılı kararları.

⁵² Özyörük, a.g.e. (**İdare Hukuku**), s. 61.

⁵³ Bu yönde örnek kararlar için bkz. Danıştay 5. Dairesi'nin 20.06.1983 tarih ve E.1982/1131, K.1983/1098, Danıştay 8inci Dairesi'nin 18.03.1986 tarih ve E.1986/97, K.1986/130, Danıştay 6. Dairesi'nin 19.11.1987 tarih ve E.1987/130, K.1987/1138, Danıştay 10. Dairesi'nin 12.04.2000 tarih ve E.1997/280, K.2000/1490, Danıştay 8. Dairesi'nin 08.06.2000 tarih ve E.1999/2506, K.2000/4503, Danıştay 10. Dairesi'nin 06.06.2001 tarih ve E.1999/2583, K.2001/2110, Danıştay 10. Dairesi'nin 25.04.2007 tarih ve E.2006/5584, K.2007/2233 ve Danıştay İdari Dava Daireleri'nin 16.06.2005 tarih ve E.2004/2548, K.2005/2179 sayılı kararları (Çevrimiçi www.danistay.gov.tr 28.01.2011).

⁵⁴ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Genel Kurulu'nun 06.12.1990 tarih ve E.1990/1, K.1990/1 sayılı içtihadı birleştirme kararı, "... kanun boşluklarının İdare Hukukunda yargı organı tarafından doldurulabileceği öğretide baskın görüş olarak savunulmaktadır. (T. Bekir BALTA, İdare Hukuku, Genel Konuları, Ankara 1970/72., Sh. 192-194; A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, Ankara 1983, Sh.: 49-50; Aydın H. TUNCAY, idare Hukuku ve dari Yargının Bazı Sorunları, Ankara 1977, Sh.: 240-246; Güler NERMUT, iptal Davalarının Şartı Olarak Kanuna Aykırılık, idare Hukuku ve idari Yargı ile ilgili incelemeler 1, Ankara 1976, Sh.: 310).

Bunlara ek olarak, idare yargıcı, idare lehine kamu gücü ayrıcalığının bir görünümü olan idari işlemin hukuka uygunluğu karinesinden yararlanmasını bireyler lehine dengelemek bakımından dava sürecinde verdiği yürütmenin durdurulması kararlarında idarenin savunmasının alınması ya da davanın durumuna göre gelinen aşamada yürütmenin durdurulmasının verilmesi gibi bir takım önlemler olarak, varolan usul kurallarını ileriye götürme çabası içindedir.⁵⁵

4. SONUÇ YERİNE BİR BAŞLANGIÇ NOKTASI OLARAK

Sandevour'ın ortaya koyduğu “idareyi yargılamak aynı zamanda idare etmektir” prensibi, idare hukuku disiplininin “yargıcın inisiyatifi” ile şekil alacağını⁵⁶ vurguladığından⁵⁷ bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan tahkim

Öylesi hukuki problemler ortaya çıkacak ve çıkmaktadır ki, bunların çözümünde salt yorum yolu ile sonuca varmak imkansızdır. İster kanunu söyletmek densin, ister hukuku yaratmada idareye ve yasamaya, yardımcı olmak densin, aslında yapılan iş kanun boşluğunun doldurulmasıdır. (AYİM Drl. Krl. 29 Kasım 1985 gün ve 1985/27, 1985/24 K.). O halde, önüne getirilen uyuşmazlıkları, Anayasanın 36 ncı maddesi uyarınca çözmekten kaçınılmaz olacak olan idari yargı, kanun boşluğu var ise, olayına özgü katmak üzere kanun koyucu gibi davranıp davayı çözecektir.

Hakimin mevcut yasa boşluklarını önüne gelen ve çözmek zorunda olduğu somut olguya, hasren doldurması asli görevlerindedir. Kanun boşluğu vardır gerekçesiyle davayı görmezlikten gelemeyiz. Boşluk doldurma yetkisinin, hudutları çerçevesinde hukuk yaratmak için kullanılması Yargıçlar Oligarşisi veya Hakimler Devletine geçiş olarak nitelendirilemez, çağdaş tüm hukuk sistemlerinin hakime tanıdığı bu yetki, hukuku statüko ve statiklikten kurtararak, yaşanan zamana ayak uydurmakta yavaş kalışını önlemek, dinamikliğini sağlamaya matuftur. Haklılığı ve yerindeliği belli olan bir yetkinin zamanında kullanılmaması, hukuk adına giderilmesi ve karşılanması güç zararlar doğurabileceği gibi hukuka olan güven ve saygınlık duygularını da zedeleyebilecektir. Hakim kanun boşluğunu doldururken hiç bir zaman ;kanun koyucu sıfatıyla genel, Objektif, soyut ve gayri şahsi kural koyma yoluna gitmeyecektir. Kanunda, bulunan boşluğu önüne gelen uyuşmazlığa hasren dolduracaktır. Bu işlevini, önce yasanın kuralını amaçsal yöntemle yorumlayarak, buna karşın kuralı olguya uygulayamaz ise boşluğu kural koyup doldurmak suretiyle yerine getirecektir. Bir üst derece uygulamasından yararlananlardan 1 Mart 1979'dan sonra Silahlı Kuvvetlere geçenlerin 2260 sayılı Kanundan yararlanamayacaklarını öngören bir yasaklayıcı hüküm yoktur. Kanunun asıl amacı itibarıyla anıan kişilerli kapsam dışında tuttuğu söylenemez. Geçişin kanunda belirtilen tarihten sonraya rasrtlamasına, bunların bilinerek gözardı edildikleri anlamı veremez. Kanunun asıl amacı itibarıyla kapsam dışında tutulmaları olanaksız bulunanlar açısından kanundaki boşluğun olayına özgü biçimde doldurulması hakim için, kaçınılmaz bir görevdir. Görevin usulüne ve kanuna uygun biçimde yerine getirilmesi kanunun üstüne çıkmak, kanuna karşın kural koymak şeklinde değerlendirilemez.”

(Çevrimiçi http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_ictihatlar.asp 17.03.2011).

⁵⁵ Erkut, a.g.e. (**Kamu Kudreti Ayrıcalıkları**), s. 199-200.

⁵⁶ “... idari yargı organı,... idare hukukunun “organik” kaynaklarından başlıcasını teşkil etmektedir. İdare hukukunun “içtihadı” olma vasfı gözden kaçırılmazsa ... İdari yargı organının yargısal faaliyetinin “İdari fonksiyonun hukukunun teşekkülündeki başlıca kaynak olma vasfı” onu, bu hukukun çerçevesi içine çekip alır. Devletin yargısal fonksiyonunun ifasında, adliye mahkemeleriyle idare mahkemelerinin yeri, idare hukukunun yargısal kaynakları bakımından, pek çok farklıdır. İdari fonksiyonun hukukunu,

de yargılama niteliğinde olan bir alternatif teşkil ettiğinden, idare hukuku alanında tahkim kurumunun işletilmesi ile “hakim” vasfı, güvencesi ve idare hukuku alanında uzmanlığı olmayan hakemlerce “idare hukuku”nun gelişmesi mümkün olmayacağından, bu kurumun idare hukuku alanında yargılamaya alternatif olarak kullanılması bu genç hukuk dalının içtihat yoluyla gelişimi yönünden elverişsizlik yaratabilecektir.⁵⁸ Bunun yanında yargısal olmayan diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri de uyuşmazlığın yargıya taşınmadan çözümlenmiş olmasını sağladıkları hallerde yine içtihat yoluyla idare hukukunun gelişimi önünde bir engel teşkil etmiş olabilecektir.

İdare Hukuku, diğer hukuk dallarından farklı olarak belirli bir mevzuata bağlı ya da diğer bir anlatımla kodifiye edilmiş, esaslı prensipleri temel kural-lara yasal/yönetimsel düzenlemelerle kavuşturulmuş bir alan olmadığından⁵⁹, yargısal içtihatlarla gelişmektedir. Bunun sebebi, bireylerin ve toplumun genel ve ortak ihtiyaçlarının sürekli değişmesi ile idarenin faaliyet alanının da gelişmeye açık ve bu değişimin de süre gidecek olmasıdır. Bu sebeple de, İdare Hukukunun alanına ilişkin ölçütler ve kuralların belirli ilkelere bağlanması, henüz yeni sayılabilecek olan bu hukuk dalının gelişmesiyle⁶⁰ söz konusu olabilecek-

yani İdare hukukunu, idari yargı yaratmıştır ve geliştirmiştir.” Özyörük, a.g.e. (**İdare Hukuku**) s. 62.

⁵⁷ Erkut, a.g.e. (**Kamu Kudreti Ayrıcalıkları**), s. 67, 156-157; Nuri Yaşar, **İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç ve Yargısal Emir**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002, (**Yargısal Emir**), s. 75-76.

⁵⁸ İdare Hukuku bakımından tahkim usulünün öngörülebileceği imtiyaz sözleşmeleri, taraflar bakımından haklar ve borçlar yaratan bir sözleşme olmasının yanında görülmesini düzenlediği kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişine ilişkin görev ve yetkileri de düzenleyen/belirleyen şartlaşma ve diğer belgeleri bünyesinde barındırır. Dolayısıyla, imtiyaz sözleşmeleri sözleşmenin karşı tarafı olan özel hukuk (tüzel) kişinin hak ve yetkilerini belirlemesinden ötürü “koşul”, mali konuları içermesinden ötürü “sübjektif” ve teknik konuları düzenlediklerinden “kural” hükümleri içermesinden ötürü; kamu hizmetine ilişkin kuralları belirlerken kural işlem, imtiyaz sahibini ücret tahsil etme ve lehine kamulaştırma talep etme yetkilerine kavuştururken koşul-işlem ve sözleşmedeki mali hükümler dolayısıyla da bir sözleşme özelliği göstermesi dolayısıyla “karma işlem” olarak kabul görmektedir. (Duran, a.g.e. (**İdare Hukuku**), s. 334-335; İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, **İdare Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, Der Yayınları 2008, s. 830; İl Han Özay, **Günlükte Yönetim**, Filiz Kitabevi, 2004, s. 251). Bu çerçevede, tahkim yargılamasının sözleşmenin tümü bakımından değil, sadece teknik ve mali kısımlarına yönelik olarak ve yasa ile ayrıntılı bir biçimde hangi sözleşmelerde kullanılabileceği öngörülerek idare hukukunda varlık kazanması bir yol olarak önerilebilmektedir.(Aydın Gülan, “Kamu Hizmeti’nin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği”, **Hukuk Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Ed. Ali Ulusoy, Liberte Yayınları, Ankara, 2001, (Tahkimin Geleceği), s. 140-154, s. 152-153). Bu kapsamda, yukarıda belirtilen elverişsizliğin etkisinin olmayacağı söylenebilir.

⁵⁹ İdare Hukuku’nun “kodifiye” edilmemiş olması bu görece yeni hukuk dalının özelliklerinden biri olarak çoğu kaynakta kabul görse de, kimi yazarlarca “İdare Hukuku”na sahip olmayan Amerikan Hukuk Sistemi’nde dahi kodifiye edilmiş bir İdare Hukuku’ndan bahsetmek, “Federal Administrative Procedure Act” en temel gösterge olmak üzere, kanımızca mümkündür.

⁶⁰ Ancak yine de belirtilmelidir ki “(i)idare Hukuku’nun bu *az gelişmişliği* veya aksaklıkları, belki de bir *siyasal hukuk* dalı olmasından doğmaktadır. Gerçekten İdare, siyasal güçlerle bağlantısı ve onların uzantısı ve tamamlayıcısı olmak dolayısıyla siyasal öge ve

tir. Bu gelişim de, idarenin yargısal denetimi sonucu yargı mercilerinin İdare Hukuku alanına ilişkin değerlendirmeleri ile oluşacağından, idari uyuşmazlıkların yargı dışında alternatif yöntemlerle çözümünün, İdare Hukuku alanının gelişmesine olumsuz etki yaratabileceği ileri sürülebilir. Bunun yanında, uyuşmazlıkların alternatif yöntemlerle çözümünde esas olan, Devlet'in yargı organları tarafından yapılan yargısal denetimdeki "alenilik" ilkesinin tam tersine "gizlilik" ilkesi de alternatif yöntemlerin idare hukuku alanında kullanılması önünde bir engel teşkil edebilecektir. Ancak, alternatif yöntemlerle çözümlü mümkün olan uyuşmazlıkların, tahkim yolu hariç, idari yargı denetiminden arı olduğu söylenemeyeceğinden en azından yargısal olmayan alternatif yöntemler bakımından bu etkinin çok büyük olmayacağı da bir gerçektir.

Medeni yargılama usulünde tetkik edilen tarafların bireysel menfaatleri ve hedeflenen amacın bu menfaatlara dayalı haksızlığın giderilmesi, varsa zararın tazmini olduğundan, bireysel yararları yine buna sahip olan uyuşmazlık taraflarının daha iyi bileceğinden hareketle yargılama sürecini yönlendirmede çıkar sahiplerine geniş alan bırakılmıştır. Buna karşılık, idari yargılama usulünde bir tarafın "kamu kudreti" kullanması neticesinde bu kamu kudretine tanınan ayrıcalık sebebiyle, bunun lehine olan durumları – tasarrufların tek yanlılığı, icra edilebilirliği, hukuka uygunluk karinesinden yararlanması gibi – bireyler lehine dengeleyici olması bakımından⁶¹ idare yargıcına İdari Yargılama Usulü Kanunu madde 20 ile verilmiş olan "re'sen tetkik" ilkesi⁶² ve idare mahkemelerinin önlerindeki davalarda lüzum gördükleri belgelerin ve bilgilerin taraflardan istenmesi yetkisi⁶³ karşımıza çıkar. Bu ilkeler aynı zamanda, taraf-

etkilerden tamamen arınmış ve hatta arınabilecek durumda değildir." Duran, a.g.e. (**İdare Hukuku**), s. 29. "İdarenin faaliyeti, asırlardır süregelen "ferdi münasebetler" (özel hukuk ilişkileri) gibi kalıplaşmış ve yerleşmiş değildir. Bu faaliyet sürekli olarak gelişmekte, bu faaliyete mahiyetini ve yönünü vermekte siyasi saikler de rol oynamaktadır.", Özyörük, a.g.e. (**İdare Hukuku**), s. 68.

⁶¹ "2577 sayılı Yasanın 20 nci maddesinin hakime tanıdığı re'sen araştırma yetkisinin aynı zamanda davacılar da güvence sağlayacağı kuşkusuzdur.", Danıştay İdari Dava Daireleri'nin 17.10.1997 tarih ve E.1995/768, K.1997/525 sayılı kararı.

⁶² "Bu ilke uyarınca idari yargı yerleri, uyuşmazlık konusu olayın hukuki nitelendirmesini yapmak, olaya uygulanması gereken hukuk kurallarını belirlemek ve sonuçta hukuki çözüme varmak yönlerinden tam bir yetkiye sahip oldukları gibi maddi olayı belirleme yönünden de her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliklerinden yaparak iddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığını serbestçe araştırabilir, tarafların hiç değinmedikleri olayları ve maddi unsurları araştırıp, maddi olayın çözümünü için gerektiğinde bilirkişi incelemesi de yaptırabilirler. Bu tür inceleme ve araştırmaların resen inceleme yetkisinin gereği olarak ..." Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 21.02.1997 tarih ve E.1995/209, K.1997/124. "İdari yargıda esas olan re'sen araştırma ilkesi gereği olarak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20 nci maddesinde, Danıştay, İdare ve Vergi Mahkemelerinin bakmakla yükümlü oldukları davalara ait her çeşit incelemeyi kendiliklerinden yapmaları öngörülmüştür. Buna göre, bakılan davalarla ilgili dosyada mevcut bilgi ve belgelerin gerçeğe ulaşılmasında yeterli görülmemesi halinde, mahkemelerce madde hükmünde öngörülen her türlü incelemenin yapılması yasal zorunluluktur." Danıştay 4'üncü Dairesi'nin 10.10.2006 tarih ve E.2006/397, K.2006/1881 sayılı kararı.

⁶³ "taraflar davalarını ispat yönünden, yargı yerleri önünde eşit seviyede olduklarından, davasını ispat külfetinin sadece bir tarafa yüklenmesi de mümkün değildir. ... somut bilgi ve belgeye dayandırılmaksızın tesis edilen dava konusu işlemde ve ispat külfeti, öncelikle olayda aktif durumda bulunan davalı idareye yükletilmesi gerekeceğinden,

lar arasında yargılama süreci esnasında yüzeye çıkan “eşitsizliği” de dengeleyici/giderici bir role sahiptir. Nitekim, uyuşmazlığı yargı önüne taşıyan davacı konumundaki birey, uyuşmazlık konusunu oluşturan idari tasarrufun hukuk düzenine çıkış sürecinde bir “katılım”a ya da bir “irade bildirim”ne sahip olmadığı halde, hukuka aykırılığını iddia ettiği tasarrufun kaldırılması bakımından ispat külfeti altındadır. Bu ilkeler, gerek yargılama neticesinde kamu düzenine ilişkin konularda sağlıklı bir sonuca ulaşılması için, gerekse idarenin hukuka uygunluğunun kapsamlı bir inceleme ve araştırmayı gerektirmesi gerekçesiyle önem arz etmektedirler.⁶⁴

Hukuk yargılamasının yukarıda bahsedilen amaçları, özel hukuk uyuşmazlıklarını giderdiklerinden, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle de sağlanmaya müsaitken; idari yargılama ile amaçlanan idarenin hukuka uygun davranmasını sağlamak, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini idare karşısında korumak amaçlarının alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile sağlanması, en azından özel hukuk uyuşmazlıklarında kullanıldığı şekliyle, mümkün görünmemektedir. Zira, özel hukuk uyuşmazlıkları tarafların menfaatlerini uzlaştırmaya çalışmaktır ve bunun neticesinde hukuk düzeni de korunmuş olmaktadır. Ancak, idari yargılamada amaç hukuk düzeninin korunması ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin “kamu gücü” ayrıcalıklarına “idare işlevini” gerçekleştiriyor olmak dolayısıyla sahip “idari makam” karşısında etkin bir biçimde korunmasını sağlamaktır. Bu kapsamda idarenin bağlı yetki çerçevesinde aldığı kararlar bakımından idari yargıya alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolunun, İdare Hukuku ve İdari Yargılama Hukuku’nun özellikleriyle örtüşmeyeceği söylenebilirse de; idarenin takdir yetkisine sahip olduğu alanlarda, düzenleme konusu yapılmış bir “Genel İdari Usul Yasası” çerçevesinde “yargılama öncesi” aşamada uyuşmazlıkların giderilmesi mekanizmaları öngörülmesi daha uygun bir çözümü sonuçlayacaktır.

sicilin orta düzeyde belirlenmesi sırasında sicil amirlerince objektif davranılmadığının ortaya konulması hususunun davacıya yükletilmesi suretiyle davanın reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”, Danıştay 2nci Dairesi’nin 31.01.2005 tarih ve E.2004/6213, K.2005/329 sayılı kararı.

⁶⁴ Danıştay 12nci Dairesi’nin 27.03.2006 tarih ve E.2005/5195, K.2006/1109 ve 06.02.2006 tarih ve E.2005/6399, K.2006/220 sayılı kararları